

Revista del Foro Canario

91

Las Palmas de Gran Canaria, 1995



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

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 XXXVIII

Mayo - Agosto

1995

SUMARIO

	Págs.
<i>“Aspectos penales de la discriminación racial”</i> por doña MARÍA ELSA CARRERAS RIUDAVEST	9
<i>“La reforma del mercado laboral y el despido disciplinario”</i> por don VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA.....	27
<i>“Responsabilidad civil contractual por vicios en la construcción”</i> por doña MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA.....	47
<i>“La negociación colectiva como instrumenmto de participación en las decisiones empresariales”</i> por don JUAN JIMÉNEZ GARCÍA.....	67

<i>“Reflexiones sobre el decreto 103/1994, de 10 de junio, por el que se regulan los procedimientos y registros de la adopción y de las formas de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias”</i> por don ANTONIO DOMINGO AZNAR.....	85
<i>“Normas procesales en la nueva Ley de arrendamientos urbanos 29/1994 de 24 de noviembre”</i> por don JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN.....	99
<i>“Calificación registral: alcance y límites del art. 27 de la Ley de Registro Civil”</i> por don JOSÉ JUAN CABELLO PERERA.....	121
<i>“Las federaciones deportivas como agentes colaboradores de la administración. Régimen aplicable”</i> por don ANTONIO AGUIAR DÍAZ.....	137
<i>“La sociedad unipersonal como respuesta de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, a la responsabilidad limitada”</i> por don SANTIAGO RIVERO ALEMÁN.....	153

ASPECTOS PENALES DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

MARÍA ELSA CARRERAS RIUDAVEST
ABOGADA NO EJERCIENTE
OFICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SUMARIO

CONSIDERACIONES GENERALES: XENOFOBIA, RACISMO, NACIONALISMO.

DISCRIMINACIÓN RACIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

LA VÍCTIMA DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL.

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL CÓDIGO PENAL.

- 1) Delito de Genocidio.
- 2) Discriminación por razón de la raza.
- 3) Asociación para promover la discriminación racial.

A MODO DE CONCLUSIÓN.

CONSIDERACIONES GENERALES: XENOFOBIA, RACISMO, NACIONALISMO

El denominado Informe Ford, aprobado el 17 de julio de 1990 por la Comisión del Parlamento Europeo, que tiene como cometido específico la investigación sobre el Racismo y la Xenofobia, nos proporciona datos imprescindibles para la comprensión de los problemas fundamentales de la situación del racismo en Europa desde el punto de vista laboral, económico, social, político y jurídico, proponiendo algunas medidas a adoptar tanto por la C.E. como por parte de los Estados miembros. Como subraya el propio informe, nos encontramos ante una de las cuestiones que centrarán el debate social y político de los próximos años, y no sólo por su utilización como pieza maestra de la estrategia de la extrema derecha europea que, según el informe mencionado, afrontará este período como fecha clave para la “reestructuración y coordinación de estas fuerzas a nivel europeo”, de donde cabe esperar una activación espectacular del racismo y la xenofobia, sino también por el cambio, los procesos de integración y apertura de los extranjeros no comunitarios legales y clandestinos —respectivamente— y, en definitiva, por la transformación de Europa de tierra de asilo en fortaleza inexpugnable, evolución de la que estaríamos viviendo (según el Informe Ford) “la primera fase del peligro eurocentrista”, acentuada por los procesos que se viven en los países del Este de Europa.

Aunque, como expone De Lucas⁽¹⁾, no faltan las voces que denuncian ese nuevo fantasma errante por el continente, el sentimiento de rechazo hacia los extranjeros (no comunitarios), cuando no el desprecio y la discriminación hacia cualquier minoría racial no europea, lo cierto es que aún está por examinar con detenimiento el proceso que ha permitido y aun fomentado ese crecimiento, y aún más, el cálculo de sus consecuencias en el orden jurídico, social y político. La verdad es que resulta imprescindible, a los efectos que tratamos, distinguir entre xenofobia y racismo y tratar de determinar si una y otro son o no elementos integrantes del nacionalismo. Usualmente se admite que la xenofobia es el rechazo o exclusión de toda identidad cultural ajena por el mero hecho de ser tal, mientras que el racismo centra tal actitud negativa únicamente en consideraciones étnicas. En la medida en que éste es más concreto, resulta más peligroso que aquélla, que actúa más bien de modo abstracto, general y, en cierto sentido, es difícilmente eliminable, si no como característica, al menos como pulsión de toda identidad colectiva, mientras que el racismo puede ser eliminado sin que esto implique desaparición del grupo del que se predica como actitud, y esa posibilidad radica preci-

samente en su modo característico de aparecer, a través de manifestaciones expresas contra las que resulta más factible adoptar medidas.

DISCRIMINACIÓN RACIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En la Constitución Española de 1978, la igualdad constituye un valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico (artículo 1.1) y un derecho fundamental de las personas (artículo 14), con todas las consecuencias que se derivan y son consecuencia a una y otra calificación.

Aun cuando el artículo 14 mencionado se refiere al principio de igualdad ante la ley solamente a los españoles (al decir que “son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), sin embargo, como dice Bueno Arús ⁽²⁾ cabe entender que el principio es asimismo aplicable a los extranjeros, en virtud del artículo 13.1 de la misma Constitución (“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”), así como el artículo 27 del Código Civil (“Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles...”) y del artículo 4.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre Derechos y Libertades reconocidos en España: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”.

Lógicamente, resulta incuestionable la aplicabilidad de estas normas al Derecho Penal, al no hacerse distinción en aquellas normas; porque, a mayor abundamiento, el artículo 9.1 de la Constitución establece que “los poderes públicos —entre ellos el Legislativo— están sujetos a la Constitución”, y por ello, las leyes penales han de contribuir, en la medida en que les corresponde, a la regulación del ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley, respetando, en todo caso, el “contenido esencial” de tal derecho (artículo 53.1 de la C.E.).

Por lo demás, la interpretación de las leyes penales, como cualquier otra disposición, se ha de llevar a cabo de acuerdo con la Constitución y los principios constitucionales, como con reiteración ha proclamado el Tribunal Constitucional (así, sentencias 26/1981, de 17 de julio; 76/1987, de 25 de mayo y 24/1990, de 15 de febrero).

Y no debe olvidarse que las normas penales han de ser interpretadas, como establece el artículo 10.2 de la norma fundamental, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, ya que aquéllas vienen siendo consideradas como “relativas a desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, a efectos de estimar que la tradicional reserva de ley en materia penal es en la actualidad, en el Derecho español, reserva de ley orgánica (artículo 81.1 de la C.E.).

LA VÍCTIMA DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

Durante mucho tiempo tanto por la doctrina, como por las legislaciones positivas se ha observado una falta de sensibilidad, si no de olvido, en que se ha mantenido a la víctima del delito, preocupados con preferencia del delincuente y de los fines de la pena.

Pone de manifiesto Ladrove Díaz ⁽³⁾ que la contemplación que el sistema jurídico español hace de la situación de las víctimas del delito es francamente insatisfactoria y se encuentra muy lejos de la adoptada por muchos de los países de nuestro entorno. Con muy concretas excepciones, el Estado social y democrático invocado en el artículo 1 de la Constitución Española deja en el más absoluto abandono a la víctima inocente del delito.

En España, desde la Constitución de 1978, poco se ha avanzado en una normativa sobre la protección a las víctimas del delito. Su posición procesal es incómoda, como pone de manifiesto Martínez Arrieta ⁽⁴⁾, generando una desconfianza hacia el sistema penal que se refleja en cualquier encuesta de opinión.

En definitiva, como pone de relieve Sagrador ⁽⁵⁾, la víctima del delito ha sido el “personaje olvidado” por el sistema jurídico penal, aunque últimamente se vuelve la atención sobre ella, determinando el nacimiento de una nueva disciplina: la victimología.

Una de las consecuencias de tal preocupación, por lo que aquí nos interesa, ha sido la modulación de la gravedad del delito y de la determinación de la gravedad de la pena aplicable en función de la mayor protección a las víctimas que por razones específicas aparecen más necesitadas o más débiles frente a los agresores de sus bienes jurídicos merecedoras de la tutela penal. Entre estas razones específicas, dice Bueno Arús (*loc. cit.*), se encuentra la **raza** cuando, en virtud de la misma, las víctimas o las posibles víctimas constituyen una minoría prácticamente indefensa frente a una mayoría agresiva e intolerante.

La extensión de la protección penal en un ámbito determinado de relaciones humanas requiere, en primer término, justificar dicha extensión y, en segundo término, pronunciarse sobre la técnica utilizable. Por lo que respecta a la primera cuestión, sigue diciendo Bueno Arús, no parece haber duda alguna en que los actos de discriminación racial tienen la suficiente gravedad como para requerir la intervención del Derecho Penal, por la importancia intrínseca de los bienes jurídicos tutelables, dada su vinculación con los derechos más inherentes a la personalidad humana, y, formalmente, por la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en tal sentido en virtud de los convenios internacionales que regulan la materia y de los que es parte España.

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL CÓDIGO PENAL

Los ataques raciales pueden constituir, sin duda, cualquiera de los delitos contra los bienes jurídicos individuales previstos en el Código Penal: delitos contra la vida o integridad física, contra el honor, etc., sin que en la actualidad exista una circunstancia de agravación específica cuando el delito se cometa por motivos raciales, como tampoco en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992; sí se ha introducido en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal actualmente en estudio.

Pero los delitos que tienen por base la discriminación racial también pueden tener, como dice Rodríguez Devesa⁽⁶⁾, la consideración de delitos contra “las instituciones, órganos y principios políticos fundamentales que integran las estructuras básicas de la organización política de un país”, lo que atribuye al Estado un interés directo en prevenir y reprimir tales ataques a los derechos y libertades fundamentales.

En el vigente Código Penal español la materia de que tratamos está protegida en los Títulos I y II del Libro II; en el primero se contempla el delito de Genocidio, dentro de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, que comprende los delitos contra el Derecho de Gentes; en el segundo, y dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado, se regulan los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos en las leyes.

1.— **Delito de Genocidio.** Como pone de relieve Muñoz Conde⁽⁷⁾, el genocidio ha sido desgraciadamente una constante histórica a través de los tiempos y ha sido muchas veces el destino final de pueblos enteros tras haber perdido la guerra con otros pueblos. En épocas recientes el tema cobró enor-

me actualidad con las atrocidades cometidas por el régimen nazi alemán contra judíos y otros grupos étnicos (gitanos) y políticos (comunistas). Tras la condena de estos hechos en los famosos Juicios de Nüremberg, se hizo patente la necesidad de su tipificación expresa tanto a escala nacional, como internacional. Ya antes había habido varios intentos que cuajaron finalmente en la Convención internacional sobre genocidio de 9 de diciembre de 1948, a la que se adhirió España el 13 de septiembre de 1986.

En dicho Convenio se establecen como actos que merecen este calificativo la muerte de miembros del grupo, atentado grave a la integridad física o mental de los mismos, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que lo lleven a su destrucción física total o parcial, medidas impuestas para entorpecer los nacimientos en el seno del grupo y transferencia forzada de niños de un grupo a otro.

Como crimen especial consistente en destruir intencionadamente grupos raciales, religiosos o nacionales, la realidad internacional actual nos muestra claros ejemplos de esta triste lacra (ex-Yugoslavia, Ruanda, etc.).

La reforma del Código Penal español de 15 de noviembre de 1971 aprovechó la ocasión para introducir el delito de genocidio entre los delitos contra el Derecho de Gentes (artículo 137 bis), siendo su redacción actual fruto de la reforma de 1983, con la siguiente redacción: “Los que con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso perpetrasen algunos de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a algunos de sus miembros.

2.º Con la de reclusión menor, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.

En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro”.

Se trata, formalmente —por su posición sistemática en el Código— de un delito contra la seguridad exterior del Estado, calificándolo como delito contra el Derecho de Gentes, es decir, un delito de Derecho internacional, tal como lo califica el artículo I de la Convención de 1948. El que fuera Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, con más precisión, lo calificaba como delito contra la comunidad internacional.

No se considera como delito político a efectos de extradición, según establece el artículo 4.1 de la Ley de Extradición Pasiva de 21 de marzo de 1985: “No se concederá extradición... cuando se trate de delitos de carácter político, no considerándose como tales los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad previstos por el Convenio para la prevención y penalización del crimen de genocidio adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas...”. Por tanto, los Tribunales españoles (es decir, la Audiencia Nacional —artículo 65.4º de la L.O.P.J.—) requeridos de extradición por los de otro Estado, habrán de atenerse al principio *aut dedere aut iudicare*.

Por otra parte, y desde otro punto de vista, ha de destacarse la vigencia del principio de jurisdicción internacional o de universalidad de la ley penal en relación al delito de genocidio. En efecto, la jurisdicción española es competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delito de (entre otros) genocidio, según establece el artículo 23.4,a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, la jurisdicción penal española experimenta una ampliación de su ámbito propio a la represión de infracciones cometidas en el extranjero en aplicación del principio de justicia universal que, junto al de interés protegido, viene sujeto a un último requisito, cual es el de que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena; en el caso de que la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (artículo 23.5 de la L.O.P.J.).

El bien jurídico protegido en este delito es, según expone Muñoz Conde (*loc. cit.*) la existencia del grupo o grupos humanos, cualquiera que sea su raza, religión, etc. El substrato ideológico de este bien jurídico es el reconocimiento del pluralismo universal de las religiones, razas o etnias y del nivel de igualdad en el que todas se encuentran.

Pero como los grupos a los que nos hemos referido sólo pueden ser atacados por los ataques perpetrados contra los individuos que forman parte de los mismos, también serán bienes jurídicos protegidos por el Código Penal en la represión del genocidio, la vida, la integridad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en cuanto derechos individuales.

En el ordenamiento español, el reconocimiento de estos bienes jurídicos se desprende de la propia Constitución, concretamente de los artículos 15 (reconocimiento del derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral), 1 (la igualdad y el pluralismo como valores superiores del ordenamiento jurídico), 10 (la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social) y 9.2 (pro-

moción de la libertad y de la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran).

En cuanto a los **tipos legales**, Rodríguez Devesa (*loc. cit.*) distingue entre genocidio físico y genocidio biológico, incluyendo en el primero los supuestos en que se produce la aniquilación o destrucción del grupo, causando la muerte de alguno de sus miembros (apartado primero del artículo 137 bis). En el segundo incluye aquellos hechos que, sin destruir directamente el grupo, preparan su destrucción o la favorecen: esterilización, condiciones de existencia peligrosas para la salud, desplazamientos forzosos, impedir su reproducción. Fuera del delito de genocidio quedan, sin embargo, otros actos de opresión de grupos humanos, como el prohibir el uso del propio idioma, el impedir el uso de bibliotecas, destrucción de libros, monumentos u objetos de valor histórico o artístico; es decir, el denominado genocidio cultural.

En el **tipo subjetivo** es necesario, según Muñoz Conde (*loc. cit.*) el dolo directo o el “propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso”. En contra de esta opinión considera Rodríguez Devesa (*loc. cit.*) que este elemento subjetivo no se identifica con el dolo, sino que es el móvil del delito, que será excluido cuando, aparte del odio racial, por ejemplo, medien otros móviles personales (celos, venganza, robo, etc.). Sin embargo la mayoría de los autores, como el mismo Muñoz Conde, Varela Feijóo⁽⁸⁾, Beltrán Ballesteros⁽⁹⁾, Córdoba Roda⁽¹⁰⁾ entienden que lo relevante es el propósito de destrucción del grupo, siendo irrelevantes las motivaciones o móvil que determinan la forma elegida de destrucción. El propósito a que se refiere el artículo 137 bis es elemento subjetivo del tipo, dolo directo que anima a los autores de las conductas descritas.

La Convención de 1948 (artículo III) incluía, entre otras prescripciones, la punición expresa de la **asociación directa y pública** destinada a cometer el delito de genocidio y la de la tentativa, la instigación y la complicidad en el genocidio, que no han sido expresamente incorporadas a nuestro Código Penal, por entender que son suficientes en este sentido las normas generales en él contenidas, como es la consideración de asociación ilícita “las que tuvieran por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión” (artículo 173.1º), y la introducción en dicho Cuerpo legal, también como asociación ilícita, “las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella” (artículo 173.4º, introducido en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 26 de junio, tipo penal al que más adelante se aludirá).

En cuanto a la **tentativa, instigación y complicidad**, basta para su apreciación con las reglas generales que respecto a la tentativa (artículo 3), la

provocación para delinquir (artículo 4) y la complicidad (artículo 16) contiene nuestro Código Penal.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la **imprescriptibilidad** de los crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad de 27 de noviembre de 1968, así como el homólogo Convenio Europeo de 25 de enero de 1974, declaran la imprescriptibilidad del delito de genocidio. España no ha suscrito estos Convenios, por lo que habrán de aplicarse las normas generales que sobre la prescripción de los delitos y las penas se contienen en los artículos 112 a 117 del Código Penal. Cabe señalar que, a estos efectos, el que fuera Proyecto de Código Penal de 1992 establecía que el delito de genocidio y las penas impuestas por el mismo no prescribirán en ningún caso.

Por último, ha de señalarse que la responsabilidad penal por hechos constitutivos del delito de genocidio alcanza, no sólo a los funcionarios, sino también a los gobernantes y funcionarios públicos. En este sentido, el artículo IV de la Convención establece que “las personas que hayan cometido el genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigados, sean que fuesen gobernantes, funcionarios públicos o particulares”, lo que en Derecho español no ofrece ningún obstáculo (salvo la inviolabilidad de Rey, ex artículo 56.3 de la Constitución). Los gobernantes, en cuanto autoridades, y los funcionarios públicos, verán agravada su responsabilidad criminal por la concurrencia de la circunstancia agravante de prevalecerse de dicha condición para la comisión del hecho, cuando así hubiera ocurrido, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.10 del Código Penal. Pero, además, los actos de genocidio nunca se podrían justificar como actos políticos o actos de Estado; el problema de la obligatoriedad o de no cumplimiento de una ley que impusiera o permitiera tales comportamientos se habría de resolver sobre la base de la nulidad de tal ley, por inconstitucionalidad evidente, de modo que la “obediencia debida”, a los efectos de la causa de justificación contemplada en el artículo 8.12 del Código como circunstancia eximente, no operaría, pues los requisitos que hacen debida dicha obediencia se han de deducir, a sensu contrario, de los requisitos del delito de desobediencia del artículo 369 del Código, según el cual no se debe obedecer cuando el mandato superior “constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley”, considerándose en este caso como infringido, tanto el propio Código, como la Constitución (véase el apartado sobre bien jurídico protegido) y la Convención de 1948.

En el **Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1944** la materia de que se trata se regula en el Título XXI (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), Capítulo II (“Delitos de genocidio”); el artículo 596 establece que “los que con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo

nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1º Con la pena de... si mataren a uno de sus miembros.

Si concurrieren en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2º Con la de... si produjeran alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 —causar a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, o la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral— y 150 —causar a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad— de este Código.

3º Con la de... si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturbaren gravemente su salud.

4º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaren por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5º Con la de... si produjeran cualquier otra lesión de las señaladas en el número 2º de este artículo”.

La redacción de este artículo es similar, como puede apreciarse, al vigente artículo 137 bis, si bien se amplían los tipos penales; la posición sistemática del artículo es más apropiada, denominándolo ya como delito de genocidio.

2.— **Discriminación por razón de la raza.** Como veíamos más arriba, la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social constituye uno de los derechos fundamentales de la persona por el hecho de serlo y está protegido en todas las declaraciones básicas de derechos fundamentales, tanto internas (artículo 14 de la Constitución Española de 1978), como internacionales (artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha; y 14 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965; Convención

Internacional para la lucha contra la discriminación en la enseñanza de 15 de diciembre de 1960; y Convención Internacional para la prevención y represión del delito de “apartheid” de 1972).

Complemento de este derecho es el principio de igualdad, que impide cualquier tipo de discriminación, ya que ninguna de aquellas condiciones o circunstancias pueden determinar diferente trato en las personas. La condición humana, como dice Muñoz Conde (*loc. cit.*), aparece como un todo indivisible ante el Ordenamiento jurídico.

Según el artículo 1.1 de la Convención de 1965, “la expresión discriminación racial denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. La misma Convención establece, en su artículo 5, los derechos respecto de los cuales los Estados partes se comprometen a prohibir la discriminación racial: derecho a la igualdad de trato en los Tribunales, derecho a la seguridad personal, derecho de sufragio, derecho de participar en los asuntos públicos, acceso a las funciones públicas, derecho a circular libremente, libertad de residencia, derecho a salir y regresar al país, derecho a una nacionalidad, derecho al matrimonio, derecho a ser propietario, derecho a heredar, libertad de pensamiento y de conciencia, libertad de opinión y expresión, libertad de reunión y asociación, derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo, derecho a la sindicación, derecho a la vivienda, derecho a la salud pública y a la asistencia médica, derecho a la seguridad social, derecho a la educación y a la formación profesional, derecho a participar en las actividades culturales, derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público.

Pero la discriminación no equivale, sin más, a desigualdad de trato; el mismo Convenio excluye de su aplicación a las diferencias que hagan los estados entre ciudadanos y no ciudadanos (art. 1.2) y admite que los Estados adopten “medidas especiales y concretas para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a esos grupos, con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (art. 2.2).

La discriminación consiste, por tanto, como ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, en una diferencia de trato arbitraria o carente de una base objetivamente razonable (sentencias 63, 64/1984, 49/1985, 20 y 52/1986, etc.).

Formalmente, y por su posición sistemática en el Código Penal, los delitos tipificados en los artículos 165 y 181 bis, son delitos contra la seguridad interior del Estado o, como algunos autores sostienen, delitos contra la Constitución y dentro de ellos pueden ser calificados como delitos contra los derechos y libertades fundamentales, y en el caso que nos ocupa consisten en la privación a otras personas del derecho a la igualdad (es decir, a la no discriminación) ante la Ley.

La reforma del Código Penal introducida por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, ha querido reforzar la protección penal de los principios antes mencionados, siguiendo con ello los precedentes del Derecho comparado y de las Convenciones internacionales sobre el particular.

El delito se estructura en nuestro Código a través de una doble tipificación contenida en los artículos 165 y 181 bis. En el primero de ellos se castiga al “particular encargado de un servicio público que por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho”, castigándose dicha conducta “cuando los hechos referidos se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad o contra sus miembros por razón de origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de algunos de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos, a una etnia, nación, raza o religión determinada”.

En el artículo 181 bis se castiga a “los funcionarios públicos que cometieren algunos de los actos previstos en el artículo 165”.

En ambos preceptos la conducta típica consiste en denegar una prestación a la que el discriminado tiene derecho, siendo el **bien jurídico protegido** el derecho a la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley.

No tiene sentido la restricción que hace el Código respecto de los sujetos activos del delito, al limitarlo “al particular encargado de un servicio público” o a “los funcionarios públicos” por lo que cabe preguntarse si el legislador, al excluir como posibles sujetos activos del delito a los simples particulares, ha pretendido proteger a los grupos contra los que se realiza la discriminación o, por el contrario, ha estimado que tal persecución sólo merece la sanción penal cuando se lleve a cabo en el ámbito de la actividad de los poderes públicos, con la finalidad de preservar la mala imagen que para un determinado estado determinaría la conducta por parte de sus servidores.

Como sostiene Rodríguez Devesa (*loc. cit.*), no significa discriminación que una persona se niegue a contratar en el ámbito jurídico privado con quie-

nes pertenezcan a una determinada raza o color, o que se reserve la pertenencia a un club o a una asociación a quienes reúnan las características previamente establecidas, incluidas las raciales, en cuanto que todas estas conductas se encontrarían amparadas por la libertad de contratación ampliamente garantizadas por el Código Civil. Pero, como dice Bueno Arús (*loc. cit.*), en la medida en que el artículo 1.255 de dicho cuerpo legal limita la libertad de contratación cuando los pactos sean “contrarios a las leyes”, tal vez podría defenderse la idea de que el mencionado precepto, interpretado en un sentido compatible con la Constitución no permite las denegaciones que se han ejemplificado y que, en el caso de darse éstas, aunque no procediese recurso de amparo, se podría intentar la alegación procesal de abuso de derecho, no amparado por la ley, con base en el artículo 7.2 del mismo Código. La punibilidad de la discriminación en el ámbito jurídico-privado, sigue diciendo el mismo autor estaría excluida en todo caso, puesto que aquí no se trataría de una discriminación referida a un servicio público.

El delito que estamos comentando es un delito de omisión propia, al consistir en denegar una prestación a la que el sujeto pasivo tiene derecho, que ha de estar relacionado con la prestación de los servicios públicos; el precepto constituye una norma en blanco que ha de ser completada con las leyes y demás disposiciones de que se trate.

La denegación ha de venir motivada, entre otras posibles razones, por la etnia o la raza a la que pertenezca o no pertenezca el sujeto pasivo. La distinción entre raza y etnia no es pacífica, y así Rodríguez Devesa (*loc. cit.*) dice que por razas hay que entender las razas claramente diferenciadas (la blanca, la negra, la amarilla o la cobriza). Los grupos étnicos serían aquellos que, dentro de una raza, presentan determinadas características antropológicas que los distinguen. Por el contrario, Beltrán Ballester (*loc. cit.*) entiende que la raza es en lo social un conjunto de adaptaciones selectivas que, debidas al tiempo y al medio, originan en el organismo humano efectos secundarios que, como diferencias extraespecíficas, distinguen a un hombre de otro, generando en un lugar dado una sociedad peculiar o etnia cuya característica diferencial es un particular modo de vivir. La etnia significa pueblo o agrupación humana con características raciales, culturales, de origen ordinariamente homogéneas, producto de una larga evolución, generalmente en condiciones de aislamiento. La raza es una particularidad más configurativa de lo étnico quizás la principal, pero no la única ni ineludible. Para la mayoría de los autores, sin embargo, raza y etnia se trata de términos análogos; los textos internacionales prefieren hablar de raza y de origen nacional; así, el artículo 1 de la Convención de 1965 emplea de manera enumerativa los términos raza, origen nacional y étnico, sin mayores precisiones.

Dentro del Título XVIII del **Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994** (“Delitos contra la Constitución”), en el Capítulo IV, la Sección 1ª regula los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución; el artículo 490 tipifica la conducta de “los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza”. Y en el artículo 491 la del “particular encargado de un servicio público que, por razón de origen... o pertenencia o no a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona le denegare una prestación a la que tuviere derecho”, castigándose asimismo “cuando los hechos se cometieren contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón del origen... o de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos, a una etnia, nación, raza o religión determinada”, extendiéndose la punición a los funcionarios públicos que cometieren alguno de los hechos previstos en dicho artículo.

3.— **Asociación para promover la discriminación racial.** Por último, el Código Penal sanciona como delito las asociaciones ilícitas que “promuevan la discriminación racial o inciten a ella” (art. 173.4º, añadido en la reforma de 1983).

El **Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994** se pronuncia de forma igual, añadiendo el vocablo “xenófoba”, junto al de “racial”.

Son de aplicación a este delito las consideraciones que hacíamos al comienzo del apartado dos de este trabajo, así como la referencia a las declaraciones básicas de derechos fundamentales internas e internacionales.

Antes del análisis de esta figura delictiva conviene dejar sentado qué se entiende por asociación, para lo que ha de recurrirse a su significado gramatical o lingüístico, en virtud del cual asociación sería toda unión de varias personas organizadas para la persecución de determinados fines, sin que pueda establecerse qué número de personas sería el mínimo indispensable para entender la existencia de una asociación; tampoco el Código Civil ofrece apoyo para determinar este número de personas.

En principio bastaría con dos; pero, como dice Muñoz Conde (*loc. cit.*), del sentido originario de la expresión y del propio Código Penal, en su artículo 513 (“la mera asociación de tres o más personas para cometer el delito de robo”), puede deducirse que son necesarias por lo menos tres personas para poder hablar de asociación, siendo indiferente la forma en que esas personas lleguen a ponerse de acuerdo y que unas lleven la iniciativa y que otras se

adhieran simplemente a ellas. La asociación penalmente relevante no tiene que tener, por tanto, personalidad jurídica; porque, como dice el artículo 22.2 de la Constitución española “las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales” y, por tanto, es obvio que las asociaciones ilegales o ilícitas no son reconocidas, sino perseguidas por el Derecho. En todo caso, es preciso el acuerdo por el que nace la asociación sea duradero, y no puramente transitorio; y en ello radica la diferencia entre la asociación y cualquier otra forma de acto preparatorio o fase previa a la consumación del delito. La asociación, dice García Pablos⁽¹¹⁾, es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos.

Al igual que ocurre en el delito estudiado en el apartado anterior, se trata de un delito contra la seguridad interior del Estado, y dentro de ellos, delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

En principio, la ilicitud se deriva de los fines delictivos o de los medios empleados para la consecución de un fin ilícito; en este sentido la propia Constitución (art. 22.2) establece que sólo los fines delictivos y los medios violentos convierten una asociación en ilícita. El mandato constitucional de prohibición de dichas asociaciones se puede cumplir con normas administrativas, sin necesidad de recurrir a las penales, de modo que, sólo en el caso en que se den los supuestos tendenciales o de medios empleados a que se refieren los cuatro números del artículo 173 del Código Penal estaríamos ante el tipo penal.

La **conducta típica** empleada por el número 4º del artículo 173 (“promover o incitar”) indica el propósito del legislador de adelantar la barrera penal, convirtiendo aquí la discriminación racial en un supuesto de consumación anticipada, de tal manera que, para la consumación del delito no es preciso que se hayan llevado a cabo efectivamente actos de discriminación racial, sino que basta con la aparición de conductas previas encaminadas a conseguirlas en el marco de una organización estable de personas.

Las conductas promotoras o incitadoras de la discriminación racial son actividades programáticas de la asociación, integradas en su objeto o fin social, aunque no es indispensable que constituyan el objeto exclusivo de la asociación.

Pero el Código español no recoge en toda su amplitud las obligaciones que la Convención de 1965 impone a los Estados partes; así, el artículo 4.b) de esta última exige “declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propa-

ganda, que promuevan la discriminación racial o inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones en tales actividades constituyen un delito penado por la ley”, mientras que el Código Penal se limita a penalizar las asociaciones que promuevan la discriminación racial, pero no cualquier otra actividad de propaganda que persigan el mismo fin; sin que la llamada propaganda racista pueda estar amparada en la libertad de expresión que reconocen los artículos 16 y 20.1 de la Constitución; en tal sentido, el Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente que tales libertades comprendan el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, las cuales afectarían tanto al honor de las personas, como al valor de la dignidad humana, que no admite discriminación por razón de nacimiento, raza o sexo (Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre).

A MODO DE CONCLUSIÓN

La dificultad de definir universalmente el contenido de la categoría “raza” o “etnia” y, por ello, el significado exacto del racismo, no impide afirmar que la existencia, a veces aparente, de razas, es decir, de grupos de personas más o menos identificadas por características biológicas, o de etnias, con características culturales o de origen diferenciadas, ha sido históricamente aprovechada como instrumento de explotación, persecución y exterminio, una vez instalada en el cuerpo social la convicción de superioridad de una supuesta comunidad racial sobre otra y, a veces, por simples rivalidades de las comunidades afectadas. Por consiguiente, el modo de producción relevante del racismo se asienta, no sobre el hecho objetivo de la existencia de razas o etnias, sino sobre el interesado manejo que de esa aparente realidad hacen, en determinadas circunstancias, ciertos agentes sociales (antisociales, diríamos mejor).

En el actual momento de la sociedad europea, parece percibirse la presencia de una incipiente, pero clara, tendencia racista, dirigida a colectivos africanos, sudamericanos, gitanos o de otro orden, con acusaciones del sistema de protección social, de reducción del mercado del trabajo para los nacionales (radicalmente distintos), etc.

Ante ello, es procedente una clarificación de la tipificación penal de los actos de discriminación racial, con fundamentación en la protección de los valores y derechos fundamentales reconocidos por los Convenios y Tratados internacionales (y por nuestra Constitución).

La regulación legal de los delitos relacionados con la discriminación racial en nuestro Ordenamiento jurídico no deja de ser insatisfactoria, pues no recoge todos los comportamientos que los Convenios o Convenciones internacionales de los que España es parte obligan a tipificar; de ahí que el legislador tenga que plantearse la necesidad de adaptar la legislación nacional a dichas normas internacionales, no sólo desde el punto de vista sustantivo, sino también procesal, evitando que, en el futuro, puedan realizarse actos que, directa o indirectamente, supongan un desconocimiento de los derechos fundamentales de las minorías.

BIBLIOGRAFÍA

- (1) DE LUCAS, F. J.: *Xenofobia, racismo y unidad europea (Sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España)*, en Jueces para la Democracia, diciembre de 1990.
- (2) BUENO ARÚS, F.: *La discriminación racial y el Código Penal español*, en Actualidad Penal, núm. 6 de 1994.
- (3) LADROVE DÍAZ: *Victimología*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.
- (4) MARTÍNEZ ARRIETA: *Hacia una Ley de protección a las víctimas de los delitos*, en Actualidad Aranzadi, núm. 31 de 1991.
- (5) SAGRADOR: *La victimología y el sistema penal*, en "Psicología social y sistema penal". Alianza. Madrid, 1986.
- (6) RODRÍGUEZ DEVEESA: *Derecho Penal español. Parte Especial*. 16ª Edición. Dykinson. Madrid, 1993.
- (7) MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 7ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1988.
- (8) VARELA FEIJÓO: *El delito de genocidio*, en Temas Penales. Santiago, 1973.
- (9) BELTRÁN BALLESTER, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 6 de 1978.
- (10) CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*. Volumen III. Barcelona, 1977.
- (11) GARCÍA PABLOS DE MOLINA: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, en Derecho Penal y Constitución. Barcelona, 1977.

LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL Y EL DESPIDO DISCIPLINARIO

VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA
ABOGADO

SUMARIO

1. ANTECEDENTES.
2. FORMA Y EFECTOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.
 - 2.1. Precedentes.
 - 2.2. La nueva Normativa.
 - 2.3. Consecuencias del Despido Improcedente.
 - 2.4. Procedimiento Laboral.
 - Artículo 104. Requisitos de las Demandas de Despido.
 - Artículo 108. Sentencia de Despido.

Artículo 109. Consecuencia de la Procedencia.

Artículo 110. Consecuencia de la Improcedencia.

Artículo 111. Recurso de la Sentencia de Despido.

Artículo 112. Sentencia de Representante Sindical.

Artículo 113. Consecuencias del Despido Nulo.

3. CONCLUSIONES.

1. ANTECEDENTES

Dentro de las medidas adoptadas por el Gobierno para la Reforma del Mercado Laboral, unas, como las relativas al Fomento de la Ocupación, se producen inicialmente mediante una Disposición Legislativa que adopta la forma del Real Decreto-Ley, y luego se convierte en Ley, y otras, como las que regulan las Empresas de Trabajo Temporal y modifican el Estatuto de los Trabajadores, en materia de Movilidad Funcional y Geográfica, Despido, Salario, Jornada y Negociación Colectiva, por Ley, previa la tramitación Parlamentaria de los correspondientes Anteproyectos. En este sentido operan, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la Ley 14/1994, de 1 de junio, sobre Empresas de Trabajo Temporal y la Ley 14/1994, de 19 de mayo, por la que se incluye una Disposición Adicional Cuarta en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Al examinar la Coyuntura Laboral, anterior a la Reforma, y referirnos al marco legal de las relaciones laborales en España, en esos momentos, hay que partir, como Norma clave de Derecho necesario, del Estatuto de los Trabajadores que, ahora, se reforma que, por otra parte, consagra un tratamiento jurídico que pasaba, de la fase anterior de fuerte intervencionismo gubernamental en el mundo del trabajo, a otra en la que, sin abandonar totalmente la actividad normativa del Poder Público, se pretendía una mayor participación de los Agentes Sociales.

Reconocidos ampliamente en la Constitución los llamados Derechos Colectivos de Trabajo (Huelga, Libertad de Sindicación, Negociación Colectiva, Conflictos, etc.), el marco de relaciones laborales resultante de su desarrollo legislativo, garantizados estos derechos, al mismo tiempo que los Principios de Libre Empresa y Economía de Mercado, no podía tener —en pleno año 1980— un carácter tan intervencionista y tuitivo como el propio de la etapa política anterior.

Cumpliendo el mandato del artículo 35, nº 2, de la Constitución, se aprueba, por Ley de 10 de marzo de 1980, un Estatuto de los Trabajadores, que, en síntesis, reúne los requisitos siguientes:

a) Trata de potenciar el empleo aumentando la contratación; para ello se regula ampliamente la contratación provisional.

El Estatuto de los Trabajadores —como nos dice Martínez Emperador— en materia de contratación temporal, utiliza o consagra dos distintos sistemas de alguna manera contradictorios entre sí: el sistema normal o estructural, que descansa en el principio de estabilidad en el empleo y que sólo permite, por tanto, la contratación temporal para atender necesidades de la Empresa de carácter transitorio o pasajero y el sistema excepcional o coyuntural, que autoriza esta contratación sin necesidad de motivación objetiva, siempre que se realice acogiendo a la modalidad temporal de Fomento de Empleo.

El lograr una mayor flexibilidad en la regulación de los contratos temporales tiene su causa, aunque parezca contradictorio, en la necesidad de promocionar el empleo. En este sentido —Rafael Calvo Ortega— en la presentación del Estatuto ante el Congreso, decía: *“Pensamos que, en estos momentos, la dialéctica contratación indefinida, contratación temporal, es falsa e irreal y que la auténtica dialéctica, en una situación de crisis, es contratación temporal, contratación a tiempo parcial y paro”*.

