

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVII ° Julio-Agosto 1991 ° Núm. 605

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

Depósito legal: M 968-1958

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
ESTUDIOS:	
«Las Sociedades Anónimas Deportivas», por M ^a CONSUELO RIBERA PONT	1761
«Los programas de ordenador y la Ley de Propiedad Intelectual (Artículos 95 a 100 LPI)», por ISABEL HERNANDO COLLAZOS	1793
«La atipicidad de los valores mobiliarios. Valores mobiliarios híbridos», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	1843
«Las obligaciones indivisibles en la codificación española», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	1883
DICTAMENES Y NOTAS:	
«El tópico de las notas marginales de oficina, sucedáneas y de modificación jurídica», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1901
ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades. por LA REDACCIÓN	1913
JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1927
II. Resoluciones de la Dirección General, por FERNANDO ACEDO-RICO HENNING, PABLO VIDAL FRANCÉS y FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA	1935
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
b) Obligaciones y contratos, por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ	1963
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2041
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	2048

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Nuevo régimen de las licencias de urbanismo», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2063
«La sociedad de responsabilidad limitada», de JUAN BOLAS ALFONSO y otros, por MANUEL CASERO MEJÍAS	2065
«Centenario del Código Civil», de FRANCISCO RICO PÉREZ y otros, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2071
«La disciplina constitucional de la propiedad privada», de A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2073
«Comentarios a la nueva regulación de la sociedad anónima», de CURTO DE LA MANO, JOSÉ M. ^a y PABLO ISLA ALVAREZ DE TEJERA, por FRAN- CISCO CORRAL DUEÑAS	2076
«El régimen jurídico de la Auditoría de cuentas», de PABLO LUIS NÚÑEZ LOZANO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2077
«El Derecho Comunitario sobre estructuras agrarias y su desarrollo nor- mativo en el Derecho español», de JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2079
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	2083

ESTUDIOS

Las sociedades anónimas deportivas

SUMARIO: I. NATURALEZA JURIDICA: 1. ¿LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS SON ASOCIACIONES EN FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA O SOCIEDADES ANÓNIMAS CON ESPECIALIDADES POR RAZÓN DE SU OBJETO? 2. ¿PUEDEN LAS ASOCIACIONES DEPORTIVAS ADOPTAR OTRAS FORMAS SOCIETARIAS DIVERSAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS? 3. ¿CABEN LAS SOCIEDADES DEPORTIVAS SIN FORMA DETERMINADA? ¿CUÁL SERÁ SU NATURALEZA JURÍDICA? 4. ¿ES APLICABLE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD A TODAS LAS SOCIEDADES DEPORTIVAS O SÓLO A LAS QUE REVISTEN FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA?—II. REQUISITOS DE CONSTITUCION.—III. ORGANIZACION. IV. EXTINCION.

I. NATURALEZA JURIDICA

Es ésta una figura de reciente reconocimiento normativo en virtud de las previsiones de los artículos 19 y siguientes de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. Como admite la Exposición de Motivos de la propia Ley 10/1990, se trata al reconocer tal posibilidad de creación de sociedades anónimas deportivas de “establecer un modelo de responsabilidad jurídica y económica para los clubes que desarrollan actividades de carácter profesional”. De este modo se permite para el asociacionismo, y en concreto para una de sus formas de expresión, el asociacionismo deportivo, cobijarse bajo la forma o ropaje jurídico de una particular forma societaria: la de la sociedad anónima. De este modo, y al menos aparentemente:

— *No sólo se quiebra la distinción que hasta la fecha se había mantenido de un modo más o menos claro entre “asociaciones” reguladas por la Ley de 24 de diciembre de 1964, o sea, las de “interés público” del número*

1.º del artículo 35 del Código Civil y “asociaciones de interés particular” del número 2.º del artículo 35, dirigidas a la obtención de una ganancia partible y reguladas con el nombre de sociedades por el Código Civil, el de Comercio o las leyes especiales (1). No sólo se quiebra, como decimos, tal distinción, sino que la sociedad anónima queda reducida a una simple forma o ropaje jurídico que pueden/deben adoptar determinadas asociaciones en función de un criterio de “profesionalidad” que en modo alguno puede predicarse de sus socios, sino de los “deportistas asalariados” en los equipos de los que pueden ser titulares dichas asociaciones deportivas.

Posteriormente nos ocuparemos del requisito de la “profesionalidad” como determinante del tipo sociedad anónima deportiva y del ánimo de lucro como requisito básico de las sociedades civiles y mercantiles.

— Por otro lado, la “limitación de responsabilidad” que se pretende obtener a través de la adopción de la forma de sociedad anónima, y *que en Derecho español aparece como un beneficio otorgado por el ordenamiento jurídico a través de la concesión de la personalidad jurídica, se manifiesta en el caso de las sociedades anónimas deportivas con un carácter de imperativo legal —“adoptarán”— del que, paradójicamente, pueden librarse aquellas asociaciones que hayan tenido una actuación económica regular y regularizada. Así, según la Exposición de Motivos de la Ley: “Se contempla la posibilidad de una excepción en la transformación en sociedades anónimas deportivas para aquellos clubes que estando participando ya en competiciones deportivas profesionales hayan demostrado una buena gestión con el régimen asociativo, manteniendo un patrimonio neto positivo durante los cuatro últimos ejercicios.”*

Quizá para un perfecto entendimiento de la cuestión se hace necesario volver la vista atrás en el tiempo. El origen de la actual admisión de las sociedades anónimas deportivas se encuentra en una serie de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictadas durante el mes de octubre de 1984 y que respondían a otras tantas escrituras de constitución de sociedades anónimas con denominaciones idénticas a las de determinados clubes de fútbol españoles (2). Dichas escrituras fueron calificadas con nota de denegación por los correspondientes Registradores

(1) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 2.º, pág. 192. Con base en Sentencias del Tribunal Supremo (5 julio 1913, 21 noviembre 1958, 15 junio 1961), admite la existencia de determinadas “asociaciones de interés particular”, con personalidad para el caso de determinados entes —como los heredamientos de aguas— que por su falta de interés altruista se hallan excluidos de la Ley de Asociaciones de 1964 y dada la ausencia de ánimo de ganancia escapan a la disciplina de las sociedades.

(2) Dichas Resoluciones, de idéntico tenor, son de fecha 11, 15 (dos RR.), 16, 17 (dos RR.), 18 (tres RR.), 19 (dos RR.) y 20 de octubre de 1984.

Mercantiles por "... ser idéntico el nombre adoptado por las mismas al de entidades deportivas notoriamente conocidas..., lo que puede inducir a error a los terceros en orden a la identidad de la persona jurídica con quien contratar, con infracción de la buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles..."

La Dirección General confirma la nota de calificación de los Registradores admitiendo el único argumento invocado por los mismos de identidad de denominación y protección a la buena fe. Con base en los artículos 121, 127 y 117 del Reglamento Hipotecario, la cuestión no podía plantearse en otros términos, dada la imposibilidad de ser discutidas en el recurso gubernativo cuestiones no relacionadas directamente con la calificación del Registrador. Sin embargo, en el Considerando quinto el Centro Directivo se permite esta aparente disgresión, en principio desconectada del resto de su argumentación, y que dijo así:

"Que la actividad deportiva, que estuvo en un principio libre de toda intervención por parte de los poderes públicos, dada la enorme trascendencia que ha ido adquiriendo en su desarrollo y crecimiento, no sólo en el plano nacional, sino en el internacional, ha sido objeto de tratamiento en una legislación especial contenida principalmente en la Ley General de la Cultura Física y Deportes de 31 de marzo de 1980 y en el Real Decreto de 16 de enero de 1981, legislación especial a la que han de someterse las entidades dedicadas a esta actividad y que exige (arts. 11-14 de la Ley antes citada) que los clubes deportivos se constituyan bajo la forma de asociaciones privadas..."

Los autores que comentaron las citadas Resoluciones del Centro Directivo, como ALBERTO SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna (3), entendieron que el fundamental obstáculo que se oponía a la constitución de sociedades anónimas para los clubes deportivos radicaba en que el objeto social de las sociedades anónimas debía ser lucrativo, lo que se oponía a la admisión de un concepto amplio de sociedad comprensivo de todas las asociaciones de interés privado aun cuando se propusieran objetivos ajenos a la idea de lucro.

