

GARCÍA CASAS, J.: *Vía gubernativa y proceso civil*. Editorial CYMYS, Barcelona, 1975.

En una de las publicaciones más utilizadas por los juristas españoles, esto es, las famosas *Leyes*, de MEDINA y MARAÑÓN, a continuación del texto del Código civil español y las legislaciones forales, existía un apartado con la enunciación de los «Principios de Derecho» consignados en los Códigos romanos, en *Las Partidas*, en el texto de las Decretales y en las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Eran frases que ya en nuestros primeros pasos por la Universidad habíamos aprendido como inicial vestidura de nuestra posible categoría de juristas.

No puedo recordar ahora si a la procesal *Incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*, le seguía o no ese otro principio que me ha venido persiguiendo con auténtica preocupación desde entonces: para llamar de tú al Estado en la vía civil es preciso «agotar la vía administrativa». Aquello que más o menos se comprendía, no se llegaba, sin embargo, a percibir con plena claridad en cuanto a dificultades y tropiezos representaba. Verdaderamente que después de «agotar», terminar ese camino que supone una calle sin salida administrativa, se encuentra uno tan *agotado*, que muchas veces renuncia uno a ese horizonte azul que supone la vía civil. Otros, más técnicos, emplearon la expresión de «apurar», más que de «agotar», pero ambos verbos son poco alentadores.

Pues bien, de ese «agotamiento», que supone—como dice el autor—un privilegio de la Administración Pública para no verse envuelta en un litigio con los particulares sin la preparación necesaria, es de lo que trata el libro que recensamos. Legalmente, técnicamente, la vía gubernativa no pasa de ser una excepción dilatoria. La ley pretende—y habla de nuevo el autor—que cuando un particular prepare ante los Tribunales de Justicia una pretensión de naturaleza civil frente al Estado, vaya precedida de un intento de solución por vía gubernativa, reclamando al Estado, con carácter de solicitud y no de recurso, lo que más tarde habrá que reclamarle ante los Tribunales, con la actuación procesal del principio de igualdad de partes.

Lo que el autor, Doctor en Derecho, Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Universidad de Sevilla, explica tan técnicamente, en mi poca familiaridad administrativa-procesal se convierte en una especie de «ensayo general» antes de emprender la representación teatral del estreno, es la maniobra previa al combate, es la preparación con recitación de temas antes del drama de ejercicio de oposición, etc. Es algo previo, requisito necesario, exigencia, prolegómeno...

Prologa la obra FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, que con mano firme traza el esquema elogioso del contenido de la obra de uno de sus discípulos. De este prólogo nos vamos a servir, en parte, para llegar a precisar lo que el lector pretende saber en esta recensión. Estructuralmente, la obra tiene cinco partes bien diferenciadas: la evolución histórica, la naturaleza jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la normativa vigente y la

vía gubernativa en procesos civiles especiales. La obra va precedida de una introducción y delimitación de materia, un índice sumarial, y seguida de unas conclusiones generales, un índice bibliográfico y dos cronológicos de legislación y jurisprudencia. Se nota la ausencia de un índice alfabético de conceptos.

A) *Evolución histórico-legislativa*.—Creo que es importante el tema del deslinde o delimitación de conceptos, pues involuntariamente se suelen utilizar la «vía gubernativa y la administrativa», debiéndose reservarse, conforme dice el Profesor CLAVERO, la primera para los trámites previos a los litigios en los que pueda intervenir la Administración, mientras que la segunda es la previa a los litigios contencioso-administrativos.

En la evolución histórica se parten de dos grandes etapas: la anterior y la posterior a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil y la anterior y posterior a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, pues la que el autor señala referida a la Ley de Régimen Local de 17 de marzo de 1945 no es más que un peldaño anterior a la de Procedimiento Administrativo. En unas y otras se expone cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge el requisito de la vía gubernativa en el artículo 533, 7.ª, como «excepción dilatoria» frente a demandas dirigidas contra la Hacienda Pública. La Ley de Régimen Local recoge como *necesaria* la medida en el artículo 376, y la Ley de Procedimiento Administrativo en el artículo 138 amplía el requisito de la vía administrativa como «requisito previo» al ejercicio de acciones fundadas en el Derecho privado o *laboral* contra el Estado y Organismos Autónomos.

Cita también otra serie de disposiciones especiales en las que resplandece el principio ya citado.

B) *Naturaleza jurídica*.—La construcción jurídica de la figura es siempre necesaria si quiere uno luego sacar alguna conclusión más o menos aceptable. Por ello, el autor, con pleno dominio de la materia, apunta, profundiza y se decide—por último—por alguna de estas construcciones jurídicas: a) La que estima la misma como una potestad jurisdiccional de la Administración Pública, según el trabajo de LUIS M. MIQUEL IBARGUEN. b) Como una concreción de los múltiples privilegios administrativos, según GODED MIRANDA, ALONSO OLEA y otros. c) Vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción civil o del proceso mismo, según la tesis de GUASP, frente al concepto de «excepción procesal», que maneja PRIETO CASTRO. d) Como mera excepción procesal, conforme a la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el autor antes citado. e) Como sustitutiva del acto de conciliación entre particulares. f) Como presupuesto procesal análogo al procedimiento administrativo previo al contencioso-administrativo.

El autor va descartando posturas y termina por fijarse en la que entiende se trata de un «presupuesto procesal» análogo al procedimiento administrativo previo al contencioso.

C) *Posición del Tribunal Supremo*.—El capítulo destinado a exponer la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia es un complemento del anterior sobre su naturaleza, pero con todo no deja de ser interesante, pues la opinión del Alto Tribunal suele inclinar balanzas a la hora de la decisión doctrinal definitiva.

Seis son las posturas que el autor estudia a través de la jurisprudencia y que se corresponden con las seis teorías anteriormente citadas al abordar el tema de la naturaleza. Predominan en ellas la construcción como «presupuesto procesal» o como «excepción dilatoria», sin perjuicio de que también se registren numerosas en las que se habla de «acto de conciliación». En todo caso, el Tribunal Supremo ha entendido que se trata de

acto «subsancable en cualquier trámite del proceso», al igual que el trámite de la conciliación. Las sentencias manejadas oscilan entre los años 1885 y 1972.

D) *Régimen jurídico*.—Para exponer el contenido de este capítulo o parte del libro, el autor se vale de la distinción según que la reclamación de la vía gubernativa se mueva como requisito de acción civil frente al Estado, frente a las Corporaciones Locales y contra Organismos Autónomos. Por supuesto, el esquema amplio de la exposición se hace en el ejercicio de acciones civiles frente al Estado, para luego operar con remisiones y destacar especialidades en los otros casos.

En la materia del Estado, aparte de reseñar los textos vigentes y aplicables, destaca una exposición en la cual se examinan los requisitos (objetivos y subjetivos, aparte de los formales), el procedimiento (interposición, sustanciación y resolución) y efectos. En este último apartado es donde el autor demuestra, al examinar diversos supuestos, la entidad práctica de su estudio, siendo de imprescindible utilización para el jurista que trate de introducirse en esos campos.

Pone el autor de relieve, en unas cuantas páginas destinadas a la crítica del sistema, la total desarmonía existente en la materia entre las leyes procesales y las administrativas (cosa que pasa con mucha frecuencia en otros campos) y sería deseable una reforma que agilizase el procedimiento.