María del Mar Ruiz Castillo señala *que el debate en torno a la duración del contrato de trabajo está presente, en los últimos años, en todas las experiencias comparadas. Cada vez más se cuestiona la defensa indiscriminada de la estabilidad en el empleo y la concepción restrictiva y subordinada de la contratación temporal*.

La tendencia a hacer uso de la contratación temporal, como medida de política de empleo —nos dice López Gandía— es general y se produce en otros ordenamientos jurídicos europeos. Adelantamos que, al final, la Reforma no rompe del todo esta tendencia.

b) Potencia la autonomía de las partes; para ello se da un gran juego a la negociación colectiva, limitándose el Estatuto en muchos casos, a señalar unos mínimos de garantía. Las antiguas Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo quedan como Derecho residual y serán sustituidas por los Convenios Colectivos. Las relaciones laborales serán discutidas y normalizadas por Pactos entre las partes: trabajadores y empresarios, sobre la base mínima que es el Estatuto, y en Convenio Colectivo. El Ministerio de Trabajo ya no va a poder —aunque quiera— dictar Normas que regulen las relaciones de trabajo.

c) Vertebrar las relaciones laborales a través de la potenciación de los Sindicatos y Asociaciones Empresariales; el Estatuto, al legitimar para negociar a los interlocutores que se reconozcan capacidad para ello, es un elemento importante de robustecimiento de Sindicatos y Patronales.

d) Homologa nuestra Legislación Laboral con la Europea y recoge la Doctrina de la O.I.T. y los Reglamentos y Directivas de las Comunidades Europeas en materia social.

No es aceptable la comparación parcial del Estatuto con la Legislación Laboral anterior, pues ésta negaba o limitaba fuertemente los derechos colectivos (Huelga, Sindicación y Negociación), a cambio de ampliar algunos derechos individuales (horas libres de los miembros de los Jurados de Empresa e indemnizaciones por Despido Improcedente). Si se quieren hacer comparaciones deben hacerse en bloque.

Si es útil e ilustrativa la comparación con las Legislaciones Laborales de los Países de la C.E.E. y, en este sentido, el Estatuto es perfectamente homologable a la Legislación de cualquier país de la Comunidad e incluso supera en bastantes puntos a la de ésta.

La Reforma que comentamos, para enmarcar dentro de ella las modificaciones experimentadas en el despido disciplinario, es más profunda que la derivada de las variaciones establecidas con anterioridad y, a partir del año 1984, en el Estatuto de los Trabajadores y que no fueron excesivas.

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, en las “Jornadas de debate sobre la Reforma Laboral” organizadas por AEDIPE, en Madrid, el 4 de febrero de 1994, señala:

*“Yo diría, por utilizar algún adjetivo, que es una reforma totalmente **necesaria** para no morir, es decir, pienso que es indiscutible que hay que reformar la Legislación Laboral Española. Tengo la satisfacción personal de que cuando en el año 1979 estábamos predicando por las Plazas de España las bondades del Estatuto de los Trabajadores tuve que inventar alguna fórmula sintética de lo que era aquello y yo decía que el Estatuto era arbitral, gradualista y posibilista. Y al decir gradualista y posibilista lo que queríamos decir era que en ese momento no se podía hacer más que lo que se hacía, era un avance, pero siempre pensando que con las circunstancias aquello podría ser cambiado, como ahora ha ocurrido en esta reforma tan importante anunciada”.*

Vamos a seguir —en síntesis— a Sagardoy en la exposición antes reseñada, indicando, con él, que el segundo adjetivo que pondríamos a la Reforma es que es **insuficiente**. Cuando uno profundiza se ve que es una reforma profunda, y que, desde luego, si se aprueba va a suponer un cambio trascendente en nuestras relaciones laborales. Pero no es la solución a todos nuestros males, no es así, porque si no se abordan otras reformas importantes en nuestro país, con esta reforma habremos hecho muy poco, hacer que el conflicto social se agudice y a lo mejor muy poco más.

No es taumatúrgica. Y preocupa que se haya presentado esta reforma como el principio y el fin de las cosas, es decir, España amanecerá de nuevo cuando se apruebe en las Cortes esta reforma laboral. Creo que habremos dado un paso de los muchos que hay que dar para poder seguir avanzando en un camino que nos coloque en un puesto digno entre los países europeos.

Es una Reforma no consensuada. En este punto creo que el consenso es algo aconsejable, pero, en absoluto, necesario y, por tanto, tenemos que acostumbrarnos y se tienen que acostumbrar los Sindicatos a que las reformas se hagan vía parlamentaria.

Es traumática. Es una reforma *traumática*, quirúrgica y esto, evidentemente, va a hacer sufrir al cuerpo social.

Sagardoy termina señalando que, estas Normas liberalizan, judicializan y sindicalizan.

Liberaliza. La reforma es muy profunda, aunque está técnicamente hecha de un modo muy farragoso, es decir, desde el punto de vista técnico es muy complicada de entender, por ejemplo, en el tema de movilidad funcional, de las categorías. Hace falta sentarse delante de una pizarra y empezar a ver con detalle las cosas. Pero aunque técnicamente tiene una lectura difícil, cuando se hace espacio se ve que produce una libertad en las actuaciones empresariales mucho más importante que la que ahora existe.

Judicializa. Efectivamente, esta Reforma, lo que ha hecho es que, ante el clamor de los empresarios, o de alguna parte de los empresarios, de que la Autoridad Administrativa es un mal que hay que erradicar de las relaciones laborales, ha dicho: “si no quiere usted la Autoridad laboral le vamos a dar la judicial, a ver qué tal le va”. Es un acto diabólico, porque, cuando un acto humano afecta a un tercero, no se puede dejar irrevisable, alguien revisa ese acto, obviamente. ¿Quién lo revisa? hasta ahora la Autoridad Laboral, con la que existían más facilidades de relación, pero el Juez es otra cosa distinta.

Va a ser tal el cúmulo de pleitos con esta reforma que realmente el cuerpo de Abogados está altamente satisfecho. Y, ¿por qué?, por ejemplo, estoy viendo a los Juzgados de lo Social con los Despidos organizativos, distintos de los disciplinarios que vamos a examinar. Va a ser tremendo cuando alguien decida por razones organizativas suprimir diez puestos de trabajo y no haya acuerdo. Entonces será el Juez quien decide si hay razones organizativas o no para suprimir diez puestos de trabajo. Esto va a ser algo verdaderamente tremendo porque habrá, por ejemplo, dos informes contradictorios de dos Auditorías, uno dice que sí y otro dice que no y el Juez dirá: “¿qué

quiere usted que le diga? ¿por qué me viene a mí con estas cosas, si le sobran veinte o le sobran diez?” Entonces, en la duda, el principio “pro operario”, no sobran y ya veremos a ver qué pasa.

Sindicaliza. Y, por último, sindicaliza, en el sentido de que muchos de los temas que antes estaban en el campo de la Ley los pasa al campo de los negociadores. Como en España no hay estrategias de negociación montadas bien, en general, no hay buenos negociadores. No se sabe negociar. Los interlocutores bajo ningún concepto o muy difícilmente —sobre todo a nivel de sector— son incapaces de abandonar sus posiciones previas, eso es intocable, siempre “ad maiorem”, nunca “in peius”. Los contenidos —y eso es clásico en los Convenios de sector— son pobríssimos, son casi siempre Jornada y Salario. Entonces, cuando viene una Ley que dice: miren ustedes, todo está a su disposición, hagan ustedes lo que les parezca conveniente, eso es diabólico también, porque dogmáticamente es el no va más, es la pureza absoluta democrática de relaciones laborales.

Se han detectado 23 nuevas cuestiones, para cuya concreción, el Legislador remite a la Negociación Colectiva, lo que determina que los Convenios Colectivos sean algo más que una tabla salarial. Alfonso Caldevilla, en *El País* de 29 de mayo de 1994, insiste en la necesidad de creación de una nueva cultura de autonomía de las partes a través de la Negociación Colectiva, sosegada y no de confrontación como hasta ahora. En caso contrario, la Reforma se plantearía como una misión imposible.

La Reforma del Estatuto se mueve en una doble dirección, potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral.

La Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modifica determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, concretamente los referidos al despido disciplinario, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, constituye una de las que determina la denominada Reforma Laboral, y pretende, como señala su Exposición de Motivos, lograr una necesaria mejora de la competitividad, sin que desaparezcan las garantías legales de la posición individual de los trabajadores o las facultades colectivas expresadas en la Negociación Colectiva.

2. FORMA Y EFECTOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

2.1. Precedentes.

El artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción inicial, señalaba que el despido —como cese por razones disciplinarias acordado por el empresario— deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto.

El Despido, según esta redacción anterior, podía ser calificado como Procedente, Improcedente o Nulo.

El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. En caso contrario, será improcedente. En el primer supuesto el contrato de trabajo queda extinguido sin derecho a indemnización y, en el segundo, el empresario podrá optar entre la readmisión y una indemnización.

Será nulo el despido cuando el empresario no cumpliera los requisitos de la comunicación escrita y, en este supuesto, se determina la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

En definitiva, con carácter general, y como se expresó en el debate del Estatuto de los Trabajadores en el Senado, la solución de permitir sustituir la readmisión por la indemnización, siendo el cese indebido, ha estado presente en situaciones distintas, incluso cuando no estaban reconocidos los derechos colectivos del trabajador. Por otra parte, la indemnización sustitutiva, que establece el Estatuto, 45 días por año de servicio, se consideraba la mayor de la Legislación Europea y se fijaba, además, por entender que la readmisión obligatoria produce o tiene efectos negativos en la creación de puestos de trabajo.

Digamos, en primer lugar, que las incidencias de la década de los 80, al no prosperar la pretensión de sustituir la carta de despido por trámites más complicados; el establecimiento de un procedimiento indemnizatorio para los despidos nulos análogo del previsto para los improcedentes y el considerar como radicalmente nulos los despidos discriminatorios y obligar, en estos casos, a la readmisión, mantiene, en su conjunto, la supremacía de la indemnización como fórmula generalizada o más frecuente para resarcir los despidos injustificados.

La Ley Procesal de 1990 vuelve a la clasificación del despido disciplinario, que pudiéramos llamar “tradicional”, y existente en el inicial Estatuto de

los Trabajadores, de Procedente, Improcedente y Nulo, para lo que integra, dentro de este último, aquellos otros que había creado el propio Tribunal Constitucional, como era el denominado nulo radical.

El artículo 108, nº 2, del Texto Articulado de Procedimiento Laboral de 1990 considera nulo el despido en los siguientes casos:

a) Cuando el empresario no hubiese cumplido los requisitos exigidos en el nº 1 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores; es decir, cuando falta la carta de cese.

b) El realizado con omisión o defectos en el procedimiento disciplinario establecido legal o convencionalmente. Si se trata de despido de los representantes legales de los trabajadores y de delegado sindical, necesariamente deberán haber sido oídos los restantes miembros de la representación a que el trabajador perteneciera, si los hubiere.

c) El despido de los trabajadores afiliados a un Sindicato, realizado sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera, siempre que al empresario le conste su condición de afiliado.

d) El que tenga como fundamento alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o la violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

e) El de los trabajadores con contrato suspendido, para el caso de que no se declare su procedencia.

Marín Correa nos dice que la nulidad del despido, en los términos examinados del artículo 108, no es un concepto unívoco, sino que, en su generalidad, abarca los tres conocidos supuestos de la nulidad: por razón de la forma, de la nulidad consecuencia de ser improcedente el despido que incide sobre un contrato suspendido, y del despido radicalmente nulo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994, nos dice que el Legislador delegado mantiene la definición clásica de despido procedente (cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación). Introduce nuevas figuras de despido nulo en una lista de cinco supuestos (entre ellos, el discriminatorio o con violación de derechos fundamentales) y reserva para los casos restantes la calificación de improcedente.

Con arreglo a esta regulación —la aplicable desde 1990 hasta la fecha, señala Ramón Ruíz Jiménez— existen tres tipos de Despido: Procedente, Improcedente y Nulo, recogiendo bajo esta última calificación todos los

supuestos que antes aparecían dispersos y en algún caso fuera del Estatuto y de la Ley de Procedimiento Laboral, con lo que, evidentemente, el supuesto queda reforzado y ampliado el campo de este tipo de cese que, frente a la posibilidad empresarial de optar —ante el despido— entre indemnización y readmisión queda obligado a reincorporar.

2.2. La nueva Normativa.

La nueva redacción del artículo 55, la que hace la Ley que comentamos 11/1994, después de dejar invariable el artículo 54 referido a las causas de despido disciplinario —que seguirán, por tanto, siendo las mismas— es evidente que, en la práctica, reduce los supuestos de readmisión obligatoria, al conservar la calificación de cese nulo sólo para los que tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o en los ceses objetivos cuando se hubieran incumplido las formalidades existentes al respecto, excluyendo, por tanto, los referidos a infracciones formales, como el realizado con omisión o defectos de procedimiento, sin carta de cese, los que tienen el contrato suspendido y con falta de audiencia de los Delegados Sindicales, con lo que, insistimos, las condenas de readmisión obligatorias se reducen.

Es curioso que fuerzas políticas que, en 1980, en el Debate Parlamentario, defendían, como única solución ante un despido injustificado, la readmisión, ahora, han propiciado, y aceptado, que se reduzcan los supuestos de ceses nulos.

El Profesor de la Villa señala que los supuestos de despidos disciplinarios nulos —que obligan al reingreso automático del trabajador— se reducen al no considerar como tales los motivados por defectos de forma. Según su estimación el 90% de aquellos despidos calificados como nulos se convertirán en improcedentes, por lo que el empleador no estará obligado a reincorporar al trabajador en el puesto de trabajo.

Se resalta una diferencia, que se ha estimado discriminatoria, frente a otros ceses no disciplinarios, como son los despidos objetivos o por regulación de empleo, para los que la nueva Normativa, en caso de defecto de forma, los considera nulos, posiblemente, como compensación, por tener éstos un tratamiento indemnizatorio —20 días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades— inferior a los 45 días que tiene el disciplinario que comentamos.

Un grupo de Abogados Laboralistas vinculados a U.G.T., CC.OO. y Expertos en Derecho del Trabajo, pertenecientes a la ASOCIACIÓN IUS

LABORALISTAS DE ESPAÑA, se encuentra terminando de elaborar un Dictamen donde plantean la posible “inconstitucionalidad” de algunos de los preceptos de las nuevas Normas introducidas en la Reforma Laboral y, concretamente, el nuevo tratamiento del despido disciplinario, pues, suprimiendo supuestos de despido nulo, y considerándolos improcedentes, estiman los indicados Experto que se priva al trabajador del derecho a la defensa y se otorgan mayores ventajas procesales a la Empresa. Por supuesto, la conversión en improcedentes de gran parte de los despidos nulos, no favorece a los intereses de los trabajadores, pero, a éstos, entendemos, no se les priva del derecho a la defensa, al mantenerse, al margen de este cambio y, esencialmente, los mismos medios de impugnación.

En el nº 1 de esta nueva redacción se reitera lo que al respecto establecía el texto anterior, en el sentido de que —el despido— deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto, sin embargo, en el texto de la nueva Ley, se añade un párrafo —para complementar la regla general anterior— señalando que, por Convenio Colectivo, podrán establecerse otras exigencias formales para el despido, autorizando, por tanto, a las partes, para establecer procedimientos distintos al de la simple entrega de la carta.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado —señala la nueva Normativa conforme también con la anterior Ley Procesal Laboral— los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un Sindicato, y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho Sindicato.

Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior —sin carta, sin expediente de tratarse de un cargo sindical o sin dar audiencia previa al afiliado— el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efecto desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en Alta en la Seguridad Social.

El Despido será calificado —de acuerdo con la nueva Normativa— como Procedente, Improcedente o Nulo.

El despido se considerará procedente —igual que anteriormente— cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o, cuando en su forma, no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo; es decir, faltara la comunicación escrita, el expediente contradictorio o la audiencia del afiliado.

Se amplía, pues, el concepto de improcedente incluyendo en él los derivados de incumplimientos formales, que dejan de ser nulos y determinan, por tanto, no la reincorporación, sino la opción empresarial entre readmisión e indemnización.

Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Es el apartado 7 del nuevo artículo 56, que refuerza la ejecutividad de la decisión inicial de despido, al entenderse —aclarando frente a la redacción inicial— que el Tribunal no decide el despido, sino que se limita a convalidar una decisión anterior del empresario.

Efectivamente, la Normativa anterior —como señala Sala— podía dar a entender que el cese era un mecanismo de resolución judicial y no extrajudicial que sólo producía la extinción a partir de la declaración judicial de procedencia del mismo. Para evitar esta apariencia, los nuevos artículos 55.7 del Estatuto de los Trabajadores y 109 de la Ley Procesal Laboral señalan que, en declaración de despido procedente, convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

2.3. Consecuencias del Despido Improcedente.

El artículo 56 —conforme la nueva redacción— establece, en su nº 1, que, cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación o el abono de las siguientes percepciones económicas, que deberán ser fijadas en la resolución:

a) Una indemnización de 45 días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y hasta un máximo de 42 mensualidades, redacción exacta a la del texto anterior.

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

El empresario deberá mantener en Alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, lo que constituye una innovación y aclara la obligación de cotizar por el período de tramitación.

Quiere ello decir que podrá dar de baja al despedir, pero que, reclamado el cese, si el trabajador logra sentencia declarando la improcedencia, la Empresa tiene que cotizar con efectos retroactivos por el período de tramitación.

En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, la cantidad —los salarios de tramitación— quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si, en dicho acto, el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización prevista para los mismos —45 días por año de servicios— depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de 48 horas siguientes a la celebración del acto de conciliación. Es una modificación importante sobre la Normativa anterior, que, aparte de abaratar el despido reduciendo la tramitación, al existir un reconocimiento previo de la improcedencia, impide que, en el Acto del Juicio, pueda discutirse ésta y sostenerse la procedencia. Efectivamente, se habla de depositar en el Juzgado de lo Social la indemnización, sin concretar, cuando en un lugar hubiera varios, en cuál de ellos, y sin aclarar qué pasa, si el indicado depósito y la demanda están en Juzgados distintos. Además, tampoco se concreta si el reconocimiento empresarial de la improcedencia, y el posterior depósito, evita la vista o la sentencia. Piénsese, por otra parte que, admitida por la Empresa la improcedencia, el trabajador, por el contrario, pudiera sostener la nulidad. Convendría concretar que sólo se trata —en este caso de depósito previo— de limitar el crecimiento de los salarios de tramitación, pero que ello no impide —salvo conformidad del trabajador— el juicio y la sentencia, calificando el despido, aunque sin la posibilidad del empresario de mantener —después de su reconocimiento de improcedencia— la procedencia del cese o la disminución de la indemnización ofrecida.

En distintas reuniones en que se ha planteado la cuestión, se da por seguro la existencia de una cierta corriente en el sentido de que, en el Decanato se recibe la indemnización, y que éste, después del reparto, transfiere la cantidad recibida al Juzgado al que hubiera correspondido tramitar el despido, que celebrara el juicio y asignara la indemnización en la sentencia, según proceda.

En el supuesto de no optar el empresario —vista la sentencia— entre la readmisión o la indemnización, se entiende que, como hasta ahora, procede la primera.

Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuarse la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada; salvo la inclusión del delegado sindical, el texto actual es igual que el previsto en la redacción inicial.

Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de los salarios de tramitación que hubiera adelantado al trabajador, correspondiente al tiempo que exceda de dichos 60 días.

Con ello, se concreta y aclara la obligación del empresario y, en estos casos, de adelantar los salarios de tramitación, sin perjuicio de su repetición frente al Estado.

2.4. Procedimiento Laboral.

La Reforma de la Ley Procesal Laboral, que produce la Ley 11/1994, se aprueba con la finalidad exclusiva de adaptar sus preceptos a las consecuencias, a su vez, de la Reforma de la Ley sustantiva, que examinamos anteriormente.

Así, las innovaciones en materia del Despido Disciplinario, que estamos examinando, aparte la ampliación de los ceses objetivos, los nuevos procesos sobre Movilidad Geográfica, modificaciones de condiciones de trabajo y Laudos sobre Elecciones, requieren nuevas Normas Procesales que permitan a la Jurisdicción cumplimentar adecuadamente las obligaciones que, por una Ley, se le asignan.

Antes, al comentar los artículos 55 y 56 del Estatuto, examinamos las variaciones experimentadas por la Reforma en la materia. En relación con

ello, ahora, la nueva Ley, en el Capítulo II del Título II del Libro Segundo del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, introduce las siguientes modificaciones:

Artículo 104. Requisitos de las Demandas de Despido.

El apartado d) de este artículo, referido a requisitos de despido, queda redactado de la siguiente forma:

d) Si el trabajador se encuentra afiliado a algún Sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales si los hubiera.

Se añade este requisito, además de mantenerse los generales y, concretamente, los referidos a lugar de trabajo, clasificación, características del trabajo, salarios, fecha del despido, forma, hechos alegados por el empresario, si se ostenta representación sindical, etc.

Con ello se adapta a la nueva circunstancia que considera improcedente este cese y no nulo como antes.

Artículo 108. Sentencia de Despido.

Como consecuencia de las innovaciones sobre despido este artículo queda redactado así:

1. En el fallo de la sentencia, el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo.

Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma, establecidos en el número uno del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente.

2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

3. Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo.

En síntesis, se adaptan las calificaciones que procedan hacer en la sentencia en caso de despido, a lo establecido —y anteriormente comentado—

en los artículos 55 y 56, en el sentido de que, todos los ceses con incumplimientos formales, son improcedentes, y no nulos, y que los supuestos de éstos, de los nulos, se reducen exclusivamente a los que tengan como móvil la discriminación o la violación de derechos fundamentales.

Recordemos que, según de la Villa, el 90% de los anteriores despidos nulos se convertirán en improcedentes, sin imponerse, por tanto, la readmisión.

Artículo 109. Consecuencia de la Procedencia.

Se señala que, si se estima el despido procedente, se declarará convalidada la extinción del contrato de trabajo que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

La innovación consiste en que, en la redacción anterior, se decía que el Juez declaraba extinguida la relación laboral, mientras que, ahora, se matiza que, en este caso, lo que el Juzgador hace es convalidar una decisión anterior del empresario, lo que, aparte de aclarar la fecha real del cese, se ajusta más a la realidad, por cuanto el Juez no es quien extingue el contrato. El despido lo determina el Empresario, limitándose el Juzgador a rechazar o convalidar la decisión anterior.

Artículo 110. Consecuencia de la Improcedencia.

En el nº 1, se señala que, si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el nº 1, párrafo a) del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. La condena comprenderá, también, el abono de la cantidad a que se refiere el párrafo b) del propio apartado 1, con las limitaciones, en su caso, previstas por el apartado 2 de dicho artículo y sin perjuicio de lo establecido en el nº 5 del mismo. En síntesis, se concreta que, de no interesarle al empresario la readmisión, procede la indemnización de 45 días de salario por año de servicios hasta el máximo de 42 mensualidades y los salarios de tramitación.

En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la Norma que regule dicha relación especial. Con ello, se mantiene supuestos de indemnización, para estos casos, altos cargos, servicios domésticos, etc., con compensaciones, por ceses, inferiores a las generales.

En resumen, este artículo tiene igual redacción que el anterior, salvo que, al referirse al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, se adapta a las innovaciones introducidas en éste y, concretamente, a que los salarios de tramitación quedan limitados hasta el día de la conciliación previa si, en ésta, el empresario reconociera la improcedencia del despido y ofreciese la indemnización que corresponde, depositándola en el plazo de 48 horas.

Al comentar el artículo 56, en su nueva redacción, resaltamos la falta de concreción existente respecto a este reconocimiento de improcedencia, y al depósito posterior de la indemnización, y a la tramitación —en este caso— del juicio.

En el nº 4 se señala que, cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha.

Es lo que, antes, estaba previsto para subsanar los despidos nulos por defectos de forma.

Artículo 111. Recurso de la Sentencia de Despido.

Se da una nueva redacción al nº 1 del artículo 111, que queda de la siguiente forma:

Si la sentencia que declarase la improcedencia del despido fuese recurrida, la opción ejercitada por el empresario tendrá los siguientes efectos:

a) Si se hubiere optado por la readmisión, cualquiera que fuera el recurrente, ésta se llevará a efecto de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 295 de esta Ley. Quiere decir, aclaramos que, en este caso —opción a favor de la readmisión y no indemnización— el empresario, mientras se tramita el recurso, liquida al trabajador la retribución y éste continuará prestando sus servicios, salvo que la Empresa prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.

b) Cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso fuere interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, es decir, que el empleado cobre la retribución, si bien —en este caso— durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario. Si la sentencia que resuelva el recurso que hubiera inter-

puesto el trabajador elevase la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los 5 días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad Gestora.

Es novedad que, durante el recurso, en el caso b), cuando se hubiera optado por la indemnización, lo que, en definitiva, entraña la rescisión del contrato cualquiera que sea el resultado del recurso, el empresario no abona salarios, sino que el trabajador percibe el Desempleo. En definitiva, la nueva solución, que remite al trabajador al desempleo, propicia el ejercicio del derecho al recurso, que no queda limitado —como antes— por el costo suplementario que, para el empresario, suponía el pago de retribución durante la tramitación.

De esta manera —señala Sala— al suprimirse la ejecución provisional de la sentencia y pasar el trabajador a la situación de desempleo involuntario, al empresario le costará menos la interposición del recurso.

Artículo 112. Sentencia de Representante Sindical.

El nº 1 del artículo 112, queda redactado de la siguiente forma:

Cuando la sentencia que declarase la improcedencia del despido de un representante legal o sindical de los trabajadores fuese recurrida, la opción ejercitada por dichos representantes tendrá las siguientes consecuencias:

a) Cuando el trabajador hubiese optado por la readmisión cualquiera que sea la parte que recurra, habrá de estarse a lo dispuesto por el artículo 295 de esta Ley, es decir, ocupación o no, pero abono de los salarios siempre, mientras se tramita el recurso.

b) De haberse optado por la indemnización, tanto recurra el trabajador como el empresario, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, si bien durante la sustanciación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario. Si la sentencia que resuelva el recurso interpuesto por el empresario disminuyera la cuantía de la indemnización, el trabajador, dentro de los 5 días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal caso, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección,

deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el Empresario en la Entidad Gestora.

Podemos resumir señalando que, en los casos de representante legal o sindical, y en los supuestos de despidos improcedentes, si se recurre, y se hubiera optado por la readmisión, durante la tramitación del mismo, procederá el abono de salarios y la opción de utilizar o no los servicios del trabajador, por el contrario, de haberse optado por la indemnización, el empleado percibiría las prestaciones de Desempleo y no la retribución de la Empresa.

Artículo 113. Consecuencias del Despido Nulo.

Si el despido fuera declarado nulo, se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 295, tanto cuando fuera recurrida por el empresario como por el trabajador.

Es innovación, frente a la redacción anterior, la desaparición de la posibilidad de subsanar, ya que, como hemos visto, desaparecen también los despidos nulos formales, que se consideran, ahora, improcedentes y llevan la subsanación por otro camino. Los que quedan como nulos producen la inmediata readmisión. Además, al no existir en la nulidad la posibilidad empresarial de sustituir la readmisión por la indemnización, se aclara que, en caso de recurso, se produce, mientras se tramita éste, el pago de salario con ocupación o sin ella.

3. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, formulamos las Conclusiones siguientes:

3.1. La Reforma, en la práctica, reduce los supuestos de despidos disciplinarios nulos, al considerar improcedentes los acordados con incumplimientos formales. Con ello se reduce el número de las readmisiones obligatorias.

3.2. Se detecta solución distinta de la conclusión anterior, para supuestos de ceses distintos de los disciplinarios —objetivos o en regulación de

empleo— en los que el incumplimiento del procedimiento establecido al efecto, sí determina la nulidad.

3.3. Consecuentemente con lo anterior, sigue predominando la indemnización como fórmula de compensación de los despidos disciplinarios injustificados.

3.4. La posibilidad concedida al empresario, de aceptar, en Conciliación, la improcedencia de un cese, permite limitar los salarios de tramitación, lo que, aparte de beneficiar a la Empresa, de articularse un proceso adecuado, serviría para aligerar el trabajo en los Juzgados de lo Social y paliar el exceso de actividad que puede plantear la asignación de nuevos procesos, como los de movilidad, modificaciones, etc., a los Tribunales.

3.5. Se suprime la posibilidad anteriormente concedida al Juez de imponer multas coercitivas en favor del Tesoro Público al empresario que incumpliera con la obligación de readmisión.

3.6. La sustitución de los salarios de tramitación por prestaciones de desempleo durante la tramitación de los recursos de despido improcedente, en los que se hubiera optado por la indemnización, facilitará la impugnación de estas sentencias y posiblemente un aumento en la solicitud de anticipos reintegrables previsto en el artículo 299 de la Ley Procesal Laboral.

3.7. Se aclara que el despido no es una decisión judicial, ya que se configura como un mecanismo de resolución empresarial, que se convalida cuando el cese es declarado procedente por el Juez o aceptado por el trabajador.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR VICIOS EN LA CONSTRUCCIÓN*

MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

SUMARIO

- I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.
- II. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE RELACIONES CONTRACTUALES.
 - 1) Vías de reclamación.
 - 2) Legitimación activa.
 - 3) Qué deben probar los demandantes.

(*) Conferencia pronunciada en las “Jornadas sobre Responsabilidad Civil”, organizadas por el Ilmo. Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria en colaboración con la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

- 4) Legitimación pasiva.
- 5) El carácter solidario de la responsabilidad.
- 6) El contenido de la reclamación.
- 7) Cláusulas exoneradoras de responsabilidad.
- 8) Normativa en materia de consumo.

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

El tema objeto de la presente exposición, podría constituir él sólo la materia de unas jornadas, dada la complejidad y multiplicidad de problemas que bajo ese título se incluyen. Sin embargo, a fin de no defraudar las expectativas creadas, voy a intentar dar una visión panorámica sobre esta cuestión, que permita integrar todas las posibles opciones de accionar en caso de que se produzcan daños, por defectos o vicios en la construcción, dentro de las relaciones contractuales más frecuentes.

Para una mejor comprensión del problema deben tenerse presentes los siguientes datos, que no por sabidos son de menor significación:

1. Como consecuencia del despegue económico y consiguiente éxodo rural, se produjo un vertiginoso crecimiento del sector de la construcción, dada la incesante demanda de vivienda en propiedad, debido fundamentalmente a la escasez y carestía de la vivienda arrendaticia. La obtención del mayor margen de ganancia posible supuso, en ocasiones, que los materiales empleados en la edificación fueran defectuosos o de calidades inferiores a las requeridas (aún se halla candente el problema de la aluminosis), cuando no se defraudó a los pequeños ahorradores que aspiraban a adquirir una vivienda en propiedad (precisamente este hecho determinó la aparición de la Ley 57/1968, de 27 de julio, aún vigente, en la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en la que se obliga a garantizar la devolución de esas entregas a cuenta de la futura vivienda).

2. Estos hechos, unidos a la preocupación de los responsables públicos por la ordenación del sector y del suelo urbano, produjeron una eclosión de normas administrativas, que han originado una gran complejidad y farragosidad, determinando una situación de actividad reglada [Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, R.D. Legislativo 1/1992 de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido; Reglamento de Planeamiento (R.D. 304/1993, de 26 de febrero); Reglamento de Gestión Urbanística (R.D. 3.288/1978, de 25 de agosto); Reglamento de Disciplina Urbanística (R.D. 2.187/1978, de 23 de junio)].

3. En materia de responsabilidad por vicios en la construcción, las normas con las que se ha contado durante todo este largo período de evolución han sido las generales de las obligaciones y contratos, especialmente —por razones obvias— las recogidas en sede de contrato de “arrendamiento de obra” (arts. 1.588 al 1.600 del C.C.), rebautizado por la doctrina como contra-

to “de obra” —denominación que parece ser la que al fin la Comisión de Codificación va a consagrar normativamente—.

Así, por más que haya parecido necesaria una regulación legislativa del sector, a fin de asegurar y mantener la confianza en el mercado y en los operadores inmobiliarios, ésta aún no se ha producido, pese a la sucesiva articulación de proyectos legislativos (Proyecto de Ley sobre Protección Pública de la Vivienda de 1979, Anteproyecto de Ley de garantías de la Edificación de 1985, borrador de Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 1992, así como los trabajos de la Comisión de Codificación sobre el Contrato de Obra).

4. Ha sido la actividad jurisprudencial quien a través de su labor de integración e interpretación de las normas, en algunos casos forzando el tenor literal de los preceptos, ha adaptado a la realidad actual esta materia, resolviendo en función de los intereses planteados. Se puede decir que en este punto existe una auténtica jurisprudencia de intereses, lo cual en ocasiones plantea problemas de certidumbre y seguridad jurídica.

Nuestra exposición se va a centrar en los planteamientos jurisprudenciales referentes a la exigibilidad de esta responsabilidad civil, dado que ellos son los verdaderos protagonistas en la decisión de los conflictos que sobre el tema se han ido planteando.

II. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE RELACIONES CONTRACTUALES

1. Vías de reclamación.

Todos los problemas de responsabilidad que se plantean en esta materia encuentran su fundamento de hecho en los defectos, vicios o ruina de bienes inmuebles que sufren sus propietarios, una vez que el edificio o vivienda ha sido entregado por el correspondiente constructor. La base contractual en la que se puede generar abarca un amplio espectro de situaciones, desde la típica recogida en el Código Civil atinente al contrato de obra (art. 1.588 del C.c.), en el que el dueño de la misma —propietario del terreno— encarga una construcción para su goce y disfrute, hasta aquellas otras de mayor complejidad en las que se superpone a la relación del arrendamiento de obra otra de compraventa, por la que una vez efectuada la construcción ésta se transmite a terceros ajenos a la relación de arrendamiento inicial. Dada la importancia económica y habitualidad de estos casos, sobre esta última centraremos nuestra atención.

Un caso típico de esta problemática, resuelto en la S. de 29 de enero de 1983, puede ser el siguiente: el propietario-promotor de una urbanización contrata la construcción de dos edificios, una vez finalizados éstos son vendidos; los compradores, recibidos los pisos, observan que existen graves defectos en las chimeneas instaladas, hasta el punto de que las mismas son inutilizables por carecer de la correspondiente salida de humos; la vendedora-promotora se compromete a realizar un nuevo proyecto de reparación, que resulta de todo punto ineficaz; los afectados reclaman la reparación de las chimeneas conforme al proyecto inicial de construcción así como la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

¿Qué camino jurídico cabría seguir para obtener estas pretensiones?

1. Si no se ha cumplido aún el plazo de caducidad de seis meses (art. 1.490 del C.c.), establecido en materia de compraventa para **el saneamiento por vicios ocultos (arts. 1.474-2 y 1.484 del C.c.)**, cabría optar por esta vía, bien pidiendo la correspondiente rebaja del precio de la vivienda adquirida, acción *quantum minoris*, o bien la resolución del contrato, acción *redhibitoria* (art. 1.486 del C.c.), más la indemnización de daños y perjuicios si los vicios eran conocidos por el vendedor. Ahora bien, ¿qué ocurrirá si esos vicios o defectos se manifiestan con posterioridad a los seis meses?

2. Se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia la posibilidad de exigir responsabilidades por vicios ocultos, en materia de compraventa, por la vía de **la acción de cumplimiento defectuoso o incumplimiento relativo (arts. 1.101 y 1.124 del C.c.)**, durante un período de quince años, a contar desde que se hizo la entrega de la vivienda (Ss. 20 de septiembre de 1985 y de 3 de abril de 1986).

Esta doctrina jurisprudencial parece adecuada siempre que —como señala BERCOVITZ (CCJC, 1983, págs. 125 y ss.)— se aplique cuando ya no quepa el ejercicio de las acciones edilicias por haber transcurrido ese plazo de seis meses, en otro caso éstas quedarían sin contenido. No debe olvidarse que los adquirentes se encuentran legitimados para ejercitar todas las acciones que le correspondieran al comitente (dueño y receptor de la obra) frente al contratista por subrogación.

La jurisprudencia, sin embargo, ha abundado aún más en el tema admitiendo la prosperabilidad de esta vía también respecto a vicios determinantes de ruina. Así, en la S. de 13 de julio de 1987 se dirá que “al margen de la responsabilidad decenal que el art. 1.591 del C.C. sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le correspondan, entre las que destaca por su fundamental importancia la de que la cosa objeto de convención reúna las condiciones que la

hacen apta para ser habitada, lo que no sucede cuando existen vicios en la construcción determinantes de su ruina, dando lugar cuando ésta se manifiesta a la correspondiente acción indemnizatoria, cuyo lapso de prescripción es el de quince años establecido en el art. 1.964 del Código Civil, y la raíz de inicio para su cómputo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.969 del citado Código sustantivo, y en el caso de la controversia cuando se manifestaron externamente los indicios de la ruina”.

Precisamente, en el supuesto que hemos planteado, esta segunda vía fue la que se eligió para reclamar los vicios de la construcción. El Tribunal Supremo se pronunció favorablemente sobre el camino jurídico seguido, argumentando la efectiva existencia de incumplimiento, ya que el mismo depende fundamentalmente de que se haya llevado a cabo u omitido algo, como acontece en este caso con la entrega de unos pisos cuyas chimeneas no funcionaban por no tener salida de humos. Existe —según señala el Supremo— por parte de la vendedora “un «incumplimiento inexacto» o «relativo», por razón de su inadecuado montaje, lo que da lugar (a la pretensión) tanto por aplicación del art. 1.124, como en todo caso del art. 1.101 del mismo cuerpo legal (S. 1 de junio de 1982)” (S. 29 de enero de 1983).