Los citados autores no invocaban el precepto que, a nuestro juicio, constituía, a la fecha de las citadas Resoluciones, el argumento básico que

(3) A. SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna: *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, junio 1985. "... A diferencia de las asociaciones, las sociedades deben tener necesariamente un fin lucrativo. . Todas la sociedades, y precisamente por eso también la sociedad anónima, de la que el desaparecido maestro GARRIGUES llegó a decir que es un 'capital con categoría de persona jurídica'. Eso sí, el fin lucrativo debe entenderse con una cierta laxitud y amplitud de criterio y no con la visión estrecha de que su actividad se dirija estricta y únicamente a obtener un beneficio *in pecunia numerata*, destinado precisamente y tan sólo a ser repartido entre los socios..."

se oponía a la admisión de las ahora reconocidas sociedades anónimas deportivas. Nos estamos refiriendo al apartado 2.º del artículo 3 —hoy modificado— de la Ley de Sociedades Anónimas, que decía: "... la sociedad anónima no podrá tener por objeto la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuidos a otras entidades por la Ley con carácter exclusivo".

De este modo, al existir una legislación específica para las asociaciones deportivas, constituida básicamente por la Ley General de Cultura Física y Deporte de 31 de marzo de 1980, Real Decreto sobre Clubes y Federaciones Deportivas de 16 de enero de 1981, Real Decreto sobre Agrupaciones Deportivas de 18 de junio de 1982 y Orden de 7 de julio de 1981 sobre inscripción en el Registro de Asociaciones y que las sometía al régimen general de la Ley de Asociaciones de 1964, resultaba imposible que las mismas revistieran la forma y requisitos de las sociedades anónimas.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, suprime este segundo párrafo del artículo 3 de la Ley de Sociedades Anónimas, dejando pleno de contenido su párrafo primero: "La sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil..." Y congruentemente con esta posibilidad de constitución de sociedad anónima cualquiera que sea su objeto, la Ley 10/1990 permite la constitución de sociedades anónimas deportivas.

* * *

En el estado actual de la cuestión, podemos plantearnos las siguientes cuestiones en torno a la naturaleza jurídica de las Sociedades Anónimas Deportivas:

1. Las sociedades deportivas reguladas por la Ley 10/1990, ¿son verdaderas asociaciones *strictu sensu* con forma de sociedad anónima o auténticas sociedades anónimas con determinadas especialidades por razón de su objeto?
2. ¿Pueden las asociaciones deportivas adoptar otras formas societarias diversas de las sociedades anónimas?
3. ¿Caben las sociedades deportivas sin forma determinada? ¿Cuál será su naturaleza jurídica?
4. ¿Es aplicable la limitación de responsabilidad a todas las sociedades deportivas o sólo a las que revistan forma de sociedad anónima?

1. ¿LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS SON ASOCIACIONES EN FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA O SOCIEDADES ANÓNIMAS CON ESPECIALIDADES POR RAZÓN DE SU OBJETO?

Al principio de esta exposición veíamos cómo la Ley 10/1990 parece considerar las sociedades anónimas deportivas como un simple ropaje formal que por razones de responsabilidades jurídica y económica pueden adoptar determinadas asociaciones deportivas.

Ello suponía, como también veíamos, una quiebra entre la tradicional distinción entre “asociaciones” del número 1.º del artículo 35 del Código Civil de “interés público” y “asociaciones” de interés particular —sociedades civiles o mercantiles— del número 2.º del citado artículo. Dejando reducida la forma societaria a una simple forma de expresión de determinadas asociaciones.

Tal conclusión obedece a la tesis, tradicionalmente admitida por la doctrina, de que el “interés particular” a que se refiere el número 2.º del citado artículo 35 del Código Civil sólo puede consistir en una finalidad u objeto de índole económica, el “ánimo de partir entre sí las ganancias” a que se refiere el artículo 1.665 del Código Civil. En este sentido, LACRUZ, GARCÍA AMIGÓ, etc. (4).

Distinción tradicional ésta que ha sido invocada, como hemos visto, por los autores que comentaron las Resoluciones de la Dirección General del año 1984, contrarias a la constitución-inscripción de sociedades anónimas rectoras de clubes deportivos.

Esta misma parece ser la opinión de CÁMARA al respecto. Para este autor, la sociedad se tipifica, según resulta de los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio, por su fin lucrativo, que se opone a la formulación de un concepto genérico de sociedad comprensivo de las asociaciones de interés privado que se proponen objetivos ajenos a la idea de lucro (5).

(4) M. GARCÍA AMIGÓ: *Instituciones de Derecho civil*, I, Parte General, pág. 528. “... Esta persona jurídica-asociación se diferencia de las sociedades —dirigidas a buscar un lucro o ganancia de orden económico— y de los grupos de personas de tipo comunitario —es decir, sin personalidad jurídica propia e independiente: comunidad de bienes, propiedad horizontal, simples asociaciones de hecho, etc...” LACRUZ BERDEJO. *Op. cit.* “... Al menos en teoría, no cabe la asunción de la forma de sociedad civil o mercantil —anónima preferentemente— para finalidades ajenas al lucro. Para éstas existe el molde más restringido de la asociación con finalidad no lucrativa...”

(5) M. de la CÁMARA ALVAREZ: *Estudios de Derecho mercantil*, vol. I. En su opinión, si el Código (art. 35) adoptara un concepto amplio de sociedad al que fuera ajena la finalidad lucrativa, se hallaría en contradicción consigo mismo. “... En el artículo 1.665 del Código Civil, que corrobora en este punto lo que ya decía el artículo 116 del Código de Comercio, resplandece el fin lucrativo como elemento tipificador del contrato de sociedad...”

Frente a estas opiniones, GIRÓN TENA se atrevía a aventurar que *no existían razones suficientes para equiparar el “interés particular” a que se refería literalmente el artículo 35.2.º del Código Civil con la finalidad “lucrativa”. Lo que llevaría a admitir la posibilidad de sociedades de interés particular en cuanto sus actividades no fueran de interés público, aun cuando se propusieran objetivos ajenos a la idea de lucro.*

Esta tesis tenía en contra:

- Las dicciones literales de los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio.
- El espíritu absorbente de la Ley de 1964, según cuyo artículo 1.1 quedaban sometidas a su disciplina todas las asociaciones para cualquier fin lícito y determinado. Excluyendo únicamente las “entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad civil o mercantil” (art. 2). Con la evidente finalidad de someter al control estatal el fenómeno asociativo.
- El artículo 3 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su redacción de 17 de julio de 1951, y particularmente su apartado 2.º, ya visto.

Frente a estos argumentos, que justifican también las Resoluciones del Centro Directivo de 1984, de constante referencia, nos encontramos con tres fenómenos recientes que han pasado en cierto modo inadvertidos:

- La promulgación de la Constitución española de 1978, que en su *artículo 22.1* reconoce el derecho de asociación con carácter general. Postura que corrobora su apartado 3, según el cual la inscripción en los Registros administrativos se producirá a los solos efectos de publicidad. Y su apartado 4, a cuyo tenor las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. *Pronunciamientos constitucionales éstos que muestran una tendencia contraria al control público del fenómeno asociativo* que, evidentemente, constituía una de las razones fundamentales de la vis atractiva hacia el “asociacionismo público” de la Ley de 1964, publicada en un marco constitucional muy distinto. *Y cuya lógica consecuencia debía ser una expansión del fenómeno societario “strictu sensu”.*
- *La eliminación del apartado 2.º del artículo 3 de la Ley de Sociedades Anónimas* en su redacción por Ley 19/1989, de 25 de julio, y según el Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y por virtud del cual *la sociedad anónima puede tener en la actualidad, a voluntad de sus fundadores, cualquier objeto, incluso la “representación de intereses colectivos, profesionales o económicos” siempre y cuando a tenor del*

artículo 35.1.º del Código Civil *no sean de estricto “interés público”*, por cuanto en este caso no cabría imponer limitaciones al ingreso de nuevos asociados —vía limitaciones a la transmisibilidad debe existir un cierto control público, etc.— que son extraños a la regulación societaria.

— *La existencia de leyes especiales que regulan diversas formas societarias cuyo objeto, aun cuando de interés privado o particular de sus socios, no puede equipararse exactamente con una finalidad lucrativa:*

- Las sociedades cooperativas. Según su artículo 1, Ley 3/1987, de 2 de abril: “Las cooperativas son sociedades..., asocian... a personas que tienen intereses o necesidades socioeconómicas comunes...”
- Las Cajas de Ahorro. Decreto de 27 de agosto de 1977.
- Las entidades de financiación reguladas por Orden de 19 de junio de 1979 y Real Decreto de 13 de abril de 1983, que exigen la forma de sociedad anónima.
- Sociedad de valores, agencias de valores y sociedades gestoras de las Bolsas de valores. Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores.
- Las sociedades anónimas laborales. Ley 15/1986, de 25 de abril.

— Y por último, las diversas formas societarias y/o asociativas dentro del marco deportivo. Y en concreto las sociedades anónimas deportivas, objeto de nuestro estudio.

Con esta interpretación, las sociedades anónimas deportivas reguladas por la Ley 10/1990 pueden ser consideradas como verdaderas sociedades de “interés particular”, con diversas especialidades por razón de su objeto, entre cuyas especialidades puede citarse la necesidad de adoptar la forma de sociedad anónima cuando sus equipos hayan de participar en las ligas profesionales.