E) *Casos especiales*.—Entre los mismos estudia con cierto detenimiento los que suscita el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la Legislación de Montes.

En el primero—y por la redacción de las causas taxativas que permiten una oposición al mismo—trae de nuevo el viejo problema de si cabe o no frente al Estado. La conceptualización del proceso en su carácter ejecutivo al estilo de GUASP, DE LA PLAZA, ROCA y LA RICA hace inclinar la balanza negativa de su admisión, pero el autor mantiene la postura de su posibilidad no sólo en base de infinidad de sentencias de Audiencia en que así se ha resuelto, sino a los Decretos de competencia de 3 de noviembre de 1949, 1 de febrero de 1950 y 29 de enero de 1951; mas admitida su posibilidad hay que hacerlo con todas sus consecuencias, es decir, con los mismos requisitos que operan cuando se demanda al Estado en las demás circunstancias y, por consiguiente, el agotamiento de la vía gubernativa. Su opinión, razonada, es discutible a la vista de las sentencias y casos que el mismo autor aporta.

Cita algunas de las especialidades que ofrece la Ley de Montes frente al artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la problemática de una posible doble reclamación previa a la judicial cuando se trate de montes del Ayuntamiento, por el juego de la Ley de Montes y la Ley de Régimen Local. Cita igualmente otros supuestos de procesos especiales.

Ni que decir tiene que el autor al concluir su obra y sentirse en la obligación jurídica—no digo moral—de sacar conclusiones, se pronuncie desfavorablemente por esta especie de privilegio que coloca a la Administración en plano de desigualdad y cercena el principio de celeridad del proceso. Prevé una posible reforma y una reconsideración del supuesto.

Observando con serenidad la tramitación burocrática de la vía gubernativa—engordada por ósmosis del poder y autoridad que el Estado ostenta—hay que sentirse identificado con el autor en orden a posibles reformas, pues si de verdad aquella frase del discurso de la Corona de que «nadie espere un privilegio» puede ser algún día realidad, es de esperar que la misma no se aplique solamente al ciudadano.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Los recursos administrativos y económico-administrativos*. Ed. Civitas, Madrid, 1975, 441 págs.

1. Decía UNAMUNO que en la labor mental del estudioso aparecen perfectamente diferenciadas dos etapas. La una es la etapa del *anabolismo* espiritual, período de asimilación en que se lee, se estudia, se reflexiona y se va viendo surgir en la mente nuevos núcleos de ideas o empezar a reducirse a sistemas de ellas verdaderas nebulosas ideales. La otra es la etapa de *catabolismo* espiritual, en que se da uno a escribir, a veces desordenadamente, para expresar ideas.

Cuando el hombre ha de estudiar sometido a presiones o condicionamientos externos, del tipo que sean, la oscilación normal de esos períodos se ve alterada, y se entra en la etapa *catabólica* cuando aún no está debidamente cumplida la etapa *anabólica*.

En cambio, cuando el hombre vive en reconfortable reposo, «lejos de la enloquecedora muchedumbre», *far from the madding crowd*, que decía GRAY, estudiando con calma y produciendo con calma también, en lento ritmo, esos dos períodos mentales, el de asimilación y el de producción, se suceden de un modo natural, lenta, pero indefectiblemente.

Este es el caso admirable de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, que, al margen de su labor de Abogado en ejercicio, viene dándonos ejemplo de lo que puede llegar a ser una obra que se hace día a día, sin prisa, pero sin pausa, en la soledad de las horas dedicadas al estudio del Derecho administrativo.

Es por eso la obra de GONZÁLEZ PÉREZ una obra *digerida*, pensada. De ahí también su claridad, tan difícil de conseguir en su aparente facilidad.

Ahora que parece estar de moda aventurar clasificaciones de las escuelas administrativas (sin tomarse, por lo general, la molestia de definir lo que debemos entender por «escuela»), y que algunos se apresuran a declararse miembros de la «escuela democrática del Derecho administrativo» (porque también parece que hay un *bunker* en la Ciencia del Derecho administrativo), podríamos quizá—y al margen de otros posibles encuadramientos—decir que GONZÁLEZ PÉREZ pertenece a la «escuela cartesiana del Derecho administrativo», con lo que quiero afirmar que «es del linaje de aquellos que de lo oscuro a lo claro aspiran» (GOETHE).

2. El libro de que hacemos consideración se presenta como tercera edición de la obra que, con el más breve título de *Los recursos administrativos*, había ya publicado el autor.

Sólo una ligera referencia—simple dación de fe de su aparición—merecería si efectivamente fuera sólo eso. Pero aparte de la completa actualización de las citas (bibliográficas, normativas y jurisprudenciales), contiene esta edición dos capítulos que no aparecen en las anteriores, y que son precisamente los dos capítulos primeros, que llevan por título, respectivamente, «La autodefensa administrativa» y «Revisión de oficio».

Ello justifica los honores de una recensión crítica y no meramente descriptiva de la obra. Y es que, con el maestro D'ORS, pienso que la recensión—si lo es de verdad—debe serlo crítica. Y que debemos rechazar, como forma de paletismo científico, esa especie de convención de que una recensión debe ser necesariamente un elogio entusiasta y una adhesión incondicional a las tesis sustentadas por el autor.

Y como quiera que el capítulo de la «Revisión de oficio» nos era ya conocido también, dado que aparecía—salvadas las naturales omisiones de trabajos o sentencias aún no producidos—en su «Procedimiento administrativo», vamos a hacer unas consideraciones en torno al tema del capítulo introductorio: «La autodefensa administrativa».

3. Más que una crítica de lo que en el libro se dice sobre la autodefensa administrativa, trato de manifestar las dudas en que por el mo-

mento estoy sumido en relación con este tema. En definitiva, me pregunto si con esta institución o figura jurídica, que empieza a cobrar cierto predicamento en la doctrina, vamos a alguna parte. No se trata, pues, de manifestar una oposición rotunda a su admisión, sino de explicitar el curso actual de mi pensamiento sobre esta categoría, que apadrinada por firmas de indiscutible solvencia en nuestra doctrina administrativa (un GONZÁLEZ PÉREZ, un GARCÍA DE ENTERRÍA) parece haber adquirido carta de naturaleza en nuestra literatura científica.

Aquí sí que puede decirse que mi pensamiento sobre el tema está todavía en su fase anabólica. Pienso que la meditación del libro de GONZÁLEZ PÉREZ me ofrece una oportunidad—que no debo desaprovechar—de poner un poco en orden mis ideas sobre esta llamada «autodefensa administrativa», a la que indistintamente se califica como dogma, como principio y como técnica.

4. La cuestión terminológica no parece que resulte de mayor importancia. GONZÁLEZ PÉREZ, siguiendo a ALCALÁ ZAMORA, habla de *autodefensa*. GARCÍA DE ENTERRÍA, que parece seguir a BENVENUTI, prefiere hablar de *autotutela*. Puede aceptarse que, «como tantos otros vocablos de la terminología usual o científica...», es más una denominación sobrentendida que un concepto rigurosamente establecido» (ALCALÁ ZAMORA).

Mayor interés ofrece, en cambio, fijar la noción misma de autodefensa. Y es el caso que en la obra que motiva nuestra meditación no se nos dice terminantemente qué debe entenderse por autotutela.