Respecto a la invocación, efectuada en esta sentencia de 29 de enero de 1983, del art. 1.124-2º a fin de fundamentar la prosperabilidad del incumplimiento inexacto, indicar que el Supremo contesta al recurrente, quien entiende que no se trata de un precepto aplicable a la cuestión, que el mismo no sólo atiende al incumplimiento pleno, sino también a los supuestos de incumplimiento relativo o inexacto, apoyándose en la argumentación que de tal punto se efectúa en la S. de 10 de noviembre de 1981 y en el principio hermenéutico recogido en el art. 3-1 del C.c.

3. La tercera vía, compatible con las anteriores, es la que se deriva del art. 1.591 del C.c.

Precisamente, sobre la base de este proyecto se ha realizado toda la adaptación de esta materia a nuestros días y, aunque ubicado en sede de contrato de “arrendamiento de obra”, el Tribunal Supremo le ha atribuido un papel que le ha hecho trascender de ese ámbito contractual. Veamos sus aspectos definitorios.

— *Naturaleza jurídica del art. 1.591 del C.c.:*

Se ha discutido mucho dentro de la doctrina, sobre la base de una vacilante jurisprudencia, acerca de si este precepto recoge una responsabilidad de carácter contractual o extracontractual. Hoy en día, sin embargo, parece

que esta cuestión se ha superado, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia se decantan por entender que nos encontramos ante una responsabilidad que tiene un claro origen contractual, derivado del contrato de obra realizado, pero cuyo carácter último es legal, dada la posibilidad de ser exigida por los sucesivos subadquirentes de la obra (Ss. 28 de octubre de 1974, 30 de septiembre de 1991); se trata de una responsabilidad que cabría ser calificada como de obligación *ob rem*, u obligación de resultado o seguridad.

— *Presupuestos para el ejercicio de la acción ex art. 1.591 del C.c.*

Establece el art. 1.591 del Código Civil que: “*El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección*”.

1. Debe tratarse de **edificios**.

El término “edificio” ha sido concebido en la jurisprudencia en un sentido muy amplio, aunque los casos más frecuentes los protagonicen las viviendas o locales de negocio. Así, por ejemplo, se ha entendido como edificio a los efectos del art. 1.591 C.c.: la tribuna de un campo de fútbol con cubierta de gradería de estructura metálica que se hundió (S. 24 de diciembre de 1982), un almacén de cereales que se derrumbó (S. 17 de mayo de 1967), el muro de cierre de un Seminario diocesano que también se vino abajo (S. 14 de diciembre de 1984), la central destinada al suministro de calefacción y agua caliente de un polígono de viviendas que resultó defectuosa (S. 28 de junio de 1982)...

2. Ha de existir **ruina**.

En este punto la actividad correctora de la jurisprudencia ha actuado de forma muy progresista. Se ha reputado ruina no sólo la “destrucción o caída” íntegra de un “edificio”, sino también aquel derrumbamiento que ha afectado a partes de una construcción, “ruina parcial” (Ss. 3 de enero de 1990, 13 de julio de 1990, 16 de diciembre de 1990), o bien a aquel que podría acaecer en un futuro más o menos lejano, “ruina potencial” (Ss. 13 de julio de 1990, 21 de diciembre de 1990 y 5 de noviembre de 1991), e incluso el caso en el que propiamente no existían defectos que pudieran determinar la caída del edificio, pero sí alteraban el destino de esa construcción, «ruina funcional» (Ss. 11 de febrero de 1982, 30 de octubre de 1986 ó 28 de octubre de 1989, entre otras). En palabras del Supremo cabe admitir la ruina cuando se presentan “defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como aquellos otros que, por exceder

de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio” (S. 27 de octubre de 1987). Así, se han considerado vicios ruinógenos: las filtraciones de agua (S. 29 de mayo de 1983), el desprendimiento de azulejos y ladrillos (S. 3 de octubre de 1979, 30 de septiembre de 1983), la inadecuada impermeabilidad (Ss. 29 de marzo de 1983 y 17 de febrero de 1984), las grietas y humedades (S. 3 de marzo de 1983 y 26 de abril de 1986), las bajadas de aguas, cornisas, inundaciones de cubiertas y tejados (Ss. 9 de mayo, 29 de marzo de 1983), las defectuosas instalaciones y colocación de colectores (S. 17 de febrero de 1984), e incluso los ruidos y vibraciones procedentes de una fábrica vecina por hacer a la vivienda “inapropiada para lo que fue proyectada, construida y vendida, es decir, para vivir y descansar” (S. 10 de marzo de 1993), o los defectos que afectan al entorno estético de la construcción (S. 27 de octubre de 1987).

Quedan excluidas del concepto de ruina, sin embargo, las imperfecciones corrientes en la construcción —según se señala en la S. 29 de enero de 1991— cuya vía de resarcimiento parece ser: la de los vicios ocultos de la compraventa (art. 1.490 C.c.), las generales de las obligaciones (arts. 1.091, 1.098, 1.101, 1.166 y 1.258 C.c.), o la anulación del proceso de recepción de la obra por error. Aunque, a tal fin también cabría invocar el art. 11 de la LGDCU y exigirse las acciones allí planteadas.

3. La ruina se debe producir dentro de los diez años contados desde que se concluyó la construcción.

Se trata de un plazo, dentro del cual deben aparecer los vicios ruinógenos. Como se ha señalado en diversas sentencias (S. 11 de octubre de 1974, 17 de julio de 1989, 4 de diciembre de 1989) este plazo “no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como decenal, que ese precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorización del vicio ruinógeno dentro del plazo de diez años desde la terminación de la obra, de manera que, si el plazo transcurre sin haber ocurrido el evento, la acción no podrá nacer por preclusión del plazo de garantía (S. de 14 de febrero de 1991). Una vez nacida la acción, el plazo de prescripción de esta responsabilidad será el general de quince años establecido por el artículo 1.964 del C.c. (4 de noviembre de 1992)”.

Respecto al inicio de ese plazo de garantía de diez años debe tenerse en cuenta que, aun cuando el art. 1.591 del C.c. señala que éste correrá “desde que se concluyó la construcción”, el mismo —según se entiende por la jurisprudencia— debe ser referido al certificado de finalización de obra, una vez que haya habido recepción definitiva de la misma.

Ese plazo de garantía se amplía a quince años cuando el contratista falta a las condiciones del contrato. Sobre ese plazo de garantía también grava, respecto a la acción para hacerlo exigible, el tiempo de prescripción de quince años (art. 1.964 del C.c.), que se contará desde que la acción pudo ser ejercitada (art. 1.969 del C.c.), una vez que la ruina aparece.

2. Legitimación activa.

En el caso planteado como ejemplo de vicios en la construcción, las chimeneas sin salida de humos, los legitimados activamente y demandantes fueron los presidentes de las Comunidades afectadas (S. 29 de enero de 1983).

Precisamente una de las cuestiones discutidas en el pleito fue la correspondiente legitimación de los presidentes de las Comunidades para instar las acciones tendentes a la reparación de esos vicios, en tanto éstos se hallaban radicados fundamentalmente en las partes privativas del edificio, aunque influyeran en la parte común, y tal actuación tuvo su origen en un acuerdo de las Comunidades, adoptado por simple mayoría, aun cuando por afectar a elementos comunes podría haberse exigido la unanimidad de decisión —art. 11 LPH—.

El Supremo confirmará la plena capacidad procesal del presidente, afirmando el pleno interés sobre la controversia no sólo de los propietarios sino de toda la Comunidad, que también resulta afectada por esos hechos, circunstancia que se justifica además en los acuerdos asumidos en las Juntas de comuneros, en relación a los cuales los demandados son terceros carentes de legitimación para su impugnación. Se reitera así una abundante jurisprudencia en este mismo sentido (Ss. 25 de junio de 1973, 19 de abril de 1977, 3 de octubre de 1979, 21 de diciembre de 1981 y 30 de abril de 1982), a través de la cual se ha intentado facilitar la defensa y actuación de la Comunidad y presidente, incluso aunque existieran defectos en la constitución de la comunidad (S. de 28 de octubre de 1991) o en el poder otorgado al presidente (S. 23 de enero de 1991).

Además, se ha admitido la legitimación de cualquier propietario para el ejercicio de acciones “lo mismo con relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los elementos comunes, ya que los daños en aquéllas o en éstos le afectan a su derecho particular que requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes” (Ss. 29 de abril de 1966, 24 y 27 de enero y 14 de mayo de 1977, 28 de octubre de 1991 y 8 de junio de 1992); máxime si con esa actuación el grupo de comuneros ejercitante suple la desidia del presidente o de los demás comuneros y a pesar de que algunos se hallen en contra del litigio (S. 2 de octubre de 1992).

Por supuesto, en los casos en los que el afectado sea dueño de la obra podrá también ser ejercitada esta acción, aunque dependerá de la condición que aquél ostente. Es reiterada la jurisprudencia que ha permitido que los promotores-vendedores, en su calidad de dueños de la obra, se encuentren legitimados activamente. Junto a la legitimación de los sucesivos adquirentes para instar esa reparación, se recoge en algunas sentencias —como la de 9 de junio de 1989— que “los promotores que contrataron con los constructores y técnicos conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato, con base en el vínculo nacido precisamente del mismo”, porque “que los promotores no asuman frente a los propietarios de los pisos el ejercicio de las acciones para reparar lo mal hecho puede generar que sean ellos mismos demandados y condenados con el constructor y los técnicos”, lo que por ende “no impone que deban figurar en los litigios como demandados, cuando como en este caso actúan en defensa del interés propio de que la prestación sea correctamente cumplida, aunque ello redunde en beneficio de los propietarios que también tienen acción en juicio” (Esta doctrina se da singularmente respecto a las Cooperativas de viviendas en las Ss. 17 de julio de 1990, 29 de enero de 1991, 8 de junio de 1992 y 10 de julio de 1992). Lo curioso del citado planteamiento es que el mismo se ha aceptado, no ya cuando el promotor-propietario no ha vendido o ha vendido sólo en parte las viviendas, sino incluso en el caso de que ya se haya efectuado la transmisión íntegra de la construcción, atendiendo a que “trate legítima y legalmente de eludir esa (su) responsabilidad, demandando anticipadamente al arrendatario-ejecutor material, para que éste se responsabilice de su conducta incumplidora, origen del defecto constructivo” (Ss. 17 de julio de 1990 y 8 de junio de 1992).

Asimismo, se hallan legitimados activamente los primeros y sucesivos adquirentes de las viviendas transmitidas, dado que cuando reciben la propiedad de la casa, piso o local, con ella también reciben las acciones inherentes a su cualidad de dueño de la cosa adquirida, se subrogan legalmente en los derechos del anterior propietario (Ss. 1 de abril de 1977, 22 de junio de 1990, 17 de julio de 1990).

3. Qué deben probar los demandantes.

En relación con la acción del art. 1.591 C.c., los perjudicados únicamente deben acreditar dos cuestiones: a) la situación de ruina o la presencia de vicios o defectos ruínógenos; b) que esa situación acaeció dentro del plazo decenal de garantía fijado en el precepto.

A estos efectos el Supremo viene entendiendo que el art. 1.591 del C.c. consagra una presunción *iuris tantum*, por la que se debe considerar que los vicios ruínógenos generados son consecuencia de la defectuosa construcción,

dirección o planificación de la obra, razón que determina que todos los participantes en la actividad constructiva deban ser conceptuados responsables solidarios (S. 30 de octubre de 1991), a menos que prueben que tal vicio no les es imputable a su esfera de competencia profesional. Esta presunción y la inversión de la carga de la prueba ha llevado a calificar esta responsabilidad como objetiva para los participantes en el proceso constructivo, ya que se justifica —S. de 13 de diciembre de 1988— “no en la presunción de culpabilidad, sino en la experiencia que demuestra que no puede imponerse, en muchas ocasiones al perjudicado, la averiguación y prueba de la causa del daño sufrido, cuando ha de hacer frente a la actuación de distintos profesionales, especialmente técnicos, que obtienen beneficios por sus actos y que han de aplicar reglas especiales de cuidado”.

4. Legitimación pasiva.

La demanda, en el caso de las chimeneas, fue dirigida tanto contra la constructora como contra la vendedora, en la que concurría la cualidad de propietaria-promotora de la urbanización, pero el juez de primera instancia condenó únicamente a esta última, extremo ratificado en las instancias superiores. La decisión parece lógica si tenemos en cuenta que la vía adoptada por el juzgador es la del incumplimiento inexacto, aunque podría haber sido otra si se hubiese acudido a la acción del art. 1.591 del C.c.

Debe llamarse la atención sobre la doble condición de la vendedora: promotora y dueña de la urbanización. Se le atribuye la responsabilidad por los defectos constructivos, aunque no participará materialmente en la obra de edificación, en su calidad de sujeto obligado en la relación contractual de compraventa. Ello parece lógico dado el vínculo contractual que le liga con los adquirentes, sin embargo este criterio de asignación de responsabilidad, de origen jurisprudencial, se ha extendido también a las entidades promotoras cuando la responsabilidad se plantea en los términos del art. 1.591 del C.c, a pesar del tenor literal de este precepto.

Como se recordará la figura del promotor no aparecerá —normativamente hablando— hasta la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial de 1963, y su Reglamento de 1968, consolidándose jurisprudencialmente en los años setenta. Desde entonces la figura del promotor ha ido asumiendo y acumulando papeles diversos hasta distinguirse cuatro diferentes tipos de entidades promotoras: promotor-constructor, promotor-vendedor, promotor-mandatario y promotor-mediador.

1. El **promotor-constructor** se caracteriza porque siendo dueño del solar o de un derecho real que le permite construir sobre un terreno, realiza

por sí, o con la colaboración de otros, un edificio que después de dividir en pisos o locales acogándose a la Ley de Propiedad Horizontal, los transmite a terceros, bien «sobre plano» o en construcción, bien «llave en mano», una vez finalizada aquélla. Él suele ser el beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, por eso se ha señalado en diversas sentencias, entre otras las Ss. de 8 de noviembre de 1978 y 21 de diciembre de 1990, que “el promotor-constructor que vende los pisos o locales por él construidos será responsable de los defectos o vicios ruinógenos en la construcción *ex art.* 1.591 del C.c., más allá de la obligación de saneamiento por vicios ocultos establecida en el art. 1.490 del C.c. que le incumbe como vendedor, ya que su situación aun cuando no esté específicamente regulada, guarda analogía con lo dispuesto en aquella norma”. Las razones a este fin aducidas son las siguientes (S. de 1 de octubre de 1991): “A) Que la obra se realiza en su beneficio; B) Que se encamina al tráfico de la venta a terceros; C) Que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; D) Que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y E) Que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción”.

2. El **promotor-vendedor** guarda cierto parecido con el anterior tipo, ya que suele ser dueño de la obra y realiza por sí la gestión de venta, aunque en vez de llevar a cabo él directamente la construcción ésta es encargada a terceros. También a él ha extendido el Tribunal Supremo la responsabilidad decenal (entre otras, Ss. 22 de febrero y 9 de marzo de 1988, 21 de diciembre de 1990). Así se hizo en la S. de 1 de marzo de 1984, caso éste en el que el promotor —dueño de la obra— y el contratista eran personas jurídicas distintas, aunque pertenecían al mismo grupo de empresas. Esta solución se reiterará en las Ss. de 13 de junio de 1984 y 11 de febrero de 1985, aduciéndose que la “existencia de otra persona o sociedad que ejecutare la obra materialmente y por encargo de la promotora según el oportuno proyecto” no lleva aparejada la exoneración de la responsabilidad decenal, pues “por su cuenta y en su beneficio encarga la obra a un tercero”. Criterio aplicado igualmente en la S. de 25 de febrero de 1985, porque el promotor “si bien no construyó efectivamente el inmueble objeto de discusión era propietario del terreno sobre el que edificó; contrató la construcción del mismo con terceras personas; y, concluida ésta, procedió por cuenta propia a la venta de sus diferentes pisos y locales”. El fundamento más sólido de esta postura la encuentra el Supremo en el hecho de que lo que valora el adquirente en la operación de compra de una vivienda es “la garantía de autenticidad de la obra con adaptación a lo que el promotor ofrecía, o sea, una construcción correcta en concordancia con su naturaleza y características” (S. 20 de junio de 1985).

BERCOVITZ (CCJC, 1984, págs. 1.841 y ss.) opina que esta extensión de la responsabilidad a los promotores-vendedores resulta injustificada si se tiene en cuenta que su actividad, respecto al contrato de obra, se reduce a contratar la construcción, advirtiendo que su situación es parangonable a la del sujeto que compra al constructor-promotor el edificio en bloque, para posteriormente vender sus pisos y locales.

3. El promotor-mandatario. Su labor puede ser muy diversa, se ocupa generalmente de programar e impulsar la edificación por cuenta del dueño de la obra, realizando todas o algunas actividades —búsqueda y adquisición de terrenos, cumplimiento de las exigencias de orden administrativo y urbanístico, financiación, búsqueda, selección y contratación de técnicos y contratistas de obra, supervisión y control del proceso constructivo, otorgamiento de título constitutivo, y en su caso la venta de los pisos y locales resultantes—, todo ello a cambio de remuneración. También sobre él ha recaído la responsabilidad decenal. Así, en la S. de 6 de marzo de 1990 ésta se impondrá a una empresa constituida por técnicos, cuya misión consistía en la representación y asesoramiento de su cliente —dueño de la obra— en las tareas de construcción, con quien habían asumido contractualmente las obligaciones de “la redacción del proyecto, la planificación de las obras y confección de presupuestos, la comparación y selección de ofertas y su adjudicación, de acuerdo con los criterios de las mejores condiciones técnico-económicas, la redacción de los contratos, la comprobación sobre el terreno de las mismas, coordinación y planificación de los trabajos, y su control de recepción, representación del cliente ante el subcontrato, aprobación de pagos, control económico del presupuesto y su liquidación final, control de garantías...”, y, a pesar de recibir por estos trabajos solamente una retribución de carácter porcentual “de la inversión real inmobiliaria y de los servicios generales de la obra”. Se condena a la empresa a responder por los vicios ruínógenos al considerarse que “era la encargada de la dirección total y general de las obras”. La Sala admitirá su calificación como “constructora o contratista”, ya que “habiendo asumido la representación y las facultades del propietario en el conjunto total de la construcción, estuvo real y efectivamente operando como tal, ya que, recibiendo el encargo constructivo del dueño, todo el resto giraba bajo su dirección, control y responsabilidad; misión intermediadora que constituía el objeto de la remuneración que percibía, y cuya figura, al igual que la de otro intermediario, “el promotor”, debe compartir la responsabilidad decenal”.

4. Por último, según terminología acuñada por el Tribunal Supremo, nos encontramos con los promotores-mediadores (Ss. 1 de octubre de 1991 y 8 de junio de 1992), que son aquellos que llevan a cabo labores de promoción

y edificación con la finalidad de adjudicar las viviendas construidas, a sus socios o comuneros; en este grupo se hallan incluidas las cooperativas de viviendas, las sociedades civiles de construcción, las comunidades de propietarios. El Supremo ha negado a las cooperativas de viviendas la calificación de promotor frente a sus asociados, exonerándolas así de la responsabilidad derivada del art. 1.591 del C.c. frente a ellos (Ss. 20 de febrero de 1989, 18 de junio de 1991 y 8 de junio de 1992), aunque frente a ulteriores adquirentes sí se las ha declarado responsables decenales (S. 6 de junio de 1992), lo cual no deja de constituir una paradoja.

Son también responsables, a tenor de lo que se dispone en el art. 1.591 del C.c., el constructor o contratista, arquitecto, arquitecto técnico, proyectista o director, respondiendo los constructores por los vicios de la construcción y los arquitectos —así como los técnicos— por los vicios de dirección y del suelo.

Vicios de la construcción, éstos pueden acontecer por una defectuosa ejecución de la obra llevada a cabo por el contratista (colocación de tuberías —S. 13 de noviembre de 1985—), por el empleo de materiales inadecuados o distintos de los autorizados, por la elección o utilización por el constructor de materiales defectuosos (S. 26 de octubre de 1984)... Estos vicios serán también imputables a los arquitectos y aparejadores, si los mismos se generan por no cumplirse debidamente las tareas de dirección e inspección asidua de “los materiales a emplear, proporciones y mezclas”, encomendadas a esos técnicos (S. 17 de febrero de 1986); o bien si son ellos quienes efectuaron la elección de un material inidóneo para el fin propuesto (S. 26 de octubre de 1984).

Constituyen vicios de dirección, según señala la jurisprudencia, todos aquellos que consistan en un defectuoso proyecto, ordenación, control o inspección. En definitiva, en términos generales, se puede decir que quedan incluidas en este capítulo todas aquellas omisiones o actividades que entrañen la vulneración de la *lex artis* de la edificación impuesta a arquitectos, aparejadores y otros facultativos y técnicos. Ha de tenerse en cuenta que, conforme se establece para los arquitectos en los Decretos de 16 de julio de 1935, 19 de febrero de 1971, 11 de marzo de 1971, 23 de diciembre de 1972 y Orden Ministerial de 27 de septiembre de 1974, a ellos les corresponde la elaboración del proyecto y la alta inspección de la obra, así como su ordenación general dando instrucciones y facilitando planos y detalles. Respecto a los aparejadores o arquitectos técnicos la Ley 12/1986 ha variado su conceptualización de meros ayudantes técnicos del arquitecto (art. 2).

El arquitecto es asimismo responsable de los vicios del suelo, incluyéndose en tal apartado todos los defectos o vicios generados por la falta de pre-

visión y preparación del suelo donde se efectúa la edificación correspondiente, que podrá afectar a las cimentaciones, estabilidad de los edificios, filtraciones... (Ss. 8 de junio de 1984, 1 de marzo de 1986, 10 de mayo de 1986...).

5. El carácter solidario de la responsabilidad.

El hecho de que sea difícil, en la mayoría de los casos, la prueba del origen del vicio, así como la imposible determinación de cuál sea la causa originadora de la ruina, condujo a que el Tribunal Supremo decidiera afirmar la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en el proceso constructivo, cuando no sea posible individualizar la responsabilidad concreta de cada uno de los partícipes.

Esta solidaridad impropia, cuyo origen han sido las decisiones judiciales, vino prescrita por la necesidad de dar una adecuada respuesta a los intereses de las víctimas, en los casos en los que se desconocía el grado de coparticipación en la ruina y se hacía imposible la determinación de las cuotas, sin perjuicio de la correspondiente acción de regreso (Ss. 10 de julio de 1992, 31 de diciembre de 1992, 4 de noviembre de 1992, 10 de octubre de 1992).

Las circunstancias descritas han llevado a que los obligados solidariamente —arquitectos, constructores, promotores— únicamente puedan exonerarse de esa responsabilidad por ruina, demostrando el caso fortuito, o bien:

a) probando que no les es imputable la ruina en los términos del art. 1.591 del C.c., ya porque demuestren que no han intervenido profesionalmente [Ss. 31 de febrero de 1992, 20 de abril de 1992, 18 de enero de 1990 (RJ 1990/12), 6 de marzo de 1990 (RJ 1990/9672)], ya porque justifiquen que esa actuación no fue la causante de la ruina (S. 25 de abril de 1990);

b) concretando la causa motivadora del vicio y siendo ésta atribuible a los otros, uno o varios de los intervinientes en el proceso de construcción (Ss. 5 y 27 de noviembre de 1991), en definitiva, inculcando al resto de los responsables.

c) asimismo, cabrá la exoneración de la relación solidaria, variándose por la mancomunada, delimitando la proporción de responsabilidad que a uno de los sujetos compete en el resultado ruinógeno de la construcción (Ss. 10 de diciembre de 90, 10 de octubre de 1992).

Esta responsabilidad solidaria se extenderá igualmente a la entidad aseguradora del declarado responsable cuando exista el pertinente contrato de seguro, como consecuencia de la acción directa consagrada en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (S. 18 de junio de 1990).

Efecto inmediato y de gran trascendencia práctica de ese carácter solidario de la responsabilidad, lo constituye la denegación de prosperabilidad, de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en las decisiones del Supremo (Ss. 19 de junio de 1990, 12 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1992), lo que implica que se pueda accionar contra cualquiera de los posibles obligados, sin cercenar la posibilidad de dirigirse contra el resto en cualquier momento e interrumpiéndose los plazos correspondientes.

6. El contenido de la reclamación.

Indudablemente ésta dependerá de las circunstancias, pero bien podría consistir:

a) La reparación in natura —o a costa de los demandados— de los vicios o defectos producidos, bien como acción del cumplimiento del contrato de obra, como se señala en la S. 12 de diciembre de 1990, “la obligación de responder de los daños y perjuicios que impone el art. 1.591 del C.c..., es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del art. 1.091 del citado Código, constituyendo una obligación de hacer que ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el art. 1.098 del C.C.”; bien con fundamento directo en la responsabilidad legal del art. 1.591 del C.C. —S. 1 de octubre de 1991— “la responsabilidad a la que se contrae el art. 1.591 del C.C. tiene evidentemente como base fundamentadora, no el genérico incumplimiento contractual, sino la base específica, de vicios de la construcción, expresión mucho más amplia que la de simple incumplimiento contractual”. La compatibilidad de ambos mecanismos (S. 9 de febrero de 1990), ya la hemos señalado antes (art. 1.101 del C.c. o 1.591 del C.C.).

b) El reintegro de los gastos efectuados para la efectiva reparación de los vicios o defectos, o la indemnización del importe (S. 17 de octubre de 1990).

c) La indemnización de cualesquiera otros daños y perjuicios diferentes a los referidos a los vicios o desperfectos, que la ruina o la presencia de vicios ruinógenos hayan provocado (por ejemplo a terceros —art. 1.909 del C.c.—).

Asimismo, pueden valorarse intereses legales moratorios (S. 15 de abril de 1991). Aunque, se ha rechazado la aplicabilidad a este art. 1.591 del C.c. de la facultad moderadora del art. 1.103 del C.C., por no encajar esa responsabilidad decenal ni en los supuestos de responsabilidad contractual ni extracontractual (Ss. 15 de diciembre de 1984 y 18 de octubre de 1989).

7. Cláusulas exoneradoras de responsabilidad.

Se ha negado la validez de las mismas cuando relevaren de responder al constructor de los defectos ocultos de la vivienda y, en general, de los vicios ruinógenos (S. 13 de junio de 1984), ya que “pretender la validez de la estipulación que limita la cobertura de los derechos de los compradores es hacer posible la renuncia de la acción por dolo (art. 1.102), e impedir que la negligencia sea exigible en toda clase de obligaciones (art. 1.103) y dejarles absolutamente indefensos, lo que impide incluso la Ley de los Consumidores” (Ss. 13 de junio de 1984, 2 de octubre de 1992).

Sin embargo, ha sido aceptada la validez y eficacia de la cláusula siguiente —S. 25 de abril de 1984—: “El plazo de garantía será de seis meses, contados desde la fecha en que la recepción provisional se verifique; quedando durante dicho plazo la conservación de las obras y arreglo de desperfectos a cargo del contratista. La recepción definitiva se verificará después de transcurrido el plazo de garantía en igual forma y con las mismas formalidades que con la provisional, a partir de cuya fecha, si bien cesará la obligación del contratista de reparar a su cargo aquellos desperfectos inherentes a la normal conservación de los edificios, quedarán subsistentes todas las responsabilidades que pudieran alcanzarle por defectos ocultos y deficientes de causa dolosa”.

8. Normativa en materia de consumo.

Singularmente se contempla en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de junio de 1984 —arts. 5.2.j), 10.1.c), 13-2— una serie de derechos tendentes a proteger a los adquirentes de viviendas, a los que se deben sumar los recogidos, en cuanto a información sobre compra-venta y arrendamiento de vivienda, en el Real Decreto de 1989.

Sin embargo, me limitaré aquí a hacer una breve referencia de un precepto que desde luego influirá en el futuro sobre las soluciones que se adopten en materia de vicios en la construcción, es el art. 11 del LGDCU. Establece este precepto, en su apartado primero, que: *El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio del mercado del producto o servicio, total o parcialmente.* En sus apartados segundo y tercero se fija la obligación de entregar por escrito una garantía, que tendrá que incluir deter-

minadas cuestiones —objeto sobre el que recae, garante, titular de la garantía, derechos y plazo de duración—, cuando sean adquiridos bienes de naturaleza duradera, entre los que se encuentra —por virtud del Real Decreto 287/1991 de 8 de marzo— la vivienda. Esta garantía dará derecho como mínimo: a) *la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados*; b) *en los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado*.

El interés de estas medidas estriba en la ampliación que supone del régimen general del saneamiento, en tanto el citado precepto se considera que tiene un carácter imperativo (GARCÍA CANTERO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios*, págs. 356 y ss.). Uno de los inconvenientes, sin embargo de esta regulación es que no se fija un tiempo mínimo para la duración de esa garantía, aunque se está de acuerdo que en ningún caso sea inferior al fijado para las acciones edilicias o bien que no permitan al comprador verificar y obtener sus derechos. Tampoco se señala un plazo máximo, por lo que se ha aventurado que por esta vía se logrará, a través de las guerras comerciales, aumentar el tiempo de cobertura. La garantía deberá contener unos mínimos tendentes a que el objeto adquirido reúna el nivel o calidad de prestación exigido al producto. Opina Martínez de Aguirre (A.J., nº 6, 1993, págs. 9 y ss.) que ésta será una buena vía para exigir la reparación de aquellos vicios que por tratarse de imperfecciones corrientes no den lugar a ruina, pudiéndose de esta forma exigir la calidad y acabado propio de estos productos, durante un plazo razonable, que apunta por los cinco años, como se contempla en el art. 24 de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios*, dirigidos por Bercovitz y Salas, Madrid, 1992.

BERCOVITZ: “La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 248 y ss.

—“Comentario a la sentencia de 29 de enero de 1983: Vicios en edificios; contrato de obra; contrato de compraventa. Propiedad Horizontal: legitimación activa de los presidentes de comunidad”, CCJC, 1983, págs. 125 y ss.

—“Comentario a la sentencia de 9 de mayo de 1983: Contrato de obra: ruina de edificio. Responsabilidad solidaria de constructor y arquitecto. Legitimación de la comunidad de propietarios. Elementos comunes y privativos”, CCJC, 1983, págs. 595 y ss.

—“Comentario a la sentencia de 13 de junio de 1984: Contrato de obra; ruina, responsabilidad del promotor y de los arquitectos, responsabilidad solidaria, irrenunciabilidad previa de la misma, cómputo del plazo, litisconsorcio pasivo necesario. Prueba: valoración conjunta de la misma, prueba testifical, presunciones. Error: de hecho, de interpretación. Motivos intrascendentes, incongruencia”, CCJC, 1984, págs. 1.841 y ss.

—“Comentario a la sentencia de 29 de junio de 1987: Contrato de obra: responsabilidad por vicios de la construcción; responsabilidad del promotor; culpabilidad *in eligendo*; cuestión de hecho”, CCJC, págs. 4.711 y ss.

—“Comentario a la sentencia de 10 de diciembre de 1990: Contrato de arrendamiento de obra. Responsabilidad por vicios en la construcción. Incongruencia: *reformatio in peius*. Valoración de la prueba de peritos”, CCJC, nº 25, 1991, págs. 135 y ss.

BORRELL CALONGE: “La pericia judicial de arquitectos: ámbito y contenidos materiales”, *Poder Judicial*, núm. Especial VII, págs. 101 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ: “La configuración del promotor como garante”, ADC, 1990, págs. 227 y ss.

—“Comentario a la sentencia de 17 de julio de 1990: Legitimación activa de la cooperativa contratante para ejercitar la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil, una vez transmitidas las viviendas a los socios adjudicatarios”, CCJC, 1990, págs. 931 y ss.

CADARSO PALAU: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ: “Comentario a la sentencia de 23 de febrero de 1983: contrato de obra; compraventa de pisos; incumplimiento contractual; responsabilidad; litisconsorcio simple impropio”, CCJC, 1983, págs. 255 y ss.

—“Comentario a la sentencia de 25 de febrero de 1983: Contrato de obra; indemnización por cumplimiento defectuoso; resolución, alcance de declaración de recepción de obra; saneamiento por vicios ocultos; incongruencia”, CCJC, 1983, págs. 429 y ss.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ PACHECO: "Los derechos básicos de los consumidores y usuarios y el Derecho urbanístico", RCDI, 1993, págs. 655 y ss.
- FERNÁNDEZ HIERRO: "La responsabilidad en la construcción según la jurisprudencia civil", *Poder Judicial*, n° Especial VII, págs. 275 y ss.
- GIL IBÁÑEZ: "Principios inspiradores y caracteres generales de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos", *Actualidad Administrativa*, n° 22, semana 1-7 julio de 1992.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción (Estudio del art. 1.591 del Código Civil y problemática actual)*, Barcelona, 1990.
- LOBATO GÓMEZ: *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción*, Colección Jurisprudencia Práctica, n° 66, Madrid, 1994.
- LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo, tomo XX, vol. 2, arts. 1.583 a 1.603, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE: "La responsabilidad decenal del artículo 1.591 C.C.: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa", *Aranzadi Jurisprudencia*, n° 6, marzo 1993, págs. 9 y ss.
- RUBIO GARRIDO: "La garantía del art. 11 LCU", ADC, 1990, págs. 867 y ss.
- RUBIO SAN ROMÁN: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1991: Responsabilidad en la construcción. Responsabilidad de los Colegios de Arquitectos. Responsabilidad de los Organismos Oficiales", *Poder Judicial*, n° 26, págs. 201 y ss.
- SANTOS BRIZ: "Comentarios a los artículos 1.907 al 1.909 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidas por Albaladejo, tomo XXIV, Madrid, 1984, págs. 614 y ss.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPACIÓN EN LAS DECISIONES EMPRESARIALES

JUAN JIMÉNEZ GARCÍA

DOCTOR EN DERECHO

PROFESOR TITULAR INTERINO DE LA UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

MAGISTRADO-JUEZ SUSTITUTO

SUMARIO

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FORMA SINGULAR DE PARTICIPACIÓN.
2. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FÓRMULA DE PARTICIPACIÓN.
3. CARACTERÍSTICAS DESTACABLES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL EMPRESARIAL.
5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SUPRAEMPRESARIAL.
6. VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS DISTINTAS MODALIDADES PARTICIPATIVAS.

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FORMA SINGULAR DE PARTICIPACIÓN

La negociación colectiva puede ser estudiada desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, es tradicional su estudio dentro del capítulo dedicado a las fuentes específicas del Derecho del Trabajo, conjuntamente con los convenios, pactos o contratos colectivos, como frutos o resultados finales de una negociación determinada; en segundo término, puede ser analizada como instrumento de la acción sindical, superando su concepción de actos encaminados a conseguir pactos de aplicación general, y considerándola como un medio permanente de reivindicación y configurador de las relaciones laborales en el interior de las empresas; y por último, es posible, aunque no habitual, su análisis como forma de participación de los trabajadores en la adopción de las decisiones de la actividad empresarial, sin que sea identificada con el convenio colectivo, como fuente formal del Derecho Laboral, ni con la acción sindical permanente en la empresa.

La negociación colectiva desempeña una doble función: por un lado, es un instrumento útil para la introducción de las más diversas formas de participación del personal en la actividad empresarial, y por otro, por sí sola se constituye en fórmula de participación al permitir que los trabajadores intervengan, por medio de sus representantes, en las decisiones y gestión empresarial, limitándose de este modo, las decisiones unilaterales de la dirección de la empresa.

De todas las formas de participación la negociación colectiva es con mucho la más difundida, la más robusta y la que se acepta más fácilmente, tanto en países industriales como en el mundo en desarrollo. Siendo una modalidad conflictiva de participación, armoniza perfectamente con el papel tradicional de los sindicatos como organizaciones reivindicativas. La negociación, cuyo principal objetivo es fijar las condiciones de trabajo, abarca en la práctica varios tipos de actividades que interesan directamente al conjunto de los trabajadores. Pese a que realmente quienes negocian son los representantes, también recurre a los trabajadores mismos para la preparación de las listas de reivindicaciones, la designación de negociadores y la ratificación de los acuerdos. Es, además un mecanismo sumamente flexible y funcional, capaz de evolucionar y adaptarse a las circunstancias más variadas. Sean cuales fueren las circunstancias, la manera como se la utiliza e incluso las restricciones que debe aceptar, sigue siendo una de las raras formas de participa-

ción que trasciende las fronteras ideológicas y nacionales y se encuentra en casi todas partes del mundo⁽¹⁾.

Desde esta óptica entiende Lyon-Caen que “una forma de cogestión, siempre y cuando sea posible, se traducirá finalmente en negociación. No existe diferencia entre una cogestión paritaria y una negociación; cuando hay representantes del trabajo y representantes del capital en un organismo de la sociedad, la situación no difiere mucho de la que surge en una mesa de negociación”⁽²⁾. Y ello es así, siempre que la misma se produzca de forma permanente o con regularidad, y abarque todos los campos de las decisiones del mundo de la empresa, o sea, que se entre a negociar también los aspectos económicos, financieros y estratégicos de la actividad empresarial.