2. ¿PUEDEN LAS ASOCIACIONES DEPORTIVAS ADOPTAR OTRAS FORMAS SOCIETARIAS DIVERSAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS?

Como venimos exponiendo, las sociedades anónimas deportivas son verdaderas “sociedades” del número 2.º del artículo 35 del Código Civil en cuanto tienen un objeto que, aunque no estrictamente lucrativo, puede estimarse de “interés particular” según dicho artículo.

Según dicha interpretación, no existe ninguna razón para considerar sociedades, posteriormente veremos si civiles o mercantiles, a los restantes clubes deportivos del capítulo II del Título III de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte. En efecto:

- El artículo 13 de dicha Ley considera a todos los clubes deportivos —incluidas las sociedades anónimas deportivas— como “asociaciones privadas”. En claro paralelismo con el término “asociaciones de interés particular” del número 2.º del artículo 35 del Código Civil.
- La semejanza, casi identidad, entre el objeto de los clubes deportivos en general: “... la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por su asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas...” (art. 13). Y el objeto de las sociedades anónimas deportivas: “... la participación en competiciones deportivas de carácter profesional y, en su caso, la promoción y el desarrollo de actividades deportivas, así como otras actividades relacionadas o derivadas de dicha práctica” (art. 19.3).
- La falta de sometimiento de los clubes deportivos a la disciplina legal de la Ley de Asociaciones de la Ley del 64. En efecto, según el artículo 16.3, los clubes deportivos se regirán por sus propias normas internas de funcionamiento y, subsidiariamente, por las disposiciones de desarrollo de la propia Ley.
- La Disposición Transitoria 1.3 de la Ley 10/1989, según la cual: “... la transformación de clubes en sociedades anónimas deportivas... no supondrá cambio de la personalidad jurídica de aquéllos, que se mantendrá bajo la nueva forma social...” De lo que parece deducirse que la característica “anónima” es una simple forma del género societario propio de los clubes deportivos.
- La Disposición Adicional 9.1, apartado 2, a cuyo tenor los clubes deportivos pueden ser titulares de acciones de sociedades anónimas deportivas. En relación con el artículo 22 de la propia Ley 10/1990 —del que resultan las personas físicas o jurídicas que pueden ser socios en Sociedades Anónimas Deportivas— y el artículo 8.a) de la Ley de Sociedades Anónimas, resulta cuanto menos extraño que, sin reconocer el carácter societario de los clubes deportivos, se les permita, en cambio, ser accionistas titulares de otras sociedades anónimas deportivas.
- La Disposición Transitoria 1.4 de la Ley 10/1990, según la cual: “... las sociedades anónimas deportivas que cesen en su actividad de participación en competiciones deportivas oficiales de carácter pro-

fesional y ámbito estatal, podrán mantener su estructura jurídica, siempre que no modifique su objeto social en orden a participar en dichas competiciones”.

No es obstáculo a la consideración societaria de todos los clubes deportivos —incluidos los elementales y básicos— el hecho de su preceptiva inscripción en un llamado “Registro de Asociaciones Deportivas”, a desarrollar reglamentariamente, por cuanto son muchas las sociedades, incluso anónimas, que sin perder su carácter de tales han de inscribirse también en Registros especiales de orden administrativo, en orden a facilitar determinadas formas de control. Así, bancos, sociedades y mutuas de seguros, cooperativas, etc.

No entramos en la cuestión de determinar el carácter asociativo o societario de las restantes entidades previstas en la Ley 10/1990: Federaciones, Ligas, etc. Este vendrá determinado por el mayor predominio del “interés público” (núm. 1.º del art. 35 CC = asociación) o del “interés particular” (núm. 2.º del art. 35 CC = sociedad) que justifique su existencia. Y además y en cierta medida, el mayor control público sobre estas formas de expresión y regulación de la actividad deportiva motivará una lógica sustracción a la esfera de la actividad privada y, por tanto, a la actuación notarial y registral. Por todo ello no constituyen objeto directo del presente estudio.

Admitidos, en consecuencia, el carácter predominantemente societario de todos los clubes deportivos —las conclusiones que de ésta su naturaleza jurídica se pueden extraer en orden a su regulación y funcionamiento las veremos posteriormente—, queda por averiguar si deben ser considerados como sociedades civiles o mercantiles.

Si ha sido muy discutidas por la doctrina la cuestión relativa a la distinción asociación/sociedad, no lo ha sido menos la distinción entre sociedad civil/sociedades mercantiles. La mayoría de los autores que se han ocupado de estos problemas, desde CÁMARA (6) hasta las recientes aportaciones de FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ (7), suelen centrar en el objeto de su actividad la distinción entre ambos tipos de sociedades por constituir la forma “adjetivación del Derecho”, que en modo alguno puede

(6) M. de la CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, págs. 231 y sigs. Según este autor, la distinción entre sociedades civiles y mercantiles ha de centrarse en el objeto de la sociedad. Pero reconoce que el propio Código ha venido a sembrar la confusión por cuanto “... al hablarnos de ‘sociedades civiles por su objeto que revistan forma mercantil’, además de centrar la distinción entre sociedades civiles y mercantiles en el objeto, admitió sociedades mixtas, es decir, con objeto civil y forma mercantil...”

(7) F. J. GARCÍA MÁZ: “La sociedad civil y su conexión registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 599, julio-agosto 1990, págs. 156 y sigs.

determinar la naturaleza de una institución. Si bien reconociendo las dificultades de trasladar a la práctica el criterio de distinción por razón del objeto.

La Exposición de Motivos de la Ley 10/1990 parece tratar de justificar la regulación específica de las sociedades deportivas como “anónimas” basándose en la consideración del espectáculo deportivo como una actividad “progresivamente mercantilizada”. Aparte de que este carácter de espectáculo se da también en las actividades deportivas no incluidas en el artículo 19 de la Ley —competiciones profesionales pero “no oficiales”, o profesionales y oficiales pero de ámbito “no estatal”—, lo cierto es que el espectáculo y la mercantilización del mismo son inherentes a ciertas prácticas deportivas, pero en modo alguno determinantes del tipo del objeto social (*ex art.* 19.3).

Ahora bien, el carácter básicamente civil del objeto, tanto de los clubes deportivos para los que la Ley impone la forma de sociedad anónima deportiva, como de los elementales y básicos, no es obstáculo para que éstos últimos puedan adoptar cualquiera de las formas societarias previstas por el Código de Comercio y las leyes especiales. Así resulta de los artículos 116 del Código de Comercio y de la nueva redacción de los artículos 3 de la Ley de Sociedades Anónimas y 3.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por Ley 19/1989, de 25 de julio, y según venimos exponiendo. Nos encontraríamos, en tal supuesto de clubes deportivos constituidos bajo la forma de sociedades anónimas o limitadas, con las sociedades mixtas, de objeto civil y forma mercantil, a que se refería CÁMARA.

3. ¿CABEN LAS SOCIEDADES DEPORTIVAS SIN FORMA DETERMINADA? ¿CUÁL SERÁ SU NATURALEZA JURÍDICA?

En gran medida, la contestación a esta cuestión viene dada por lo hasta ahora expuesto. Los clubes deportivos para los que la Ley 10/1990 no impone una forma determinada —elementales y básicos— deben ser considerados como sociedades civiles puras, en tanto en cuanto no adopten una de las formas societarias mercantiles —anónimas o limitadas— para las que la Ley predica su carácter mercantil cualquiera que sea su objeto.

Así, resulta además del artículo 16.2 que predica para las sociedades anónimas que no han llenado todos los requisitos formales en orden a su constitución, la aplicación subsidiaria de las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil (8). *Evidentemente estas sociedades*

(8) M. de la CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, págs. 231 y sigs. No puede aplicarse a estas sociedades el término “sociedades atípicas”, por cuanto el Código Civil no exige

han de llenar en todo caso los mínimos formales de los artículos 16 y siguientes de la Ley 10/1990, pero no "ab substantiam", o sea, como elementos indispensables para su válida constitución, sino con la finalidad de poder obtener su acceso a los Registros previstos en la Ley y por consecuencia disfrutar de los beneficios fiscales y de todo tipo que resultan de la misma Ley y de las normas reglamentarias de su desarrollo.

4. ¿ES APLICABLE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD A TODAS LAS SOCIEDADES DEPORTIVAS O SÓLO A LAS QUE REVISTEN FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA?