Podría pensarse que puesto que nuestro autor empieza citando la fundamental obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*, es la concepción de ALCALÁ ZAMORA la que acepta y que, por tanto, en el ámbito concreto de las relaciones jurídico-administrativas, que es el que nos interesa, la autodefensa quedaría referida a los supuestos que cita el procesalista español exiliado en Méjico: jurisdicción disciplinaria, tribunales de honor y recursos administrativos. No es así, sin embargo. GONZÁLEZ PÉREZ da un alcance mucho mayor a la autodefensa administrativa, cuyas diversas manifestaciones agrupa en autodefensa declarativa, autodefensa ejecutiva y autodefensa fiscalizadora. En realidad, su postura es prácticamente coincidente con la de GARCÍA DE ENTERRÍA, el cual habla de autotutela declarativa, ejecutiva y reduplicava o en segunda potencia (comprensiva esta última de la potestad revisora, de la sancionadora y de la que podríamos llamar obstaculizadora, esto es, el *solve et repete*).

Todo ello nos lleva a pensar que GONZÁLEZ PÉREZ encuentra también en la autodefensa o autotutela administrativa la explicación dogmática de las relaciones entre la Administración y la Justicia, viniendo a ser para él, como para GARCÍA DE ENTERRÍA, una fórmula para encuadrar en un sistema unitario la posición jurídica de la Administración ante la Justicia, revelándonos, como dice este otro autor, «un formidable privilegio posicional de la Administración respecto a la Justicia que merca el conjunto entero del Derecho administrativo, por encima de su múltiple contenido material», porque, en definitiva, las diversas «particularidades de ese régimen posicional están enlazadas entre sí, de modo que éste necesita explicarse como una institución sistemática», que no es otra que la autodefensa o autotutela.

Pues bien, mi pensamiento actual sobre el tema (muy lejos, insisto, de estar perfilado definitivamente) es que la autodefensa o autotutela administrativa, tal como parece entenderse en la obra que comentamos, es una construcción sin duda brillante, pero que se mueve en un plano puramente didáctico, y a la que incluso desde esta estricta perspectiva cabe formular no pocos reparos.

5. Que la autodefensa o autotutela, en el amplio sentido que parece tener en la obra comentada, supone una simple fórmula que anuda una

variada gama de privilegios de la Administración, ya conocidos e incluso algunos de ellos discutidos, resulta evidente.

La autodefensa calificada de declarativa no es sino el privilegio de la decisión ejecutiva (o ejecutoria, como dicen otros). La autodefensa ejecutiva es la llamada (con nada recomendable terminología) «acción de oficio». Por último, la autodefensa fiscalizadora es la potestad de autocontrol.

Es claro que todo esto nos era ya conocido, y de aquí que digamos que sólo cabe atribuir a este pseudoprivilegio de la autodefensa o autotutela unas consecuencias puramente didácticas o sistemáticas, cuya bondad también en este plano resulta discutible.

Porque ocurre que la autodefensa o autotutela no sirve para explicar la total posición de la Administración ante la Justicia. Por lo pronto, no explica los supuestos en que la Administración carece del privilegio de la **decisión ejecutiva**, supuestos sin duda excepcionales, pero que, desde luego, hay también que explicar, siendo evidente que tal explicación no se encuentra en la autodefensa. Pero es que, además, hay otros supuestos mucho menos excepcionales, que se dan en múltiples sectores de la actuación administrativa, y que tampoco son explicable recurriendo a la técnica de la autodefensa. Nos referimos, claro es, a lo que algunos autores llaman actuación arbitral de la Administración y que originan lo que hemos calificado en otra ocasión de procedimientos administrativos triangulares. Es evidente que aquí estamos ante algo distinto de la autodefensa o autotutela, hasta el punto de que incluso quien califica de autodefensa a esta forma de actuación, no puede por menos de terminar afirmando que se trata de una «hetero-tutela».

Pienso que estos motivos de crítica podrían evitarse si se restringiera adecuadamente el concepto de autodefensa que parece manejarse en la obra que comentamos. Porque creo que lo que está todavía por perfilar es el concepto mismo de autodefensa o autotutela administrativa. Para mí tengo que este concepto ha de elaborarse partiendo de la idea de litigio, entendido el litigio en el sentido que le da ALCALÁ ZAMORA: conflicto de trascendencia jurídica entre dos esferas contrapuestas de intereses. Y es en este último elemento, la contraposición de intereses, donde habrá que profundizar si se quiere ofrecer un concepto aceptable de la autodefensa administrativa. Me parece que en la nueva corriente doctrinal, de la que la obra comentada es exponente, se amplía en exceso lo que debamos entender por interés de la Administración.

Por último, y aunque se admitiera el concepto amplio que maneja este sector doctrinal, todavía cabría oponer algún reparo incluso en el plano estrictamente sistemático en que la construcción parece moverse. Pues quizá sería más exacto incluir la autodefensa fiscalizadora dentro de la declarativa y como una especie de ésta.

6. Y nada más. Yo espero algún día elaborar un sistema del procedimiento administrativo. Si esta tarea—que es mi proyecto vital—llegara a realizarse, creo que nunca podría agradecer bastante al Profesor GONZÁLEZ PÉREZ su continua dedicación y su indiscutible magisterio en la materia.

Una vez más su pluma ágil me ha dado motivo a repensar cuestiones, levantando—la imagen es de ORTEGA—bandadas de pensamientos cuya ruta aérea he tratado de captar en las líneas que preceden.

Recientemente ha dicho LAFÍN que la lectura no sólo consiste en «escuchar con los ojos», según la feliz sentencia de QUEVEDO, sino en responder desde dentro de uno mismo—certainamente unas veces y erróneamente, jay-, tantas otras—a lo que a través de los ojos le está diciendo a uno eso que lee. Quizá haya que hablar también de una tercera forma de respuesta, la que se perfila en términos dubitativos. La que es resultado—desde luego siempre positivo—de dudas suscitadas por la obra leída. Y si de la duda surge—a través de la penosa faena de pensar—la idea, que es creen-

cia propia, no ajena, bienvenidas sean aportaciones como ésta, que obligan a reelaborar las creencias en que uno está, bien para consolidarlas, bien para rectificarlas.

FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO: *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*. Cuadernos CIVITAS, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1974, un tomo, 80 págs.

En esta publicación, según nos expresa el propio autor en su nota preliminar, ha querido recoger una serie de sugerencias en torno al tema, que ya habían sido reflejadas por él anteriormente en diversas conferencias y algún artículo, y que ahora se sistematizan con el propósito de destacar «hasta qué punto todos estos fenómenos están rompiendo por todas partes el cuadro jurídico de la Sociedad Anónima clásica como forma propia de la gran empresa». En el reducido número de páginas que componen este «ensayo» se acumulan conceptos, problemas, soluciones apuntadas por la doctrina o ensayadas en diversos ordenamientos jurídicos y reflexiones del autor respecto de ellas en las que se resalta el sentido profundo de la evolución y la relación entre los diversos aspectos de la misma, constituyendo una muy interesante aportación al tema dentro de nuestra bibliografía. En la exposición destaca tres partes, y ésta es la estructura que vamos a reflejar en las notas que siguen:

A) CAPÍTULO 1.º EL ABSENTISMO DE LOS ACCIONISTAS

Para el autor, el alejamiento o ausencia de los accionistas de las reuniones de la Junta general, con la decisiva influencia en el funcionamiento de la Sociedad Anónima clásica de tal fenómeno, es uno de los rasgos más característicos de la evolución actual de aquélla. Su causa más profunda y radical, la doble posición de los accionistas: accionistas de control, de un lado, y accionistas inversores de fondos, de otro, y desde el momento en que la gran masa de accionistas que compone el grupo de los segundos permanece al margen de la vida social, se genera inevitablemente la formación de mayorías artificiales.