En igual sentido se pronuncia la Comisión de la C.E.E. en el informe conocido como “Libro Verde”, al señalar que la negociación colectiva, entre uno o varios empresarios y un grupo determinado de trabajadores, constituye, en todos los Estados miembros, uno de los métodos para que los trabajadores puedan influir en la vida de las empresas, e incluso, en algunos de dichos países, el medio más importante⁽³⁾.

Igualmente, Rodríguez-Sañudo, coincidiendo con la visión señalada conecta la negociación colectiva con el campo de la participación, al entenderla como una forma específica de ella, si bien, también la concibe como un medio de introducir y regular otras formas de intervención de los trabajadores en las empresas⁽⁴⁾.

En idéntica postura se muestra, Christer Asplund al estimar “que todo convenio colectivo supone, como tal, una expresión de determinación. En otras palabras, la participación comienza tan pronto como las condiciones salariales y de trabajo se deciden conjuntamente y no se determina más unilateralmente por la dirección”⁽⁵⁾.

Coincidiendo con los anteriores pronunciamientos, Wolfgang Daüber señala que “la “más” desarrollada forma de cogestión es el convenio colecti-

(1) E. Córdova: *Participación de los trabajadores en las decisiones dentro de la Empresa*. R.I.T., vol. 101, núm. 2, abril-junio 1982, pág. 142.

(2) Lyon Caen: *La participación en las condiciones económicas*. Tomo II de Estudios sobre Derecho Laboral, en homenaje al Dr. Rafael Caldera. Ed. Sucre. Caracas, 1977, pág. 1.086.

(3) Jacques Jean Rivas, Marie Jose Joncz y Jean Claude Seché: *Derecho Social Europeo*. Ed. Instituto de Estudios Sociales. Madrid, 1980.

(4) *La participación de los trabajadores en la Empresa*, R.P.S., enero-marzo, 1979, pág. 416.

(5) *Algunos aspectos de la participación de los trabajadores*, Ed. C.I.O.S.L. Bruselas, 1972.

vo"... que si bien "su conclusión puede ser forzada por contiendas laborales o por otros procedimientos, pero en cualquier caso el empleador ha perdido la exclusividad de competencia sobre todas las materias sometidas a la regulación convencional; no sólo él, sino también su adversario social determina lo que debe suceder" (6).

2. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FÓRMULA PARTICIPATIVA

La negociación colectiva que es, ante todo, decisión conjunta y simultánea de las condiciones de trabajo, reúne todos los factores para ser considerada una fórmula más de participación de los trabajadores en las decisiones empresariales, puesto que constituye siempre una limitación a la capacidad de decisión empresarial, y una ampliación de la influencia de los trabajadores en la gestión de la empresa. En otras palabras, se disminuyen las prerrogativas de los empresarios y se aumenta la participación de los trabajadores en las decisiones que toda gestión empresarial conlleva, configurándose de este modo en uno de los medios, si no el más importante que tienen los trabajadores, a través de sus representantes, para influir en las distintas políticas que se aplican en las empresas.

Como han señalado Camps-Ramírez-Sala, en la naturaleza misma de la negociación colectiva está el ser una forma de control obrero sobre las decisiones del capital. Y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque su naturaleza es la de ser una forma de regulación conjunta, la de llegar a decisiones conjuntas y, en segundo lugar, porque de la negociación de las condiciones de empleo, en sentido estricto, se pasa a la negociación de opciones más fundamentales, ya que, en palabras del sindicalista italiano Trentin, los sindicatos tienen que centrar su actuación no en los efectos de la gestión sobre la condición obrera y en los resultados económicos de dicha gestión, sino sobre las propias decisiones que determinan esos resultados, sobre las modificaciones que atentan a las condiciones de empleo, desde los salarios a los despidos. Se trata, en suma, de que el sindicato negocie las decisiones que preceden a la propia gestión y la determinan (7).

En la búsqueda de elementos definitorios, se hace necesario precisar que la negociación colectiva, no sólo se constituye en fórmula de participa-

(6) *La gestión de los órganos de la empresa en la experiencia de la República Federal Alemana*, R.P.S. Junio-septiembre 1976. Madrid.

(7) *Fundamentos de Derecho Sindical*. Edic. de la Torre. Madrid, 1977, pág. 185.

ción —al determinar mediante el pacto, convenio o acuerdo las condiciones de trabajo, de empleo, de formación, de inversiones, etc. sin más límite que los fijados en las normas de derecho necesario dictadas por el Estado— sino que también con posterioridad a la firma del documento en que se plasman, genera un nuevo diálogo relativo a las cuestiones sobre las medidas de aplicación del mismo, así como la adaptación de lo convenido a las nuevas circunstancias que puedan crearse y la interpretación de las normas con contenido ambiguo o confuso, que sólo finaliza con la apertura de negociaciones para la firma de un nuevo acuerdo.

Si bien este tipo de participación no puede ser considerado como acto de gestión propiamente dicho, sí condiciona en gran medida las decisiones empresariales, determinando las políticas que ha de emplear el empresario o los órganos gestores de la entidad.

En resumen, mediante la negociación colectiva los trabajadores tienen entrada en un órgano deliberante paritario constituido por la comisión negociadora, en la cual se discuten las decisiones a tomar en la empresa, y manifiestan su voluntad por medio de voto. Se trata, pues, de una forma de participación que coincide con el tipo genérico de la codecisión paritaria, en la que los trabajadores se encuentran en igualdad de votos que la representación empresarial, y sin que vea disminuida su influencia en el momento de la toma de decisiones; en definitiva, mediante la negociación se produce una toma conjunta de decisiones, de gran importancia y trascendencia en la gestión de la empresa, que vienen determinadas por las relaciones de poder que en ese momento se desarrollan entre las organizaciones sindicales y patronales.

En esta misma línea, el informe del Consejo General de los Sindicatos Británicos, aprobado el 26 de junio de 1974, para su inclusión en el Congreso anual de la T.U.C., se parte del hecho de que la negociación colectiva es y seguirá siendo el método esencial de regulación paritaria en la industria y en los servicios públicos, al margen de la existencia de una serie de problemas que afectan a los trabajadores y que no encuentran solución por los cauces de la negociación colectiva y que precisan otras formas adicionales de regulación paritaria que la complementen.

Así concebida la negociación colectiva no solamente será una alternativa normativa de regulación de condiciones de trabajo sino también, y sobre todo, una alternativa al sistema de participación institucional en la gestión de la empresa. Se trataría de una “participación conflictiva” por vía de un contrapoder que ejercería un efectivo control obrero a través de la negociación

colectiva de todos los aspectos empresariales y encaminada a limitar el poder patronal de las empresas ⁽⁸⁾.

Entendida en el sentido hasta aquí expuesto, la negociación colectiva se ha transformado en la modalidad de participación de los trabajadores en las decisiones empresariales más extendida y aceptada en todos los países industrializados y en vías de desarrollo, encontrándose ampliamente consolidada e implantada, aunque con diferentes matices, como método de regular los intereses encontrados de empresarios y trabajadores.

3. CARACTERÍSTICAS DESTACABLES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN

La negociación colectiva, como fórmula participativa, viene caracterizada por las siguientes notas:

— En primer término, y de forma determinante, las partes que negocian se encuentran en un plano de total igualdad, no existe, pues, ningún acto de adhesión, característico de los contratos individuales, ni se impone a los representantes de los trabajadores determinadas condiciones de negociación, salvo lo establecido en la ley común, a la que ambas partes se someten.

— Se trata de una fórmula participativa conflictiva, que puede en igual medida redundar en perjuicio o beneficio de la paz social y la productividad en la empresa.

— El organismo de participación, en la mayoría de las legislaciones denominado comisión negociadora, es un órgano que tiene carácter paritario, constituido por un número igual de representantes patronales que obreros, pudiendo esta última representación ser de carácter unitario o sindical.

— Los trabajadores, sin que se encuentren asociados a una gestión común con la empresa, realizan una toma conjunta de decisiones en problemas que afectan de forma inmediata a los intereses de los mismos.

— Al tratarse de una modalidad participativa que se desarrolla en términos de igualdad y que se realiza desde órganos exteriores a la estructura empresarial, cabe caracterizarla como participación contractual, en la que se van adquiriendo, de forma continuada y progresiva, una serie de compromi-

(8) Camps-Ramírez Sala, *ob. cit.*, pág. 179.

sos que reflejan la correlación de fuerzas que existen en un momento dado, en la empresa y sector implicado.

— Los resultados dependen de la correlación de fuerzas existentes en cada momento en la empresa; que a su vez están subordinados a otros factores externos a la empresa, como son la situación económica general, los niveles de paro, la demanda del producto elaborado en la empresa, la situación del mercado de la empresa, la competitividad existente en el mercado, etc... por ello, los resultados dependerán de todos estos factores, por lo que son necesariamente diferentes de una empresa a otra, de un sector a otro.

— La obligación legal de negociar suele ser muy poco precisa, derivándose de aquí múltiples problemas, entre ellos, la necesidad de encontrar al interlocutor empresarial adecuado, la racionalidad de las posturas intransigentes, etc. sin que pueda el arbitraje dar solución a la paralización de la negociación, pues sólo es posible su utilización para cuestiones determinadas y concretas.

— Sólo es posible llevar a cabo un proceso negociador, que dé lugar a determinadas satisfacciones para los trabajadores, si el mismo se desarrolla al amparo de organización sindical —sin que tenga que realizarse directamente por la misma— que garantice el respaldo técnico y de presión social necesario para que dichas negociaciones salgan adelante. Sólo los niveles de presión que se ejerciten y la credibilidad de las amenazas que se dejen caer sobre el empresario, garantizan la capacidad negociadora de la parte social.

— El alcance de la negociación colectiva, aunque no tenga límites legales, viene limitado por los intereses inmediatos y directos de los trabajadores, que sólo apoyarán las reivindicaciones que tengan incidencia evidente y palpable sobre los mismos. Las decisiones que pueden tener efectos lejanos no entran dentro de las tablas reivindicativas de los sindicatos, por el escaso apoyo y entusiasmo que los trabajadores mostrarían, y por ser difícilmente conseguible en estas condiciones.

— En caso de conflicto, este sistema participativo, puede tener diferentes vías de solución, dependiendo de la naturaleza de la cuestión conflictiva, y de los diferentes procedimientos solutorios instituidos por el Estado o por las propias partes negociadoras y de la posición de presión de ambas representaciones.

— Al encontrarse las partes de la relación colectiva de trabajo en un plano de igualdad, se posibilita la participación de los trabajadores, si no en la gestión cotidiana propiamente dicha, sí en las grandes decisiones, en las políticas generales y en las líneas de actuación más importantes.

— Por último, esta fórmula participativa soslaya los grandes obstáculos o inconvenientes históricos que se han opuesto al desarrollo de la intervención de los trabajadores en la empresa: por un lado, mantiene incólume el derecho de propiedad y el riesgo empresarial, y por otro, el poder de dirección del empresario continúa intacto, sin que se produzca debilitamiento de su autoridad.

Así pues, no constituye ataque alguno al derecho absoluto de propiedad ni establece ningún límite real a su ejercicio, y, sin embargo, mediante ella se puede ejercitar un determinado e importante control sobre la organización y gestión empresarial.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL EMPRESARIAL

El modelo vigente de negociación colectiva recogido como derecho fundamental en el art. 37-1 del Texto Constitucional, estructurado en el Estatuto de los Trabajadores y confirmado con la Ley Orgánica de libertad sindical, comienza a configurarse, con el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, dictado en plena transición política por el Gobierno de Adolfo Suárez, en el que se reconoce, por primera vez, después de cuarenta años, el derecho de huelga, como instrumento de presión en la negociación colectiva, que es complementado al mes siguiente, por la Ley 19/77 de 1 de abril y por el Real Decreto 873/77, de 22 de abril, mediante cuyas normas se establece el derecho de libre sindicación.

A pesar de que el Título III del Estatuto de los Trabajadores viene dedicado por entero a la ordenación “de la negociación y de los convenios colectivos”, otros muchos preceptos del Título I y diversas normas específicas están destinadas a esta amplia y polifacética institución como más adelante tendremos ocasión de comprobar; sin embargo, es obligada la cita del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores que en el apartado I, letra c) recoge como derecho básico de los trabajadores la “negociación colectiva”, con el contenido y alcance que disponga su específica normativa.

1) Órganos de participación en la negociación colectiva de empresa.

El artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores prevé una doble vía de representación del personal en la negociación colectiva a nivel empresarial; así, señala que el comité de empresa, delegados de personal, en su caso, o las representaciones sindicales, si las hubiera, están legitimados para negociar los convenios de empresa o de ámbito inferior.

A la vista de este precepto, queda claro que tanto los órganos unitarios como sindicales pueden representar a los trabajadores en la negociación colectiva. Sin embargo, cuando se pretenda negociar por medio de los organismos sindicales, dentro del esquema formal generador de los convenios colectivos, es necesario que éstos, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa; todo ello, para el caso concreto de que el convenio afecte a la totalidad de los trabajadores de la empresa, sin que nada se diga para los convenios de ámbito inferior.

Al constituir posibilidades excluyentes, para el supuesto de que existan iniciativas negociadoras desde ambos ámbitos representativos, que en principio deben resolverse por la influencia que la representación sindical ha de ejercer sobre el órgano unitario en el que cuente con mayoría, ha de ser la empresa la que, al inclinarse por una de las dos opciones, solucione el problema planteado, pues, no otro sentido puede tener el último párrafo del art. 87-1º cuando indica que “en todos los casos será necesario que ambas partes se reconozcan como interlocutores”.

La comisión negociadora prevista en el artículo 88 es el órgano donde de forma conjunta se participa en la toma de las decisiones, y ha de estar constituida paritariamente por el empresario o sus representantes y la representación unitaria o sindical que se haya designado, sin que, en ningún caso, puedan superar los doce miembros cada una de las delegaciones, que podrán estar asistidas por asesores, aunque no se especifica su número, ni quiénes tienen facultades para su nombramiento.

Este marco de actuación del instituto negociador es refrendado por la L.O.L.S., al establecer, en su artículo 8-2-b), que las secciones sindicales tienen derecho a la negociación colectiva, “en los términos establecidos en su legislación específica”, que no es otra que el Estatuto de los Trabajadores y su normativa complementaria. Sin embargo, la L.O.L.S. precisa, que sólo podrán ejercer la negociación colectiva en la empresa, aquellas secciones sindicales de los sindicatos más representativos y los que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal.

2) Esferas de participación.

Al establecerse el contenido de la negociación, el artículo 85-1 del Estatuto de los Trabajadores preceptúa que “dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económico, laboral, sindical, y asistencial, y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”.

Así pues, esta modalidad participativa ofrece un extenso campo de actuación, que abarca todas las esferas o ámbitos de la actividad empresarial, puesto que no creemos que la referencia a “materias de índole económica” indique solamente la posibilidad de pactar las remuneraciones que han de percibir los trabajadores, sino que son viables, además, la inclusión de acuerdos relativos a inversión, financiación, ampliación de capital, reservas, reparto de beneficios, etc. (al afectar cualquiera de estas medidas a las condiciones de empleo), y posibilitarles la autonomía colectiva de los interlocutores sociales, que puede ir más allá y negociar la estructura y organización de la empresa y las relaciones de poder que dentro de la misma se puedan dar.

Al menos, en el plano teórico esta amplitud es defendible, sin embargo, otra cuestión son las posibilidades reales que tengan los representantes del personal de concluir acuerdos de estas características, dada la crisis económica, los hábitos de negociación implantados en la etapa anterior y la escasa organización y conciencia de clase de las masas obreras.

Al ser tan amplias y genéricas las posibilidades de actuación, las esferas de participación vendrán marcadas por los límites que les impongan las leyes, que, en todo caso, deben ser respetadas cuando se trate de derecho necesario, pero que, en caso contrario, pueden y deben ser superadas y mejoradas, puesto que carecería de sentido una negociación que se quedará en los derechos reconocidos por las leyes.

El límite sustantivo sólo debe estar en el derecho estricto de propiedad y de libertad de empresa, que no implica la impositividad de limitar los poderes directivos y de gestión del empresario, puesto que la participación de los trabajadores en las decisiones es por definición una limitación de tales facultades empresariales, que necesariamente toda negociación colectiva lleva consigo.

No tiene a estos efectos gran trascendencia la distinción legal y doctrinal, entre cláusulas obligacionales y normativas, al ser la incidencia de los trabajadores, a través de sus representantes en las decisiones que se tomen en las empresas, lo determinante desde el punto de vista de la participación, y ambos tipos de cláusulas permiten la intervención en la gestión, dirección y administración empresarial.

Por otro lado, la negociación colectiva concebida como fórmula participativa no se reduce solamente a ser un proceso que culmine con la producción de los convenios colectivos o a tener actuaciones puntuales definidas en diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores y normativa complementaria, sino que es un proceso permanente de diálogo en la empresa, que fija las condiciones de trabajo, pero que además realiza un seguimiento constante

**REFLEXIONES SOBRE EL DECRETO 103/1994,
DE 10 DE JUNIO, POR EL QUE SE REGULAN
LOS PROCEDIMIENTOS Y REGISTROS DE LA
ADOPCIÓN Y DE LAS FORMAS DE PROTECCIÓN
DE MENORES EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE CANARIAS**

ANTONIO DOMINGO AZNAR

**DOCTOR EN DERECHO. PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO CIVIL
DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA
ABOGADO**

Como cuestión previa debe tenerse en cuenta la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, cuyo artículo 172 dispone que “la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores tiene por ministerio de la Ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo”. La Ley de referencia se refiere a la actuación de la entidad pública que corresponda en relación con el ejercicio de la potestad de guarda de menores (arts. 172 a 174 del Código Civil, en adelante CC), así como también en relación con expedientes de adopción (art. 176.2 CC).

Con carácter preliminar, según la exposición de motivos de la norma autonómica, el objeto del Decreto es, fundamentalmente disponer las normas de procedi-

miento “correspondientes a las distintas formas de protección y a la adopción..., a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución española, en adelante CE, y artículos 32.2 y 3 del Estatuto de Autonomía”, relativos, respectivamente, a los límites y al contenido de la competencia autonómica en materia de procedimiento administrativo derivado de las especialidades del régimen administrativo canario.

Este Decreto de la Comunidad Autónoma de Canarias consta de cincuenta artículos, tres disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y tres disposiciones finales, que, a su vez, son redistribuidos en seis Títulos (Preliminar, disposiciones generales; Primero, de la tutela y guarda de menores; Segundo, del acogimiento familiar; Tercero, de la atención de los menores en centros de acogida; Cuarto, de la adopción; Quinto, de los registros; y Sexto, de la colaboración con la Administración de Justicia).

El análisis de sus contenidos exige, sin embargo, efectuar unas consideraciones en relación con el alcance y fin de la Ley estatal de aplicación preferente al caso y delimitadora siempre del ejercicio de la competencia autonómica.

1. La primera consideración es que la Ley de referencia es expresión cualificada de la legislación del Estado en materia Civil (art. 149.1.8ª, CE) en su concreción de Derecho de Familia; concretamente, procede a modificar determinados aspectos del Libro primero, de las personas, en aspectos relativos al punto de conexión en las relaciones personales, a la guarda y acogimiento de menores, la adopción, las relaciones paterno-filiales, los bienes de los hijos y su administración y la tutela, al margen de las modificaciones que se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que respecta a las cuestiones de índole adjetiva o procesal relativas a los procesos que se sustancien sobre conflictos dimanantes de, o en relación con las relaciones personales antes señaladas; competencia que la Constitución reconoce con carácter exclusivo siendo el Código Civil su expresión normativa más cualificada. Interesa matizar esto porque la Ley citada, además de incorporar al Código Civil, por modificación, determinados contenidos, regula en sus dos disposiciones adicionales ciertos requisitos de procedibilidad que deberán ser de obligado respeto por parte de las entidades públicas a las que se les ha encomendado la protección de menores con ocasión del desarrollo reglamentario de la Ley; de lo que se infiere que tales criterios son expresivos de ciertas reglas de procedimiento fijadas por el Estado que inciden directamente en la competencia autonómica en la materia, pero no tienen carácter de norma de Derecho Civil, por lo que, respetando sus determinaciones, la Comunidad Autónoma podrá desarrollar, si tuviera competencias para ello, mediante aprobación del oportuno Reglamento ejecutivo, los preceptos legales de referencia.

La Ley 21/87, según se desprende de su exposición de motivos, manifiesta expresamente que la modificación por ella articulada vino motivada por el hecho de

que la legislación anterior no satisfizo plenamente la “función social” que debía cumplir, toda vez que había una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción, necesario si se quiere que ésta responda a su verdadera finalidad social de protección de los menores privados de una vida familiar normal..., ausencia de control que permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños... y daba lugar, otras veces a una inadecuada selección de los adoptantes”. La evitación de tales males es lo que determinó la incorporación al Código Civil de la regulación de determinadas instituciones o técnicas de protección de menores de suerte que se traba así una especie de trabazón encadenada, siendo cada eslabón una técnica protectora diferente que concluye con la adopción de un menor desamparado; adopción que muchas veces se perjudicaba por la ausencia precisamente de control que había en los momentos preadoptionarios en los que muchas veces el contenido dominante de la relación era estrictamente económico o mercantilista y no familiar o protector de los menores desamparados.

La Ley reconoce (art. 239 CC) la tutela *ex lege* de los menores desamparados de las entidades públicas que tienen encomendada la protección de menores (art. 172 CC), entidades que son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales a las que, con arreglo a las Leyes, corresponde en el territorio respectivo la protección de menores (disposición adicional primera, Ley 21/87) siendo determinante para la incoación y conclusión del expediente de tutela administrativa que exista una situación de desamparo. Declarada la situación tutelar, la entidad pública citada podrá proceder a la “guarda del menor”, guarda que podrá llevarse a cabo, bajo la vigilancia de la entidad pública, en “casa o establecimiento en el que el menor es internado” o “por personas que lo reciban en acogimiento” (arts. 172.3 y 4 CC).

La situación de guarda durará “el tiempo necesario” (art. 172.2 CC), procediéndose al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias “cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste” (art. 239 CC).

La peculiaridad de la “guarda”, tal cual está normativamente regulada, es que, acordada la misma, no se produce ruptura de filiación, ni ése es el objetivo de tal técnica. En principio, “se procurará la reinserción del menor en la propia familia” (art. 172.4 CC), lo que no impide la adopción de un menor acogido previamente por el adoptante (art. 176.2 3ª CC). Es decir, no debe confundirse ni entremezclarse indebidamente la tutela administrativa y sus técnicas de protección con la adopción. Ésta implica la constitución de una filiación legal, produciéndose la ruptura de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178.1 CC). Aquélla, por el contrario, deja inalterada la naturaleza de tal vínculo, sin perjuicio de que los padres puedan ver limitados sus derechos de visita y de relación con el menor por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor (art. 161 CC).

Advertida una situación de desamparo moral o material del menor, de oficio o a instancia de terceros, se deberá incoar el correspondiente expediente para declarar la situación de desamparo del mismo y, consecuentemente, deducir la tutela administrativa *ex lege* sobre el mismo. Declarado el desamparo, se adoptará la técnica de guarda adecuada (en residencia o en familia), situación que durará “el tiempo necesario”, concepto jurídico indeterminado de imprescindible uso por otra parte, toda vez que lo prevalente es la protección del menor, sobre la base de su reinserción al entorno familiar inmediato. Si las condiciones del citado entorno familiar no varían, se puede interesar la declaración de tutela judicial, y, posteriormente, la adopción del menor desamparado.

2. El ejercicio de la patria potestad, en ciertas situaciones, no puede ser realizado, bien porque se carece de progenitores, porque éstos faltan, o porque existiendo no pueden desempeñarla. El Ordenamiento jurídico ha de afrontar estas contingencias a través de la organización de un sistema que asegure y garantice la guarda de la persona, la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que al menor correspondan. Es una meta obtenible a través de la construcción legal de una institución ficticia y sustitutiva de la patria potestad tendente al cumplimiento de las funciones inherentes a la misma, cual es la institución tutelar y las técnicas de guarda y custodia, bien con carácter previo a la constitución de la adopción, o por un hacer a través de las entidades públicas que la normativa estatal ha arbitrado al efecto ante el supuesto de menores abandonados, debiéndose significar que algunas Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus facultades normativas, han aprobado disposiciones al respecto, como es el caso de Cataluña (Ley 11/85) y Navarra (Decreto Foral 90/1986).

De lo expuesto no se puede inferir la consideración de la institución del acogimiento como creación *sui generis* de la Ley 21/87, pese a lo consignado en su preámbulo. Es, desde luego, una novedad importante, que tiene su parangón en diversos Derechos europeos y que supone dar rango legal de primer orden a una institución hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas, al haberse estimado que la figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código Civil, con lo que también se logra unificar prácticas divergentes, aunque el acogimiento, que se formaliza en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su iniciación, a la vigilancia del Ministerio Fiscal y al necesario control judicial. La novedad, sin embargo, es relativa, pues ya venía recogida en la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores (artículos 17.B de la Ley y 81 del Reglamento), sólo que con otro nombre, “el confiar al menor”. Aún más, se reseñan como precedentes históricos al actual acogimiento figuras jurídicas como el “prohijamiento”, “la colocación de menores” y “el confiar” a instituciones jurídicas (Decreto 11 de febrero de 1852; Orden Ministerial de 1 de abril de 1937, y la propia legislación del Tribunal Tutelar de Menores de 11 de junio de 1948), regula-

ción, por otra parte, no exclusiva de esta rama del Derecho, al existir igualmente manifestaciones de ello en el ámbito especial, singularmente en el campo de los Derechos Forales (art. 53 de la Compilación de Navarra).

En la realidad sociológica y jurídica actual, el acogimiento constituye una pieza complementaria de la institución de la adopción, por virtud del cual el menor resulta integrado en la vida familiar del acogente generándose para éste una pluralidad de obligaciones similares a las derivadas de la situación de patria potestad, como vigilarle, tenerle en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral; aunque no media, expresamente, un deber correlativo de deberes a cumplir por el acogido (art. 173.1 CC). Admitiendo que el acogimiento genera un status similar al gestado por la relación filiatoria, no es sin embargo idéntico, pues su ejercicio no genera sobre el menor acogido una relación jurídica de patria potestad en favor del acogente; excluye, por tanto, que aquél pueda ostentar representación o administración sobre los bienes del menor, de mediar éstos. Ello no obsta la existencia de lagunas normativas durante el ejercicio de las funciones de acogimiento, lo que necesita de complementación a través de la normativa referente a la patria potestad o tutela, pues al igual que existen dos tipos de menores desamparados, hay dos tipos de acogimiento. El primero de ellos, se produce en los casos en que la entidad pública asume la tutela del menor desamparado y puede conducir a la adopción; el segundo se producirá cuando la entidad asume sólo la guarda, por tratarse de menores temporalmente desamparados, cuyos progenitores o tutores lo hubieren solicitado. El régimen jurídico del acogimiento previo a la adopción tiene que ser necesariamente distinto del de los menores cuyos padres o tutores conservan la potestad sobre los mismos. Pero, cualquiera que sea la posición que se adopte, resulta incuestionable que tales deberes jurídicos pervivirán mientras subsista la situación de acogimiento.

En cuanto a la extinción de la institución, la misma cabe no sólo por la decisión judicial expresa, sino que junto a ella es admisible otra pluralidad de situaciones que igualmente denotan tal extinción, como ocurre al mediar comunicación a la entidad por parte de los obligados siempre que el hecho conste de forma fehaciente, o a petición de las personas que tienen acogidos a los menores, supeditando su eficacia a que medie comunicación por parte de éstos a la entidad pública.

En cuanto subsista el acogimiento, se verá afectada la guarda del menor, pero esto no implica una dejación de deberes justificados por parte de los titulares de la patria potestad, ya que éstos conservan tanto el derecho de representación legal como de administración.

Finalmente, es igualmente obligado, por nuestra condición de ciudadanos de un Estado miembro de las organizaciones europeas aludir a la normativa comunitaria que sobre la referida materia se hubiera aprobado. En tal sentido, el Consejo de Europa, con criterio restrictivo y cauteloso, alude a tal figura en dos textos distin-

tos, aunque complementarios, el Convenio Europeo sobre Adopción de 1967 y la Resolución 33/77, adoptada también por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 3 de noviembre de 1977. En esta dimensión supra-comunitaria o internacional debe traerse a colación la formulación consignada por el Constituyente de 1978 en el párrafo 4º del artículo 39, conforme al cual “los niños gozarán en España de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, criterio interpretativo que en lo concerniente a derechos fundamentales tiene expresa admisión en el artículo 10.2 CE, si bien no resulta extrapolable al ámbito de protección de los menores, ya que el Constituyente los privó de tal carácter y sólo ostentan validez de Derecho interno, en aras al principio de legalidad, los tratados que hubieran entrado en vigor.

El contenido concreto sobre la materia de menores está disperso en una pluralidad de textos internacionales, tales como la Declaración de los Derechos del Niño, en virtud de Acuerdo de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de análoga fecha y la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

3. El Decreto reconoce el carácter circunstancial y temporal de la tutela administrativa declarada y, en su caso, de las técnicas de protección del menor acordadas en la misma. Es significativo que el artículo 3 proponga como fin de la actuación de la Comunidad Autónoma el “mantenimiento y, en su caso, reinserción del menor en su propia familia, salvo en los supuestos en que el beneficio del menor desaconseje esa situación”. En pro de la no ruptura de la convivencia familiar, el Decreto va más allá de lo previsto por el Código Civil –lo cual, por otra parte, es perfectamente lícito, al encuadrarse dentro del título competencial afectado sustancialmente o, incluso, en el de asistencia social– al disponer la adopción de medidas administrativas para prevenir o atajar posibles situaciones de desamparo cuya concurrencia final daría lugar al reconocimiento de la tutela administrativa autonómica. Por ello, el citado artículo 3 del Decreto dispone la potenciación de tratamientos preventivos para la detección de las causas que originan la desestructuración familiar, el desamparo de los menores y las situaciones de marginación (apartado 1). Se contempla también (apartado 2) la posibilidad de atender al menor en la propia familia siempre que ello sea posible y la situación no exija medida diferente, objetivo para el que se dispone de apoyo económico y socioeducativo. Siendo ello así –es decir, actuando aun en situaciones de pre-desamparo, o lo que es lo mismo, fuera del ámbito de la tutela administrativa– no se entiende, sin embargo, cómo a continuación el precepto señalado concluye que en pro de la reintegración del menor en su propia familia “se dará preferencia a los parientes del

menor en la constitución de la tutela –se entiende que la tutela judicial, pues la administrativa se declara *ex lege*–, siendo así, por otra parte, que si el objetivo es la reinserción en la propia familia, lo que se conecta con la tutela o el acogimiento, parece deducirse que aquella reinserción no lo es en su familia parental, sino en la genérica, lo que debiera precisarse en aras de la claridad de la norma y en la correcta aplicación de las técnicas protectoras reconocidas por el Ordenamiento.

En conexión con lo expresado, en el apartado tercero de ese artículo 3 se contempla la posibilidad de disponer recursos alternativos a la familia del menor desamparado, tales como la atención en escuelas infantiles asistenciales o en centros de atención al menor, o a través de su acogimiento o adopción por otra familia –medidas que se reiteran en el art. 12.a), precepto éste que se inserta en el título relativo a la tutela y guarda de menores– siendo así que las medidas de apoyo que se pretenden pudieran insertarse más bien dentro del título competencial de asistencia social, toda vez que para la adopción de tales medidas no se precisa la constitución de tutela administrativa alguna, pudiendo, desde luego, incidir la Comunidad Autónoma en la eliminación de las circunstancias del entorno del menor, así como incentivar la creación de una situación favorable para el normal desarrollo de su vida familiar y social.

Debe observarse, sin embargo, que en los apartados 2 y 3 del repetido artículo 3 se disponen medidas para solventar situaciones efectivas de desamparo (tutela, acogimiento, adopción) junto con otras de carácter preventivo, siendo así que la finalidad del precepto, en principio, es el mantenimiento y reinserción del menor en su propia familia, lo que no coincide exactamente con la adopción como técnica para conseguir tal resultado, pues la misma supone la ruptura de la filiación con la familia de origen.

En relación con tales medidas, debe recordarse que la tutela implica la potestad de guarda sobre los menores desamparados, guarda que tiene carácter temporal, pues, implícitamente, no pretende la ruptura de la relación paterno-filial, ni la desconexión del menor con su entorno familiar actual, siendo el acogimiento familiar y la vigilancia en establecimientos especializados los instrumentos mediante los que se ejerce la tutela administrativa señalada. Por ello, no se entiende cómo el artículo 12 dispone que constituida la tutela administrativa se procederá, a la menor dilación posible, a constituir la tutela definitiva o la adopción del menor desamparado, pues el art. 239 CC dispone la tutela judicial no con carácter forzoso y automático, sino “cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”, en tanto que el art. 176 CC precisa que la constitución de la adopción deberá tener en cuenta el interés del adoptando, como no podría ser de otra forma. No se trata, pues, de la aplicación automática y acelerada del mecanismo protectorio más intenso, sino que se aplicará, en cada caso, y a medida que la situación del menor lo requiera, la protección más idónea vistas las circunstancias subjetivas y objetivas del menor y su entorno.

4. El Capítulo III del Título Primero regula el procedimiento a seguir con ocasión de la solicitud a la Comunidad Autónoma de la guarda de los menores en los supuestos recogidos en el art. 172.2 CC; procedimiento que comienza con la solicitud de tal guarda por quien tenga la potestad sobre el menor, intervención de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia, comprobando la concurrencia de circunstancias y hechos y, finalmente, Resolución del Director General acordando, o no, la guarda interesada. Ahora bien, el Título I del Decreto, de la tutela y guarda de menores, regula asimismo el denominado expediente de declaración de desamparo, incoable de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de las personas señaladas en los arts. 202 y 229 en relación con el 234 CC, expediente de desamparo que, concluido, puede generar la adopción de alguna de las medidas contempladas en el art. 12, como son la atención en hogares o centros residenciales, la promoción de la tutela judicial o, en su caso, la adopción –siendo así que el art. 21 determina que el expediente de guarda puede concluir con el acogimiento familiar del menor o la atención en hogares o centros residenciales–. Parecen coexistir, pues, dos tipos de procedimientos que, evidentemente serán simultáneos. Ahora bien, no se entiende tal duplicidad procedimental, pues la regulación de la guarda (arts. 18 a 21) ya se halla regulada en el Capítulo I del Título I. Apreciada una situación de desamparo, generadora de la tutela administrativa, se inicia el correspondiente expediente de declaración de desamparo cuya conclusión es la guarda del menor desamparado, guarda que podrá ser desempeñada por la propia Administración en establecimientos especializados o en acogimiento familiar. No hay, pues, esa duplicidad de intereses que justifica la incoación de un doble expediente, pues la guarda es ineludiblemente la consecuencia de la declaración del desamparo.

En relación con lo expresado, el art. 8 dispone la audiencia del Ministerio Fiscal durante la instrucción del expediente de declaración de desamparo del menor, siendo así que conforme dispone el art. 174 CC la intervención del Fiscal en relación con los expedientes de guarda y acogimiento de menores se producirá por dación de cuentas de los nuevos ingresos, así como tras la remisión por parte de la entidad pública de los escritos de formalización de los acogimientos. Parece, pues, que la intervención del Ministerio público se produce desde el primer momento, desde el ingreso, y no durante la tramitación del expediente que seguidamente se incoe. Igual observación cabe hacer a los arts. 13.1 y 23.4 del presente Decreto.

5. El artículo 18 del Decreto, que regula la composición de la Comisión de tutela del menor, dispone en su apartado a) que su Presidente será el Director General de Protección del Menor y la Familia o persona que designe para su sustitución en una sesión concreta. Ahora bien, el art. 23.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) dispone que, en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, el Presidente de los órganos colegiados será “sustituido por el Vicepresidente que corresponda y, en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes”. Claro que, como dispone el párrafo segundo del precepto legal citado, tal norma no será de aplicación en los supuestos de órganos colegiados administrativos “en que participen organizaciones administrativas de intereses sociales”, supuesto en el que el régimen de sustitución del Presidente “debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por Acuerdo del Pleno del órgano colegiado”, lo que se pone de manifiesto a los efectos de, si fuera pertinente, proceder a una regulación más minuciosa de la citada cuestión orgánico-procedimental.

El apartado b) del artículo 18 dispone asimismo la integración en la Comisión de tutela del menor de personas “especialmente cualificadas en la materia de las distintas Administraciones públicas, de la carrera fiscal y de organizaciones representativas de intereses sociales”. Debiera precisarse a qué intereses sociales se refiere la norma y, si fuera posible, a qué organizaciones representativas. Más interés tiene, sin embargo, la referencia a los miembros de la carrera fiscal, alguno de cuyos miembros puede ser integrado en un órgano administrativo autonómico, lo que pudiera vulnerar el art. 57 de la Ley 50/81, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regulador de las incompatibilidades y prohibiciones a que están sometidos sus miembros, debiéndose precisar en cualquier caso que el apartado 4 del indicado artículo parece referirse a la prohibición del desempeño de empleos o cargos de las Comunidades Autónomas “dotados o retribuidos”, lo que debiera tenerse en cuenta a los efectos de eludir la prohibición o incompatibilidad prevista en la expresada Ley, máxime cuando la disposición adicional segunda del Decreto objeto del presente estudio dispone que “la Comisión de tutela y la Comisión de acogimiento y adopción quedan incluidas en el grupo IV del anexo V del Decreto 124/1990, de 29 de junio, sobre indemnizaciones por razón del servicio”.