O de alguna de las otras formas societarias para las que el Código de Comercio o sus Leyes especiales prevean la limitación de responsabilidad de los socios: comanditarias o de responsabilidad limitada. *La respuesta parece que no puede ser sino restrictiva, la limitación de responsabilidad no podrá aplicarse sino cuando el club deportivo haya adoptado alguna forma societaria para la que esté prevista dicha limitación de responsabilidad.*

Así resulta:

- De la Exposición de Motivos de la propia Ley 10/1990 para quien la creación de las sociedades anónimas deportivas obedece a la necesidad de crear un nuevo "modelo de responsabilidad jurídica y económica" para los clubes.
- De su Disposición Adicional 7.4 que habla de la responsabilidad mancomunada de los miembros de las juntas directivas de los clubes por los resultados económicos negativos que se generen durante su gestión.
- De su Disposición Adicional 5.^a y de su artículo 17.1.e) según el cual los estatutos deberán contener un régimen de responsabilidad de los directivos y de los socios, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Esta es también la opinión de la doctrina en tema de responsabilidad de los socios en las sociedades civiles, tipo societario al que, como hemos

para las sociedades que regula una forma determinada. El término "sociedades atípicas" debe aplicarse a aquellas sociedades mercantiles por su objeto que no se ciñan a ninguno de los tipos societarios previstos por el Código de Comercio o las leyes especiales.

visto, reconducíamos los clubes deportivos sin otra forma determinada. Así, podemos citar a DÍEZ PICAZO y CÁMARA (9) y (10).

De ahí precisamente la conveniencia, que venimos predicando, de posibilitar que los clubes deportivos elementales y básicos puedan adoptar, en función de su volumen de actividad y necesidades, determinadas formas societarias a las que la Ley conceda la limitación de responsabilidad.

Y sin perjuicio de que las eventuales limitaciones de responsabilidad de los restantes clubes, previstas en estatutos, dentro de los marcos reglamentarios y con la necesaria publicidad puedan afectar a terceros que no puedan alegar su ignorancia.

La aparente paradoja de que a determinados clubes deportivos que participen en determinadas Ligas profesionales oficiales y estatales se les atribuya la limitación de responsabilidad en función de una precedente mala gestión económica no es tal, por cuanto, por un lado, deriva de la imposición de una forma social predeterminada, y por otro lado, por cuanto ha sido la única solución que el legislador ha encontrado para obligarles a llevar una adecuada y regular contabilidad: la que resulta de la nueva regulación de la sociedad anónima. Pero lo que sí sería paradójico es que a los clubes más modestos y/o de contabilidad y funcionamiento económico correctos no se les permitiera adoptar formas societarias que implicaran limitación de responsabilidad.

De lo hasta ahora expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- Las sociedades anónimas deportivas pueden y deben ser consideradas verdaderas sociedades del número 2.º del artículo 35 del Código Civil, en cuanto su objeto social, si no estrictamente lucrativo, es de “interés particular”, en los términos de dicho artículo y del reformado artículo 3 de la Ley de Sociedades Anónimas.
- El mismo carácter societario, en función del “interés particular”, propio de su objeto social, puede afirmarse de los restantes clubes

(9) L. DÍEZ PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, pág. 405: “... la personalidad jurídica de la sociedad civil no es obstáculo para que los socios respondan por sus deudas... Refuerza esta tesis la consideración siguiente: El Código Civil no ha recogido la disposición correspondiente del Proyecto de 1888 que proclamaba la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales cuando la sociedad tenía personalidad jurídica...”

(10) M. de la CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, pág. 239. “... El artículo 1.698.1 del Código Civil dice que ‘los socios no quedan obligados solidariamente de las deudas sociales’. El precepto sería a todas luces superfluo si los socios no respondieran en absoluto de dichas obligaciones. La limitación de responsabilidad, por otra parte, comporta un privilegio que en modo alguno puede presumirse y su admisión tiene como contrapartida toda una serie de precauciones y garantías —las previstas para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada— que no aparecen en la normativa de la sociedad civil...”

deportivos —elementales y básicos— del artículo 14 de la Ley 10/1990.

- Los clubes deportivos elementales y básicos, aunque sociedades civiles por razón de su objeto, pueden adoptar cualquiera de las formas societarias previstas por el Código de Comercio y las leyes especiales.
- Los requisitos formales de los artículos 16 y siguientes de la Ley 10/1990 no son determinantes de la válida constitución de las sociedades civiles/clubes deportivos, aunque sí son necesarios para obtener los beneficios fiscales y de todo tipo previstos en la propia Ley y en las normas reglamentarias que se dicten para su desarrollo.
- La limitación de responsabilidad de los socios sólo puede predicarse de aquellos clubes deportivos para los que se haya adoptado algunas de las formas societarias que conllevan dicha limitación de responsabilidad. De ahí su conveniencia y la importancia de la actividad notarial y registral en orden a su válida formalización.

II. REQUISITOS DE CONSTITUCION

El artículo 14 de la Ley 10/1990 clasifica los clubes deportivos en función de una serie de circunstancias que posteriormente veremos en:

- a) Clubes deportivos elementales.
- b) Clubes deportivos básicos.
- c) Sociedades anónimas deportivas.

Y para cada uno de estos tipos o modalidades del asociacionismo deportivo impone una serie de requisitos en orden a su válida constitución que, también posteriormente, analizaremos.

A lo largo de esta exposición hemos venido defendiendo que, admitido el “interés particular” del objeto propio de los clubes deportivos, éstos pueden adoptar cualquiera de las formas previstas para las sociedades en el Código Civil, el de Comercio, o las leyes especiales, con sujeción únicamente a los requisitos de válida constitución previstos para cada una de ellas. Y que, por lógica consecuencia, los requisitos de constitución previstos en la Ley 10/1990 lo son sólo con la finalidad de obtener el acceso de los clubes ya constituidos a los Registros previstos en dicha Ley, y para disfrutar de los beneficios fiscales y de todo tipo que resultan de dicha Ley y de las normas reglamentarias que se dicten en su desarrollo.

Pero esta afirmación debe incluso ser matizada. En efecto, según dispone el *artículo 17 de la misma Ley, en sus apartados 1 y 3*:

1. “Todos los clubes, cualquiera que sea su finalidad específica y la

forma jurídica que adopten, deberán inscribirse en el correspondiente registro de asociaciones deportivas". Con lo que incluso *se permite la inscripción en dicho Registro administrativo de clubes que adopten simplemente los mínimos requisitos formales de las sociedades civiles o de clubes constituidos bajo las formas de sociedades anónimas y/o limitadas*, cuya posibilidad y conveniencia venimos postulando.

3. "Para participar en competiciones de carácter oficial, los clubes deberán inscribirse previamente en la Federación respectiva. Esta inscripción deberá hacerse a través de las Federaciones autonómicas cuando éstas estén integradas en la Federación española correspondiente". O sea, que *ni siquiera para participar en competiciones de carácter oficial —siempre que no sean de carácter internacional o de ámbito estatal— se impone el sometimiento a los requisitos formales de la Ley 10/1990*. Esto no puede ser de otro modo si se piensa que por imperativo del artículo 148.19 de la Constitución las competencias en materia de ordenación deportiva se encontrarán normalmente asumidas por cada comunidad autónoma, y la Ley 10/1990, según reconoce su propia Exposición de Motivos, pretende ser absolutamente respetuosa con dicha asunción de competencias en esta materia.

Pero esta afirmación no es obstáculo para que cada Comunidad Autónoma pueda imponer determinados requisitos formales a los clubes para que puedan participar en las competiciones oficiales que se organicen en sus propios ámbitos territoriales. De modo similar a lo que, para las competiciones de ámbito estatal, establece la Ley 10/1990.

Así, según el artículo 15.3: "... para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal o de carácter internacional los clubes deportivos deberán adaptar sus estatutos o reglas de funcionamiento a las condiciones establecidas en los artículos 17 y 18 de la presente Ley. Su inscripción se efectuará, además, en la Federación Española correspondiente".

Y según el artículo 19.1: "... los clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal adoptarán la forma de sociedad anónima deportiva a que se refiere la presente Ley..."

De lo expuesto resulta que la Ley 10/1990 regula las siguientes modalidades de clubes deportivos:

- *Clubes deportivos elementales constituidos con arreglo a los requisitos del artículo 16 de la propia Ley.*—El sometimiento a los requisitos formales de dicho artículo sólo les dará derecho a obtener un llamado "certificado de identidad deportiva", en las condiciones para los fines que reglamentariamente se determinen.
- *Clubes deportivos básicos constituidos por personas físicas con*

los requisitos del artículo 17 de la Ley, o por personas jurídicas, públicas o privadas con los requisitos del artículo 18.—Inscritos en el registro de asociaciones deportivas y en la Federación Española correspondiente, pueden participar en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal o de carácter internacional, siempre que no tengan carácter profesional.

- *Sociedades anónimas deportivas constituidas con los requisitos del artículo 19 y siguientes de la propia Ley.*—Inscritas en el Registro de Asociaciones y en la Federación correspondiente, y con inscripción o solicitud de su inscripción en el Registro Mercantil, pueden participar en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal o internacional y de carácter profesional.