Dos vías de solución, distintas y aun contrapuestas, se han seguido por los ordenamientos jurídicos más modernos y representativos ante este problema: La primera de ellas establece estímulos para que los accionistas acudan a las referidas reuniones de la Junta general o para que la delegación o representación que otorguen sea efectiva (legislaciones representativas del llamado «primer movimiento de reforma de la Sociedad Anónima», desde la Ley alemana de 1937 a la española de 1951, en cuanto al primer aspecto, y legislaciones comprendidas en la llamada «reforma de la reforma», como el Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 1970, en cuanto al segundo aspecto). La otra solución viene a reconocer que el absentismo es un fenómeno irreversible y busca los mecanismos para hacer frente a esa realidad, sin menoscabo del fortalecimiento de la representación, institucionalizándolo a través de las acciones de ahorro o acciones sin voto.

El origen de las acciones sin voto se encuentra en la práctica y en los ordenamientos anglosajones, en los que el derecho de voto no se mira

como un derecho esencial del accionista. La emisión de aquéllas sirve al mismo objetivo que la de acciones de voto plural: garantizar a una minoría el dominio de la Sociedad (así, en la Ley alemana de 1937 y las llamadas «acciones prioritarias» del Derecho holandés). Otros ordenamientos las van a utilizar para ampliar su objetivo sirviendo de cauce al fenómeno del absentismo, y así se asignan a quienes no desean participar en la vida de la Sociedad y prefieren cierto privilegio en materia patrimonial (Ley alemana de 1965). Con frecuencia, en diversos ordenamientos (Ley argentina de 1972) se presentan como una simple alternativa para las personas que prefieren renunciar al derecho de voto a cambio de las ventajas patrimoniales que conceden, y para el autor esa neutralidad de la solución ha determinado en algunos casos su abandono por parte del legislador (caso de Francia, en cuyo ordenamiento estaban admitidas para las Sociedades de Hidrocarburos de la Ley de 1957, pero naufragaron en la etapa final de la elaboración de la que luego sería la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, remitidas a un posterior proyecto nonato, en el que las acciones sin voto servirían para la reforma de la empresa, en cuanto podían permitir abrir cauce a la participación del personal en la propiedad de la empresa, sin que esa participación del personal implicase un peligro o una amenaza en la dirección o administración de la empresa misma).

La crítica más severa que se hace a las llamadas «acciones de ahorro» (proyecto italiano de reforma de 1973) o «bonos de participación» (proyecto suizo de reforma de 1973), nombres que también reciben estas acciones sin voto, descansa más bien en la ruptura del equilibrio de poder en el seno de la vieja Sociedad Anónima.

B) CAPÍTULO 2.º LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO DEL PODER EN EL SENO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Inicia MENÉNDEZ MENÉNDEZ este tema con la referencia a unas ideas de RIPERT, para quien la Sociedad Anónima es una máquina jurídica tan útil como la que utiliza la industria; máquina que es un complicado mecanismo de intereses, cuya esencia, para PAILLUSSEAU, consiste en una organización de la estructura patrimonial y la estructura de poder de la empresa; en otras palabras, una forma concreta de organizar tanto la base patrimonial como los mecanismos de poder de la empresa misma.

En los textos legales clásicos, la Sociedad Anónima se presenta como un mecanismo dotado de equilibrio de poderes, pero la realidad de la evolución de la Sociedad Anónima muestra un desplazamiento del núcleo central de poder (la junta) hacia los llamados órganos de administración. De la Sociedad Anónima de base democrática, con el voto del socio como origen de todo poder y la soberanía de la Junta como principio cardinal de su estructura, se pasa a una Sociedad Anónima que trata de suprimir ese voto y constituirse sobre una base más bien oligárquica, fundada en el dominio de los socios, que aspiran a participar en la administración y en el poder de gestión concentrado en los órganos de dirección y las minorías de control, y desde ese momento decae o desaparece el instrumento de defensa del accionista en forma particularmente aguda. El autor señala cómo el Derecho, que, al igual que la Naturaleza, tiene horror al vacío, buscará los mecanismos compensatorios al poder liberado de los administradores y los equipos de dirección.

El primer mecanismo compensador al problema de fondo de la tutela de los accionistas extraños al grupo de control se busca en un poder de equilibrio, el llamado «poder de compensación», instalado fuera de la Sociedad, que generalmente es una intervención gubernativa, confiando, bajo diversas modalidades, al Estado el poder de representar a los accionistas ausentes en las Juntas generales de las grandes Sociedades y el

control de gestión (en Italia: proyecto de 1963-1968, que lo confía a revisores del Banco de Italia, y proyecto MARCHETTI de 1973, que lo asigna a la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa; en el anteproyecto belga de 1969-1970, a través de la presencia de un representante del Estado en los Consejos de Administración de las grandes Sociedades Anónimas privadas). En la misma línea de actuación, defendiendo suficientemente los derechos del socio, sin alterar la estructura clásica, puede señalarse la política de favorecer la creación de Fondos y Sociedades de inversión mobiliaria, que permite un diálogo entre el capital de mando de la Sociedad industrial o comercial, de un lado, y el capital financiero de la Sociedad de inversión, de otro, lo que implica una dialéctica más equilibrada en el juego de intereses que se ventila en las Juntas generales de cada Sociedad.

En el segundo tipo de mecanismos cabe englobar aquellas soluciones que preconizan una nueva consideración de la responsabilidad de quienes integran el capital de mando, aceptando que la diferenciación radical entre los dos grupos de accionistas responde a causas de orden económico y psicológico radicalmente insuperables. Según una buena parte de la doctrina, en el Derecho de Sociedades continental europeo la idea de la responsabilidad ilimitada estuvo siempre unida a la realización de la gestión empresarial, y con la solución que se acaba de señalar pretende volverse a la inspiración originaria, en un momento en que las nuevas corrientes sociales abogan por una revisión de ciertas bases capitalistas del ordenamiento jurídico. Esta orientación se ha incorporado en el ordenamiento jurídico francés para el caso de quiebra de la Sociedad, y en el proyecto preliminar del convenio en materia de quiebra, concordatos y procedimientos afines para los países de la Comunidad Económica Europea de 1968.

C) CAPÍTULO 3.º SE DEDICA A TRES DIVERSAS CUESTIONES:

a) *El desarrollo progresivo de un capitalismo de grupos.*—Tras consideraciones de orden económico, señala el autor cómo el «grupo» presenta la paradójica situación de concentración económica y descentralización de las estructuras jurídicas, lo que suscita graves problemas, sobre todo en materia de responsabilidad frente a terceros, y más particularmente en el supuesto de quiebra de cualquiera de las Sociedades agrupadas. Al respecto, la tendencia en el Derecho continental europeo (Ley alemana de 1965, proyecto europeo de 1970) va hacia la institucionalización de los grupos como tales grupos, reconociendo la unidad económica y el poder de dirección unitaria que se confía a la Sociedad dominante en el orden jurídico, con lo que se rompe el dogma de la personalidad jurídica y el esquema clásico de la Sociedad Anónima.