6. Como se ha dicho anteriormente, el acogimiento de menores es una solución transitoria y circunstancial, que no incide ni propende la ruptura de la filiación de origen y que tiene por objeto la reinserción del menor en la propia familia, asumiendo la entidad pública, en su caso, la guarda durante el tiempo necesario, siendo, por otra parte, interés del Legislador la incoación de la tutela judicial cuando existan personas, legalmente llamadas a ejercerla, que la pueden ejercer en beneficio del menor desamparado (arts. 172 y 239 CC). La regulación del Decreto sobre el acogimiento no parece, sin embargo, responder a tales principios o criterios orientativos, al efectuar una discriminación en los acogimientos, no previsto de esta forma en la legislación civil, al distinguir el

denominado acogimiento preadoptivo (que es el efectuado con fines adoptivos) y el acogimiento simple (que es el que tiene por objeto la reintegración en la propia familia), regulando asimismo la temporalidad a que está sometido el denominado acogimiento simple, siendo así que conforme a la Ley el mismo deberá durar “el tiempo necesario”. La tutela administrativa y sus técnicas de guarda constituyen un primer escalón en la protección de menores, en el que se inserta precisamente el acogimiento familiar; escalón que puede venir seguido por la tutela judicial del menor y, finalmente, por la adopción. La configuración del denominado acogimiento preadoptivo supone alterar la filosofía de la Ley, por más que el art. 23.1 del Decreto limita, *a sensu contrario*, el acogimiento preadoptivo a los mayores de edad (regulado en los arts. 31 y 34 del Decreto), aunque el mismo precepto pueda dar lugar a una interpretación contraria, desde luego ésta opuesta por las razones antes citadas a la legislación civil de aplicación. En efecto, el art. 20 del Decreto, a los efectos de aplicar el acogimiento que proceda, distingue entre “menores desamparados o sujetos a guarda”, de forma que si el acogimiento familiar simple se refiere a los menores sujetos a guarda, puede entenderse que excluye a los menores desamparados, los cuales podrían por ello ser objeto de un acogimiento preadoptivo. Debe reiterarse, sin embargo, que el desamparo es inicialmente una situación de hecho que posteriormente se convierte de Derecho al ser así reconocida mediante el correspondiente expediente siendo sus efectos inevitables la declaración de guarda por la autoridad autonómica competente al amparo de la tutela administrativa que le corresponde. En tal guarda se pueden adoptar dos tipos de medidas, el ingreso en establecimiento especializado o el acogimiento familiar. No cabe, pues, distinguir entre menores desamparados o sujetos a guarda a los efectos de discriminar la clase de acogimiento que se les pueda aplicar, pues si un menor se halla sometido a guarda es porque se hallaba desamparado y, de la misma forma todo menor desamparado debe ser objeto de la técnica de guarda más adecuada.

La conexión entre el acogimiento familiar y la adopción no es otra que el permitir iniciar el expediente de adopción sin la propuesta previa de la entidad pública cuando el adoptante lleve más de un año acogiendo legalmente al adoptando (art. 176.2.3ª CC).

En relación con los requisitos que deben reunir las personas interesadas a proceder a recibir en acogimiento a menores desamparados (art. 22), no puede perderse de vista la regulación contenida en la disposición adicional primera de la Ley 21/87, apartados 2º y 3º, que contiene normas de obligado cumplimiento por las Comunidades Autónomas en relación con las propuestas de adopción y, en todo caso, para la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar, para lo que la Ley llama a ciertas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, cuya intervención el legislador reconoce como prioritarias al manifestar (exposición de motivos) “que el éxito de la reforma vendrá en gran parte condicionado por el buen funcionamiento de estas instituciones”. Tales instituciones son calificadas por la Ley como

“colaboradoras de integración familiar” debiendo figurar en sus estatutos como fin la protección de menores y disponer de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas (párrafo primero disposición adicional citada). En cuanto al alcance de sus cometidos, la Ley (disposición adicional primera, párrafo tercero) les encomienda sólo “funciones de guarda y mediación [de forma que] ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones”. El Decreto, sin embargo, regula la relación directa entre las personas, a título particular, y la Dirección General de la Protección del Menor y de la Familia, sin referencia alguna a las asociaciones expresadas, aunque el art. 29 del Decreto, relativo a la Comisión de acogimiento y adopción de menores, incorpora a tal Comisión a personas representantes de organizaciones representativas de intereses sociales, lo que no es exactamente lo mismo que lo que dispone la legislación civil, que en este punto debiera ser tenida en cuenta, pudiéndose hacer igual género de consideraciones respecto de la Comisión de tutela del menor.

7. El Capítulo I del Título IV regula la Comisión de adopción de menores, órgano de asesoramiento y propuesta (art. 27) aunque no se precisa a qué o cuáles órganos asesora (se supone que a la Dirección General, pero se debería especificar). Debe recordarse que el Decreto también regula (arts. 16 a 19) la Comisión de tutela del menor, que interviene en los expedientes de declaración de desamparo en relación con la tutela administrativa de la Comunidad Autónoma sobre los menores desamparados. Acogimiento y adopción, pues, son momentos sucesivos o técnicas escalonadas en la protección del menor desamparado, siendo así que con aquél se conectan las técnicas protectivas de la guarda en establecimiento público y acogimiento familiar que, una vez más, no suponen ruptura de la filiación de origen; en cambio, con la adopción, se persigue un objetivo cualificadamente distinto al del acogimiento, implicando de hecho la ruptura del expresado vínculo. Podía haberse elegido cualquier otro modelo (como una Comisión única de tutela, acogimiento y adopción). Pero habiendo optado por constituir dos Comisiones distintas, sus objetivos debieran responder a los fines para los que se constituyeron o, al menos, los que se derivan de su intitulación. Por ello, las funciones relativas a la valoración de las solicitudes de acogimiento debieran ser responsabilidad de la Comisión de tutela, de forma que la Comisión de adopción se limite exclusivamente al ejercicio de funciones conexas con las situaciones de ruptura del nexo familiar.

8. El art. 32.3 del Decreto dispone un régimen especial para las solicitudes de adopción relativas a menores con dificultades por circunstancias especiales, entre ellas que los menores superen los cinco años de edad. El art. 39.1.b), relativo a la selección de adoptantes, hace referencia precisamente a aque-

llos menores con dificultades, pero, en este caso, niños mayores de tres años de edad, lo que debiera aclararse a los efectos de evitar esa contradicción interna de la norma, pues para tales menores con dificultades el Decreto altera el régimen de inscripción en el correspondiente registro (art. 32), no rigiéndose la resolución del correspondiente expediente por el criterio cronológico.

Es asimismo observable la incorporación entre los criterios de alteración de la inscripción de las solicitudes en el Registro de adopción (menores con dificultades o circunstancias especiales, menores con minusvalía o enfermedades crónicas o contagiosas o con inadaptación social) el que “concurra cualquier otra circunstancia similar”, concepto jurídico indeterminado cuya utilización, por los efectos que se persiguen, debiera en la medida de lo posible ser eliminado, por inseguridad que produce y la apertura de una vía de arbitrariedad que permite que al amparo de tal cláusula se pueda alterar el orden del registro de inscripción, vulnerándose así el principio general *prior tempore potior iure*. Por ello, o se hace una lista tasada de supuestos excepcionales, o la aplicación de cualquier otro criterio corrector deberá ser debidamente valorada por la Comisión de adopción, previa la emisión de los informes técnicos, periciales y de cualquier naturaleza que permitan reconducir una inscripción en el registro por el cauce excepcional de alteración del orden del mismo.

En cuanto a la regulación contenida en el Capítulo Cuarto del Título IV (de la adopción de menores extranjeros), art. 41, precepto que parece referirse a la adopción judicial de conformidad con la Ley española de un menor extranjero, remitiéndose a lo previamente dispuesto para la adopción, “sin perjuicio del cumplimiento de los convenios que en materia de adopción tenga firmado el Reino de España con terceros países”; lo que podría complementarse, desde luego, efectuando una remisión a lo dispuesto en art. 9 apartado 4 y 5 CC, relativo al punto de conexión aplicable en las relaciones de filiación natural y adoptiva, siendo así que conforme los mismos será la Ley nacional del adoptando la que rija su capacidad y consentimiento, si residiera fuera de España o, residiendo en España, no adquiriera en virtud de la adopción la nacionalidad española.

9. Se crean dos Registros, el Registro de Tutelas “administrativas” y el Registro de Guardas en Centros de Acogida. Ello ha sido hecho con buen criterio, en cuanto al primero, a fin de evitar confusión el Registro de Tutelas en el ámbito civil, y respecto al segundo, en coherencia con lo manifestado en apartados anteriores, la guarda, consecuencia de la tutela administrativa de la Comunidad Autónoma, puede ejercerse “bajo la vigilancia de la entidad pública, por el Director del establecimiento en que el menor está internado, o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento”.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Las competencias de las comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil*, Primer Congreso de Derecho Vasco: la Actualización del Derecho Civil, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1983.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *De la patria potestad*, en "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales", obra dirigida por Albadalejo M., tomo III, volumen 2, artículos 142 a 180, Editorial Edersa, 1978.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *La reforma de la patria potestad*, en las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1983.
- CASTRO LUCINI: *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción, II: el adoptado*. Anuario de Derecho Civil, tomo XXI, 1968.
- CONSEJERÍA DE SANIDAD Y ASUNTOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANARIAS: -DECRETO 103/1994, de 10 de junio (B.O.C. núm. 87 de 18 de julio de 1994).
- DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, volumen IV, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- GARCÍA GIL, F.J.: *La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial*, La Ley, Tomo III, 1989.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.C.: *Comentarios al Código Civil*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: *Artículo 269 del Código Civil*, en Comentarios al Código Civil, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Derecho de Familia*, 3ª edición, fascículo I, Librería Bosch, Barcelona 1989.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Artículo 149.1.8. Comentario a la Constitución*. Dirigido por Garrido Falla, Tomo XIV, Editorial Edersa, Madrid 1987.
- LLEVARÍA SAMPER, S.: *Tutela Automática, Guarda y Acogimiento de Menores* (Estudio de la Ley 21/87, de 11 de noviembre) Editorial Bosch, Barcelona 1990.
- PAREJO CERDA: *Estudio breve sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad*, Colegio Notarial de Baleares, Circular 22 C. Cultura de 4 de junio de 1981.
- PILLADO MONTERO, A.: *Notas sobre el Proyecto de Ley de reformas en materia de adopción*. Revista de Derecho Privado, mayo 1987.
- ROCA TRÍAS, E.: *Constitució i Família*, Revista Jurídica de Catalunya, 1984.
- RUIZ RICO RUIZ, J.M.: *La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores*, Actualidad Civil, nºs 2 y 3 de 1988.
- VALLADARES RASCÓN, E.: *Notas Urgentes sobre la nueva adopción*, Poder Judicial, 2ª época, marzo de 1988, Madrid.

6.- Procedimientos

- a) Juicios de cognición.
- b) Juicios de desahucio.
- c) El nuevo juicio verbal.
- d) Los supuestos de retracto.
- e) Régimen de recursos.
- f) Ejecución de sentencias.

CONSIDERACIÓN FINAL.

INTRODUCCIÓN

Con la publicación en el Boletín Oficial del Estado el pasado día 25 de noviembre de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos sancionada el día anterior, se produce en nuestro derecho positivo un eslabón más en la ya dilatada cadena de disposiciones que sobre dicha materia ha regido en España al menos en los últimos ciento cincuenta años, por referirnos a precedentes más remotos, entre los que desde luego no serían nada desdeñables leyes como las de reparto de tierras y arriendos de 1778 y 1779 aprobadas por el Rey Carlos III a propuesta del Ministro Campomanes.

El propósito de ocuparnos particularmente del aspecto procesal nos dispensa entonces de entrar en lo que constituye más el aspecto material de la contratación arrendaticia, comprensivo sobre todo de las ya clásicas antagónicas cuestiones de la duración y de la renta, es decir del interés de los arrendatarios en permanecer en el disfrute de la cosa arrendada y el de los arrendadores en percibir la contraprestación actualizada por la posesión cedida, prórrogas forzosas, desahucios, congelación de rentas y libertad de pactos, y todo lo demás que en torno de ello cabe imaginar, es lo que dan razón de ser a la existencia ya inveterada de una legislación especial locaticia.

La nueva ley lo afronta también, como sus predecesoras, en ese carácter mixto, de legislación material y procesal, ya que las previsiones en torno al proceso son tanto más indispensables cuanto mayor es la posibilidad de que no haya un acatamiento voluntario de la normativa. Por ello mismo no en vano se ha dicho que precisamente el proceso existe para evitar que el Derecho fracase.

Mas, como decimos, aun siendo conscientes de la dificultad que siempre entraña separar ambos campos material y procesal, nos limitaremos a esto último, partiendo de los obligados precedentes y siguiendo con el análisis de los nuevos textos legales, para acabar con las habituales consideraciones finales.

ANTECEDENTES

La nueva Ley de arrendamientos urbanos viene a sustituir a la hasta ahora vigente desde 1964, texto articulado de 24 de diciembre que aprobó el

Decreto 4.104 de ese mismo año, en cumplimiento de la autorización dada al Gobierno por el art. 4, apartado a) de la Ley 40/1964 del 11 de julio, reformada en diversas aunque muy parciales ocasiones, bien aprovechando reformas procesales más generales, como las de 1966, 1968, 1974, 1984 y 1992, bien incluso con ocasión de medidas económicas, como el Real Decreto Ley de 30 de abril de 1985, conocido como Decreto del Ministro Boyer, que dejó en suspenso la prórroga forzosa.

Tal Ley del 64 como se expresa en el propio Decreto que aprobó el texto articulado, conserva fielmente el plan seguido por su predecesora, la Ley de 22 de diciembre de 1955, articulada a su vez por el Decreto de 13 de abril del año siguiente 1956, que a su vez vino a sustituir a la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, texto articulado de 21 de marzo de 1947 y la ley sobre la misma materia de 21 de abril de 1949, cuyo plan fue también seguido por la del 56, conforme se expresa en su introducción y fácilmente se constata repasando su articulado y las secciones de los doce capítulos que las integran.

Puede entonces decirse que en esos tres principales textos legales el plan de ordenación ha sido muy semejante y que por lo que corresponde a la normativa procesal se fue recogiendo en análogo capítulo XII que en todos los casos se rubricó como “jurisdicción, competencia, procedimiento y recursos”.

Con anterioridad a los años cuarenta, diversas fueron también las disposiciones promulgadas, con preferente ocupación acerca de la duración o prórroga y la revisión de rentas, sin omitir tampoco el aspecto procesal, y así habrían de citarse sobre todo los Decretos de 21 de junio de 1920, de 26 de diciembre de 1931 (revisando rentas y acordando prórrogas, a través del procedimiento del juicio verbal en que incluso se dan ciertos poderes inquisitivos al Juez para acordar pruebas de oficio y hasta aplazar el juicio o el lanzamiento), de 21 de enero de 1936 (referente a arrendamientos de establecimientos industriales, luego denominados locales de negocio), a los que les siguen otras disposiciones ya como legislación de emergencia, como las leyes de 9 de junio de 1939 o de 7 de mayo de 1942, impidiendo ésta la elevación de rentas y exonerando de su pago la primera caso de existir en el inmueble daños derivados de la guerra.

La mezcla además de esas disposiciones con otras de índole administrativa sobre viviendas, tales como la Ley de 19 de abril de 1939 sobre casas baratas o económicas (a las que habrían de añadirse otras muchas sobre casas de renta limitada, casas para funcionarios y militares, viviendas protegidas, viviendas bonificables o para clase media, viviendas de tipo social, viviendas subvencionadas, viviendas de la Ley Salmón, hasta llegar a la aún

vigente ley de viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1963 y su Reglamento de 24 de julio de 1968), hizo que muchos autores denunciaran la confusión legislativa y hasta que clamaran por la vuelta al derecho común o al menos la reducción y la simplificación que evite la inseguridad jurídica.

Por su parte, el derecho común, de aplicación siempre supletoria y hasta complementaria, se contiene como hasta nuestros días en el Código Civil, sobre todo en el Título VI del Libro Cuarto, artículo 1.542 y siguientes, reguladores del contrato de arrendamiento, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que es la normativa del juicio de desahucio, título XVII del Libro II, artículos 1.561 al 1.608, donde curiosamente se comienza disponiendo que corresponde ello en exclusiva a la jurisdicción ordinaria como necesaria afirmación ante el inquietante intervencionismo administrativo, cuyas disposiciones fueron producto entonces de la refundición de las leyes de 25 de junio de 1867 y 18 de junio de 1877, que respectivamente habían ordenado un procedimiento breve, frente al texto de nuestra primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que caso de haber oposición al desahucio remitía al juicio de mayor cuantía, y determinado la competencia de los Jueces Municipales en juicio verbal, incluidos los precarios. Que luego esos textos procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil hayan sido reformados en diversas ocasiones, como ya se adelantó, hasta la penúltima reforma hecha por la Ley 10/1992, de 30 de abril, es al menos la consecuencia necesaria del transcurrir de los años, de la evolución de nuestro país, y en fin, del progreso de la ciencia jurídica.

LOS NUEVOS TEXTOS LEGALES

Tres son los lugares en que la nueva ley locaticia se ocupa de la normativa procesal, además de en uno de los apartados de su Preámbulo. Tales lugares son en primer término el Título V o último de los que integran la ley, rubricado “procesos arrendaticios”, comprensivo de los artículos 38 al 40, respectivamente denominados competencia, procedimiento y acumulación de acciones.

En segundo lugar están las normas contenidas en la Disposición Adicional 5ª de las diez existentes, rubricada “modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, comprensiva a su vez tres números, que respectivamente afectan a los artículos 1.563, 1.566, 1567 y 1.687.3.

Por último o tercer lugar, lo constituye la Disposición Transitoria Sexta o última, rubricada “procesos judiciales”, que a su vez contiene dos únicos números.

En cuanto al Preámbulo, el apartado 5 del mismo contiene cinco párrafos que hacen alusión a la competencia, a la utilización del procedimiento arbitral, a los procesos arrendaticios cognición, desahucio y juicio verbal, a la enervación de la acción, a la acumulación de acciones y a la casación en esta materia.

Comprenden, pues, las normas citadas unas muy escasas disposiciones en cuanto a contenido, como enseguida hemos de ver, y de ahí que ante la expresa derogación del Decreto que aprobó el texto refundido de 1964 y los artículos 8 y 9 del Real Decreto Ley 2/1985 de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, (que como ya indicamos fue el que dejó en suspenso la prórroga forzosa), a la entrada en vigor prevista para el 1 de enero de 1995, en gran medida volverá a regir la normativa común tanto material, como procesal.

1) Ámbito de aplicación

La nueva nueva Ley mantiene la dualidad de la legislación precedente, pero si bien continúa refiriéndose a arrendamientos de viviendas (aunque omitiendo la expresión que al propio tiempo utilizaba la Ley anterior de “inquilinato”), definidas ahora como “edificación habitable con destino primordial en satisfacer la necesidad permanente de vivienda”, con total rotundidad abandona el término tradicional de “local de negocio” (heredero a su vez del de “establecimiento industrial” como veíamos utilizaba el Decreto de 1936) y en su lugar habla ahora de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, definido descriptivamente en el art. 3 como enseguida veremos, y regulado particularmente en el título III (arts. 29 a 35).

Ambos arrendamientos la Ley los circunscribe, como es tradicional, a edificación habitable (con lo que se podrán incluir las de modesta construcción, pero nunca los solares), disponiendo expresamente que las normas del de vivienda son aplicables también al mobiliario, trasteros, plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador, con lo que evidentemente en caso de no arrendarse juntamente con la vivienda han de entenderse como excluidos de aquellas normas (art. 2.2).

El uso distinto al de vivienda lo refiere la Ley ahora tanto a los arrendamientos de temporada, sea de verano o de cualquier otra, como a los celebrados para ejercerse en la finca “una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docencia”, añadiendo además “cualesquiera que sean las personas que los celebren”. Ello no obstante, no ha de implicar un *numerus clausus*, sino enunciativo a destinos aná-

logos, pero refleja claramente la voluntad del legislador de no asimilar al de vivienda los concertados con el Estado, Entidades Benéficas y hasta Deportivas, que entre otros nombraba al respecto el art. 4.2, y con la particularidad además de englobar en ese destino diferente al de vivienda a los arrendamientos de temporada y casino o centros de recreo que anteriormente quedaban excluidos de toda la legislación especial. El mencionado carácter enunciativo del precepto encuentra además apoyo en el propio Preámbulo de la Ley cuando en el párrafo primero de su número 3 expresamente expone que el uso distinto al de vivienda engloba arrendamientos de segunda residencia.

Junto a ello la Ley contiene también una relación de exclusiones, coincidente con la precedente en lo que respecta a viviendas para uso de porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, y a finca con casa-habitación en que el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal sea la finalidad primordial, y además incluyendo como novedad las viviendas de militares y viviendas universitarias asignadas a alumnos matriculados, personal docente, de administración y servicios, dependientes de la Universidad (art. 5). Y luego, dentro de las disposiciones transitorias, dedica la quinta a las viviendas o mejor arrendamientos de viviendas de protección oficial, para expresar que las que subsistan continuarán rigiéndose por la normativa que les viniera siendo de aplicación.

Nada dice en cambio de los arrendamientos de industria, como tampoco de los arrendamientos mixtos, es decir, comprensivos de local e industria, y hasta de los que se preveían en los anteriores artículos 4 y 5, viviendas con ejercicio a la vez de profesión con industria doméstica, o de industria con la vivienda incorporada, y por ello mismo sólo la comentada finalidad primordial será la que determine la calificación del arrendamiento juntamente con que el objeto sea desde luego una edificación habitable.

Tal omisión, como decimos, es evidente, y en función de aquella finalidad las exclusiones de la legislación locaticia serán bien posibles en lo que a los contratos futuros respecta, pues para los que subsistan como contratos asimilados (arts. 4.2 y 5.2) celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 en que entró en vigor la suspensión de la prórroga forzosa, la Disposición Transitoria Cuarta los remite a las previsiones de la Tercera, esto es, a las normas sobre extinción de subrogación y actualización de la renta en locales de negocio también celebrados antes de dicha fecha.

2) Normativa vigente y previsión de arbitraje

Frente al tradicional carácter tuitivo o imperativo de la legislación anterior, con expresas prescripciones acerca de derechos irrenunciables (los

beneficios otorgados a los inquilinos son irrenunciables, “considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga” decía el anterior art. 6, que en cambio sí lo consentía para el caso de las denominadas viviendas suntuarias), y un tanto en la línea del R.D.L. de 1985, la nueva Ley se inclina por el libre acuerdo de las partes, sobre todo en los arrendamientos para otros usos diferentes al de vivienda, como expone en el Preámbulo, aunque luego contenga notables limitaciones.

El nuevo art. 4 contiene también ahora normas que aunque nada dicen respecto a que sean irrenunciables, sí prescriben un expreso sometimiento imperativo de los arrendamientos comprendidos en la Ley especial a lo dispuesto en sus títulos I, IV y V, esto es, lo ya visto sobre la delimitación de su ámbito o contratos que comprende, las disposiciones comunes sobre constitución de fianzas y formalización escrita de los contratos, y normas sobre los procesos.

Al propio tiempo, y en lo que respecta a los arrendamientos de viviendas, con exclusión de las que anteriormente serían suntuarias y que ahora se delimitan como con superficie superior a trescientos metros cuadrados o en las que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5.5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual (que se rigen por la voluntad de las partes y supletoriamente por el Código Civil, aunque antes que por éste por las propias normas del Título II), el nombrado art. 4 estipula también que se rigen por lo dispuesto en dicho Título II. Es decir, que los arrendamientos de viviendas quedan sometidos imperativamente, además de lo ya aludido sobre normativas de fianzas, formalización escrita y procesos arrendaticios, a todo lo que se regula en tal Título II, cuyos cinco capítulos abarcan prácticamente lo que da contenido a la normativa arrendaticia especial, duración, renta, conservación y obras, retracto, cesión y subarriendo, extinción y causas de resolución.

Existen por tanto importantes limitaciones a la libre disposición de las partes, y ello ahora ha de combinarse con el nuevo criterio legalmente establecido en orden a la posibilidad de sometimiento a *arbitraje*, pues así como bajo el régimen de la legislación anterior se había creado un cuerpo de doctrina jurisprudencial en contra, basado sobre todo en las previsiones de los artículos 120 de la Ley del 64 y 1.561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de claros términos imperativos, al decir el segundo que los desahucios corresponden exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, y el anterior que el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de la Ley especial corresponderá a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria), ahora expresamente se previene la posibilidad del arbitraje.

En efecto, el número 5 del art. 39 establece ahora que las partes podrán pactar el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, agregando la Disposición Adicional 7ª que al art. 30 de la mencionada Ley arbitral se le añade el número 3 para, en síntesis, disponer que a falta de pacto expreso de las partes los árbitros deberán dictar en tal caso los laudos en tres meses (expresión aquella del “tribunal arbitral” que desde luego es ejemplo de la imprecisión legislativa muchas veces advertida, al confundir con lo que no sólo es propio del poder judicial sino con lo que constituye un órgano colegiado, frente a los arbitrajes individuales y desde luego sustitutivos de los tribunales de Justicia).

Mas, ante las comentadas normas imperativas de la legislación arrendaticia y la previsión asimismo contenida en la propia Ley arbitral de circunscribirse a “materias de su libre disposición conforme a derecho” (art. 1º), pocas habrán de ser las que en definitiva lleguen a resolverse mediante laudo.

Y para terminar este apartado sobre la normativa aplicable, aludir a algo que se ha venido repitiendo con los ya comentados sucesivos cambios legislativos cual es que las nuevas normas procesales son aplicables a los arrendamientos concertados con anterioridad que subsistan a la entrada en vigor de la nueva Ley. Así se previene expresamente en la *Disposición Transitoria Sexta*, donde además se establece que la nueva normativa sobre los recursos de casación será aplicable en los litigios sobre contratos de arrendamientos de locales de negocios en los que la sentencia de la Audiencia Provincial se haya dictado después de la entrada en vigor de la nueva Ley.

3) Normas de competencia

Coincidiendo con la normativa anterior (art. 121), el nuevo artículo 38 estipula también el fuero territorial del lugar de situación de la finca arrendada juntamente con la competencia objetiva única de los Juzgados de Primera Instancia, tal como se recogió en el nuevo texto que dio al ahora derogado art. 122 la Ley de reforma 10/1992, consecuentemente con la supresión de los Juzgados de Distrito, ordenada en la Ley Orgánica 4/1985 y consumada el 29 de diciembre de 1989.

Como una muestra más de la parquedad de la nueva normativa, nada se previene para los supuestos en que sean parte no sólo el Estado, sino las otras instituciones ya mencionadas de que hablaba el anterior art. 4 y hasta 121, por lo que ha de estarse a las reglas generales, actualmente un tanto análogas, no obstante, el recogerse y generalizarse un fuero territorial en

favor no sólo del Estado, sino de todas las Entidades estatales de Derecho Público, Órganos Constitucionales y hasta Entidades de Derecho Público dependientes de las Comunidades Autónomas, en el nuevo texto que dio al art. 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la tan citada Ley de reforma 10/1992.

Tampoco se establece nada respecto a la competencia funcional derivada de los recursos, por lo que también en ello son aplicables las reglas generales de apelación a las Audiencias Provinciales (art. 82.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), además de las relativas a los recursos extraordinarios, aunque para la casación sí se introduce una particular posibilidad, de la que en su momento nos ocuparemos.

4) Previsión acerca de designación de domicilio

Sin referirlo a ningún procedimiento en concreto, pero sí situado ello dentro del Título V dedicado como hemos dicho a los procesos arrendaticios, el número 6 del art. 39 contiene una específica previsión sobre designación de domicilio que, no obstante, por la indicada situación sistemática de la norma, se ha de entender sobre todo a los fines procesales, aunque el texto del precepto parece dar a entenderle una mayor trascendencia.

Tal designación la previene el precepto con carácter meramente potestativo, “podrá designarse” dice literalmente el artículo, y la condiciona no a la mera voluntad de las partes, sino al supuesto de que alguno de los contratantes “no tuviere su domicilio dentro de la demarcación judicial donde radique la finca”, para luego determinar también que el domicilio a designar no puede ser donde libremente se quiera en el sentido de expresarlo en cualquier lugar lejano, sino que será un domicilio “radicado en ella”, es decir, en la demarcación judicial donde esté situada la finca.

La finalidad de la designación, como ya adelantábamos, es más problemática, pues al concluir el precepto diciendo “a los efectos de recibir cualquier notificación vinculada con los derechos y obligaciones reconocidos en esta Ley”, no cabe duda que el marco meramente procesal la literalidad del precepto lo desborda, por lo que la solución ha de estar a los términos en que se haga la repetida designación de domicilio de tal forma que si no se llegara a especificar que lo es con fines procesales, si se carece de Procurador (a quien conforme al reformado texto del art. 271 de la L. E. Civil ya han de hacerse todas las notificaciones y comunicaciones) y consta en el contrato un domicilio fuera del Partido Judicial, el entender que tácitamente el domicilio contractualmente designado lo será también a todos los efectos procesales, podría originar indefensión.

5) Acumulación de acciones

También como en la legislación precedente, se contiene ahora previsión en torno a ello. Concretamente el nuevo art. 40 se ocupa de ello en sus dos números, el primero de forma análoga al anterior art. 127, de poder accionarse contra los distintos arrendatarios de una misma finca por hechos comunes o de litigar los distintos arrendatarios de una misma finca contra el mismo arrendador también por hechos comunes, aunque con exclusión no sólo de los desahucios por falta de pago, sino de los desahucios en general (por tanto del desahucio por extinción del plazo), y el otro, ya como auténtica novedad, cual es la posibilidad de poder simultanearse la acción de desahucio o resolución del contrato por falta de pago y la reclamación de las cantidades adeudadas, en cuyo caso el precepto remite al juicio de cognición, como luego hemos de ver. Para tales supuestos de acumulación de resolución y reclamación nada se previene respecto a un posible pago enervante, que si bien supondría allanamiento incluso, de impedir la enervación se pondría en manos del accionante el eludir sus efectos con sólo acudir a la comentada acumulación, por más que como luego hemos de ver también los supuestos de enervación se previenen ahora muy restringidos.

6) Procedimientos

Como ya es tradición en todas las leyes precedentes, en la nueva ordenación locaticia también se previenen diversos procedimientos, frente a los arrendamientos de la legislación común que únicamente cuenta con el desahucio o la vía declarativa ordinaria.

Sin embargo ahora la coincidencia ya no se mantiene, pues si bien se siguen rigiendo por el juicio de cognición y por el desahucio, la referencia expresa al retracto desaparece y en cambio se añaden unos nuevos supuestos a decidir por el juicio verbal.

Por otra parte, y como nota general, decir que la normativa toda sobre los procedimientos se contiene en un solo precepto, el art. 39, y es por tanto bien escasa, echándose de menos referencias expresas, además de la ya apuntada del juicio de retracto, a normas sobre recursos y ejecución, incluidos plazos, consignación de rentas y posibilidad de rehabilitación del contrato, además de otros aspectos más concretos como postulación, reconvencción, incidentes, etc. todo lo cual ha de acomodarse a las normas generales o comunes, tal como empieza disponiendo el número 1 del citado artículo.

Mas, como nota también de carácter general, hay que consignar sobre todo que no existe una norma un tanto restrictiva respecto a la sustanciación

En la nueva Ley igualmente se previene el juicio de desahucio por la falta de pago, aunque se hace además extensivo a los supuestos de extinción del plazo o expiración del término, como dicen los viejos textos, con lo que el legislador se decanta por tal cauce procesal en la polémica suscitada tras el R.D.L. de 30 de abril de 1985 suspendiendo la prórroga forzosa (por ser motivo no previsto entre las causas resolutorias del art. 114, frente a lo que se objetaba el carácter general y por tanto atrayente del juicio de cognición, las mayores garantías del mimo y hasta la previsión del art. 114 número 11 de no cumplirse los requisitos o no reunirse las circunstancias exigidas para la prórroga forzosa, además de la ya comentada estrechez del art. 151).

Junto a esos dos supuestos, hay que añadir aún una exclusión y una previsión un tanto extemporánea. Esta última se refiere a la mención que al propio tiempo hace la ley de las demandas que se interpongan por precario, pues si bien ello siempre estuvo previsto entre los supuestos de legitimación pasiva en el art. 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (variado en cuanto a competencia objetiva, de los Jueces de Primera Instancia a los entonces Municipales y Comarcales, —luego de Distrito—, por la Ley de reforma de 23 de julio de 1966, y asignado además el conocimiento de las apelaciones desde los segundos a las Audiencias Provinciales por la Ley de 20 de junio de 1968, primera en atribuir competencias civiles a dichos órganos, tradicionalmente sólo de lo criminal), nada tienen que ver con los arrendamientos y menos aún con los especiales.

La exclusión, en cambio, es la ya comentada, de remitir al juicio de cognición cuando junto a la resolución por falta de pago se insta o acumula la reclamación de la cantidad debida.

Respecto al desahucio por extinción del plazo del arriendo o término pactado, tiene ello mucho que ver con los aspectos de orden material contenidos en la Ley, tanto para los contratos nuevos en que se requiere un mínimo de cinco años (art. 9), los posteriores o sometidos a la suspensión de prórroga forzosa del R.D.L. de 1985 y los contratos anteriores, con la importante distinción entre viviendas que subsisten caso de acogerse a la actualización de rentas previstas en las disposiciones transitorias y los locales de negocios, pero en lo que a las normas de procedimiento respecta ninguna previsión diferente existe.

En cambio, por lo que atañe al desahucio o resolución por falta de pago, ha de precisarse ante todo que ello no se circunscribe sólo a las rentas o cantidades que a la misma se asimilan (como decía el art. 114, tanto en la Ley del 64 como en la del 56, o del precio convenido como decía el antiguo

número 3º del art. 1.562 y el actual 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o renta vencida, como se decía también), sino que puede implicar un contenido diferente a los que integran las cantidades asimiladas en preceptos como los artículos 95 y 100 de la hasta ahora Ley vigente, ya que la Ley habla ahora de “falta de pago de la renta o en su caso de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario”, art. 27.2.a) al que remite el número 3 del tan repetido art. 39, entre los que sin ir más lejos está el supuesto previsto como apart. b) en dicho art. 27 de “falta de pago de la fianza o del importe de su actualización”.

Junto a ello, y referido también al desahucio por falta de pago, se ha de tener en cuenta la reforma que la Ley hace del art. 1.563 (Disp. Adicional 5ª), de aplicación a todos los desahucios, y por ello también a éstos de la Ley locatícia, referente a las reglas reguladoras de la enervación, que inspirada en la prevista para los arrendamientos de la legislación especial incorporó a la legislación común la nombrada reforma de 1966.

Se continúa ahora con tal posibilidad de enervar y por tanto de dejar sin efecto la acción de desahucio por falta de pago (que precisamente el nuevo texto habla tanto de rentas como de cantidades asimiladas como de cantidades cuyo pago hubiera asumido el arrendatario, aunque omitiendo toda referencia a costas y a cantidad alzada que de ser desconocidas fija el Juez, como decía el ahora reformado art. 1.563), pero en cambio se limita su uso. En efecto, junto a prevenirse para los arrendamientos de viviendas o de fincas en que se realicen actividades profesionales, comerciales o industriales (no otras, como de beneficencia, recreo, deportivas, etc.), y de mantenerse hasta el día señalado para la celebración del juicio, nada se previene en orden a poder proseguirse el mismo por las costas, y menos aún de caber incluso hasta antes de ser notificado de la sentencia que no dé lugar a ulterior recurso. La supresión de lo que al respecto se contenía en la legislación anterior, igual que la posibilidad de rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento de vivienda y hasta de los modestos locales de negocio con renta anual de sólo doce mil pesetas (art. 147), es evidente, y por ello no se corresponde con tal normativa el que luego en el Preámbulo se diga que se hacen matizaciones sobre las posibilidades de enervación y rehabilitación.

Pero la restricción legal es aún mucho mayor, pues no sólo no posibilita expresamente un enjuiciamiento sobre el uso reiterado o abusivo (que siempre podría plantearse dentro de las alegaciones generales, para lo contrario, que tampoco se previene), sino que expresamente se prescribe como número 2º del citado art. 1.563 que “la enervación no tendrá lugar cuando se hubiese producido anteriormente”, y que tampoco tendrá lugar “cuando

Tan parco precepto, a no dudar necesitará un desarrollo práctico que en definitiva disipe dudas al menos para esos otros importes que corresponda abonar al arrendatario, diferentes a lo que es su principal obligación de pagar la renta convenida. Podrá preguntarse entonces si se han de comprender en este juicio los pagos de gastos de servicios, tributos, cargas y demás responsabilidades que se mencionan en el nuevo art. 20, o los gastos para reponer las cosas al estado anterior que también se previenen en el art. 23, pues por muy elevados que puedan ser, es el mismo precepto el que concluye agregando “cualquiera que sea la cuantía” (expresión semejante al de análogos juicios previstos para las reclamaciones de daños y perjuicios derivados de vehículos de motor, de la Ley 3/1989).