Para la constitución de los clubes deportivos elementales, el artículo 16.2 de la Ley 10/1990 estima suficiente que sus promotores o fundadores suscriban un documento privado en que figure, como mínimo, lo siguiente:

- a) Nombre de los promotores o fundadores y del delegado o responsable, con sus datos de identificación.
- b) Voluntad de constituir el club, finalidad y nombre del mismo.
- c) Un domicilio a efectos de notificaciones y relaciones con terceros.
- d) El expreso sometimiento a las normas deportivas del Estado y, en su caso, a las que rigen la modalidad de la Federación respectiva.

Como es lógico, el objeto o “finalidad” deberá corresponderse con el objeto general de los clubes deportivos (*ex art. 13*) de la propia Ley.

En cuanto a los promotores o fundadores, que habrán de ser siempre personas físicas, será suficiente en principio la capacidad para obligarse (11). Tratándose, por definición y por razón de su objeto, de sociedades civiles particulares no se estima aplicable la prohibición general del artículo 1.677 del Código Civil.

Además, para el supuesto relativamente frecuente de que los socios resulten obligados a realizar prestaciones personales, será necesario el consentimiento de los menores si tienen suficiente juicio, sin que sea suficiente la representación por sus padres, según el artículo 162 *in fine* Código Civil.

En cuanto a la forma, la exigencia de documentación privada nos parece una simple manifestación de la libertad de forma que para las sociedades civiles en general proclama el artículo 1.667 del Código Civil,

(11) L. DIEZ PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, pág. 398: “... Otra limitación hace referencia al menor emancipado”. Teniendo en cuenta que la posible aportación se considera jurisprudencialmente como acto traslativo de dominio si es de bienes inmuebles, habrá que cumplir los requisitos del artículo 317 del Código Civil.

matizada por lo previsto en el artículo 1.669 del propio Código. Frente al rígido formalismo y la exigencia de calificación gubernativa impuesta para las asociaciones por la Ley del 64. Lógicamente, para el supuesto de que se aporten bienes inmuebles, la constitución del club deportivo deberá formalizarse en escritura pública e incorporar el inventario a que se refieren los artículos 1.667 y 1.668 del Código Civil (12).

Para la constitución de un club deportivo básico el artículo 17 de la Ley prevé el otorgamiento de un "acta" ante Notario, al menos por cinco fundadores, recogiendo la voluntad de éstos de constituir un club con exclusivo objeto deportivo. Además, según el apartado 2 del mismo artículo, sus estatutos deberán contener como mínimo las previsiones siguientes:

- a) Denominación, objeto y domicilio del club.
- b) Requisitos y procedimiento de adquisición y pérdida de la condición de socios.
- c) Derechos y deberes de los socios.
- d) Organos de gobierno y de representación y régimen de elección, que deberá ajustarse a los principios democráticos.
- e) Régimen de responsabilidad de los directivos y de los socios, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. En cualquier caso, los directivos responderán frente a los socios, el club o terceros por culpa o negligencia grave.
- f) Régimen disciplinario.
- g) Régimen económico-financiero y patrimonial.
- h) Procedimiento de reforma de sus estatutos.
- i) Régimen de disolución y destino de los bienes, que en todo caso se aplicarán a fines análogos de carácter deportivo.

Estimamos aplicable a este supuesto lo dicho respecto al objeto social y capacidad de los fundadores y socios para los clubes deportivos elementales, con la única salvedad de que para la constitución de un club deportivo básico son necesarios, al menos, cinco socios fundadores.

Los mayores problemas los plantean los requisitos formales de constitución. En efecto, el artículo 17 habla del otorgamiento de un acta fundacional ante notario en la que se recoja la voluntad de los cinco socios

(12) F. J. GARCÍA MÁS: *Op. cit.*, pág. 161. "... Se han dado muchas interpretaciones al citado artículo 1.667 en lo referente a la aportación de inmuebles, así desde aquellas que siguiendo a una reiterada jurisprudencia del Supremo entienden que no se requiere para la validez del contrato de sociedad el otorgamiento de escritura pública o bien que distingue la eficacia *inter partes* de la eficacia frente a terceros, admitiendo la primera, pero no la segunda e, incluso, condicionando la existencia jurídica de la sociedad si falta este requisito, pero sólo en relación a terceros..."

fundadores de constituir un club con exclusivo objeto deportivo. En cambio, no parece el acta notarial el mejor instrumento jurídico, por lo menos el más adecuado, para recoger declaraciones de voluntad en orden a la constitución de formas societarias. En efecto, según el artículo 144 del reglamento notarial: "...la órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada". En cambio, según el mismo artículo, contenido propio de las escrituras públicas son "...las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases..." (13).

Por otro lado, de la dicción del artículo 17.2 no resulta claro si los estatutos del club han de incorporarse al "acta" o pueden contenerse en documento, incluso privado, independiente.

Quizá la solución a ambas cuestiones nos venga dada por lo dispuesto en el artículo 18 de la propia Ley que prevé la forma de constitución de clubes deportivos básicos, con acceso al registro de asociaciones deportivas y posibilidad de participar en competiciones oficiales de ámbito estatal o internacional, para las personas jurídicas, públicas o privadas cuando desarrollen actividades deportivas de carácter accesorio en relación con su objeto principal. Y dispone que deberán otorgar "escritura pública" ante Notario en la que, además de las previsiones generales —lógicamente las vistas del art. 17.2, que creemos también exigibles para este supuesto— se contenga indicación expresa de la voluntad de constituir un club deportivo, y además se incluirá lo siguiente:

a) Estatutos o parte de los mismos que acrediten su naturaleza jurídica o referencia de las normas legales que autoricen su constitución como grupo.

b) Identificación del delegado o responsable del club.

c) Sistema de representación de los deportistas.

d) Régimen de presupuesto diferenciado.

(13) E. GIMÉNEZ ARNAU: *Derecho notarial*, pág. 416. "...Según SANAHUJA, el contenido de todo instrumento público es siempre un hecho jurídico que puede dar lugar a dos supuestos: a) El instrumento enlaza el hecho a la consecuencia jurídica inmediata o directa, porque la voluntad del sujeto se dirige precisamente a provocar dicha consecuencia. b) O bien se limita a aislar el hecho sin tener en cuenta de momento la consecuencia jurídica que del mismo se derive, enlazándolo a una consecuencia que se produce *ex lege* y no *ex voluntate*. En el primer caso se produce una escritura; en el segundo, un acta. En la escritura, el Notario puede dirigir y conformar la relación privada y da fe del consentimiento de las partes. En el acta se limita a dar fe de la existencia del hecho, tal como se realiza; a veces declara la consecuencia jurídica que del mismo se produce, pero no tiene posibilidad ninguna de moldearlo..."

No parece lógico que para idéntica finalidad y consecuencias jurídicas se impongan requisitos formales diferentes. Se resalta aquí la paradoja que ya había destacado ANTONIO VENTURA TRAVESET (14). El hecho de que para la válida constitución de determinadas personas jurídicas —sociedades mercantiles anónimas o limitadas, por ejemplo— se imponga un principio de forma pública notarial, y para otras —sociedades civiles, asociaciones— no se exija tal, le parecía una discriminación, perjudicial para estas últimas que quedaban privadas de la tutela y garantías que resultan de la intervención notarial.

Esto resultaría mucho más paradójico si admitiéramos que para la constitución de la misma persona jurídica —el club deportivo básico— se impusieran requisitos diferentes, en función de que sus fundadores sean personas físicas (art. 17) o sean otras personas jurídicas (art. 18).

Por ello, entendemos que cuando el artículo 17 habla de “acta” otorgada ante Notario que recoja la “voluntad” de constituir un club deportivo lo hace en sentido no técnico, como una reiteración de lo que respecto a requisitos formales de los clubes deportivos/asociaciones establecía el Real Decreto 177/1981, de 16 de enero, que imponía el otorgamiento ante Notario del acta fundacional, que debía incorporar los estatutos y que, previo informe favorable de la Federación o Federaciones competentes y aprobación del Consejo Superior de Deportes, se inscribirá en el registro especial de asociaciones deportivas.