Pueden plantearse situaciones en que los intereses de una Sociedad-miembro sean sacrificados a los intereses del grupo, entonces los acreedores y accionistas llamados «libres» o «externos» sufrirán un daño; ante esta descompensación de poder, el ordenamiento jurídico ha de reaccionar, señalando la posibilidad de obtener una indemnización o el derecho al cambio de sus acciones en la empresa dependiente, en acciones de la dominante, en favor de los accionistas (proyecto europeo en el art. 228 y sigs.), y estableciendo la responsabilidad de la Sociedad Anónima principal respecto de los acreedores de cualquiera de las Sociedades agrupadas o dominadas (Ley alemana de 1966, proyecto europeo), que se presenta como responsabilidad subsidiaria y rompe abiertamente con la idea de la Sociedad Anónima como Sociedad de responsabilidad limitada por sus propias deudas.

b) *La utilización de la forma de Sociedad Anónima por la empresa pública.*—En un enfoque general y previo de esta figura, señala el autor como la gran cuestión doctrinal que plantea es cuál ha de ser el fin que

persiguen, si la satisfacción de los intereses públicos o el fin lucrativo, y cómo el propio legislador no deja de manifestar su inseguridad en este punto (así, lo establecido en el art. 2.º de nuestra Ley de 1941, que crea el I. N. I., frente a las declaraciones del preámbulo de la Ley de Crédito Oficial de 1971), aunque ha de reconocerse que la finalidad lucrativa, como elemento característico de la sociedad, por lo menos en lo que se refiere a las sociedades de capitales, se ha ido progresivamente debilitando, iniciándose así un proceso que conduce a la conversión de la Sociedad Anónima en una estructura neutra, susceptible de ser colmada con cualquier finalidad y no estrictamente con el fin de lucro en sentido técnico-jurídico.

En todo caso, si la Sociedad Anónima pública ha de estar orientada preferentemente al servicio de los intereses generales de la economía nacional, hay una ruptura con los principios de la Sociedad Anónima clásica, sobre todo si el capital privado minoritario sufre las consecuencias de esa deformación; esta figura no está libre tampoco del desequilibrio de poder a que nos hemos referido, y la autonomía técnica y directiva de los *managers* públicos recuerda mucho la que tienen los de las Sociedades Anónimas privadas.

Las deformaciones que sufre la Sociedad Anónima clásica son aquí importantísimas, ya que en buena parte afectan a los elementos esenciales del tipo social; y en el supuesto de la Sociedad pública unipersonal, la deformación llega a su extremo, pues la personalidad social nace directamente de la ley o norma jurídica que autoriza su creación, no del contrato. Un sector de la doctrina se pregunta si, más que ante verdaderas Sociedades Anónimas, no estaremos frente a una vestidura formal que esconde la insuficiencia de una creación efectiva de otras formas públicas de empresa para la intervención directa del Estado en las actividades mercantiles e industriales como Estado-empresario. Se pregunta el autor si no será lo cierto que la economía pública o social del neocapitalismo de nuestro tiempo está creando nuevas modalidades de empresa que reclaman un esfuerzo renovador en sus formas institucionales o sociales de titularidad.

c) *La participación del personal en la gestión de la moderna Sociedad Anónima.*—En una primera aproximación al tema, expresa MENÉNDEZ MENÉNDEZ que el movimiento de reforma de la empresa es, en cierto modo, universal y preocupa tanto en las economías socializadas como en las de base capitalista, y en ambos aparece la presión laboral frente al predominio económico del Estado o del capital privado con la común resistencia del poder a una presencia más activa del personal de la empresa en el disfrute y administración de la misma.

Lo que entre nosotros hace crisis es la concepción de la empresa como organización productiva sometida al dueño del capital, y una primera vía del movimiento de reforma de la empresa, en relación con la Sociedad Anónima, pretende hacerla sin alterar radicalmente la base capitalista de la empresa, vía en la que han de clasificarse las medidas de difusión de la propiedad mobiliaria por la fórmula del «accionista obrero» (la llamada «reforma pancapitalista»).

La incidencia de la reforma de la empresa en la Sociedad Anónima se produce especialmente en el campo de la participación del personal en la gestión de la Sociedad, gestión denominada de acceso directo porque no se deriva de la posesión de acciones, sino de la condición de trabajadores y miembros de la comunidad en que la empresa consiste.

En su origen, la empresa capitalista, fundada en el binomio riesgo-capital, no ha vacilado en atribuir esa gestión exclusivamente al capital, pero poco a poco la realidad ha sido que la Sociedad Anónima se va alejando de ese esquema por virtud del fenómeno de la progresiva separación de la propiedad y el control o gestión en el seno de las grandes

sociedades y aparece un nuevo tipo de poder todavía no consagrado por el Derecho, el poder sobre la propiedad ajena.

Este desplazamiento del poder puede explicar por qué las reivindicaciones del personal de la empresa no se dirigen tanto al acceso a la propiedad como a la efectiva participación en el poder de organización y por qué esas reivindicaciones no se plantean frente a los propietarios, sino frente a los equipos de dirección y los tecnócratas, bien que la fuente o el origen de ese poder siga radicando en los accionistas o en el Estado-propietario. Los ensayos de «cogestión» (según la terminología que ha prevalecido en nuestro país) suponen la consagración de una doble fuente de poder, la propiedad y el trabajo, en la línea de la concepción de la empresa como «comunidad de trabajo y capital», con lo que el fundamento de la participación en la gestión se encuentra así en la cualidad de miembro de la comunidad empresarial, sea como aportante de capital, sea como aportante de trabajo. Para el autor, hay como un reflejo de lo que ha sucedido en la comunidad política, pues una vez que se acentúa la significación comunitaria se produce un fenómeno semejante o paralelo al que determina la generalización del derecho de voto a todo miembro de la comunidad política.

Esta reforma por vía de la participación en la gestión puede manifestarse en una doble forma. La primera, que puede llamarse concepción dualista, se refiere a la cogestión al nivel de los denominados «órganos de la empresa» (comités, consejos o jurados de empresa), dejando intacta en su estructura a la Sociedad Anónima como titular de la empresa. La segunda, o integradora, lleva la representación del personal al nivel de la Sociedad, a los órganos de la misma Sociedad Anónima y afecta de modo directo a la vieja Sociedad Anónima como forma de la empresa capitalista (ordenamiento alemán a partir de la Mitbestimmungsgesetz de 1951 hasta la forma más progresiva de 1972).

La regulación inicial de la Sociedad Anónima redujo la organización de la empresa a la personificación y organización del grupo de personas que integraban aquélla como empresarios-propietarios, y, de acuerdo con la idea de la Sociedad como una entidad de puro cuño capitalista, no puede sorprender que en su estructuración se ignorara el sentido de empresa como comunidad de quienes aportan capital y trabajo. Las reformas por la vía de la cogestión inician una revisión de esa ignorancia, pues tratan de llevar a la Sociedad como forma jurídica de titularidad la presencia de la idea misma de la empresa como comunidad (la Ley holandesa de 1971 establece, en los supuestos a que la misma se refiere, un Consejo de comisarios que asume en buena parte las funciones de la Junta general, y trata de dar respuesta coordinada a los riesgos creados por el absentismo de los accionistas y la participación del personal en la gestión de la empresa).