Esas dudas en lo que es objeto en sí del juicio, se han de poner además con las que surgen respecto a la postulación, posibilidad de recurso, etc. que también surgen en el aludido juicio verbal de la Ley 3/1989 cuando sobre todo no se circunscribe a los límites ordinarios de las ochenta mil pesetas. Antes como ahora el legislador fue muy parco, y si con sus nuevas normas distorsiona las normas que son propias de cada procedimiento ordinario, ha tenido que entrar en detalles que eviten lo que pueda ir contra la seguridad jurídica que proclama el art. 9 de nuestra Constitución.

d) Los supuestos de retracto

El derecho de adquisición preferente que todo retracto implica, viene expresamente enunciado en la nueva Ley en preceptos como el art. 25 precisando incluso en su número que podrá el arrendatario ejercitar tal derecho con sujeción a lo dispuesto en el art. 1.518 del Código Civil.

La posibilidad de tal derecho es pues evidente, con el sometimiento al plazo de caducidad de treinta días que asimismo determina el citado precepto (reduciendo así los sesenta días del art. 48 de la Ley anterior), pero el afán simplificador del legislador fue tal que omitió por completo toda referencia al procedimiento que en torno al mismo ha de sustanciarse, como hacen los artículos 126 de las leyes de 1956 y 1964 o la de arrendamientos rústicos de 1980 en su art. 129, aunque bien es verdad que limitándose en todos los casos a remitirse al título XIX del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1.618 a 1.630, con el agregado de que será ajustándose a lo prevenido en la Ley especial.

La singularidad del mencionado procedimiento, sobre todo a la hora de la admisión de la demanda con la exigencia de consignación del precio pagado por el adquirente, que no puede pensarse sin ir contra la lógica y la propia sistemática legislativa, que ello tenga que sustanciarse por el juicio de cognición por ser el procedimiento general que se establece para cuando

no se trate de las únicas excepciones que por desahucio y juicio verbal se mencionan en el número 2 del art. 39 de la nueva Ley. En cambio la sola mención del nombrado art. 1.518 del Código Civil no bastaría al poderse efectuar el reembolso del precio de la venta y los gastos tanto en el momento inicial como en trámite de ejecución de sentencia.

Hemos entonces de sostener que el juicio de retracto persiste, con sujeción a las reglas comunes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la singularidad del plazo de caducidad de la nueva ley, con fundamento sobre todo en la genérica remisión del número 1 del art. 39.

e) Régimen de recursos

Como nada se previene en las normas de procesos arrendaticios objeto de nuestro estudio, salvo lo que enseguida hemos de ver en materia de casación, a la normativa común ha de estarse para todos y cada uno de los procesos que hemos ido tratando, de forma que en todos ellos cabe recurso de apelación a la respectiva Audiencia Provincial, a resolver en Sala de Justicia y no individualmente por sus Magistrados en turno de reparto como se estableció en el art. 737 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma de la Ley 10/1992 (y por remisión en los desahucios también, art. 1.583), al haber sido ello declarado inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de septiembre de 1994, con la expresa exigencia de pago o consignación para el caso de los desahucios.

Y como segundo recurso ha de mencionarse el de casación a la Sala Primera del Tribunal Supremo, no sólo cuando se trata de desahucios que no tengan regulación especial y en los retractos cuando en ambos casos alcancen la cuantía de los juicios ordinarios, tal como es establecido en el nº 3 del art. 1.687 de la L. E. Civil reformado por la Ley 10/1992, (que fijó tal cuantía en seis millones de pesetas), excluidos como con anterioridad los de falta de pago, sino que ahora se agrega también, con igual límite cuantitativo, la posibilidad de recurso de casación contra sentencia de las Audiencias Provinciales dictadas en apelación de los juicios de cognición arrendaticios, cuando tales sentencias “no fuesen conformes con la dictada en primera instancia”, aunque lo sean diferentes en lo relativo a la imposición de costas.

Con tal posibilidad de casación de los juicios de cognición, que el Preámbulo de la Ley fundamenta en que la trascendencia e importancia de la materia y de los cambios normativos debe ser objeto de doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo, se recoge con justeza que ello efecte incluso a las viviendas, ya que el anterior art. 135 de la Ley de 1964, originariamente regulador del desaparecido recurso de injusticia

**CALIFICACIÓN REGISTRAL:
ALCANCE Y LÍMITES DEL ART. 27
DE LA LEY DE REGISTRO CIVIL**

JOSÉ JUAN CABELLO PERERA

LICENCIADO EN DERECHO
OFICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
DESTINO REGISTRO CIVIL ÚNICO DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

FUNCIÓN REGISTRAL Y CALIFICACIÓN.

FUNDAMENTO.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD CALIFICADORA.

ÓRGANO CALIFICADOR.

CONTENIDO DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA.

INSTRUMENTOS O ELEMENTOS DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA.

y por último, que sólo tengan acceso al registro actos jurídicamente válidos y eficaces.

Encuentra, pues, la actividad de calificación su más clara fundamentación en la sumisión de la actividad administrativa a la norma jurídica, garantía suprema del administrado y condición inexcusable para lograr su confianza y firme convicción acerca de la certeza y validez de los hechos inscritos.

Por otro lado, en nuestro sistema registral, salvo contadas excepciones de eficacia constitutiva, las inscripciones registrales tienen el valor de verdaderos títulos de legitimación de estado, con valor probatorio privilegiado, en cuanto gozan de presunción de exactitud, no compatible por los medios ordinarios de prueba, en tanto no se obtenga la rectificación del asiento por vía declarativa, y en cuanto constituyen el medio de prueba normal y exclusivo de los hechos inscritos (*arts. 2 y 3 Ley de Registro Civil, en adelante LRC*).

Pues bien, este excepcional valor probatorio de las inscripciones como títulos de legitimación de estado en unos casos, y su eficacia constitutiva en otros, deviene en razón de ser más suficiente, para que, a la función registral “stricto sensu”, le preceda una actividad de control o censura, que constituye, no sólo una facultad del Registrador, sino también un deber, no recogida explícitamente en la legislación registral anterior a la vigente, aunque sí venía siendo contemplada por la jurisprudencia registral, que recoge expresamente el artículo 27 de la LRC vigente en los siguientes extremos:

“El encargado del Registro competente calificará los hechos cuya inscripción se solicite por lo que resulte de las declaraciones y documentos presentados o del mismo Registro.

En cuanto a las declaraciones, la calificación comprenderá la capacidad e identidad del declarante. La de las sentencias y resoluciones se limitará a la competencia y clase del procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro”.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD CALIFICADORA

La doctrina comúnmente viene incluyendo a la actividad calificadora dentro del campo de la jurisdicción voluntaria, por entender que participa de su naturaleza, por cuanto mediante ella el Registrador declara o configura el derecho, sin contienda entre partes y sin producción de cosa juzgada.

Pere Raluy, por el contrario, considera que constituye un error hablar en estos casos de actividad de tipo jurisdiccional, aunque ésta sea de la clase de la llamada jurisdicción voluntaria, y entiende que toda la actividad registral, tanto la que comprende el mero archivo de hechos autónomos de estado civil, previa calificación de los títulos correspondientes, como la dirigida a autenticar y legitimar actos de estado civil, pertenece plenamente a la función administrativa, y más concreto, a lo que pudiera llamarse administración pública del Derecho privado, siendo la característica esencial de tal actividad, la de tratarse de una función legitimadora. Así describe Castán sus características: *“La misión del Estado, en orden a la realización del Derecho, no sólo supone formular, en abstracto, la norma jurídica –función legislativa– y declarar el Derecho en los casos de violación o desconocimiento –función jurisdiccional–, sino que exige, además, coadyuvar a la formación, demostración y plena eficacia de los derechos, en su vida normal y pacífica, mediante instituciones que aseguren la legitimidad y autenticidad de los hechos y actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de tales actos se originen. Puede, pues, concebirse una nueva función del Estado, la legitimadora, y una nueva rama del Derecho, el Derecho Legitimador, que comprende aquellas normas e instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad y autenticidad de los hechos jurídicos y de los derechos que son consecuencia. En la actualidad, estas instituciones aparecen diversificadas en un porción de órganos y procedimientos dispersos y fragmentarios: la llamada jurisdicción voluntaria, el Notario, Los Registros públicos en sus diversas especies”*.

De aceptarse tal construcción dogmática, cabría razonablemente considerar que el juicio lógico de valor que implica la función calificador y que debe preceder al acuerdo subsiguiente de inscripción, denegación o suspensión, constituye la esencia de la actividad administrativa de legitimación encomendada al Órgano registral.

ÓRGANO CALIFICADOR

La función calificadora está exclusivamente atribuida al Encargado del Registro Civil (arts. 27 y 28 LRC), quien la ejercerá con plena independencia, por cuanto nadie podrá imponerle una determinada calificación ni serle sugerida por vía de consulta, habida cuenta su expresa prohibición en cuestiones sujetas a calificación (art. 122 del Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC). Pero dentro de la competencia genérica de los Encargados, ha de especificarse que es tan sólo el titular del Registro Civil en el que se pretende la inscripción el competente para la califi-

La calificación comprenderá, como indica el *artículo 27*, la capacidad e identidad del declarante, pero además, sin duda, ha de incidir en el examen de los requisitos de fondo, tanto referentes a la certeza del hecho (*el nacimiento, la defunción*) y exactitud de sus circunstancias (*lugar, fecha y hora*), como en lo relativo a la estricta legalidad de la inscripción, en los términos en que se solicita, siendo, de hecho, variadísima la problemática que puede suscitarse, por ejemplo, en el campo de la imposición del nombre, así como en la determinación de la filiación, especialmente de la paterna no matrimonial, en aquellos supuestos en que es preciso sea destruida la presunción del *artículo 116 del C. Civil*. Cabe citar igualmente como de especial interés, aquellos casos en que por darse algún elemento de extranjería, deba estudiarse, ante todo, si procede o no la aplicación de la norma extranjera, pudiendo surgir en tales casos la necesidad de conocer su contenido para poder estudiar su correcta aplicación, esto es, la adecuación del hecho al derecho extranjero, tanto en lo referente a la capacidad de los sujetos, como en la valoración de la concurrencia de los requisitos o presupuestos del acto.

b) Declaraciones de voluntad

Son también muy numerosos los supuestos en que el título de la inscripción lo constituye una expresa declaración de voluntad emitida ante el Registrador. El reconocimiento de la filiación no matrimonial, la adquisición de la nacionalidad, su recuperación, su pérdida por renuncia expresa, la emancipación por concesión del padre y de la madre, la traducción del nombre, la inversión y conservación de apellidos, la adición de la partícula "de"... etc., son algunas de las muchas declaraciones con contenido inscribible por afectar al estado civil de la persona.

En todos ellos el control de veracidad y exactitud se limita a la identidad del declarante, que deberá comprobarse y ser constatada conforme previene el *artículo 7 del RRC*.

Por el contrario, el Control relativo a la legalidad del acto, obliga a un examen minucioso de la cuestión dirigido a la constatación de los supuestos de hechos que prevé la norma para la producción de los efectos jurídicos que en esencia van a ser el verdadero contenido de la inscripción.

TÍTULOS DE CARÁCTER DOCUMENTAL EN GENERAL

En principio cabe deducir de la literalidad del *artículo 27 de la LRC*, la intención del legislador de diferenciar la calificación aplicable a las senten-

cias y resoluciones de los restantes documentos no judiciales, por cuanto la limitación de contenido calificador viene referido tan sólo a las primeras. En consecuencia un estudio sistemático del segundo apartado del *artículo 27 de la LRC*, aconseja distinguir entre sentencias y resoluciones y otros documentos de eficacia registral.

A) SENTENCIAS

En términos generales constituyen el título por excelencia, en especial la recaída en juicio declarativo de menor cuantía, por cuanto a través de dicho procedimiento puede ser declarada la existencia de cualquier acto o hecho relativo al estado civil de las personas, y por tanto inscribible (*artículo 484-2. - Ley E. Civil*), o bien la rectificación de cualquier inscripción (*art. 92 LRC*).

En el supuesto de que contradigan hechos inscritos, para ser inscribibles deben ordenar la rectificación correspondiente (*art. 82 RRC*). Igualmente, según el *artículo 25 LRC*, incumbe al Juez competente para la ejecución, promover la inscripción, a cuyo efecto remitirá testimonio bastante al Encargado del Registro. El documento o título inmediato, por tanto no es propiamente la sentencia, sino testimonio (*documento auténtico exigido por el art. 23 LRC*), en el cual deberá hacerse mención expresa de su firmeza, como posteriormente veremos.

El *artículo 27 de la LRC*, limita el alcance registral, en cuanto a sentencia y resoluciones, a la competencia, clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro.

a) Examen de la competencia del Órgano

Hemos visto que es la jurisdicción ordinaria civil la que tiene atribuida una competencia genérica para la declaración y constitución de hechos y actos de estado civil, y dentro de este ámbito, la doctrina unánimemente considera que la única competencia calificable sería la objetiva, pero no la territorial. No obstante, se ha de considerar que por la vía de la jurisdicción penal, excepcionalmente pueden ser declarados ciertos hechos con efectos registrales, como por ejemplo la pérdida de la nacionalidad española cuando se imponga como pena a un nacional no de origen (*arts. 34 y 141 del C. Penal*), la filiación en el supuesto de violación, estupro o rapto del *artículo 444 del C. Penal* (*art. 190 RRC*), la interdicción del derecho de tutela (*art. 446 C. Penal*). En todo caso, se trata de efectos civiles que han de ser expresamente contemplados por la Ley Penal y Registral. Es dudoso por ello, a títu-

Registro, o remitidos al mismo por el Juzgado o Tribunal ejecutante, documentos que deberán hacer expresa referencia a la firmeza. En los supuestos en que deban ser contempladas con otras resoluciones, como ocurre con las sentencias de los Tribunales eclesiásticos y las dictadas por Tribunales extranjeros, el examen de los requisitos extrínsecos alcanzará también a estas resoluciones complementarias. En todo caso, ha de observarse, tratándose de documentos extranjeros, si procede la exigencia de traducciones o legalizaciones.

d) Examen de los obstáculos que pudieran surgir del propio Registro

Sabido es, y así se ha dicho anteriormente, que el propio Registro constituye uno de los instrumentos o elementos a emplear en la función calificadora. Desde este punto de vista, el Registrador ha de examinar, ante todo, si es su oficina la competente para recibir y materializar la inscripción que se pretende. En segundo lugar, tratándose de inscripción marginal, ha de comprobar si existe inscripción principal que la posibilite, bien, en todo caso, cabe la solución del *artículo 154 del RRC*, pudiéndose proceder a una anotación sustitutiva de la inscripción principal y a los solos efectos de servir de soporte. Por último ha de examinar, y con extremado celo, si existen en el propio Registro asientos contradictorios o incompatibles, con el que se pretende inscribir, pues en tal caso la propia sentencia o resolución ha de remover tal obstáculo. En este sentido, el *art. 50 de la LRC*, dice: *"No podrá extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que prueba el Registro, mientras no se disponga otra cosa por sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del M. Fiscal"*.

B) RESOLUCIONES EN GENERAL

a) Judiciales

Cabe incluir aquellas resoluciones dictadas en actuaciones de jurisdicción voluntaria o en procedimientos contenciosos de naturaleza especial que guardan relación, directa o indirecta, con el estado civil o la representación legal de las personas. La relación sería larga. Como más indicativas, cabría citar las resoluciones recaídas en materia de adopción, en procedimientos concursales, en supuestos de declaración de ausencia y fallecimiento, así como en las modalidades de emancipación por concesión judicial o en la llamada habilitación de edad o beneficio de mayor de edad.

Dados los términos del *artículo 27 de la LRC*, es evidente que tales resoluciones quedan sometidas al mismo régimen calificador que las sentencias.

b) De la Administración en general

Tanto las resoluciones que expresamente vienen atribuidas a la competencia del Encargado del Registro del domicilio del interesado y que han de ser inscritas en otro Registro, han de ser calificadas por el Encargado de este último, teniendo en cuenta las limitaciones del párrafo *segundo del artículo 27* que comentamos. La propia Dirección General de los Registros ha tenido ocasión de pronunciarse en dicho sentido en varias resoluciones referentes a declaraciones con valor de simple presunción (30-9-91; 9-1-90; 15 y 20-6-91) en las cuales deja bien claro que si bien la calificación de la resolución corresponde al Encargado del Registro, el control de éste se encuentra especialmente limitado por lo dispuesto en el párrafo *segundo del art. 27 de la LRC*, y por ello, no puede enjuiciar el fondo del asunto y la calificación debe circunscribirse a la competencia y clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos y asientos del propio Registro. No caben por tanto apreciaciones sobre el fondo del asunto. Lo mismo cabe decir de aquellas resoluciones resolutorias de cambios de nombre, o de autorizaciones judiciales para optar previstas en el *art. 20 del C. Civil*.

C) DOCUMENTOS PÚBLICOS EN GENERAL

No especifica el *artículo 27 de la LRC* el régimen aplicable a aquellos documentos que constaten directamente hechos o actos jurídicos susceptibles de tener acceso al Registro Civil, pero, en todo caso, en tanto la calificación de los hechos ha de hacerse por lo que resulte del propio documento, parece evidente que la censura debe abarcar tanto el fondo o aspecto sustantivo como la forma, debiendo comprender: a) la capacidad de los interesados, tanto de los otorgantes como de las personas afectadas directamente por el acto jurídico de que se trate, por ejemplo, la aptitud para reconocer o ser reconocido, o la de emancipar o ser emancipado. Ahora bien, si el acto está autorizado por un funcionario investido de función legitimadora, ha de estimarse como suficiente la apreciación genérica de capacidad que afirme dicho funcionario, salvo que del propio documento se infiera alguna irregularidad de forma manifiesta. En cuanto a la identificación, deberá estimarse como suficiente la identificación o conocimiento del declarante de que da fe el Notario. b) La validez del acto jurídico, que implicará un estudio de la concurrencia de los presupuestos de hecho o requisitos sustantivos a los cuales condiciona la norma la producción de los efectos jurídicos pretendidos. c) La competencia del funcionario autorizante, comprendiendo tanto la objetiva como la territorial. d) La concurrencia de los requisitos y solemnidades formales legalmente exigidas para tal acto, así como las formalidades

extrínsecas de los documentos y, tanto de los originales o escrituras matrices, como de sus copias o testimonios.

D) DOCUMENTOS EXTRANJEROS

El *artículo 81 del RRC* especifica que es también título para inscribir el hecho de que da fe el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados Internacionales.

La calificación de tales documentos alcanza sin duda una mayor complejidad, procediendo examinar los siguientes extremos: a) Que se refiera a hechos inscribibles o anotables con arreglo a la Ley española. b) Que se haya observado la forma prescrita por la Ley del lugar del otorgamiento (*artículo 11 del C. Civil*), aunque, conforme a dicho precepto, el acto puede ser válido si se ha celebrado con arreglo a las formalidades exigidas por la Ley aplicable a su contenido, o por la Ley personal del disponente o la común de los otorgantes. En todo caso, si la Ley reguladora del contenido exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada. c) Que la Ley registral española considere documento auténtico como título suficiente para inscripción que se pretende, no exigiendo para ello expresamente resolución o sentencia. d) Que, en cuanto al contenido o aspecto sustantivo del acto, se tenga en consideración que la Ley personal correspondiente a las personas físicas, es la determinada por su nacionalidad y que dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil (*arts. 9 y 10 del mismo artículo*, respecto a los supuestos de plurinacionalidad y nacionalidad indeterminada). Igualmente, deberá considerarse que el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo. e) Que, en cuanto al concreto supuesto de la adopción constituida por autoridad extranjera, antes de su acceso al Registro, procede verificar si la autoridad extranjera es competente, lo que se apreciará en atención a los criterios de atribución de competencia que para el Juez español se establecen en el *artículo 22.3 de la LOPJ*; si se ha aplicado por la autoridad extranjera, además de su Ley interna, lo dispuesto en la Ley nacional del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios, y, cuando el adoptando sea español, el previo consentimiento de una entidad pública española; y por último que la adopción no sea contraria al orden público español, valoración que en interés del menor debe hacerse restrictivamente.

E) ACTAS Y CERTIFICACIONES DE OTROS REGISTROS ESPAÑOLES

Como, en general, es competente para recibir cualquier declaración de voluntad el Encargado del Registro del domicilio del interesado, cuando dicho funcionario no sea el Encargado del Registro en donde deba surtir efecto, levantará acta por duplicado, con las circunstancias exigidas para la inscripción y las de identidad y remitirá uno de los ejemplares junto con los documentos presentados, al Registro competente, cuyo Encargado verificará la correspondiente calificación (*art. 64 LRC en relación a los 227 y 229 RRC*).

Las certificaciones literales constituyen título hábil para la práctica de inscripciones por vía de traslado a que se refiere el *artículo 20 de la LRC*. En tal caso el acuerdo de la procedencia del traslado y de la cancelación de la inscripción objeto de traslado, corresponde al titular del Registro Remitente, una vez haya comprobado su correcta transcripción, siendo improcedente que por el Encargado del Registro receptor se lleve a efecto calificación alguna, salvo la referente a la autenticidad de la certificación, aunque sea ésta remitida por vía oficial y la fundamentada en la existencia de posibles obstáculos en el propio Registro al asiento trasladado, lo cual se deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el *artículo 301.2 del RRC*.

F) CERTIFICACIONES ECLESIASTICAS

Con carácter general establece el *artículo 63 del C. Civil* una titulación única para la inscripción de los matrimonios celebrados en forma religiosa: *“La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa, se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.”*

Seguidamente, en el mismo artículo, se incide en la necesaria censura del aspecto sustantivo del acto. *“Se denegará la práctica del asiento, cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro, conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”*. También se contienen reglas especiales de calificación en el *artículo 256 del RRC*: *“a salvo de lo dispuesto en el art. 63 del C. Civil, se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes:... 2º. Certificación expedida por la Iglesia Católica o confesión cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley española.”* A las anteriores normas

puede añadirse, en orden a la calificación, que sólo procederá la inscripción, si además se comprueba positivamente la competencia territorial del Registro, los requisitos extrínsecos del documento presentado, y por último, la inexistencia obstáculo alguno derivado de otros asientos del propio registro.

LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS COMO AGENTES COLABORADORES DE LA ADMINISTRACIÓN. RÉGIMEN APLICABLE

ANTONIO AGUIAR DIAZ

JEFE DEL SERVICIO DE DEPORTES DEL GOBIERNO DE CANARIAS

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS CUANDO EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO.
 - a) Régimen jurídico de los órganos colegiados federativos.
 - b) Actos presuntos de las Federaciones.
 - c) Revisión de oficio. Nulidad y anulabilidad de los actos.
 - d) Requisitos formales en la Instrucción del Procedimiento.
- III. EL RECURSO ORDINARIO DEPORTIVO.
 - a) Régimen General aplicable al recurso.
 - b) Interesados y legitimados para interponer recurso.
 - c) Actos impugnables.

d) Plazos de resolución e interposición.

e) Órgano ante el que se interpone el recurso.

IV. SOBRE LA EXTENSIÓN DE LAS FUNCIONES DE TUTELA Y COORDINACIÓN ENCOMENDADAS A LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LAS FEDERACIONES.

V. APLICACIÓN DE LA LRJ-PAC AL ORDEN DISCIPLINARIO DEPORTIVO.

I. INTRODUCCIÓN

Tras una década vacilante (1980-1990) desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, en cuanto a la naturaleza jurídica de las FEDERACIONES DEPORTIVAS, la Ley estatal del Deporte de 1990, Ley 10/1990, de 15 de octubre, siguiendo la pauta marcada por la decisiva sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 1985, se decantó definitivamente por la naturaleza asociativa privada de las mismas, no obstante lo cual, delegó en ellas el ejercicio de determinadas funciones públicas, en cuyos supuestos actuarían como agentes colaboradores de la Administración pública.

Habida cuenta, pues, del actuar bicéfalo de las FEDERACIONES DEPORTIVAS, privado unas veces, público en otras, se plantean dudas sobre el régimen jurídico aplicable en cada caso. Esta aparente contradicción “ente privado-funciones públicas”, sin que se afronte expresamente el asunto del derecho aplicable en cada caso, es la razón que motiva este trabajo, inspirado en los estudios realizados, de forma independiente y no necesariamente coincidentes, por LUCAS OSORIO ITURMENDI y GABRIEL REAL FERRER, y que pretende delimitar, aunque someramente, la normativa que debe regir algunos aspectos de las funciones públicas delegadas en las Federaciones.

En este orden de cosas y como cuestión previa debe abordarse la referente a la naturaleza de la delegación concedida a las Federaciones Deportivas por la Ley del Deporte, el Real Decreto 1.835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y el Decreto Canario 51/1992, de 23 de abril, sobre Federaciones Deportivas Canarias. Señalan en este punto el artículo 30.2 de la Ley 10/1990, del Deporte, el 1.1 del Real Decreto regulador de las Federaciones Deportivas españolas, y el 1.2 del Decreto regulador de las Federaciones Canarias, que éstas “ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública”.

Parece evidente que esta delegación no es la prevista por la antigua Ley de Procedimiento Administrativo ni la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), prevista entre Administraciones Públicas. Así, señala el artículo 13 de la LRJ-PAC que cada Administración Pública puede “acordar la delegación del ejercicio de competencias atribuidas a sus órganos administrativos en otros órganos, aunque no sean jerárquicamente dependientes, cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente”. En este caso, la “delegación” no es entre órganos administrativos, sino que es el

legislador (órgano administrativo en el sentido de la Ley 30/1992), quien delega determinadas funciones públicas de carácter administrativo en Entidades asociativas privadas.

Entendemos, siguiendo a ITURMENDI, que no estamos estrictamente ante un supuesto de delegación, sino ante lo que parte de la doctrina (entre otras, GIANNINI) denomina como una atribución de actividad, que se produce cuando la supuesta delegación asume carácter permanente, el “delegante” no mantiene oficios propios y la actividad desarrollada se atribuye al que la realiza. No obstante, esta figura jurídica carece de expresa regulación en nuestro ordenamiento jurídico, salvo que se consideren como tal las leyes marco o de transferencia previstas por el artículo 150.1 y 2 de la CE, que obviamente no son de aplicación al caso presente, en cuanto referidas a relaciones Estado-Comunidades Autónomas.

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que la “delegación” prevista por la Ley del Deporte y desarrollada por el Real Decreto 1.835/1991, sobre FEDERACIONES DEPORTIVAS ESPAÑOLAS y el Decreto canario 51/1992 es una delegación *sui generis*, en la medida en que tiene plena incidencia en el ámbito administrativo (se delegan funciones públicas de carácter administrativo), pero no se realiza entre órganos administrativos, sino desde el poder legislativo a Entidades asociativas privadas.

Ahora bien, aun reconociendo la peculiar naturaleza de esta delegación, al estar en juego funciones públicas con ese carácter, parece obligado considerar aplicable a los actos materialmente administrativos dictados por las Federaciones Deportivas la normativa pública propia de la Administración Pública (en especial, en este caso, la Ley 30/1992, LRJ-PAC), salvo expresa disposición en contrario.

A mayor abundamiento, señalan los artículos 30.2 de la Ley 10/1990, el 1.1 del Real Decreto 1.835/1991 y el 1.2 del Decreto canario 51/1992, que las Federaciones actúan, al margen de sus propias atribuciones, como agentes colaboradores de la Administración Pública cuando ejercen funciones públicas de carácter administrativo. Se observa así una clara diferenciación entre las atribuciones estrictamente “privadas” y las “públicas”, vinculándolas en este segundo caso a la función y normativa administrativa en cuanto se les reconoce la condición de agentes colaboradores de la Administración Pública.

En conclusión, opina ITURMENDI que *procede con carácter general la aplicación de la Ley 30/1992, y demás normativa concordante, con determinadas salvedades, sobre los actos realizados por las Federaciones Deportivas en el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo.*

Nosotros aceptamos esta tesis, pero con las matizaciones que luego expondremos, y en el entendimiento de que tal aplicación de la normativa pública deberá hacerse siempre en defecto de regulación propia por parte de las Federaciones.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS CUANDO EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

a) Régimen jurídico de los órganos colegiados federativos

Entendemos en este punto que las Federaciones Deportivas tienen plena autonomía para establecer el régimen de funcionamiento de sus órganos colegiados.

En efecto, así se deduce de los artículos 31.1 de la Ley 10/1990 y 18.1 del Decreto 51/1992, que atribuyen a las Federaciones Deportivas la capacidad de regular su estructura interna y funcionamiento, imponiéndose sólo con carácter necesario la Asamblea General, el Presidente y la Junta de Gobierno como órganos de gobierno y representación (artículo 19.1 Decreto 51/1992); por su parte, el artículo 18.2, al establecer el contenido obligatorio que han de tener los Estatutos de las Federaciones, recoge en su apartado k) la necesidad de incluir el “régimen de funcionamiento en general y, en particular, adopción de acuerdos de sus órganos colegiados”. De acuerdo con esta capacidad auto-organizativa, pueden las Federaciones Deportivas Canarias establecer el régimen de funcionamiento de sus órganos colegiados, lo que determinará, lógicamente, la posibilidad de establecer normas propias en cuanto a convocatorias, *quórum*, mayorías, etc.

Ahora bien, dicho lo anterior y aun reconociendo esa capacidad organizativa de las Federaciones, estimamos que será de aplicación supletoria la Ley 30/1992 (arts. 22 y sigs.) en defecto de normas específicas, toda vez que debe primar en estos casos el correcto ejercicio de las funciones públicas de carácter administrativo, que no podrá verse afectado por el hecho de una insuficiente regulación en materia de órganos colegiados.

Sin embargo, ello no implica que los actos federativos realizados en esta esfera interna (convocatorias de órganos colegiados, *quórum*, mayorías, ...) tengan naturaleza pública. Al contrario, entran de lleno en la “parte” privada de las federaciones y por ello, tales actos serán impugnables ante la Jurisdicción Ordinaria.

Conviene diseccionar claramente estas dos esferas: el régimen de constitución y funcionamiento de los órganos de las Federaciones es de naturaleza privada, si bien, en defecto de normas propias, le será de aplicación la Ley 30/1992. Por el contrario, los actos que dicten dichos órganos en el ejercicio de funciones públicas son materialmente administrativos y por consiguiente son impugnables ante la Administración tutelante.

b) Actos presuntos de las Federaciones

También en este caso consideramos de aplicación la Ley 30/1992, siempre que se trate de actos presuntos en relación con las funciones públicas de carácter administrativo que desempeñan las Federaciones Deportivas.

Mantener lo contrario sería tanto como dejar un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de aquellas funciones públicas, de modo que las Federaciones podrían dejar de resolver voluntariamente o por simple negligencia asuntos de interés público, sin que de dicha inactividad se derivasen consecuencias o efectos jurídicos, con perjuicio no sólo de la función pública delegada sino también, más concretamente, de los interesados en los respectivos actos. Es por ello que a los actos presuntos de las Federaciones Deportivas en ejercicio de sus funciones públicas administrativas les debe ser de aplicación la normativa general de actos presuntos prevista por la Ley 30/1992.

c) Revisión de oficio. Nulidad y anulabilidad de los actos

Al igual que en el punto anterior, y por similares razones, entendemos de aplicación la Ley 30/1992 en los supuestos de nulidad o anulabilidad de actos dictados en el ejercicio de las funciones públicas atribuidas.

Cabe recordar en este sentido que la nulidad y anulabilidad de los actos administrativos viene regulada en la Ley 30/1992 en el mismo Título que los recursos administrativos (Título VII: De la Revisión de los actos en vía administrativa), de modo que es lógico reconocer para los supuestos de “nulidad y anulabilidad” un tratamiento similar al del “recurso ordinario deportivo”, esto es, la aplicación de la Ley 30/1992, salvo disposiciones legales que establezcan lo contrario. Por otro lado, es la normativa deportiva la que prevé expresamente la instancia administrativa, por lo que no tendría sentido reconocer la revisión de actos por medio de recurso administrativo y negar la nulidad y anulabilidad, que no son sino formas diversas de revisión de actos en vía administrativa.

d) Requisitos formales en la Instrucción del Procedimiento

La instrucción de cualquier procedimiento está directamente relacionada con el régimen general de funcionamiento y sistemas de adopción de

acuerdos, materia sobre la cual las Federaciones gozan de autonomía y capacidad organizativa. Estimamos por ello que las Federaciones, aun ejerciendo funciones públicas de carácter administrativo, tienen libertad para instruir y tramitar el procedimiento del modo que estimen adecuado.

En cualquier caso, sea cual fuere el procedimiento seguido, han de observarse siempre los principios básicos informadores de todo procedimiento administrativo: igualdad, audiencia y contradicción. Lo contrario podría conducir a indefensiones prohibidas por el artículo 24 CE.

III. EL RECURSO ORDINARIO DEPORTIVO

Visto lo anterior, examinemos la aplicación del régimen general de recursos administrativos al “Recurso Ordinario Deportivo”.

a) Régimen General aplicable al recurso

Entendemos, con ITURMENDI, que será de aplicación el Régimen General de Recursos Administrativos previsto por la Ley 30/1992, esto es, artículos 107 y siguientes, en aquellos supuestos en los que el acto impugnado ante la Administración (a nivel estatal el Consejo Superior de Deportes y a nivel autonómico la Dirección General de Deportes) es dictado por una Federación en el ejercicio de funciones públicas.

Por otro lado, cualquier especialidad del “recurso ordinario deportivo” exigiría ley formal, toda vez que el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 señala que “las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de información o reclamación ...”. La expresión “leyes” permite suponer que el artículo se está refiriendo a Ley en sentido formal, o dicho en otras palabras, que la alteración del régimen general del recurso ordinario no puede hacerse por medio de normas reglamentarias. Por ello puede afirmarse que la regulación específica de un “recurso ordinario deportivo”, distinto del sistema de régimen general de recursos, exigía una Ley formal, ya sea específicamente la del Deporte u otra.

b) Interesados y legitimados para interponer recurso

En la medida en que el denominado “recurso ordinario deportivo” no sea objeto de una normativa específica, la condición de interesado y legitimado para interponer recurso debe ser la misma que la prevista con carácter

general por la Ley 30/1992 para los recursos administrativos, lo que nos lleva a considerar el artículo 107.1 en relación con el 31 de la Ley 30/1992, y la interpretación amplia que de dichos preceptos hacen la Doctrina y Jurisprudencia.

c) Actos impugnables

Como ya se apuntó anteriormente, se deduce con claridad de la legislación deportiva la distinción entre dos tipos de atribuciones de las Federaciones Deportivas, según se realicen actividades “privadas” o “públicas de carácter administrativo”. Sólo serán impugnables por esta vía administrativa las del segundo tipo.

En este sentido, y al efecto de identificar precisamente cuáles son aquellos actos impugnables en vía administrativa, conviene transcribir el art. 7.1 del Decreto canario 51/1992, que concuerda con los artículos 33.1 y el 3.1 de la Ley 10/1990:

Artículo 7.- 1. *Además de sus funciones propias de gobierno, administración, gestión, organización y reglamentación de las especialidades deportivas que corresponden a cada una de sus modalidades deportivas, las Federaciones Deportivas Canarias ejercen bajo la coordinación y tutela del Gobierno de Canarias, a través del órgano competente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, las siguientes funciones públicas de carácter administrativo:*

a) Calificar y organizar o tutelar, en su caso, las actividades y competiciones oficiales cuyo ámbito no exceda del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

b) La promoción general de su modalidad deportiva en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

c) Diseñar, elaborar y ejecutar los planes de preparación de los deportistas de “alta competición regional” en su respectiva modalidad deportiva, de acuerdo con el desarrollo normativo que al efecto dicte la Consejería de Educación, Cultura y Deportes.

d) Colaborar con la Administración Autonómica en la formación de técnicos deportivos y en la prevención, control y represión del uso de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios en el deporte.

e) Ejercer la potestad disciplinaria deportiva, en los términos

establecidos en la normativa, sobre todas aquellas personas o entidades que, encontrándose federadas, desarrollan la modalidad deportiva correspondiente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias.

f) Ejercer el control de las subvenciones que se asignen a sus asociaciones y entidades deportivas en las condiciones que fije el órgano competente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes.

g) Ejecutar, en su caso, las resoluciones del Comité Canario de Disciplina Deportiva y de la Junta Canaria de Garantías Electorales.

d) Plazos de resolución e interposición

En línea con lo expuesto en los apartados a) y b), son de aplicación las previsiones de la Ley 30/1992; así, y en relación al recurso ordinario, cabe afirmar que el plazo de interposición será de un mes y el de resolución tres meses desde la interposición (arts. 114.2 y 116).

Hay que advertir que en materia disciplinaria deportiva el plazo es de quince días hábiles para impugnar ante los Comités Español y Canario de Disciplina Deportiva las resoluciones de los Comités de Apelación de las Federaciones Deportivas (Españolas y Canarias, respectivamente), de acuerdo con el art. 52.2 del Reglamento de Disciplina Deportiva, aprobado por el Real Decreto 1.591/1992, de 23 de diciembre, de aplicación preferente conforme analizaremos al tratar del orden disciplinario deportivo.

e) Órgano ante el que se interpone el recurso

Según el artículo 7.3 del Decreto canario 51/1992, los actos dictados por las Federaciones Deportivas Canarias, en el ejercicio de funciones públicas, serán impugnables ante el órgano competente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, que en nuestro caso es la Dirección General de Deportes.

Se exceptúan los actos en materia disciplinaria, según el mismo precepto, contra los cuales se podrá recurrir ante el Comité Canario de Disciplina Deportiva.

Dice el art. 7.3 del Decreto Canario 51/1992:

Los actos realizados por las Federaciones Canarias en el ejercicio de las funciones públicas de carácter administrativo, serán susceptibles

de recurso ante el órgano competente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, cuyas resoluciones agotarán la vía administrativa.