En la actualidad, la forma jurídica adecuada de constitución de todos los clubes deportivos básicos creemos debe ser la “escritura pública”, en la que el Notario califique la capacidad de los otorgantes, conforme la relación jurídica subyacente y de fe de la prestación de consentimiento de los otorgantes. Y ello tanto en los supuestos del artículo 17 como del artículo 18 de la Ley 10/1990. Y que dicha escritura deberá incorporar los estatutos como exige el artículo 18 y por ser ésta también la solución que, tras su reciente reforma, consagra el artículo 8.e) de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por último, señalar que la Disposición Adicional 5.^a admite la posibi-

(14) A. VENTURA-TRAVESET HERNÁNDEZ: “El papel del Notario en la constitución de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1989. “... Este principio de igualdad de las personas jurídicas es un aspecto constitucional no resaltado, pero real e innegable. Todas son merecedoras de la misma protección jurídica. Es más, los poderes públicos tienen la obligación de promover las condiciones que faciliten esa igualdad, libertad y plenitud y garantizar su seguridad jurídica. Para ello es imprescindible dotar su momento constitutivo de plena protección, y esa plena protección sólo la puede otorgar la escritura pública y la función unitaria total notarial... No hay razón legal para discriminar una asociación con fines ideales, que puede tener una importancia y trascendencia social mayor que los fines económicos de una sociedad mercantil, privando a aquélla de una seguridad jurídica constitutiva...”

lidad de reconocer como clubes deportivos básicos con acceso a competencias de ámbito estatal o internacional a los constituidos sin estos requisitos formales, sino con los exigidos por la legislación autonómica correspondiente y en determinadas condiciones. Así dispone: "Las asociaciones deportivas constituidas o inscritas en registros deportivos de acuerdo con la legislación autonómica correspondiente, serán reconocidas como clubes deportivos, a los efectos de lo previsto en el artículo 15.4 de esta Ley, siempre que en sus estatutos prevean la constitución, ajustados a principios democráticos, de órganos de gobierno y representación y un régimen de responsabilidad de los directivos y socios. En el caso de entidades públicas o privadas que desarrollen actividades deportivas de carácter accesorio en relación con su objeto principal, deberán incorporar un presupuesto diferenciado..."

La Ley 10/1990 dedica la regulación más pormenorizada a las sociedades anónimas deportivas, estableciendo además que, en lo no previsto en la misma Ley y en sus normas de desarrollo, quedarán sujetas al régimen general de las sociedades anónimas. El único problema que se plantea en cuanto a las fuentes legales deriva de la Disposición Final 3.^a que declara en vigor las disposiciones reglamentarias de la derogada Ley 13/1980, de 31 de marzo, en tanto en cuanto no se dicten las propias normas de desarrollo de la Ley 10/1990. No creemos, no obstante, que dichas normas reglamentarias temporalmente subsistentes deben aplicarse, mientras se hallen en vigor, con carácter previo a la regulación general de la Ley de Sociedades Anónimas, por cuanto resultarán, en general, incompatibles con los principios de la Ley 10/1990 en tema de sociedades anónimas deportivas y según lo previsto en la Disposición Final 2.^a

El artículo 19.2 de la Ley 10/1990 establece que en la denominación social de estas sociedades se incluirá la abreviatura "SAD". Además, y según su artículo 12.4, "...las denominaciones de sociedad anónima deportiva... se aplicarán, a todos los efectos, a las asociaciones deportivas que se regulan en la presente Ley..." Por lo que parece que en la denominación social, y por aplicación analógica del artículo 2.1 de la Ley de Sociedades Anónimas podrán figurar indistintamente la indicación "sociedad anónima deportiva" o su abreviatura "SAD" (15).

En cuanto a los socios, dispone el artículo 22.1: "Sólo podrán ser accionistas de las sociedades anónimas deportivas las personas físicas de

(15) A. SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna: "En tema de anagramas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 599, julio-agosto 1990. Según este autor, y en aplicación del artículo 363.2 del Reglamento del Registro Mercantil vigente, sólo la indicación de denominación social, y no sus abreviaturas o anagramas, deben figurar en estatutos y en consecuencia inscribirse en la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central.

nacionalidad española, las personas jurídicas públicas, las cajas de ahorro y entidades españolas de naturaleza y finalidad análogas, y las personas jurídicas privadas de nacionalidad española o sociedades en cuyo capital la participación extranjera no sobrepase el veinticinco por ciento y cuyos miembros, en razón de las normas por las que se rigen, estén totalmente identificados”.

No resuelve el artículo 22.1 la cuestión respecto al número mínimo de socios fundadores. Según el artículo 14.1 y salvo lo dispuesto en su número 2, en la Ley de Sociedades Anónimas se requieren al menos tres socios fundadores. En cambio, el artículo 17.1 de la Ley 10/1990 exige para la constitución de clubes deportivos básicos, según hemos visto, al menos cinco fundadores. Y también el artículo 18.1 de la propia Ley no impone número mínimo para la constitución de dichos clubes básicos por entidades públicas o privadas.

No parece, no obstante, que puedan resultar aplicables las normas de los artículos 17 y 18 de la Ley 10/1990 sobre clubes deportivos básicos, por vía de analogía, a las sociedades anónimas deportivas. Ni tampoco que cuando el artículo 19.1 se remita, en primer lugar, en la regulación de las sociedades anónimas deportivas al régimen y particularidades de la propia Ley, haya que entender esta referencia a la totalidad de dicha Ley, sino únicamente a las normas de la misma sobre sociedades anónimas deportivas.

Y por lo tanto, estimamos aplicables en tema de número mínimo de socios fundadores los criterios generales de las Ley de Sociedades Anónimas. Y así:

- No cabrá la fundación unipersonal de una sociedad anónima deportiva por otra sociedad, salvo en los supuestos del artículo 14.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (16).
- Se requerirán, al menos, y sólo, tres/fundadores, personas físicas o jurídicas privadas, para constituir una sociedad anónima deportiva.

Aunque la Ley 10/1990 no lo manifieste de un modo expreso, parece que es aplicable en la constitución de sociedades anónimas deportivas el

(16) J. M. EMBID IRUJO: “Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 599, julio-agosto 1990. Según este autor, ésta es la solución aplicable en el régimen general de las sociedades anónimas del Derecho español que sólo regula el régimen de los grupos de sociedades en su aspecto “material” o puramente contable. Y pese a que el proyecto de Directiva Comunitaria en la materia regula expresamente estos llamados “grupos de sociedad” con sujeción al llamado modelo contractual.

procedimiento de fundación sucesiva, previsto en el artículo 14 y siguientes de la Ley de sociedades anónimas. Así resulta:

- Del artículo 20.2 de la propia Ley, según el cual: “Los fundadores de las sociedades anónimas deportivas no podrán reservarse ventajas o remuneraciones de ningún tipo”. En relación con el artículo 25.1.d) que admite y regula esta posibilidad tan sólo en el caso de fundación sucesiva de sociedades anónimas.
- De su Disposición Transitoria 1.2.f) según la cual: “Para el otorgamiento de la escritura pública los suscriptores de las acciones se entienden representados por ministerio de la Ley, por la Junta directiva del club de que se trate”. Procedimiento éste de suscripción y oferta de acciones regulado en la Disposición Transitoria 1.2, que sólo tiene pleno sentido en un proceso de fundación sucesiva y que no existe motivo ninguno para aplicar no sólo en caso de transformación de clubes deportivos en sociedades anónimas deportivas, sino también en la constitución ordinaria de tales sociedades.

Parece ser propósito de la Ley 10/1990 que exista un gran número de socios de las sociedades anónimas deportivas y que éstos se encuentren plenamente identificados, a fin y efecto de que no puedan, por su tenencia simultánea de acciones en diversas sociedades anónimas, controlar la propia competición deportiva. A esta finalidad, responden:

- El artículo 21.3, según el cual, “las acciones serán nominativas, de la misma clase e igual valor. Reglamentariamente se fijará su valor nominal máximo”. Este valor nominal máximo de las acciones fijado reglamentariamente, junto al hecho de que, según el propio artículo 21.1, también reglamentariamente, se determinará el capital nominal mínimo de las sociedades anónimas deportivas, nunca inferior al mínimo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas, tienden precisamente a posibilitar la tenencia de acciones por un gran número de socios.

Por otro lado, la necesidad de fijación reglamentaria de estos topes mínimos y máximos del capital y el valor nominal de las acciones retrasarán necesariamente hasta su promulgación la posibilidad de constitución de sociedades anónimas deportivas, con sujeción a la Ley 10/1990 del deporte.

- El artículo 22.2, según el cual “ninguna persona física o jurídica podrá poseer acciones en proporción superior al uno por ciento del capital, de forma simultánea, en dos o más sociedades anónimas deportivas que participen en la misma competición”.

Al propio tiempo, del artículo 22.3, a cuyo tenor, “aquellas personas físicas sujetas a una relación de dependencia con una sociedad anónima deportiva, ya sea en virtud de un vínculo laboral, profesional o de cualquier otra índole no podrán poseer acciones de otra sociedad que participe en la misma competición que excedan de la proporción prevista en el apartado anterior”.

Y en el mismo sentido, la Disposición Adicional 9.1, según la cual “aquellos clubes que a la entrada en vigor de la presente Ley cuenten con secciones deportivas profesionales y no profesionales... no podrán ser titulares de más del diez por ciento de las acciones de las sociedades anónimas deportivas que se constituyan en su seno”.