Concluye el autor que el absentismo de los accionistas ha provocado la quiebra absoluta de la democracia en la Sociedad, tan peculiarmente asentada en el voto del accionista y la Junta general, y que la cogestión implica, en cierto modo, la afirmación de una nueva democracia, con la que el cuadro jurídico de la Sociedad Anónima se conmueve en forma muy radical; la cuestión de fondo, planteada y aún no claramente resuelta, es la viabilidad de la reforma de la empresa sin alterar el cuadro de una economía neocapitalista, o sea, hasta qué punto, hasta qué límites es compatible la reforma por vía de participación con el sistema económico vigente. Y, como colofón de las diversas cuestiones planteadas, nos dice «no sé si cuando percibimos todo esto tenemos suficiente sensibilidad para advertir que, al menos en unos ciertos niveles, los fenómenos que acaba-

mos de indicar parecen presentarse como ciertos latidos que insinúan el nacimiento de nuevas formas sociales, fruto de una mayor afirmación de su concepción institucional».

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO.

PUENTE MUÑOZ, TERESA: *El contrato de concesión mercantil*. Editorial Montecorvo, recensión por Vicente Espert, Doctor en Derecho, Notario.

La aparición de una obra jurídica plantea al estudioso, y más aún si se trata de un jurista práctico, la duda de si debe leerla o no, dado que el tiempo de que se dispone para el estudio es escaso y, por consiguiente, hay que ser un poco avaro en la inversión del mismo que se dedica a nuestro enriquecimiento intelectual y a su adecuada distribución. El autor de estas líneas, que es jurista sencillo y práctico, si cabe, y, por ende, para enriquecer las posibilidades de elección en la solución de problemas de su modesta práctica, ha leído el libro objeto de este estudio y ha considerado que no solamente merecía la pena leerlo, sino que era conveniente escribir unas notas sobre él para conocimiento del público especializado, ya que, además de tratarse de un libro de una utilidad evidente, se trata de un obra ágil, bien construida, de lectura fácil, que produce gusto y a veces regusto intelectual al ir desarrollando sistemática y armoniosamente los enjundiosos problemas que plantea.

La doctora PUENTE se había ya preparado concienzudamente para esta obra, ciertamente de envergadura, previa la publicación de dos trabajos que podríamos llamar propedéuticos, respecto del libro y que fueron «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro» y «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ambos publicados en la *Revista de Derecho Mercantil*. Y es que una obra madura necesita un período de gestación y a veces algunas manifestaciones exteriores parciales para cuajar en un todo unitario que satisfaga las necesidades de una investigación plena de una determinada institución jurídica.

La concesión mercantil se sitúa en la difícil encrucijada entre la absoluta libertad de mercado y de libre cambio, dogma de una economía liberal ya superada; la constitución de fuertes grupos financieros industriales y comerciales que tienden a la creación de monopolios con opresión de los mercados de consumidores, y la concesión que el neocapitalismo hace a regañadientes a las tendencias contrarias de estas actitudes monopolísticas, restricciones que aparecen en el artículo 85 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea y que en España tiene su reflejo en la Ley prohibitiva de las prácticas reactivas de la competencia y la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia. Y es que la *Inmensa americanae pacis majestas* ni es tan inmensa ni parece tan duradera y las tensiones ideológicas del mundo moderno no solamente hacen vibrar los más sólidos pilares del Derecho público, sino que también plantean contradicciones, a veces difíciles de salvar, en campos jurídicos privados en que las tendencias luchan entre dos extremos contrapuestos: un capitalismo opresor, disfrazado con una capa de liberalismo, o una dirección absoluta de la economía por parte del Estado, lo que supone la ruptura de los moldes y de las instituciones que el Derecho privado está manejando desde tiempos de la lejana Roma.

Empezaremos señalando, como ya hemos hecho anteriormente, que el contrato de concesión mercantil es un género amplio, dentro del que se

subsumen multitud de modalidades y entre ellas los contratos a los que se adhiere un pacto de exclusiva (el autor de estas líneas no cree viable un pacto de exclusiva autónomo, montado en el aire, sino que solamente lo concibe como un pacto añadido y modificante de un contrato principal y sustancial, como puede ser la compraventa, el suministro, el arrendamiento de servicios, etc.). Señalaremos también la sistemática del libro, que el autor de estas líneas considera como perfecta: es un modelo de construcción lógica, tanto en su distribución de capítulos como en el desarrollo progresivo de éstos, lo que hace su lectura armoniosa y lo que quizá sea más difícil, es una obra jurídica, incluso amena, hasta el punto de que es difícil desprenderse de la lectura del libro una vez que ésta se ha iniciado. La impresión gráfica es agradable con la única particularidad, que hay que achacar a los impresores, de la deleznable ortografía de todas las citas que se hacen en francés. En este aspecto no solamente en esta obra, sino en otras de la misma Editorial, el autor de estas líneas ha advertido un descuido en la corrección de pruebas de imprenta, que aunque no desmerezcan la cualidad intrínseca de la obra, sí producen un choque molesto al público, particularmente selecto y culto que es a quien van dirigidas. Sin embargo, digamos, en honor de la Editorial, que en otros aspectos tipográficos no escamotea medios y por ello las obras son de lectura descansada y no agobiante por la apretura de líneas o por la oscuridad del papel.

El pensamiento de la doctora PUENTE, que se trasluce de la lectura del libro que comentamos, muestra haber superado tanto un concepto subjetivista del Derecho mercantil, es decir, el Derecho de una clase de personas: los comerciantes individuales o las Sociedades mercantiles, como un concepto puramente objetivo, es decir, el derecho de los actos de comercio, al margen del concepto que se tenga de los mismos e independientemente de las personas que lo realicen y muestra más bien que considera al Derecho mercantil como el Derecho de la empresa, entendiendo ésta en su difícil definición como la organización económico-jurídica que recibe su impulso del empresario, incorpora las ideas de la clientela y *avviamento* y se dedica a la contratación en masa. Pero ni aun así la doctora PUENTE incurre en conceptualismo. Ya leíamos en el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de THEODOR VIEVEG: *Topic und Jurisprudenz*, que el Derecho tiene que superar, tanto la idea de una jurisprudencia de conceptos como la de una jurisprudencia de intereses, para llegar a una jurisprudencia de casos. Y es que tanto la doctora PUENTE como el autor de estas líneas hemos tenido la suerte de que durante un período de nuestra formación jurídica haya sido nuestro maestro el Profesor DÍEZ-PICAZO, que ha transfundido en nosotros la idea de que el Derecho no es nunca un *datum*, sino un *quaestium*, es decir, no es una cosa que nos viene dada, sino que es hallar una solución justa, una composición de intereses aceptable para las partes involucradas en un tema jurídico, es y será siempre una labor de búsqueda incesante del jurista, ante el que no cabe la abdicación ni el desaliento. No con estas palabras, aunque sí con otras, se desprende que esta misma impresión ha causado la obra que comentamos en su prologuista, el profesor JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ, cuando al hablar de la posible consideración de una concesión mercantil, como algo lícito o ilícito, a la luz del Tratado de Roma, hace referencia a la importancia que en este caso adquiere una elaboración judicial del Derecho y el carácter casuístico que, en este sector, tiene el ordenamiento jurídico, que no puede establecer la ilicitud o licitud de la concesión mediante una norma abstracta.