Los actos de esta naturaleza que emanen de las Federaciones de ámbito insular o interinsular integradas en una Federación Canaria serán recurribles ante el Presidente de esta última. Contra el acuerdo de éste, cabrá recurso a su vez ante el órgano competente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, cuya resolución agotará la vía administrativa.

Se exceptúan los actos en materia disciplinaria deportiva, contra los cuales se podrá recurrir ante el Comité Canario de Disciplina Deportiva, de acuerdo con el procedimiento establecido en las disposiciones correspondientes.

IV. SOBRE LA EXTENSIÓN DE LAS FUNCIONES DE TUTELA Y COORDINACIÓN ENCOMENDADAS A LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LAS FEDERACIONES

Otra cuestión interesante es determinar si las funciones de tutela y coordinación de la Administración sobre las Federaciones Canarias, atribuidas por los artículos 33.1 de la Ley del Deporte y 7.1 del Decreto 51/1992, deben limitarse exclusivamente a resolver en vía de recurso los actos de las Federaciones dictados en el ejercicio de funciones públicas, o si, por el contrario, pueden utilizarse otras formas jurídicas como circulares, instrucciones o mandatos.

A este respecto, el art. 7.2 del referido Decreto canario establece:

7.2. La Consejería de Educación, Cultura y Deportes desempeñará, respecto de las Federaciones Canarias, y éstas a su vez sobre sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión que les reconoce el ordenamiento jurídico.

Entendemos en este punto, siguiendo a ITURMENDI, que la dicción utilizada por los citados artículos de la Ley 10/1990 y Decreto citado, respectivamente, es clara al atribuir funciones públicas de carácter administrativo a las Federaciones Deportivas *bajo la tutela y coordinación* de la Administración. La expresión “tutela” indica una relación cuasi-jerárquica de la Dirección General de Deportes de Canarias en relación con las Federaciones Deportivas de nuestra Comunidad, lo que apunta una relación de superioridad y ordenación de

actuaciones de la primera con respecto a las segundas; por otro lado, es conocido el significado que modernamente se da al término “coordinación”, que implica una dirección, de modo que sin dirección no hay coordinación posible, pues persiguiéndose la integración de una diversidad de partes o subsistemas en un conjunto o sistema al efecto de evitar contradicciones y reducir disfunciones, es necesario un cierto grado de dirección para lograrlo.

De acuerdo con lo expuesto, parece evidente que las funciones atribuidas a la Administración, en nuestro caso la Dirección General de Deportes de Canarias, sobre las Federaciones Deportivas no pueden limitarse al mero conocimiento de recursos, pues ello sería obviar el verdadero significado de los principios de tutela y coordinación. En consecuencia, consideramos factible que la Dirección General de Deportes dirija circulares o instrucciones a las Federaciones Deportivas en relación con las funciones públicas de carácter administrativo delegadas, si bien como ha señalado el Tribunal Constitucional en otros ámbitos, dichas circulares no pueden llegar a tal grado de concreción y desarrollo que dejen vacías de contenido las funciones delegadas.

V. APLICACIÓN DE LA LRJ-PAC AL ORDEN DISCIPLINARIO DEPORTIVO

Señala el artículo 127.1 de la LRJ-PAC que “la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido *expresamente atribuida por una norma con rango de ley*, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título”.

La Ley 10/1990, del Deporte es, desde luego, sectorial, especial. Es una Ley que, además, regula no una actividad propia del Estado sino que encauza, dirige, tutela o, usando la expresión de la que hace uso la Constitución al tratar el deporte, fomenta una actividad que es propia de la iniciativa y de la acción privada. A nuestro juicio, y siguiendo a GABRIEL REAL FERRER, **la incidencia de la Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, concretamente, de su Título IX (“de la potestad sancionadora”), **en el ámbito disciplinario deportivo es igual a cero**. Podrá decirse, y es cierto, que la Ley 30/1992 contiene principios constitucionales insoslayables, pero esos principios serán de aplicación al ámbito que ahora nos interesa precisamente por ser principios que alcanzan a la integridad del ordenamiento y no porque vengan plasmados en dicha Ley.

Coincidiendo con REAL FERRER, nuestros argumentos a favor de la nula incidencia de la Ley 30/1992 en este ámbito son de dos órdenes:

A) El primero constituido por argumentos de naturaleza jurídico-formal:

1.- El más elemental de estos argumentos es el del juego de los principios generales en relación a la vigencia de las leyes: ley posterior deroga ley anterior y ley especial deroga ley general. También ley posterior general no deroga ley anterior especial, o por lo menos no la deroga automáticamente. Si la ley general quiere derogar un sistema especial previo, debe manifestarlo expresamente y éste no es el caso. La Disposición Derogatoria de la Ley 30/1992 resulta únicamente expresa respecto de la legislación que viene a sustituir y es genérica en relación al resto. El legislador, pues, no ha exteriorizado su voluntad expresa de suprimir el régimen disciplinario deportivo por un nuevo orden.

2.- En segundo lugar, la Ley estatal del Deporte se autoexcluye sistemáticamente de la legislación sobre procedimiento administrativo, salvo precisamente cuando quiere señalar expresamente lo que le resulta de aplicación.

Hay que decir en primer lugar a este respecto, que la Ley estatal del Deporte no cayó en un vacío normativo sino que, naturalmente, cuando fue dictada, y lo fue obviamente por un legislador con el mismo rango que el de la Ley 30/1992, estaba en vigor un completo sistema normativo regulador del procedimiento administrativo y, consecuentemente, del procedimiento sancionador administrativo. No está justificado el que se sostenga que la Ley del Deporte podía convivir con aquel ordenamiento administrativo, pero que ahora, tras la Ley 30/1992, todo su régimen se ve alterado. Si entonces pudo establecer sus propias prescripciones apartándose en lo que así conviniera del ordenamiento administrativo general, ahora también lo puede, salvo que el legislador expresamente hubiera dicho otra cosa. Y si se opone a esta tesis que la Ley no acoge los principios constitucionales contenidos en la Ley 30/1992, es que dicha Ley estatal del Deporte era ya desde su origen inconstitucional, lo que, hasta ahora, a nadie se le ha ocurrido.

La explicación es más sencilla; entonces y ahora, la Ley del Deporte era y es sectorial y configura un régimen singular en perfecta armonía con los principios constitucionales. Principios que no son, no pueden ser, los mismos aquellos que inspiran el ordenamiento que regula las relaciones de la Administración con el común de los ciudadanos, que el que contempla los vínculos de unos sujetos con la organización a la que se han incorporado libre y voluntariamente.

Retomando lo que antes apuntábamos, la Ley, cuando de disciplina deportiva se trata, se autoexcluye de la aplicación de la legislación sobre procedimiento administrativo. Crea o prevé los procedimientos disciplinarios deportivos, detalla los titulares de esta potestad, regula la cadencia de las prescripciones y, por ejemplo y sobre todo, se manifiesta expresamente al respecto al regular la actuación del Comité Español de Disciplina Deportiva, que es extrapolable al Comité Canario de Disciplina Deportiva. En este sentido dice que este órgano administrativo, no se olvide, *«ajustará su procedimiento de tramitación y resolución de expedientes disciplinarios sustancialmente a lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, salvo las consecuencias derivadas de la violación de las reglas del juego o competición que se regirán por las normas específicas deportivas»*. Es decir que, para el único órgano administrativo que actúa en el ámbito de la disciplina deportiva, la Ley excluye expresamente que se rija por la Ley de Procedimiento Administrativo en las violaciones a las reglas del juego o competición, que son el 95% de las que se tramitan, y pide únicamente que respecto del resto se ajuste *«sustancialmente a sus prescripciones»*, lo que supone, naturalmente, que no es que deba seguir a pies juntillas lo previsto para los procedimientos disciplinarios en la legislación administrativa, sino que no se aparte demasiado de ellos.

Por lo demás, para la Ley estatal del Deporte –y para todos los demás, dicho sea de paso– una cosa es la potestad disciplinaria y otra muy distinta la potestad sancionadora genérica de la Administración. Para constatarlo no hace falta más que hacer un pequeño recorrido sobre algunos de sus preceptos y ver la distinta terminología que se usa. Así en el Título IX sobre “la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos”, materia claramente inserta en la potestad sancionadora general de la Administración, se habla de “infracciones administrativas” (Artículo 69.3) o “potestad sancionadora” (Artículo 69.7.1) y se remite expresamente al procedimiento sancionador previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo (Artículo 69.8). Cuando, por el contrario, en el capítulo de la disciplina se habla de “potestad disciplinaria” (Artículo 74.1) o de “infracciones deportivas” (Artículo 79. 1) .

3.- En tercer lugar y siguiendo con los argumentos jurídico-formales, la Ley 30/1992 habla en todo momento de la potestad sancionadora de la Administración y de la posición común de los ciudadanos ante las distintas Administraciones Públicas a las que, por cierto, permite regular su propio procedimiento sin que quepa, no obstante, alterar los principios que se contienen en la Ley (Apartado 14 de la exposición de motivos). La Ley, pues, quiere que todos los ciudadanos se encuentren en la misma posición, al menos a nivel de principios, frente a cualquier Administración, pero no exige

lo mismo cuando o bien el ciudadano no está frente a la Administración o bien lo está, pero en una situación de singular sujeción.

Veamos estos aspectos. En primer lugar, el Artículo 2 de la Ley fija el ámbito de aplicación. No voy a reiterar aquí su contenido, pero desde luego ni con calzador se puede entender que las Federaciones u otras organizaciones deportivas puedan encuadrarse en este precepto. En segundo lugar, el Artículo 127.3 excluye expresamente las disposiciones del título destinado a la potestad sancionadora cuando las Administraciones Públicas ejercen su propia “potestad disciplinaria” respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculados a ellas por una relación contractual. Es decir, la ley se inhibe cuando pasa del campo de la potestad sancionadora al de la disciplinaria que, **naturalmente, entiende** como distinto. Remachando esta idea, la Adicional 3.a recoge explícitamente que *“los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas ... se regirán por su normativa específica, no siéndole de aplicación la presente Ley”*.

A nuestro juicio no hay dudas. La Ley distingue lo que se refiere a su propia organización, en este caso la Administración Pública, y separa de la regulación general cuanto tiene que ver con el ejercicio de potestades disciplinarias. Si esto es así para la Administración, cómo no lo va a ser para una organización privada.

B) En cuanto al segundo orden de argumentos, hay, efectivamente, dos cuestiones por lo menos que hacen inviable la aplicación de los principios de la Ley 30/1992 al orden disciplinario deportivo:

1.- La primera, la expresa prohibición contenida en el Artículo 129, en el que se formula el principio de tipicidad, en el sentido de que únicamente la Ley puede constituir nuevas infracciones, cuando, por el contrario y tal como antes hemos apuntado, en el ordenamiento deportivo las infracciones se configuran en tres escalones: el primero, la propia Ley del Deporte, el segundo el Reglamento de Disciplina deportiva y el tercero los Estatutos y Reglamentos federativos. En el sector que ahora nos ocupa, este modelo escalonado resulta simplemente ineludible y es por ello que la Ley así lo ha previsto.

En efecto, resultaría prácticamente imposible que a nivel de Ley se tipificarán todas y cada una de las conductas que en las más de 100 especialidades deportivas pueden constituir una infracción de carácter disciplinario. Es preciso, pues, dejar que cada organización particular, es decir, que cada Federación, tipifique aquellas conductas que “en función de la especificidad

de los distintos deportes u organizaciones” (Artículo 20 R.D. 1.591/1992) resulte conveniente establecer. Por otra parte, e insistiendo en lo que antes también hemos subrayado, el Artículo 129 de la 30/92 se refiere a “infracciones administrativas” y, vuelvo a recordar, aquí hablamos de ámbito disciplinario deportivo.

2.- Otra cuestión que tampoco es encajable en el modelo disciplinario deportivo es la exigencia de la “separación entre la fase instructora y la sancionadora en los procedimientos sancionadores” (Artículo 134.2). El sistema procedimental disciplinario-deportivo prevé la existencia de dos tipos de procedimientos: uno, el denominado procedimiento ordinario, que es el que corresponde utilizar para depuración de responsabilidades por “infracción de las reglas de juego o de la competición”, y cuyo fundamento es la urgencia ya que “deberá asegurar el normal desarrollo de la competición” (Artículo 82.1.c L.D.) y, otro, el extraordinario, que se tramitará para las sanciones correspondientes al resto de las infracciones.

En el procedimiento extraordinario no existe dificultad alguna para aplicar este principio de separación y así se prevé en el Reglamento de Disciplina deportiva (Artículos 37 y ss.), pero respecto del ordinario, cuyos trámites son sumarios y que se resuelven, incluso con apelación, en el corto espacio de unos días, sería ilusorio pensar en el establecimiento de órganos separados, máxime cuando las resoluciones recaen, generalmente, tras el análisis de un único documento cual es el acta del encuentro.

3.- Por último, el principio contenido en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, en el sentido de que las resoluciones no resultarán ejecutivas hasta poner fin a la vía administrativa, es sencillamente opuesto a lo previsto en el 81 de la Ley del Deporte y de aplicarse alteraría el normal desarrollo de la competición que, no olvidemos, es el principal valor a proteger en este ámbito disciplinario.

Señalar brevemente por último, aunque parece evidente, que no es de aplicación a los dirigentes ni personal de las Federaciones Deportivas el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero), dado que el ámbito de aplicación de éste se circunscribe exclusivamente al personal funcionario comprendido en el artículo 1.1 de la Ley 30/1984, entre los que no se encuentran los de las Federaciones Deportivas que son Entidades asociativas privadas.

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL COMO RESPUESTA DE LA LEY 2/1995, DE 23 DE MARZO, A LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

SANTIAGO RIVERO ALEMÁN

DOCTOR EN DERECHO. ABOGADO-ECONOMISTA AUDITOR
PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL DE LA UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

I. EL EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

1. *El empresario individual de responsabilidad limitada:*

- 1.1. Introducción.
- 1.2. El patrimonio separado como categoría jurídica autónoma.
- 1.3. La empresa como ente subjetivo: problemática que plantea.
- 1.4. La responsabilidad limitada como alternativa a las sociedades de un solo socio.

II. LAS SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO.

1. *Concepto y clases.*

2. *Cuestiones en torno a su naturaleza:*

- 2.1. La doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).
- 2.2. La responsabilidad limitada y el desdoblamiento de la relación titularidad-administración de la empresa.

2.3. La falta de coordinación normativa.

3. *Regulación legal:*

3.1. La sociedad de un solo socio en la legislación Europea. La XII Directiva de Sociedades.

3.2. La sociedad unipersonal en el Derecho interno.

III. TRATAMIENTO DIFERENCIAL DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.

1. *Atribución de la autocartera.*

2. *La publicidad legal y otros deberes formales.*

3. *Régimen de las aportaciones sociales.*

4. *La toma de decisiones y las relaciones con el socio único: la autocontratación.*

5. *Determinación de la responsabilidad en la sociedad unipersonal y consecuencias de la infracapitalización.*

IV. CONCLUSIONES.

EL EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. El empresario individual de responsabilidad limitada.

1.1. Introducción.

Hemos de recordar las distintas posiciones mantenidas por la doctrina para justificar la existencia del empresario y su beneficio, en el ámbito de la economía de mercado, también llamada capitalista. Fernández Pirla recoge esta distinción (*Economía General*, Madrid, 2ª ed., 1967, págs. 217 y ss.) en base a dos aspectos característicos: como coordinador de los factores de la producción a los que retribuye (tesis del empresario-control) y en cuanto asume un riesgo en el ejercicio de la actividad empresarial (tesis del empresario-riesgo). Es esta última faceta la que nos interesa en desarrollo del tema que nos ocupa.

El ejercicio honesto de una actividad económica puede dar lugar a situaciones injustas para su titular, quien, por infortunio sobrevenido encuadrable en el caso fortuito o fuerza mayor, puede llegar a la ruina patrimonial ante las responsabilidades que el ordenamiento jurídico le impone como consecuencia del ejercicio empresarial. Bien es verdad que también se dan situaciones escandalosas en sentido contrario, cuando a través de distintas fórmulas y subterfugios fraudulentos se intenta evadir las consecuencias civiles de las obligaciones asumidas o devenidas de la actividad empresarial.

Por no haberse afrontado decididamente la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario bajo unos parámetros adecuados, se ha dado lugar en el pasado a la ocultación patrimonial por parte del sujeto afectado, bajo la titularidad jurídica y aparente de terceros que sirven como testaferros en el ejercicio de una empresa que no les corresponde. Recuérdese igualmente la existencia de diversas fórmulas, hasta constituir, incluso, sociedades “vacías”, “de conveniencia”, “de fachada” y preordenadas a un solo socio, para ser ofrecidas a un eventual y futuro adquirente interesado en la sola adquisición de la apariencia societaria, de lo que es exponente la figura conocida por “Strohmannsgesellschaften” del Derecho alemán y la “società di comodo” del italiano. Por ello, el empresario que ha decidido preservar su patrimonio personal y familiar de las resultas negativas de su negocio, inicia, por diferentes vías, una empresa individual bajo forma societaria, propia o simulada.

La realidad anterior al nuevo movimiento normativo (reconoce Galgano, en “La responsabilità dell’armatore”, *Riv. Dir. Nav.*, vol VIII, 1.942) es la de que el comercio ha estado secularmente sometido a la responsabili-

dad ilimitada en términos aún más gravosos que para las relaciones puramente civiles, por la generalización en dicho ámbito del instituto de la solidaridad, en lugar de la mancomunidad propia del Derecho Común. Sólo cuando ha sido necesario acudir al mercado de capitales se ha impuesto la sociedad anónima, con limitación de la responsabilidad; lo que constituye un avance respecto de las sociedades personalistas desarrolladas en los códigos mercantiles, con lógico apoyo en la distribución funcional que se produce en las sociedades capitalistas, en las que la gestión es disociable de la titularidad del capital social; tal cual establece el CCo. para el naviero, quien pierde el control del buque en la navegación y, por ello, puede eximirse de sus responsabilidades con el abandono del mismo o de la parte que de él le corresponda, exoneración que le está vedada si no ha cumplido con el deber de inscripción como empresario individual en el Registro Mercantil (art. 19 CCo.).

A tenor de las elaboraciones de la doctrina científica y de los textos normativos, que han abordado las posibles soluciones a esta necesidad social del mundo económico, del funcionamiento de la empresa y del mercado, cuatro son las líneas experimentadas: a) la separación objetiva de un patrimonio autónomo; b) la atribución de personalidad a la empresa como ente diferenciado; c) la limitación subjetiva de la responsabilidad del empresario individual; y, d) el recurso a la sociedad mercantil, conforme a los tipos conocidos y una vez remodelada para restar importancia a la contractualidad en la fundación.

1.2. El patrimonio separado como categoría jurídica autónoma.

La limitación de la responsabilidad a un bloque patrimonial diferenciado del empresario individual, o la personalización de aquél, es defendida por la corriente doctrinal que tiende a la objetivación de la empresa como realidad patrimonial autónoma, como señala SÁNCHEZ RUS (vid. bibliografía, comentario al art. 35.1 del CCo.), aunque no debemos olvidar que la cita se refiere a las “cuentas anuales” del empresario y se advierte en su redacción un lenguaje impregnado de matices económico-contables, que no jurídicos. En esta dirección, puramente objetiva, la responsabilidad limitada se logra mediante la distinción de un “patrimonio separado” o destinado a un fin. Esta hipótesis objetiva surge como reacción a las múltiples elaboraciones de formas jurídicas que, para solventar el problema, conducen a un doble mecanismo subjetivo: la sociedad de un solo socio y el empresario individual de responsabilidad limitada.

Ambas soluciones legislativas se contemplan en Liechtenstein, en el Código Civil de este Principado de 1925 (arts. 834 y 896), creador del concep-

to de la *autonomía patrimonial* en coexistencia con la sociedad de un solo socio. Su defensor doctrinal ha sido Carry, en un trabajo de 1928, reelaborado por el mismo autor unos treinta años después para la Asociación Henri Capitant (1955). Afirmaba este autor, que la responsabilidad limitada vía exclusión de cierto patrimonio, o lo que es lo mismo, mediante la adscripción del patrimonio empresarial al cumplimiento de las obligaciones y la exclusión del personal o familiar, es una reacción contra las sociedades de garantía limitada y, en especial, contra la evidente deformación de la sociedad anónima, que ha dado origen a “prácticas reprotables que todo legislador debía cortar”.

Resulta curioso observar la atención que en el Ecuador de este siglo ha merecido el fenómeno para los tratadistas latinoamericanos, tales como Organy (Buenos Aires, 1948), Marcondes Machado (San Paulo, 1958) y Mora Rodríguez (Montevideo, 1952), entre otros, que han inspirado numerosos proyectos de ley aparecidos en países de Sudamérica en los últimos cincuenta años con la finalidad de admitir la empresa individual de responsabilidad limitada. Ello ha suscitado gran interés y ha transmitido esta inquietud a la literatura jurídica española y portuguesa. Así, en España se ocuparon por entonces de este problema: García Álvarez (La “O.I. persona jurídica mercantil de fisonomía unipersonal”, 1944), Marín Lázaro (“La Sociedad de un socio y el problema de la limitación de responsabilidad en la empresa”, 1947), Trías de Bes (“La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales”, 1948), Valls Taberner (“Hacia la limitación de la responsabilidad de la empresa individual”, 1952), Vicente y Gella (“La responsabilidad limitada en la empresa individual”, 1953), Jordano Barea (“La sociedad de un solo socio”, 1964), Langle (“Manual de Derecho Mercantil Español”, 1950) y Aparicio Ramos, (“Para un estudio de la sociedad anónima unipersonal”, 1961), entre otros.

Posteriormente, esta opción práctica –que parece más sencilla– ha quedado frenada por las dificultades para admitir el instituto de la responsabilidad limitada del empresario individual sin acudir a la ficción o ropaje societario, si bien la doctrina italiana ha venido considerando nuevamente la oportunidad de recurrir a la limitación de la responsabilidad empresarial individual con la creación de una figura a propósito. Para ello se parte de la autonomización de un patrimonio de destino, alternativa que no está exenta de dificultades por la necesidad de delimitar previamente el concepto patrimonio, utilizado unas veces en el sentido de abarcar a un complejo o suma de derechos y deberes que tienen como titular a la persona e, impropriamente en otras, como conjunto de bienes (tal es el sentido del art. 2.740 del “Codice” italiano; de los arts.: 1.056, 1.389 y 1.911 del Código Civil español, y 19 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria).

ción de destino” respecto del patrimonio que compone el conjunto de relaciones de la empresa, dentro de los tres meses contados desde la petición, cuyo valor debía ser equivalente al capital mínimo exigible. De este modo, el mercantilista austríaco parte de un patrimonio separado (tesis objetiva), al no aceptar la atenuación de la responsabilidad del sujeto empresario y renunciar a la construcción del patrimonio como ente provisto de personalidad jurídica.

A diferencia de este criterio, Carry (1928) introdujo por primera vez la personalización de la empresa individual, aportando nuevos elementos de discusión. Mientras el autor austríaco negaba la justificación de la posición subjetiva, éste plantea, de manera pragmática, la creación de una institución a propósito, cual puede ser el atribuir personalidad jurídica al patrimonio o al establecimiento para combatir las prácticas comerciales reprobables y abusivas de las sociedades ficticias. En igual tesitura se hallaba VIVANTE (“Contribución a la reforma de las Sociedades Anónimas”, 1934), si bien difería en los instrumentos técnicos a elegir, al partir de la sociedad por acciones con algunas adaptaciones para adecuarla a las necesidades de la práctica, sin acudir a la creación de una institución nueva.

El mecanismo de recurrir a la personalización del patrimonio lo encontramos, con otros fines y salvadas las distancias, en ciertos entes fundacionales como pueden ser los fondos de inversión o de pensiones.

1.4. La responsabilidad limitada como alternativa a las sociedades de un solo socio.

El interés de algunos autores en distinguir la responsabilidad limitada del empresario como alternativa a las sociedades de un solo socio no guarda relación con las medidas concretas adoptadas por los ordenamientos jurídicos de los distintos países (J. DUQUE, pág. 249, bibliografía), con algunos ejemplos de proyectos de ley que no han cristalizado en nada positivo en el propósito de sustituir la responsabilidad del empresario sin acudir a la vestimenta societaria.

Es evidente el escaso éxito de la empresa individual de responsabilidad limitada, que no ha conseguido relieve legislativo en contraste con la implantación de las sociedades unipersonales. Existen evidentes intereses que han aconsejado esta posición, como sucede en las empresas familiares en las que subyace el propósito de garantizar su continuidad más allá de la vida del fundador; prevaleciendo, en otros supuestos, el deseo de movilizar financieramente el capital invertido a través de las acciones de la sociedad. En las grandes empresas pueden ser otros los propósitos: organizativos y de autonomización interna en razón de las distintas actividades.

En este estado de cosas, algunos autores estiman que la empresa individual de responsabilidad limitada es un instrumento inútil o, al menos, inadecuado; considerando que no aporta ventajas respecto de las sociedades simuladas. Puede afirmarse que esta cuestión ha pasado de moda en Europa, donde originariamente fue muy discutida; hecho constatado a través de los trabajos de la Asociación Henri Capitant, en cuyo seno se ha debatido la limitación de la responsabilidad de las empresas comerciales y los medios de impedir los perjuicios.

A pesar de su antigüedad, la salida para esta cuestión, según esta posición, sigue siendo la de crear un nuevo instituto que considere la limitación de la responsabilidad, que sólo se generalizará, con toda seguridad, cuando el sistema societario actual de las acciones y participaciones en una sola mano presente deficiencias o flaquezas en la aplicación práctica. En este sentido, DE CASTRO (*op. cit.* pág. 38) se muestra contrario a una derogación del principio de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CCv.) y prefiere a la sociedad simulada o falsa, con pluralidad aparente de socios, posibilidad que considera menos repelente.

No obstante, la sociedad de un solo socio no siempre ha llevado aparejada la limitación de responsabilidad. De este modo, en la década de los cincuenta dominaba en Gran Bretaña una idea contraria a la limitación de la responsabilidad del empresario individual, incluso para los supuestos de adopción de formas societarias que sirviesen de pantalla a los intereses unipersonales (“Companies Act”, 1948). Cuando el número real de socios era inferior al mínimo legal (siete para las “public companies” y dos para las “private companies”) y la situación se prolongaba durante más de seis meses, se extendía a los socios la responsabilidad ilimitada. Se manifiesta esta tendencia a través de la transcripción de conceptos y formularios recogidos por algunos autores británicos, como Atiyah (“Thoughts on company Law Philosophy”, *The Lawyer*, 1965) y Rice (“Company or one man company”, *Journal of Business Law*, 1964). En la misma época, el *Codice* italiano de 1942 dispuso que en el supuesto de concentración de capital en una sola mano (art. 2.362), las obligaciones nacidas bajo esa situación acarreasen la responsabilidad ilimitada.

En Francia, la Ley 85/697 (11.7.85), después de diez años de gestación, introdujo la denominada “Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada” (EURL, sociedad de un solo socio) y la “Explotación agrícola de responsabilidad limitada” (EARL, sociedad civil). Al plantearse el legislador la técnica jurídica a utilizar, escogió el mecanismo societario en lugar del “patrimonio de afectación”, con la consiguiente modificación del Código Civil (art. 1.832) para dar cabida a la sociedad de un solo socio.

LAS SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO

1.- Concepto y clases.

Se nos presenta la sociedad de un solo socio como alternativa a la limitación del capital-riesgo del empresario individual o social y, a partir del concepto enunciado en el artículo 1 de la Ley 2/95, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), podemos definirla como : *Sociedad de capital en la que, según el tipo societario, éste está dividido en acciones o participaciones que, desde el instante de la suscripción o aportación originaria, o por adquisición derivativa, pertenecen a un socio único, sea persona física o jurídica, quien no responde personalmente de las deudas sociales salvo en los supuestos de sanción legal.*

Del enunciado anterior podemos extraer las siguientes notas características:

a) Se aplica la unipersonalidad a las denominadas sociedades capitalistas, con exclusión de las llamadas personalistas (colectivas, comanditarias simples) en las que las relaciones entre socios y la responsabilidad ilimitada acentúan el carácter contractual de la sociedad, a la par que no dan solución a la pretensión limitativa de la responsabilidad.

b) Cabe optar por el modelo societario por acciones o el de responsabilidad limitada en régimen de participaciones.

c) La unipersonalidad puede manifestarse desde el acto constitucional, en cuyo caso la fundación no tiene carácter contractual sino institucional, o en momento posterior de situación devenida, voluntaria o involuntaria.

d) Se admite la unipersonalidad del socio persona física y también cuando sea persona jurídica, sin limitación, directa o indirecta, en número y objeto social.

e) La responsabilidad por las deudas sociales es la que corresponde al tipo societario adoptado, salvo en los supuestos de sanción contemplados en la norma para los casos de contravención de diversas obligaciones, de publicidad formal o por ventajas indebidas del socio con perjuicio de la sociedad.

f) La limitación de la responsabilidad del socio como tal no opera en el supuesto de que él mismo se constituya en órgano de administración, instante en el que asume las obligaciones y responsabilidades que le corresponden en tal concepto.

Esta situación de unipersonalidad del socio puede estar, pues, presente desde el momento fundacional, en cuyo caso podemos hablar de *unipersonalidad originaria* (art. 125 LSRL), por el hecho de la constitución merced a la voluntad de una sola persona, física o jurídica; mas, también puede alcanzarse la unipersonalidad por la reunión, en un momento posterior, de la totalidad de las acciones o participaciones en una sola mano, de manera *voluntaria* (adquisición por acto intervivo) o *involuntaria* (ejecución forzosa, sucesión mortis causa, separación de otros socios) supuesto al que podemos calificar de *unipersonalidad sobrevenida* (art. 125 LSRL). En el mismo sentido, la titularidad en una sola mano es reversible si se produce la diversificación de titulares por la transmisión en un momento posterior, al tiempo que puede existir sucesión en la unipersonalidad por cambio del sujeto titular.

A su vez, la unipersonalidad puede ser: *material*, cuando todas las acciones o participaciones correspondan a un sólo socio quien, no obstante, puede no serlo en sentido *formal*, por haber constituido algún derecho de prenda o usufructo en el que se hubiera atribuido el voto al acreedor prendario o al usufructuario. Por el contrario, la titularidad formal puede concurrir en un socio que ostenta parte del capital en virtud de mandato de terceros, con lo que se produce un supuesto de unipersonalidad formal (por acumulación de votos) y no material, al ser los socios diferentes personas.

2. Cuestiones en torno a su naturaleza.

2.1. La doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

Como respuesta a un recurso notarial, contra una calificación registral territorial que denegaba la inscripción de una escritura de modificación de estatutos sociales decidida por el socio único de una sociedad anónima, se dicta la Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1990. El núcleo central de la denegación de inscripción gira en torno al hecho de que la modificación estatutaria no tenía por objeto superar lo que, entonces, se consideraba como situación anómala de las acciones en una sola mano. Además, se añadía el incumplimiento de los requisitos de la LSA de 1951 (art. 48), en cuanto se requería que la decisión fuera adoptada en Junta y no mediante la actuación unilateral del socio único en acto ajeno al órgano soberano.

El recurrente adujo que el socio único no adopta acuerdos sino que toma decisiones sociales y que en tal caso no cabe la Junta General; he aquí el centro de la cuestión debatida. Al contestar el recurso, el Registrador mantuvo que el otorgante debió constituirse en Junta General y no actuar en nombre de la sociedad por cuanto, como accionista (a tenor de los arts. 48 y 84 de la LSA de 1951), carecía de facultades representativas y

de modificación de las normas que organizan el régimen jurídico de la sociedad. Es evidente que el giro que da la resolución a su anterior línea doctrinal, al admitir el recurso, se produce precedida de un cambio normativo fundamental, representado por la 12ª Directiva de Sociedades del Consejo de la CEE. Así, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 y diversas resoluciones de la DGRN (de 20 de julio de 1957, 20 de junio de 1963 y 3 de octubre de 1972) no admitían la Junta General de un solo socio, se ha producido un cambio de criterio con posterioridad.

En la reciente resolución que comentamos la DGRN establece las siguientes pautas fundamentales:

a) Revisa su propia doctrina anterior y, en particular, la contenida en las resoluciones de 7 de julio de 1980, 13 y 14 de noviembre de 1985, a tenor de las cuales se exigía la pluralidad de socios como postulado inherente a la naturaleza societaria, que vedaba los acuerdos sociales adoptados por el socio único si no se encaminaban a la reconstrucción de la normal pluralidad de socios en la compañía.

b) Para revisar su criterio anterior, parte -a la luz de los nuevos aires procedentes de la UE- de la consideración de que en las sociedades personalistas se produce realmente un verdadero contrato de sociedad, generador de derechos y obligaciones entre los socios, de tal suerte que su entramado sólo es posible en un sistema de pluralidad de socios. En cambio, establece que este argumento no puede extenderse a las sociedades de capital pues, en éstas, el contrato (que puede ser un acto unilateral, caso de la sociedad de capital público) tiene un carácter netamente organizativo y no va dirigido a establecer relaciones directas entre los socios, hasta culminar en una objetivación de la sociedad separada e independiente de los socios que la hayan constituido, bajo el principio de unidad y con un capital divisible y acumulable en el que la reunión de todo él en una sola mano o sociedad unipersonal constituye, afirma, una “*contradictio in terminis*” pero no una “*contradictio in substantia*”. Este criterio se sustenta en el silencio legal en cuanto a la omisión de la reunión de todo el capital en una sola mano como causa de disolución de la sociedad (art. 150 LSA de 1.951 y 30 LSRL de 1953), mientras que en las sociedades personalistas tal supuesto determina el fin de la sociedad (arts. 116 y 222 CCo.)

c) El segundo argumento, en favor de la subsistencia de la sociedad devenida a unipersonal, gira en torno al concepto de persona jurídica. Bajo el prisma conceptualista tradicional, su existencia carecería de sentido una vez perdida la pluralidad de socios; más, la DGRN acude a las tesis ficcionistas e

instrumentalistas apoyadas en la subsistencia de la “universitas”, al considerar que se requiere la pluralidad de socios en la constitución –ni siquiera entonces, a partir de la 12ª Directiva– pero una vez creada, por la vocación de permanencia y naturaleza supraindividual de sus fines, queda independizada de sus miembros, sin que la ley declare su disolución en tal circunstancia ni señale término para poner fin a esta situación transitoria (otras legislaciones si lo han hecho).

d) El tercero y cuarto argumento, utilizados para admitir la situación devenida de la sociedad de socio único, se apoyan en la tesis clásica de la responsabilidad universal establecida por el art. 1.911 del Código Civil y la incompatibilidad entre la responsabilidad limitada de una parte y el poder de gestión contrapuesto a tal correspondencia, de la otra. La DGRN sostiene que la responsabilidad limitada en la sociedad de capital se justifica en cuanto dispone de un capital propio e independiente y no por la estructura interna societaria de uno o más miembros. Por otra parte y a la luz del art. 38 de la Constitución Española, la sociedad unipersonal no significa la exención de responsabilidad, porque mantiene el binomio poder de organización-responsabilidad a cargo del órgano de administración, aunque sin determinar el “quantum”, debiendo vincularse el patrimonio que sea suficiente para responder de la actividad que se realice.

e) Abundando en el seguimiento de las tesis instrumentalistas, el fundamento sexto de la resolución se refiere a razones prácticas, al admitir que la sociedad unipersonal es un medio adecuado para el correcto funcionamiento del sistema económico, pues permite la conservación de la empresa más allá de la vida del socio único y preservar el patrimonio social de las demandas de los acreedores personales del empresario. Acaba por estimar inútil el esfuerzo en negar esta posibilidad por cuanto habitualmente crecen las sociedades instrumentales y es muy sencillo burlar una norma impeditiva. Eso sí, considera la resolución que deben guardarse las normas de procedimiento y, por ello, el socio único debe constituirse en Junta o dar al acto de la comparecencia ante Notario el carácter de tal (hoy, la nueva LSRL ha superado este criterio).

Con todo lo expuesto, el recurso fue estimado y declarada la validez de la actuación del socio único en la ampliación del capital decidida como acto societario y, aún a pesar de que puedan ser discutibles algunos de los principios enumerados por la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la existencia de la sociedad unipersonal, es obvio que se ajusta a la corriente actual del mundo capitalista y liberal, pues se trata de evitar la existencia de sociedades vacías y la figura del testaferro como socio instrumental para, en el orden práctico, admitir como justa la preservación del

patrimonio familiar y personal del empresario ante las vicisitudes de una gestión correcta de la empresa.

2.2. La responsabilidad limitada y el desdoblamiento de la relación titularidad-administración de la empresa.

Del principio tradicional que identifica a la sociedad en relación con una pluralidad de socios, se ha derivado en el pasado la disolución de la sociedad una vez producida la concentración de las participaciones en una sola mano. Este drástico postulado ha sufrido posteriormente importantes atenuaciones, hasta llegar al estadio de negar, conceptualmente, el carácter contractual de ciertos tipos de sociedad.