Como hemos dicho, todos estos preceptos tienen como básica finalidad evitar el control de la competición deportiva por grupos de interés que participen en varias sociedades anónimas deportivas integradas en una misma competición. Por ello, de producirse tal tenencia simultánea, se establece una obligación de enajenar acciones en cantidad necesaria para respetar dichos límites. Y mientras ésta se produce, se impone, por vía de sanción, una restricción en el derecho de voto y una privación de derechos políticos (*ex art. 22.4 y 5*).

Curiosamente, y quizá por error, el artículo 22.5 califica estas sanciones de “limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones” al disponer el propio artículo 22, en su apartado 6: “...los estatutos de las sociedades anónimas deportivas no podrán contener ninguna otra limitación a la libre transmisibilidad de las acciones”.

No menos curiosa resulta la afirmación del artículo 21.2, a cuyo tenor “el capital mínimo de las sociedades anónimas habrá de desembolsarse totalmente y mediante aportaciones dinerarias”.

Parece responder esta exigencia de un capital mínimo en dinero efectivo a la necesidad de constituir una reserva dineraria para el funcionamiento de la sociedad anónima deportiva en su fase inicial. Pero:

- por un lado, sólo se refiere al capital mínimo e inicial, no al capital aportado inicialmente por encima del mínimo legal ni al que pueda ser objeto de aportación en un momento posterior por vía de aumento del capital social;
- por otro lado, al no constituir una verdadera reserva sino ser libremente disponible, unido a la posibilidad de una posterior reducción de capital (*ex art. 163.1 LSA*), cabe perfectamente la posibilidad de que por vía de constitución con aportaciones no dinerarias —y/o ampliación de capital con tales aportaciones no dinerarias—, unida a posterior reducción de capital con restitución de las aportaciones en efectivo, pueda burlarse la finalidad del artículo 21.2. Resultaría

cuando menos muy aventurado para un Registrador Mercantil negar la inscripción de tales acuerdos sociales, basado únicamente en un presunto fraude al probable sentido y finalidad del artículo 21.2.

Máxime cuando por la exigencia de llevanza de una adecuada contabilidad social (arts. 171 y sigs. LSA y art. 26 y DA 7.^a-15 de la Ley 10/1990) no parece que en el futuro vayan a producirse con tanta facilidad los problemas de endeudamiento y descapitalización que la Ley 10/1990 se propone evitar.

Como hemos visto, nada se opone a que, en el momento constitutivo, por encima del capital mínimo o en un momento posterior se realicen aportaciones no dinerarias a las sociedades anónimas deportivas, que se regirán por lo dispuesto en los artículos 38-40 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y nada se opone tampoco a la imposición a todos o alguno de los socios de prestaciones accesorias, sean éstas de dar, hacer o no hacer (*ex art. 36.2 de la misma Ley*) (17).

Respecto a las aportaciones no dinerarias, parece resultará aplicable en todo caso el régimen del artículo 38.1 de la Ley de Sociedades Anónimas —necesidad de informe por “uno” o varios expertos independientes— frente al más riguroso del artículo 231 de la misma Ley —informe de “los” expertos independientes—, incluso en el supuesto de que se realice la constitución de la sociedad anónima deportiva por vía de transformación de un club deportivo ya existente y sujeto al régimen de la antigua Ley con arreglo a las Disposiciones Transitorias de la propia Ley 10/1990 (18).

Por último, el artículo 20.1 de la Ley del Deporte establece: “Las sociedades anónimas deportivas deberán inscribirse, conforme a lo que

(17) E. LLAGARTA VIDAL: “Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima”. Conferencia, Colegio Notarial de Madrid, octubre 1990. “... Un sector doctrinal afirma que las prestaciones accesorias deberían consistir en actividades personalísimas de los socios... Aunque sería muy útil una exigencia de este tipo, creemos que no hay base legal para ello, pues nuestra legislación no sólo no pone ningún límite, sino que, como veremos, permite en ciertos casos la transmisión de las acciones que lleven aparejada la obligación de realizar la prestación, con lo que el carácter personalísimo de las mismas se difumina. Y en consecuencia preferimos seguir la tesis de los autores que estiman que la prestación accesorias puede consistir en cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, siempre que reúna los requisitos generales de toda obligación: ser posible, lícita y determinada...”

(18) A. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: “La transformación de sociedades anónimas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 590, enero-febrero 1989. Considera este autor la discrepancia entre ambos artículos como un defecto de técnica legislativa y estima en todo caso suficiente el informe de un sólo experto por ser ésta la solución dada a la cuestión en la Directiva 77/855/CEE de 9 de octubre de 1978, origen de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas.

señala el artículo 15 de la presente Ley, en el Registro de Asociaciones Deportivas y en la Federación respectiva. La certificación de inscripción expedida por el Registro de Asociaciones deberá acompañar la solicitud de inscripción de las mismas en el Registro Mercantil”.

De la dicción de este precepto no resulta que la inscripción en el Registro Mercantil deba justificarse previamente para que las sociedades anónimas deportivas puedan participar en competiciones deportivas profesionales de ámbito estatal, según el artículo 19.1 de la propia Ley 10/1990. Ello no obstante, y por ser la inscripción en el Registro Mercantil requisito constitutivo de las sociedades anónimas en general (art. 7.1 LSA), estimamos debe ser también requisito constitutivo de las sociedades anónimas deportivas. En todo caso, y por aplicación del artículo 16 de la misma Ley de Sociedades Anónimas respecto a sociedades irregulares, quizá cabría sustituir la inscripción misma por la simple solicitud de inscripción, al menos durante el término de un año previsto por el mismo artículo 16.

Esta misma solución es la que parece resultar de las Disposiciones Transitorias, y en particular de la Disposición Transitoria 1.^a, apartados 3 y 4, de la propia Ley 10/1990 del deporte.

III. ORGANIZACION

La Ley 10/1990 del deporte contiene escasas normas respecto a la organización de los clubes deportivos elementales y básicos.

Así, respecto a los *clubes deportivos elementales*, dispone el artículo 16.3: “Los clubes deportivos a los que se refiere el presente artículo podrán establecer sus normas internas de funcionamiento de acuerdo con principios democráticos y representativos. En su defecto, se aplicarán subsidiariamente las de desarrollo de la presente Ley”.

Y respecto de los *clubes deportivos básicos*, prevé la *Disposición Adicional 5.^a*: “Las asociaciones deportivas constituidas o inscritas en registros deportivos de acuerdo con la legislación autonómica correspondiente serán reconocidas como clubes deportivos, a los efectos de lo previsto en el artículo 15.4 de esta Ley, siempre que en sus Estatutos prevean la constitución, ajustados a principios democráticos, de órganos de gobierno y representación y un régimen de responsabilidad de los directivos y socios...” No existe, obviamente, razón alguna para no imponer estas exigencias de “democracia interna” y “representación” a los clubes deportivos básicos sujetos a la legislación estatal común.

Deja, pues, la Ley 10/1990 a las partes la libertad de formalizar las normas de organización y funcionamiento de los clubes deportivos del

modo que tengan por conveniente y, además, como hemos expuesto, bajo las formas societarias que libremente estipulen. La exigencia de sometimiento a principios democráticos y representativos es una simple consecuencia de la aplicación a todas las formas societarias de los principios constitucionales (arts. 9.2, 22, etc.) (19).

Mucho más pormenorizada es la regulación que la Ley 10/1990 dedica a las sociedades anónimas deportivas, disponiendo además que en lo no previsto en la propia Ley y en sus normas de desarrollo quedarán sujetas al régimen general de las sociedades anónimas, teniendo ambas y en la mayor parte de sus preceptos carácter imperativo (20).

Ahora bien, como hemos venido afirmando, el carácter imperativo de las normas de la Ley 10/1990 del deporte sobre sociedades anónimas deportivas lo es a efectos de la aplicación de las consecuencias que de su reconocimiento como tales derivan de la propia Ley —beneficios fiscales, ventajas económicas, posibilidad de participar en competiciones deportivas profesionales y estatales—; pero no impide la constitución de otros cualesquiera clubes deportivos bajo la forma de sociedad anónima, con sujeción tan sólo a los preceptos generales aplicables a todas las sociedades anónimas y sometimiento tan sólo a los principios de organización y funcionamiento de este particular tipo societario.

Teniendo en cuenta estas afirmaciones, de la Ley 10/1990 resultan las siguientes *especialidades de las sociedades anónimas deportivas*:

- Respecto a las *administraciones sociales*, dispone el artículo 24.1: “La sociedad estará administrada por un Consejo de Administración compuesto por un mínimo de siete miembros”. Según el apartado 2.º del mismo artículo, no pueden ser administradores:

(19) J. de PRADA GONZÁLEZ: “Influencia del Derecho público sobre el Derecho de sociedades”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 131, enero-marzo 1986 “... El artículo 22 recoge en toda su amplitud el fenómeno asociativo sin distinción alguna que permita una interpretación restrictiva, y es aplicable en su totalidad a todo tipo de asociaciones, sean éstas sin ánimo de lucro, sean sociedades que persigan la obtención y reparto de ganancias. Las más elementales reglas de interpretación obligan a esta conclusión, ya que en la Constitución no hay ningún elemento hermenéutico que permita restringir el término asociación más allá de su significado genérico de unión de personas, cualquiera que sea la finalidad perseguida.”