Consideramos una originalidad, un acierto y algo que hay que agradecer a la autora, el que no se haya perdido en el puro terreno de las consideraciones teóricas, dejando al lector del libro con la problemática planteada, sino que, además, al final del mismo, hay una serie de modelos

de contratos de concesión mercantil que pueden servir de guía para la redacción de otros en que a veces, el jurista práctico, carece de precedentes o de inspiración. Echamos de menos la citación al final de la obra de una lista bibliográfica y observamos que la autora se ha inspirado fundamentalmente en dos o tres autores franceses y en la jurisprudencia francesa, así como también la legislación francesa y belga con muy leves referencias a la legislación italiana y mucho menos a la alemana.

Ha llegado, pues, el momento de que empecemos a analizar la obra con más detalle, que se compone de trece capítulos, que, como ya hemos dicho, están perfectamente sistematizados, armoniosamente desarrollados, haciendo de la lectura algo orgánico en la que el estudioso no se pierde en divagaciones inútiles, sino que va encadenando una idea con otra hasta llegar a una visión global, de conjunto, incluso podríamos llamar integral de la problemática del contrato de concesión mercantil.

El capítulo primero, titulado «Introducción», nos muestra el planteamiento general del tema, de un modo muy breve, en la mente de la autora. Se podría intuir que la doctora PUENTE contempla el contrato de concesión mercantil como una figura jurídica de límites más amplios que los estrictos de un contrato, posiblemente como una institución jurídica en fase de nacimiento si aceptamos el concepto de institución jurídica del Profesor DE CASTRO como un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de una clase determinada (no importa la ausencia de normas legislativas escritas, ya que podría hablarse de costumbres o usos mercantiles y en último término de normas contractuales) apareciendo así un tema jurídico en su triple dimensión de hecho social (es un hecho social y económico real la existencia de concesiones mercantiles), como juicio de valor (su utilidad en la vida comercial económica y social de nuestra época) y como norma (aunque éste sólo aparezca en algunas legislaciones, limitándonos en Derecho español a la posible existencia de unas normas generales de contratación, de unas costumbres o usos mercantiles y de unas reglas contractuales nacidas de la fuerza obligatoria de las convenciones contractuales contenidas en cada contrato determinado de concesión mercantil).

El capítulo segundo lo destina a determinar cuál es la función que la concesión mercantil realiza en el terreno económico, separando esta figura de otras que reciben el mismo nombre, pero que no son auténticas concesiones mercantiles, tal como pudiera señalarse a ciertos agentes comerciales cualificados o a simples distribuidores, llegando a la conclusión que mediante la concesión mercantil se produce una, a modo de asociación entre el concedente y el concesionario, que obedece a imperativos económicos, tales como asegurar un mercado amparando al mismo tiempo el prestigio de una marca y ahorrando al concedente los cuantiosos gastos e inversiones que significarían el establecimiento de sucursales o filiales, ya que mediante la utilización de los elementos de comercialización de que dispone, con independencia jurídica y económica, el concesionario, se consigue un gran ahorro de tiempo y actividad, colaborando con él, el cual asegura además los servicios de post-venta, de cuya calidad y seguridad depende muchas veces la decisión de adquirir un bien concreto. Y estudia esta función económica, tanto en el aspecto del mercado interior, como una exclusiva de venta e incluso en el mercado exterior, como una exclusiva de importación.

Los capítulos tercero y cuarto están destinados al estudio de la significación jurídica y del concepto de concesión mercantil. En estos dos capítulos la profesora PUENTE establece simplemente una comunicación y preparación para el capítulo quinto, en que trata de la naturaleza jurídica de la concesión mercantil y de las teorías que se han emitido acerca de la misma. Hace una crítica razonada de las teorías que han querido incluir el contrato de concesión mercantil dentro de algunos de los moldes,

ya clásicos en el Derecho privado, y la separa claramente de las teorías que tienden a confundir la concesión mercantil con una compraventa especial, o con una venta de carga, o con una venta de monopolio, o con una venta con suministro, o con una licencia de marca, o con un contrato de mandato, o con un contrato normativo, o con un contrato preliminar, o con un contrato de adhesión.

Aquí aparece el gran acierto de la profesora PUENTE, ya señalado por el prologuista de la obra, catedrático DUQUE DOMÍNGUEZ, en el sentido de que rechaza la tentación de atribuirle una determinada naturaleza jurídica para, desde ella, establecer deductivamente su régimen, y es que la doctora PUENTE, como dice el prologuista, ha superado esta tentación porque ha arrancado desde el primer momento de la realidad ofrecida por el tráfico jurídico. Y el autor de estas líneas, modestamente como siempre, está de acuerdo con esta postura, porque comulga con la opinión, repetidas veces emitida por eminentes juristas, de que la naturaleza jurídica de las instituciones sólo se postula como una necesidad científica cuando de ella se deducen consecuencias normativas prácticas, pues en caso contrario pueden conducir, por una vía inflacionista galopante, a un juego de sutilezas y contrasutilezas que dejen al estudioso y más todavía al jurista práctico, en la más completa perplejidad ante la resolución del conflicto de intereses planteado en un supuesto negocial concreto.

Lo más concluyente de este capítulo quinto es que la profesora PUENTE se abstiene de hablar de la naturaleza jurídica de la concesión mercantil como un todo unitario y una sola modalidad, atribuyéndole la condición de un contrato atípico. Y el autor de estas líneas estima que al llamar a la concesión mercantil un contrato atípico, lo hace en el sentido de que no tiene una regulación legal preestablecida, pues no es lo mismo ser atípico en el sentido de no ser modélico, que en el sentido de no estar regulado. Por ejemplo, el contrato de edición ha sido un contrato modélico, aunque atípico, por no estar regulado, pasando a ser típico desde el momento en que la reciente Ley del Libro le ha dotado de una normativa positiva concreta.

La concesión mercantil es una convención en que las partes no tienen intereses contrapuestos: Se proponen vender y los une una misma finalidad, que es la de organizar la venta de las mercaderías o bienes objeto de la concesión, implicando una relación de colaboración, pero que yo estimo que no excluye el concepto del contrato, porque en esta relación de colaboración debe existir tanto un sinalagma genético como un sinalagma funcional.

El capítulo séptimo, de una sistemática magistral, sigue el orden de estudio que es clásico en la exposición de los contratos. En primer lugar, estudia los elementos personales del mismo, es decir, la figura del concedente y la figura del concesionario, con todas las variaciones que estas figuras ofrecen en el contrato de concesión mercantil. A continuación estudia los elementos reales, entre los cuales incluye al objeto (me parece que en este punto concreto confunde un poco la autora el objeto de la prestación, es decir, los bienes sobre los que recae la concesión con el objeto propio del contrato, que quizá sean los vínculos jurídicos que surgen entre concedente y concesionario). Luego estudia el precio y las diferentes modalidades de retribución del concesionario, y también estudia los elementos formales, aunque a esta materia dedica poco espacio. Lo que es muy importante es que distingue claramente en materia de precio lo que es la remuneración que recibe el concesionario de las llamadas «comisiones», que reciben ciertos agentes comerciales cualificados o los simples comisionistas.