El problema no es tan virulento en las sociedades personalistas, en las que el socio que concentra el capital y la responsabilidad limitada se confunden, situación en la que, lo normal es que la unipersonalidad haya conducido a la disolución, salvo en etapas posteriores en las que se ha previsto el desdoblamiento de la titularidad en las sociedades de capital. La unipersonalidad puede manifestarse en la práctica como consecuencia de una concentración accidental de todas las participaciones sociales en una sola mano, o bien mediante la constitución expreso de una sociedad “de favor”, con figuras interpuestas de por medio, o abiertamente mediante la constitución de sociedades de un solo socio. Se ha afirmado (Ferrer Correia, “Sociedades ficticias e unipessoais”, Coimbra, 1968) que para la solución de los diversos problemas planteados por la concentración de todas las participaciones sociales en una sola mano no ha de servir la incompatibilización conceptual entre la unipersonalidad y la noción jurídica de sociedad. Son exigencias prácticas las que han hecho que legisladores y autores hayan obviado la “affectio societatis” como elemento estrictamente necesario para la creación y conservación de la sociedad en determinados supuestos. Se ha planteado la necesidad de precisar si la reducción de socios a uno sólo ha de conducir a la disolución en los diversos tipos societarios.

En este caso, la línea prevalente de la doctrina española ha tomado partido por la conservación de la sociedad cuando esta deviene en unipersonal, según opinión de OLIVENCIA (“La sociedad de un solo socio en derecho español”). En otros supuestos, según comenta FERRARA Jr. (Rev. BBTC, vol. XVII, p. 576, 1954) refiriéndose a una sentencia del Tribunal de Brescia, ello no ha servido para eludir los riesgos de la actividad empresarial, al extenderse la responsabilidad ilimitada a los socios que se han colocado tras el escudo de la forma societaria en un supuesto de transformación de sociedad personalista en sociedad capitalista. Con ello se plantea la superación del esquema protector de la personalidad jurídica y, como señala VICENT CHU-

LIA (*op. cit.*), se ha producido una “rápida evolución desde el contrato de sociedad a la institución de la sociedad, que puede prescindir del contrato”.

Los nuevos aires que la 12ª Directiva ha traído al conjunto de los países miembros de la UE, han dado lugar a que el fenómeno de la sociedad de un sólo socio haya sido regulado en el Ordenamiento Español. La carencia anterior ha significado un quebranto para la seguridad del tráfico mercantil; pero, aún sin el debido tratamiento legal, se ha dicho que nuestro marco normativo ha sido un auténtico “paraíso de lo unipersonal” (Auriolés Martín, *op. cit.*), al haber dado cobijo al nacimiento de muchas sociedades anónimas con vocación de accionista único, pese a que, en sus inicios, haya estado presente o representada la terna de socios exigida como número mínimo. La realidad es que, ante la sociedad ficticiamente plural, el ordenamiento ha podido asumir dos posiciones: la de declarar la nulidad del negocio jurídico societario o la de legalizar su situación hasta lograr adaptarla a un esquema racional.

El Derecho español se ha decantado tradicionalmente por considerar nulo el esquema que se aparte del legal, e inexistente la separación patrimonial entre la sociedad y su accionista. Por ello, la interpretación jurisprudencial ha seguido la dirección de la llamada “jurisprudencia de intereses” en materia contractual, con indagación de la verdadera realidad negocial y levantamiento del “velo de la sociedad” en algunas ocasiones.

Las leyes anteriores de Sociedades Anónimas (1951) y de Responsabilidad Limitada (1953) no habían contemplado la disolución de la sociedad en el supuesto de reducción a la unidad del número de socios y, por ello, se ha admitido la provisional detentación de todas las acciones o participaciones en una sola mano. Tampoco existe tal previsión en los textos que han seguido a la Ley 19/89, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil española a las directivas de la Comunidad Europea.

Como fundamento que justifique la responsabilidad limitada del único socio, se utiliza la regla implícita de los distintos sistemas jurídicos vigentes, con cuya justificación se limita la responsabilidad del “dominus negotii” en aquellos supuestos en que se viera obligado a servirse de terceros para la gestión de sus asuntos, conforme a lo apuntado con anterioridad. Este caso es evidente en la responsabilidad atenuada del naviero por los actos realizados por el capitán del buque; así, los arts. 587 y 590 de nuestro Código de Comercio permiten eximirse de aquélla hasta el valor del buque, sus pertenencias y fletes devengados en el último viaje, haciendo abandono en favor de los acreedores. Ello se admite por la razón de que el naviero pierde el control sobre el buque desde que éste inicia la navegación (Ferrara Jr. RTDPC, 1949). Los sistemas anglosajones, a diferencia de los latinos, tienen establecido una limi-

tación de responsabilidad en relación al valor del buque (norteamericano) o a su tonelaje (inglés, holandés).

En la misma línea, la limitación de responsabilidad del socio de las compañías mercantiles se ha conformado en torno a la idea de su no intervención en la gestión, reforzándose la responsabilidad de los gestores; dejando a salvo, eso sí, el “levantamiento del velo”, en protección de otros intereses igualmente dignos de tutela. En este orden ha tenido gran trascendencia las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (RJ 2800/1984) y 27 de noviembre de 1985 (RJ 5904/85); especialmente la primera de ellas que, con relación a una sociedad anónima de capital municipal, sienta la doctrina que por su interés reproducimos:

“CDO: Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3) se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CCv.), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino de fraude (art. 6.4 CCv.), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CCv.) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de la personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CCv.), lo cual no significa que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe, cual sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal, y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad “ex contractu” o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes y menos cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad”.

Con posterioridad, esta doctrina se ha consolidado (STS. 16.7.87; 25.1.5.10 y 24.12.88; 16.10.89); para, en las STS de 15 de abril de 1992 y 12 de febrero de 1993, abundar en que “en ciertos casos y circunstancias, es permisible penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a

las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino de fraude”.

2.3. La falta de coordinación normativa.

Para la debida adecuación de la evolución doctrinal respecto la naturaleza contractual de la sociedad, en virtud de cuyos criterios más recientes la nueva legislación permite la sociedad unipersonal desde el instante fundacional o de creación organizativa, se requiere la debida armonización de nuestro Ordenamiento. Se echa en falta una adecuación del artículo 1.665 del Código Civil que aún mantiene que “la sociedad es un contrato entre dos o más personas, que ponen en común bienes o industria para repartir entre sí las ganancias” cuando hoy no es así en todos los casos, salvo para las sociedades conocidas como personalistas en las que sí se cumple el postulado contractual, por cuanto el contrato de sociedad despliega sus efectos y genera derechos y obligaciones entre los socios, creando un conjunto de relaciones que tiene su fundamento en la pluralidad de partes y esferas de interés patrimonial, con obligación de aportar, hacer o no hacer, y repartir. Por el contrario, ello difiere en las sociedades de capital, pues en éstas el contrato puede faltar y verse sustituido por un acto unilateral de carácter organizativo, tanto para algunas personas jurídicas públicas (art. 14.2 LSA) como privadas (art. 311 LSA y 125 LSRL), en las que no existe una pluralidad de esferas de interés, ni es prevalente la puesta en común bienes o industria con ánimo de repartir las ganancias. Esto es lo que ha acontecido, según comentaremos, con los enunciados de los códigos francés y belga.

Otro tanto cabe afirmar del artículo 116 del CCo., en el cual se mantiene solamente la visión contractualista, al expresar que “el contrato de Compañía, por el cuál dos o más personas se obligan a poner en común..”, cuya inmediata adecuación resulta de una obviedad que refleja un descuido censurable.

3. Regulación legal.

3.1. La sociedad de un solo socio en la legislación Europea. La XII Directiva de Sociedades.

Vamos a analizar en este apartado los sistemas que admiten la limitación “ab initio” de la responsabilidad del empresario individual, en los que, con anterioridad a la 12ª Directiva, podemos distinguir tres grupos de textos positivos, anteriores:

a) Las sociedades de un solo socio reconocidas en las legislaciones belga, francesa, alemana y británica.

b) a empresa individual de responsabilidad limitada, regulada en Portugal.

c) La normativa comunitaria a la que nos referiremos más adelante.

El modelo societario es el seguido por la legislación francesa (Ley 85/697, 11.7.85), belga (14.7.87) y alemana (Gesetz, 4.7.80):

– La ley francesa se produce para establecer la limitación de la responsabilidad personal en la empresa unipersonal y en la explotación agrícola, lo que ha conllevado la modificación, según se ha dicho, del art. 1.832 de su Código Civil que refuerza el aspecto institucional. Así, anteriormente el precepto enunciaba que la sociedad estaba instituida por dos o más personas (“La société est instituée par deux ou plusieurs personnes..”) y, después de la nueva ley se enuncia diciendo que la sociedad de responsabilidad limitada está instituida por una o varias personas (“.. est instituée par une ou plusieurs personnes..”).

– La ley belga (art. 2º) modifica igualmente el art. 1.832 de su Código Civil y expresa que: “una sociedad puede ser constituida por dos o más personas que convienen en poner en común alguna cosa con intención de repartir el beneficio que pudiera resultar de ello o, en los casos previstos por la ley, por acto de voluntad de una persona que afecte bienes al ejercicio de una actividad determinada”. Su regulación se contrae a la sociedad de responsabilidad limitada -y no a la sociedad por acciones-, en la que limita la posibilidad de que una misma persona física pueda ser socio único de más de una sociedad, salvo en la sucesión hereditaria; solución que veda a las personas jurídicas, con excepción de los supuestos de transitoriedad en los que cobra vigencia la responsabilidad ilimitada si en un año no se deshace la unipersonalidad.

– La Ley alemana acepta la unipersonalidad pero exige el desembolso de la parte de capital pendiente de aportación, aspecto que no ha sido previsto por la legislación española.

– En el Reino Unido, con la modificación de la “Company Act” de 1985 y la “Insolvency Act” de 1986, que permiten la sociedades unipersonales referidas a las pequeñas compañías (“limited private companies”) y no así a las grandes (“public companies”), con eliminación de la responsabilidad ilimitada y simplificación administrativa de su régimen jurídico.

– La fórmula escogida por el Código de Sociedades portugués determina la disolución cuando el número de socios sea inferior al legal (art. 142) y regula al propio tiempo el “Establecimiento Individual de Responsabilidad Limitada” (DL 248/86, 25 de agosto).

La 12ª Directiva del Consejo en materia de Sociedades, de 21 de diciembre de 1989, ha sido dictada al amparo de los artículos 54,39 y 58 del TCEE (DOCE núm. L395, de 30/12/89, modifica la propuesta COM, DOCE 20/06/89) y surge en el contexto armonizador de la legislación societaria para hacer equivalente la regulación en atención al interés de los socios y de terceros, cual contempla el Tratado de Roma (art. 54, 3 g). Hace referencia a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, con lo que aborda su enfoque a partir de la pequeña empresa, cuando las directivas precedentes se circunscriben casi totalmente a la sociedad anónima. Establece la posibilidad de que tal figura societaria nazca ya con socio único desde su constitución, o se produzca tal situación con posterioridad por concentración de todas sus participaciones en una sola mano. Deja para posterior ocasión la coordinación de las sanciones y medidas nacionales vigentes, en cuanto a la persona física titular de varias sociedades unipersonales y a los supuestos en los que el socio único sea otra sociedad, aspectos que sí estaban contemplados en el proyecto inicial.

Merecen ser destacados los siguientes particulares de la norma Comunitaria:

i) En su Exposición de Motivos, considera necesario crear un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual, salvo excepciones, y que se restrinja el acceso a la sociedad unipersonal. Por esta vía de responsabilidad excepcional se permite cohonestar este principio limitativo con otras normas comunitarias que afectan a la protección de los consumidores y usuarios en determinados supuestos.

ii) La propia Directiva muestra cierta desconfianza y enuncia ciertas cautelas respecto de la limitación de la responsabilidad, motivo por el que acepta determinadas restricciones y sanciones a las personas físicas que sean único socio en diferentes sociedades y en los casos de sociedades unipersonales cuyo socio sea una persona jurídica. En el mismo sentido prevé que se garantice la liberación del capital suscrito y se dé publicidad a la persona social mediante un registro accesible al público, con la exigencia añadida de que las decisiones del socio único adopten la forma escrita.

iii) La Directiva declara, de manera específica, su aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 1º) e, incluso, a la sociedad anónima, las que pueden constar de socio único desde su constitución por la posterior concentración de todas las participaciones en un solo titular (art. 2º).

iv) Por propio principio de la limitación de responsabilidad, se puede regular en el Derecho interno la restricción de la multiplicidad de sociedades de este tipo pertenecientes al mismo titular o en las que una de ellas sea socio único de otras sociedades a su vez (art. 2º).

v) La posterior concentración de participaciones ha de gozar de la debida publicidad legal, con manifestación de la identidad del socio en la propia documentación societaria, en sus anuncios y correspondencia o a través de registro público (art. 3º).

vi) Atribuye al socio único las competencias de la Junta General, cuyas decisiones habrán de constar por escrito (art. 4º).

vii) Salvo disposición contraria en la legislación interna de los Estados miembros, habrán de consignarse en acta o en documento escrito los contratos que el socio concierte con su sociedad (autocontratación, art. 5º).

viii) Admite la opción no societaria de empresas individuales cuya responsabilidad quede limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada. Se refiere especialmente al programa de acción para la pequeña y mediana empresa (PYME) conforme a la resolución del Consejo CEE de 3 de noviembre de 1986, y contempla así la posibilidad de que el mecanismo jurídico limitativo de la responsabilidad se produzca sin necesidad del vehículo societario, siempre que se prevean las mismas garantías establecidas en favor de terceros (art. 7º). Este precepto hace una apertura en favor del empresario individual de responsabilidad limitada, dejando abierta la vieja polémica y permitiendo constituir un patrimonio separado con lo cual, bajo esta fórmula, se mantiene la pureza de la idea societaria y de la “*affectio societatis*” sin ampliar el espectro de las sociedades. Esta fórmula ha sido acogida por el Código de Sociedades portugués, según se ha dicho con anterioridad.

ix) Los Estados miembros han debido dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva antes del 1.1.92 (art. 8), con apertura de un período transitorio de adaptación de un año para las sociedades existentes a dicha fecha.

Se aprueba esta Directiva en un momento importante para el devenir de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en España, por cuanto la Ley de 25 de julio de 1989 (nº 19/89) modifica determinados artículos de su texto regulador (LSRL 17.7.53) y encomienda al Gobierno la publicación de un texto refundido (D. final 1ª,4) en el que habría de tener cabida la adaptación a la Directiva.

Han procedido a la transposición de la Directiva, además de España, el Reino Unido (15.7.92) e Italia (RDLeg. 88/93, de 3.3.93). En el Reino Unido, después de la modificación de la “*Company Act*” de 1985 y la “*Insolvency Act*” de 1986. En Italia, también por medio de la sociedad limitada, se deja al margen a la sociedad por acciones y se limita la responsabilidad del socio (salvo excepciones). En España, según veremos a continuación, se amplía el

espectro y se permite la sociedad unipersonal, tanto limitada como anónima, a cuya finalidad crea (D. ad. 2ª, ap. 23, LSRL) un nuevo capítulo (XI) en la LSA bajo el título “De la sociedad anónima unipersonal”, con un único y último artículo, de conexión con la LSRL, de 23 de marzo de 1995.

3.2. La sociedad unipersonal en el Derecho interno.

En nuestra legislación, el artículo 14.2 de la LSA (antes, el 10.2 de la LSA 1951) ha permitido, con anterioridad a la nueva LSRL, la constitución de una sociedad unipersonal para el supuesto de fundación por un ente público. En los restantes supuestos, hasta ahora no ha sido posible constituir una SA con menos de tres fundadores o una SRL con menos de dos socios; pero, en cambio, ni el CCo. ni las leyes de SA o SRL han contemplado la nulidad por reunión posterior del capital en una sola mano (art. 221 y 222 CCo. o 260 LSA) ni cuando alguno de los dos o tres fundadores resultara ser un incapaz (14.1 LSA).

Del mismo modo, el artículo 250.1 LSA ha recogido el supuesto de absorción en el que la sociedad absorbente reúne la titularidad del capital de la absorbida, supuesto también contemplado en la Ley 76/80 sobre beneficios fiscales por fusión, todo ello a partir de la 3ª Directiva de Sociedades.

La Ley 2/95, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 71, 24.3.95), regula (cap. XI, arts. 125 a 129) la “sociedad unipersonal de responsabilidad limitada”, referida tanto a la sociedad limitada propiamente dicha como a la sociedad anónima; esta última, por la incorporación del nuevo artículo 311 de la LSA que remite a las disposiciones sobre aquélla y la simultánea modificación del artículo 14 que exigía la presencia fundacional de un mínimo de tres socios.

Su unipersonalidad puede tener lugar desde el acto constitucional, conforme a lo anteriormente comentado (art. 125 LSRL); o puede ser sobrevenida, porque si bien puede haber sido fundada por dos o más socios, con posterioridad resulta acumulada en una sola mano la titularidad de todas las participaciones y, en su caso, acciones. La fundación puede tener lugar en acto unilateral o plurilateral y por voluntad de una o varias personas físicas o jurídicas, con lo cual se ha ampliado el espectro que pudo restringirse para las personas jurídicas, conforme a lo apuntado por la Directiva traspuesta.

Tal cual plantea la propia Exposición de Motivos, se hace una apertura general a cualquier dimensión empresarial, con lo que se opta por dar una determinada solución al conflicto conceptual en el que se alinean dos posiciones: la primera, que sólo admite la unipersonalidad en favor de la empresa pequeña o mediana; en tanto que otra acepta que el nuevo derecho debe ser-

vir también a la gran empresa, de ahí que, en su decantación por la segunda posición, la Ley admita la unipersonalidad de la sociedad anónima, al servicio de toda clase de empresas y titulares, sean personas físicas o jurídicas, extendiendo la unipersonalidad al supuesto de que la propia sociedad constituida sea titular de parte de su propio capital, según veremos seguidamente.

III. TRATAMIENTO DIFERENCIAL DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

1. Atribución de la autocartera.

Con relación a la titularidad única del capital, la LSRL (art. 125, b) realiza una declaración que aclara la cuestión de la titularidad material de la autocartera, cual es la de disponer que las participaciones propias de la sociedad unipersonal se atribuyan al socio único; pues de lo contrario, resultaría la existencia de una sociedad en la que éste tendría la titularidad formal y no la material de todo el capital de manera directa, al figurar la propia sociedad detentando el resto de las acciones o participaciones. Todo ello con la repercusión que esto tiene, que habrá de producirse con excepción a lo regulado para la autocartera directa e indirecta (arts. 39 a 42 LSRL).

De todos modos, mostramos nuestra discrepancia por la ventana abierta a la participación indirecta de unas sociedades en otras, sin ajustarse a la pretensión teleológica de proteger al empresario individual que asume una responsabilidad patrimonial universal, al igual que tampoco se justifica que no se haya establecido un límite en el número de sociedades unipersonales de un mismo sujeto, que habría de guardar relación con los grupos de actividad y establecimientos a separar, pues, en ningún caso ha debido quedar abierta la fórmula adoptada que comenta en el apartado IV de la Exposición de Motivos: “se admite expresamente que la sociedad unipersonal pueda ser constituida por otra sociedad..”. Por el contrario, algunas legislaciones, (las francesa y belga, también conforme al artículo 2.2 de la Directiva) han establecido restricciones al acceso a la unipersonalidad (arts. 36 y 123 de las leyes reguladoras de los países citados, respectivamente) y a la responsabilidad ilimitada por deudas sociales (art. 140 de la ley belga y 2.497 del Código Civil italiano).

2. La publicidad legal y otros deberes formales.

La información y la publicidad son aspectos básicos propios de la transparencia con la que debe conducirse la actividad económica, los cuales se

hacen presentes ya en la reforma de la legislación mercantil iniciada con la Ley 19/89. En todo caso, la constitución de un patrimonio separado de afectación a la actividad empresarial, o la solución de la sociedad unipersonal, exigen una adecuada reglamentación de su publicidad legal respecto de los balances, correspondencia, anuncios, valoración del patrimonio empresarial especialmente afectado, responsabilidad por saneamiento y evicción; de suerte que permita la subsistencia del conjunto y la renovación del material consumible, fungible y amortizable, aspectos sobre los que la nueva Ley adopta criterios correctos en paralelismo con la sociedad anónima.

En esta línea, el artículo 126.1 de la LSRL dispone que la unipersonalidad originaria o sobrevenida, la pérdida de tal situación, por transmisión de algunas o todas las participaciones y el cambio del socio único, ha de ser objeto de publicidad legal con inscripción en el Registro Mercantil, previa manifestación en escritura pública. En todo caso, se hará constar en la inscripción registral la identidad del socio único; con ello se vincula la limitación de responsabilidad a su constancia pública, cual acontece con el naviero como empresario individual. Además, en tanto subsista la unipersonalidad, la sociedad lo deberá expresar así en su documentación, correspondencia, notas de pedidos, facturas y anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria (art. 126.2 LSRL).

Las sociedades unipersonales existentes a la entrada en vigor de la Ley deberán presentar en el Registro Mercantil para su inscripción, antes del 1 de enero de 1996 (D. transit. 8ª LSRL), una declaración suscrita por persona con facultad certificante y firma legitimada en la que conste la identidad del socio único; luego, no se exige escritura pública sino una declaración en documento privado con firma legitimada notarialmente para los supuestos de unipersonalidad preexistentes.

El artículo 129 de la LSRL penaliza la omisión registral de la existencia de la unipersonalidad, una vez transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad de tal carácter sin que ello conste en el Registro Mercantil. En tal caso, el socio único responderá personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad no inscrita, situación que desaparece producida la inscripción respecto de las deudas posteriores.

La D. ad. 5ª exime a las sociedades propiedad del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y de Organismos dependientes de todas ellas, del cumplimiento de estos deberes formales en materia de publicidad, al igual que la constancia de la unipersonalidad en la documentación mercantil, anuncios legales o estatutarios (art. 126.2).

3. Régimen de las aportaciones sociales.

Una vez se exige que se manifieste en escritura pública y se inscriban en el Registro Mercantil (art. 126.1 LSRL) las distintas situaciones que conducen a la adquisición o pérdida de la unipersonalidad (en la constitución, adquisición posterior, enajenación parcial o vuelta a la pluripersonalidad, y sustitución del socio único por transmisión de todo el capital), se hace evidente que la situación sobrevenida, la vuelta a la posición pluripersonal y el cambio de socio único van a determinar que las enajenaciones consten en escritura pública, aún cuando, con carácter general, se prevea la transmisión en documento público que no habría de ser necesariamente notarial (art. 29,e] LSRL).

A la aportación de unidades económicas autónomas hechas por el socio único-empresario individual, le será de aplicación lo dispuesto para las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria de ramas de actividad y canje de valores, en la Ley 29/1991 (título I, por remisión de la D. ad. 2ª de la misma), de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de la Unión Europea, siempre que lleven su contabilidad conforme al CCo. (D. transit. 5ª LSRL). El tratamiento fiscal que se les da es el de los incrementos y disminuciones de patrimonio del Impuesto de Sociedades (art. 3º, Ley 29/91, 16.12), con separación de las posiciones del transmitente y entidad adquirente, en base a la diferencia entre el valor real y el valor neto contable de los bienes y derechos transmitidos; si bien, en este caso, no se integrará en la base imponible del Impuesto de Sociedades o del IRPF del transmitente, según proceda, las aportaciones de bienes situados en territorio español por parte de residentes (id., art. 4 y 8); y, respecto de la entidad adquirente, sólo se excluirán de la base imponible los incrementos y disminuciones patrimoniales de aquellos elementos que contribuyan a la generación de rentas a tributar por el Impuesto sobre Sociedades.

4. La toma de decisiones y las relaciones con el socio único: la autocontratación.

Para el Gobierno de la Sociedad unipersonal, el artículo 127 LSRL atribuye al socio las facultades de la Junta General, quien, sin necesidad de simulacro de asamblea -como han venido exigiendo en el pasado las resoluciones de la DGRN comentadas-, adoptará las decisiones que corresponda, con la única obligación formal de consignarlas en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores. De ello se desprende que la facultad del socio no es personalísima y puede ser delegada en favor de un representante con

facultad bastante, como apoderado singular o general para la administración del establecimiento de que se trate.

En el mismo sentido, esta situación no implica alteración alguna en la estructura de gobierno societario, permaneciendo independiente el órgano de administración, que puede ser asumido por el socio o por terceros designados al efecto y que actúa (formaliza y ejecuta) sus propias competencias (art. 63 LSRL), con la salvedad introducida por la nueva Ley (art. 43.2) de permitir el sometimiento a autorización determinadas decisiones del órgano de administración, salvo previsión contraria de los estatutos sociales.

Con antelación a la reforma legal que comentamos, la constancia formal de las decisiones del socio único ya había sido abordada por la Resolución de la DGRN, de 5 de enero de 1993 (La Ley, 28.9.93) para las sociedades devenidas unipersonales. En ausencia de norma específica, se afirma en ella, esto no significa que siempre hayan de aplicarse literalmente las formalidades exigidas por los arts. 97 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil (RD 1597/89), pues su fundamento radica en la colegialidad de los acuerdos de las sociedades pluripersonales, sin que de manera imperativa se requiera un acta previa que sirva de base a la ulterior documentación pública de los acuerdos sociales. Considera que las actas de los órganos societarios colegiados no constituyen forma “ad substantiam”, sino una garantía para constatar voluntades ya declaradas, especialmente en beneficio de los socios disidentes y ausentes. Tales requisitos formales pierden virtualidad y sentido cuando las acciones o participaciones han pasado a mano de un solo socio que, además, es administrador; pues lo importante en estos casos es constatar que a la decisión del único socio se le atribuya el carácter de voluntad social equivalente a un acuerdo de junta general, por lo que no existe inadecuación de la forma documental en el hecho de que la decisión del único accionista y administrador social se otorgue directamente ante notario, sin necesidad de previa apariencia de junta y de que la actuación quede reflejada en acta previa para la posterior ejecución de los acuerdos. Este parecer había sido precedido de la denegación por parte del Registrador Mercantil quien no admitía la posibilidad de que el único accionista diera a su comparecencia ante el fedatario el carácter de junta universal y adoptara determinados acuerdos sociales, que posteriormente sí han de quedar reflejados en las actas sociales (art. 103.2. RRM).

A su vez, la contratación entre el socio único y la sociedad deberá constar por escrito o en la forma documental que exija la Ley de acuerdo con su naturaleza (escritura pública, póliza mercantil). A dicha finalidad, la sociedad deberá llevar un libro-registro legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas, en el que se transcribirán los contratos de esta naturaleza

que se otorguen, de los cuales se hará referencia individualizada en la memoria anual, con indicación de su naturaleza y condiciones. La expresión “transcribirán” utilizada por el precepto legal (art. 128 1 y 3 LSRL) no deja duda de que se pretende un registro del texto y no simples referencias a su contenido.

Con relación a dichas relaciones contractuales y durante dos años contados desde la celebración de cada contrato (128.3), el socio asume la obligación de responder de las ventajas con las que se haya favorecido en perjuicio de la sociedad, directa o indirectamente, lo cual viene a considerar las conductas dolosas o culposas que alteren la regla del equilibrio de prestaciones (“rebus sic stantibus”) contenida en el Código Civil.

La falta de transcripción de los contratos en el libro registro, así como su falta de referencia en la Memoria anual (o que la transcripción conste en memoria no depositada con arreglo a Ley), dará lugar a sanción, en virtud de la cual los contratos no registrados no serán oponibles a la masa en los supuestos de insolvencia provisional o definitiva del socio o de la sociedad (art. 128.2). Como excepción, la Disposición transitoria 5ª exime de responsabilidad y sanción a las sociedades de capital público por la falta de constancia y registro de los contratos entre el socio y la sociedad (arts. 128 y 129).

5. Determinación de la responsabilidad en la sociedad unipersonal y consecuencias de la infracapitalización.

La Ley reguladora no hace ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad, pues de lo que se trata es el limitar la del socio único por la vía de colocarlo bajo el manto protector de un tipo societario que limite la responsabilidad al capital aportado o comprometido. Conforme hemos visto con anterioridad, esta no es la solución adoptada con carácter general en el Derecho comparado y, según hemos comentado, la utilización de este esquema no siempre implica la responsabilidad limitada. Es cierto que a raíz de la 12ª Directiva (art. 2.2) se pretende reducir la responsabilidad del socio único que cumpla las exigencias de la norma, que ha de estimarse imperativa, especialmente en lo concerniente a la inscripción de datos en el Registro Mercantil; no obstante, en vía de sanción ha de someterse a la disciplina de la regulación general establecida para el tipo societario.

En nuestro caso, la Ley 2/95 sólo contempla la responsabilidad por incumplimiento de los deberes de publicidad legal (registral) y comercial y por la adquisición de ventajas respecto de la sociedad en las situaciones de autocontratación, conforme hemos comentado anteriormente. Ahora bien, no podemos olvidar la cuestión ya apuntada del binomio capital-

administración de la sociedad, y si bien ha sido prevista la limitación ordinaria para el socio único, hemos de analizar qué acontece con la administración.

Hemos visto que la reforma iniciada por la Ley 19/89 refuerza la responsabilidad de los administradores sociales a tenor de dos obligaciones básicas: el deber de secreto sobre las informaciones de carácter confidencial y el desempeño de su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal; de su incumplimiento deriva la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del órgano de gestión social por faltar a ciertas obligaciones legales (art. 74, 127, 132.2, 133 y 262 LSA; 21, 65 y 105 LSRL, entre otros), estatutarias y de las realizadas sin la debida diligencia, dejando a salvo a quienes no intervinieron en la adopción y ejecución o desconocían su existencia, o conociéndola hicieron lo conveniente para evitar el daño. En lo concerniente a la responsabilidad de los administradores sociales, la Ley 2/95 (art. 69) remite a la regulación de la SA y, habida cuenta de que la unipersonalidad no altera la estructura del tipo societario, el órgano de administración puede ser desempeñado por el socio en calidad de administrador único, en cuyo caso la limitación de responsabilidad puede quedar difuminada respecto del propósito inicial de quedar a cubierto bajo el manto de la sociedad.

Con independencia de la posición en que pueda quedar situado el socio único que asuma la administración social, también puede derivarse responsabilidad por el "levantamiento del velo" que pueda tener lugar conforme a la doctrina jurisprudencial comentada (art. 7.2 CCv.), particularmente en el supuesto de infracapitalización material al que se refiere PAZ ARES (pág. 9 y ss., *op. cit.*), cuando expresa: "si los socios quieren disponer de responsabilidad limitada tienen que pagar el precio del privilegio" y este privilegio "no es otro que una dotación de capital suficiente y adecuada al logro social".

Para la correcta capitalización de las empresas no existen procedimientos apriorísticos fiables, por cuanto inciden diversos parámetros tales como: el objeto social, sector de la actividad productiva, índices de rotación del activo circulante, montante de la inmovilización requerida, coste de oportunidad y otros aspectos; de ahí que, salvo extrapolaciones de cierta relatividad, no es conveniente -por ello el legislador no ha entrado en esa dinámica- establecer ratios rígidos de estructura de capital. Sin embargo, en sectores muy sensibles como el bancario y el de los seguros sí que se ha previsto en la normativa sectorial la obligatoriedad de mantener una cierta adecuación del capital propio mínimo. Téngase en cuenta que los acreedores financieros y proveedores importantes, que disponen de una adecuada información, pueden evaluar sus riesgos y, además, exigir del socio único el afianzamiento solidario a la sociedad; por el contrario, el consumidor y otros pequeños acreedores pueden

verse burlados, incluso si se obra de buena fe, y más aún si se predispone la sociedad unipersonal para las actividades de mayor riesgo y se separa de ellas el patrimonio y actividad más estable y generadora de beneficios. Por todo ello, cada vez adquieren mayor vigencia los principios del abuso del derecho y de su ejercicio antisocial (art. 7.2 CCv.), con respaldo en la ilustrativa sentencia parcialmente transcrita anteriormente (epíg. 2.2).

IV. CONCLUSIÓN

Desde la aprobación de la 12ª Directiva Comunitaria es un hecho irreversible la admisión de la responsabilidad limitada del empresario unipersonal, desvirtuando así lo establecido en el art. 1.911 del Código Civil, el cual deberá sufrir la correspondiente modificación armonizadora. Tal limitación se conduce a través de la fórmula societaria unipersonal, originaria o como circunstancia sobrevenida, al ser esta la única opción elegida por el legislador español, que ha descartado la limitación de responsabilidad mediante la constitución de un patrimonio separado en el seno de una empresa individual.

No obstante, si bien la responsabilidad del socio como tal queda limitada al constituir un patrimonio o persona jurídica diferenciada, no por ello la limitación ha de ser absoluta, por cuanto, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente citadas, se requiere el equilibrio del binomio “accionista gestor-responsabilidad limitada”, aun cuando sea de manera matizada. Como consecuencia de la reforma introducida por Ley 19/89, de 25 de julio, se ha endurecido el régimen de los administradores, no solo en términos generales sino en una serie de supuestos especiales contemplados en la LSA. Es esta vía la que permite mantener la responsabilidad por daños a la sociedad y a terceros, merced al poder de gestión y correlativa responsabilidad por la que el socio único gestor se ve afectado más allá de la limitación atribuida a su condición de socio.

Ahora bien, determinados agentes económicos con cierto poder fáctico en el mercado podrán exigir del empresario social la constitución de fianzas u otras garantías complementarias que amplíen su responsabilidad más allá de un patrimonio separado más o menos reducido, tal es la situación de los bancos y otras empresas proveedoras en operaciones de cierta cuantía; pero, al propio tiempo, habría de contemplarse la protección de los intereses de los acreedores no contractuales y de los consumidores, éstos con base en su ley protectora (26.7.84), por cuanto la gran masa de destinatarios finales de los productos y

servicios puede verse desamparada ante una conducta irresponsable del empresario que dé lugar a cuantiosas indemnizaciones -recuérdese el problema de la colza- que resultarían ilusorias tras el parapeto de la sociedad unipersonal e interpuesta de responsabilidad limitada.

Conceptualmente se produce todo este proceso innovatorio en una época en que está en crisis la personalidad jurídica de la Sociedad, en tanto que se usa y abusa de ella, especialmente bajo la forma anónima como pantalla, con real divergencia entre la apariencia y la realidad (Serick, De Castro), sin olvidar la constitución en serie de grupos de sociedades con participaciones recíprocas que debilitan sus respectivos patrimonios, razón por la que se está produciendo un cierto movimiento doctrinal y jurisprudencial contra algunos supuestos de abuso de la personalidad jurídica.

Hemos de insistir en la necesidad de reducir las alternativas numerosas para erigirse en socio único de una pluralidad de sociedades, posibilidad de la que deberían quedar excluidas las personas jurídicas societarias, en evitación de cadenas y ventanas abiertas a la ocultación patrimonial a través de la estructura de grupos cuya posibilidad, al menos, ha debido tener una cierta regulación.

En un último análisis más global de la LSRL, en determinados pasajes se excede en la prolijidad descriptiva y enumerativa (vid., art. 87.1) adquiriendo un tono reglamentario y casuístico que nos recuerda en exceso a las disposiciones administrativas de rango menor. Habría sido preferible optar por una Ley General de Sociedades que contemplara de manera unitaria los aspectos comunes a las sociedades de capital, en lugar de regular las mismas cuestiones en dos textos que repiten las mismas menciones, con remisiones supletorias y recíprocas entre la LSA y la LSRL.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, A.: *La sociedad unipersonal*, AAVV, La reforma del derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1.987.
- Id. *La 12ª Directiva Comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, Doctrina y Jurisprudencia Española, con particular consideración de la RDGRN de 21 de julio de 1.990*, Derecho Mercantil de las Comunidad Económica Europea, 1.991.
- ARAUJO BOYD, M.: *La adaptación del derecho español a la 12ª Directiva del Consejo en materia de derecho de sociedades relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único*, La Ley, año XIII, núm. 2924, 1.992.
- AURIOLES MARTÍN, A.: *La sociedad anónima unipersonal en la reciente Jurisprudencia*", RDM, 1.985.
- BROSETA PONT, M.: *La sociedad anónima pública unipersonal como instrumento de la actividad económica del Estado*, VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, 1.966.
- Id. : *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 8ª edición, 1.990.
- COSTI: *La titolarità di piú imprese*, Archivo Jurídico de la Universidad de Modena, vol. XXXV, 1.964.
- DE CASTRO, F.: *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, ADC, 1.949.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *La 12ª Directiva del Consejo ...*, AAVV, "Derecho Mercantil de la CEE. Estudios en homenaje a J. Girón Tena", Civitas, Madrid, 1.991.
- FERRARA Jr.: BBTC, vol. XVII, 1.954.
- GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, trad. J. Bisbal, 1.980.
- GRISOLI, A.: *Las Sociedades de un solo socio*, EDERSA, 1.976.
- IGLESIAS PRADA, J.L.: *La Sociedad unipersonal y el Proyecto de Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 1.994.
- JORDANO BAREA, J.: *La sociedad de un solo socio*, RDM, nº 91, 1.964.
- LANGLE, E.: *Manual de Derecho Mercantil especial*, Vol. I, 1.950.
- PAZ ARES, C.: *La infracapitalización*, Gaceta de los Negocios, 1.993.
- QUINTANA CARLO, I. (y otros): *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Trivium, Madrid, 1.989.

- RIVERO ALEMÁN, S.: *El empresario individual de responsabilidad limitada*, Rev. El Foro Canario, Las Palmas G.C., 81, 1.991.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 13ª ed., EDESA, 1.988.
- SÁNCHEZ RUS, H.: *La sociedad unipersonal*, Edit. La Gaceta de los Negocios, 1.993.
- VALLS-TABERNER, F.: *Hacia la limitación de responsabilidad de la empresa individual*, RJC, 1.952.
- VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª. ed., T.1, vol.1, Bosch, Barcelona, 1.991.
- VICENTE Y GELLA, A.: *La responsabilidad limitada en la empresa individual*, RDM, nº 47/48, 1.953.