Un inciso muy importante en este capítulo es el estudio amplísimo que realiza del llamado pacto de exclusiva, que ya fue objeto de estudio por la

autora en los trabajos a que antes he hecho referencia. Estudia el concepto de pacto de exclusiva, su duración, la zona de eficacia de la exclusiva en la concesión mercantil (aquí estudia las intromisiones en las zonas reservadas por las cláusulas de territorialidad simple, de territorialidad reforzada y de territorialidad absoluta); sigue estudiando las modalidades de la exclusiva, los efectos del pacto de exclusiva y la problemática de su violación, tanto desde la vertiente del concedente como desde la vertiente del concesionario y los efectos de la exclusiva frente a los terceros, y es que no hay que olvidar que en materia de terceros en un contrato, si bien es cierto que la estática del Derecho subjetivo exige que nadie pueda ser privado de un derecho sin su consentimiento, la dinámica del Derecho subjetivo y el principio de seguridad de tráfico, sobre todo del mercantil, exige que ningún adquirente pueda ser privado de su adquisición en base de causas que no conoció o no pudo conocer al tiempo de realizar su adquisición. En este punto contempla muy a fondo la escasa jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia.

En el mismo capítulo estudia la duración del contrato de concesión mercantil, materia en la que se introduce después de un estudio muy amplio y genérico de los llamados contratos de duración o de tracto sucesivo, con toda su amplia problemática y las diferentes limitaciones que tiene la duración, impuestas tanto en interés general como en interés de las partes contratantes, es decir, de ambas partes contratantes, o las limitaciones de la duración en favor de una sola de las partes contratantes y el caso de la determinación tácita de tiempo de duración del contrato, coincidiendo con el profesor Díez-PICAZO en la idea de que los contratos que limitan la libertad de las partes de un modo perpetuo son contrarios al orden público español. Después de esta introducción, mediante el estudio de los contratos de duración en general, estudia la duración del contrato de concesión mercantil, en sus supuestos diversos de duración indeterminada, como en los contratos de concesión mercantil con un plazo de duración determinada y el llamado derecho de renovación del contrato.

Este capítulo es una parte crucial del libro.

El capítulo séptimo está destinado al interesante problema del derecho de denuncia del contrato de concesión mercantil. La facultad de denunciar un contrato es bastante connatural en los contratos de duración sucesiva, pero esta denuncia puede haber sido prevista y pactada y puede que no se haya estipulado, considerando en todo caso que puede incurriarse fácilmente en graves daños para el concesionario que ha realizado fuertes inversiones para explotar las facultades que le concede el contrato de concesión mercantil, y que su frustración puede suponer un caso de la aplicación de la doctrina del abuso del Derecho en el caso de que el concedente no obre con la más estricta delicadeza, ejercitando la facultad de denuncia de buena fe en tiempo oportuno y con un prudente plazo de preaviso, que ponga al concesionario a cubierto de los daños del ejercicio de la facultad de denuncia.

En este mismo capítulo estudia la posibilidad de reaccionar el concesionario contra el ejercicio inadecuado o abusivo de la facultad de denuncia y la posibilidad de exigir por parte del concesionario una ponderada, proporcionada y adecuada exigencia de reparación por vía de una indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, materia muy difícil de precisar y en la que es necesario conceder un amplio margen de confianza al arbitrio judicial.

El capítulo octavo está destinado al estudio de la cláusula de imposición del precio de reventa, cláusula que puede tender tanto a evitar una deterioración del precio, por una excesiva competencia, como a impedir un alza desmesurada del mismo, como consecuencia de la obtención de una posición predominante en el mercado; este último aspecto puede dar lugar a prácticas restrictivas de la competencia y atentar a los principios

del orden público económico. La profesora PUENTE estudia los efectos y las infracciones de dicha cláusula de precio impuesto, y también en este mismo capítulo estudia otros pactos que pueden acompañar al contrato de concesión mercantil, como son los pactos de cuotas; las cláusulas que imponen al concesionario la asunción de las garantías ofrecidas al cliente por las cosas vendidas, cláusulas que se refieren a la obligación de constituir un depósito de mercancías; pactos que hacen referencia a la organización técnica y administrativa de la empresa, los cuales, a su vez, tienen entre sí posibles modalidades; otras cláusulas que se refieren al control económico, contable y financiero de la empresa, con sus matices y variantes; pactos estableciendo la sanción para el concesionario que infringe las obligaciones establecidas, es decir, cláusulas de rescisión del contrato y pacto de reserva de dominio, en sus aspectos interno y externo, o sea, frente a los subadquirentes de la cosa vendida, en lo cual nos remitimos a lo que dijimos ya respecto de los terceros al comentar el capítulo séptimo. Concluyendo este capítulo la profesora PUENTE con el estudio de la posible eficacia que pueden tener las llamadas «circulares» que los concedentes envían a los concesionarios, con instrucciones sobre la ejecución del contrato y planteándose el problema de si pueden estas circulares llegar a constituir o no una modificación unilateral del contrato.

El capítulo noveno, no muy importante, se refiere a las modalidades de concesión mercantil, sobre todo en sus modalidades referidas al mercado nacional o al mercado exterior.

El capítulo diez estudia los efectos del contrato de concesión mercantil a la terminación del mismo o a la ruptura del vínculo contractual. Estudia las causas comunes de extinción del contrato que tiene el contrato de concesión mercantil respecto de los otros contratos en general, y dos causas típicas de este contrato, que son su denuncia y la no renovación por parte del concedente. Este capítulo es muy interesante, porque se plantea el delicado problema de la propiedad de la clientela, tema muy debatido, en general, por la doctrina mercantilista.

El capítulo once estudia adecuada y mesuradamente la transmisión de la concesión mercantil, y el capítulo doce tiene una gran importancia porque se plantea el problema de la concesión mercantil y sus posibles roces con el principio liberal de la libre concurrencia y los regímenes de protección de la misma, tanto en el Tratado constitutivo del Mercado Común como en la Ley española sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia. Y es que, en el fondo, la concesión mercantil es una práctica restrictiva de la competencia, pero parece ser que es una práctica restrictiva de la competencia que redunde en interés general y, por consiguiente, no es ilícita ni desde el punto de vista de nuestra Ley de Prohibición de Prácticas Restrictivas de la Competencia ni del Tratado de Roma.

El capítulo trece aborda el problema de qué representa la concesión mercantil como técnica de integración de empresas, tema también muy importante y que asoma a la organización soterrada de las grandes empresas multinacionales.

Termina el libro con unos formularios que cualquier jurista práctico que se enfrente con la redacción de un contrato de concesión mercantil considerará de suma utilidad.

Concluyendo estas líneas podemos decir que en un momento de crisis de la bibliografía jurídica española, en que se escribe mucho por puro alarde de publicar o por la necesidad de sostener una tesis de doctorado, el libro de la profesora PUENTE es un libro auténtico, realista, sistemático, práctico, útil, que demuestra la profunda preparación de su autora y que en ningún caso puede considerarse un «divertimento» o el producto de un diletantismo aficionado.

VICENTE ESPERT
Doctor en Derecho. Notario