(20) J. GARRIGUES *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, págs. 414 y sigs. Considera este autor prueba del carácter imperativo de los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 su carácter de aplicación inmediata a todas las sociedades anónimas existentes, con la consiguiente eliminación de derecho estatutario en cuanto implicase contradicción con los nuevos preceptos legales. Imponiendo la necesidad de que las sociedades anónimas existentes adaptasen sus estatutos a la nueva Ley. En el mismo sentido, la Disposición Transitoria 2ª del Texto Refundido 1564/1989 y Disposición Transitoria 1ª de la Ley 10/1990.

- Quienes hayan sido declarados en quiebra o en concurso de acreedores y no hayan sido rehabilitados.
- Los funcionarios al servicio de la Administración cuyas funciones se relacionen con actividades de las sociedades anónimas deportivas.

De modo similar a lo que establece el artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas. Añadiendo, en cambio, los siguientes supuestos de prohibición no previstos por dicho artículo 124:

- Quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos, quienes hayan sido sancionados mediante resolución firme en vía administrativa por alguna de las infracciones muy graves a que se refiere el artículo 76 de la Ley del Deporte. Ni quienes sean o hayan sido durante los dos últimos años administradores en otra sociedad anónima deportiva que participe en la misma competición.

Y por el contrario, no se incluyen en la Ley del Deporte los siguientes supuestos de prohibición del artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no obstante, y por el carácter básicamente imperativo que hemos reconocido en la regulación general de las sociedades anónimas, consideramos también aplicables a las sociedades anónimas deportivas:

- Los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, los que hubieran sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no pueden ejercer el comercio.

Según el artículo 24.3, “antes de tomar posesión los administradores estarán obligados a constituir fianza de la clase y en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones”.

Y según el mismo artículo 24, apartado 6: “Con independencia del régimen general de responsabilidad de los administradores, éstos responderán de los daños que causen a la sociedad, a los accionistas y a terceros por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente”.

Respecto a la *realización de actos dispositivos* por el Consejo de Administración, dispone el artículo 24.4 y 5: “El Consejo de Administración no podrá realizar actos o negocios jurídicos de disposición o gravamen sobre los bienes inmuebles de la sociedad cuando tales actos o negocios supongan más de un diez por ciento de inmovilizado material sin autorización espe-

cífica para cada uno de aquellos de la Junta general de accionistas, tomada por acuerdo de la mayoría del capital social. Queda a salvo la responsabilidad de la sociedad frente a terceros en los términos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas. También necesitarán los administradores autorización de la Junta general para realizar actos que excedan de las previsiones del presupuesto de gastos en materia de plantilla deportiva”.

Puede plantearse la necesidad de aportar a la Junta convocada para aprobar tales acuerdos los informes previstos —para las adquisiciones onerosas dentro de los dos primeros años de constitución de las sociedades anónimas— por el artículo 41.1 de dicha Ley. Y admitida tal necesidad, la de su justificación o no al Notario autorizante del acto de disposición de inmuebles y al Registrador que lo haya de inscribir. Ello no obstante, por tratarse de un precepto el del artículo 41.1 que impone limitaciones a la libre disposición y/o adquisición, no creemos que sea posible su interpretación extensiva por vía de analogía.

No parece tampoco necesaria la notificación de dichos acuerdos a la Liga Profesional, según el artículo 24.9, prevista para los supuestos del artículo 24.8. Ello no obstante, estimamos que sí puede tener la Liga Profesional, en los términos del artículo 117.1, el carácter de “tercero con interés legítimo” en orden a su legitimación activa para la impugnación de tales acuerdos.

El artículo 27.1 de la Ley 10/1990 establece una *reserva especial* para las sociedades anónimas deportivas, al disponer: “Las sociedades anónimas deportivas no podrán repartir dividendos hasta que no esté constituida una única reserva legal, igual, al menos, a la mitad de la media de los gastos realizados en los tres últimos ejercicios. Durante los tres primeros ejercicios dicha mitad se calculará sobre el importe del presupuesto inicial o sobre la media de los gastos realizados en los ejercicios que hubieran completado”. Podemos plantearnos la cuestión de si esta reserva legal sustituye a la prevista por el artículo 214 de la Ley de Sociedades Anónimas o ambas reservas legales deben tener carácter acumulativo. Quizá el término “única” utilizado por el artículo 27.1 y el hecho de que de imponerse ambas reservas se obstaculizaría enormemente el libre funcionamiento de la sociedad deportiva en el orden de disponibilidad económica, se convierten en sólidos argumentos a favor de la primera solución.

Respecto a la *devolución de préstamos realizados por accionistas y administradores a favor de la sociedad*, dispone el artículo 27.2: “Los préstamos de los accionistas y administradores que se realicen a favor de las sociedades anónimas deportivas no podrán ser exigidos si la sociedad no hubiera obtenido beneficios en el último ejercicio anterior a su vencimiento. En tal caso, quedarán renovados hasta el cierre del ejercicio y sólo serán devueltos si se obtuvieron beneficios”.

Por suponer este precepto excepción a la norma general del artículo 1.911 del Código Civil, creemos debe ser interpretado en el sentido de que bastará que la sociedad haya obtenido beneficios —aunque éstos no sean suficientes para cubrir íntegramente las deudas por préstamos a socios y administradores y/o la reserva legal del artículo 271.1 para que dichos accionistas y administradores puedan exigir de la sociedad el pago de sus créditos (*ex art. 25.2 Ley 10/1990*).

La Ley 10/1990 del deporte prevé la *notificación al Consejo Superior de Deportes y a la Liga Profesional correspondiente de determinados acuerdos sociales*. Así:

- El artículo 23 dispone: “Todos los actos o negocios jurídicos de los accionistas de una sociedad anónima deportiva que supongan disposición *inter vivos* de las acciones de ésta deberán ser puestos por la sociedad en conocimiento de la Liga Profesional correspondiente”.
- El artículo 24.8 dispone: “El aumento o disminución del capital, la transformación, la fusión, la escisión o la disolución de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los estatutos sociales habrán de ser comunicados por los administradores a la Liga Profesional correspondiente, así como el nombramiento o separación de los propios administradores”.
- El artículo 24.9 establece las consecuencias de esta notificación: “En el plazo de cuarenta días a partir de la fecha en que se haya recibido la comunicación establecida en el párrafo anterior, la Liga Profesional podrá ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos por motivos y según las normas establecidas en la Ley de Sociedades Anónimas”.

Este precepto modifica los plazos que para la impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas en general resultan de los artículos 116 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas. Pero, a nuestro juicio, y como antes hemos afirmado, ello no excluye que la Liga Profesional, como “tercero que acredite interés legítimo” del artículo 117.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, pueda impugnar los acuerdos nulos o anulables de las sociedades anónimas deportivas, en los plazos, por los motivos y con sujeción al procedimiento general de la propia Ley de Sociedades Anónimas.

Por otro lado, el artículo 26.2 de la Ley 10/1990 dispone: “Las sociedades anónimas deportivas, por acuerdo ordinario de la Junta general, deberán aprobar anualmente su presupuesto. El proyecto de presupuesto

se presentará a la Junta general acompañado de un informe que emitirá la Liga Profesional en el plazo que reglamentariamente se determine”.

Las consecuencias de la infracción de esta obligación de presentación del proyecto de presupuesto a la Liga Profesional o del hecho de que del mismo resulten irregularidades contables o pérdidas no justificadas, pueden ser dobles: por un lado, el sometimiento de la propia sociedad anónima deportiva a una auditoría contable (ex art. 26.4), y por otro, el que dicha sociedad anónima deportiva no pueda o deje de beneficiarse de los convenios de saneamiento y de la asunción de deudas de la Disposición Adicional 13 de la Ley 10/1990. Beneficios éstos no de tan automática concesión a todas las sociedades anónimas deportivas como de la propia dicción de la Disposición Adicional 13 pudiera en principio parecer.

Otra particularidad de las sociedades anónimas deportivas, según el artículo 20.3 de la Ley, consiste en que el ejercicio económico no será anual, sino que se fijará, en todo caso, de conformidad con el calendario establecido por la Liga Profesional correspondiente.

Y por último, el artículo 25.2 impone la obligación de notificar al Consejo Superior de Deportes los actos de enajenación a título oneroso de instalaciones deportivas que sean propiedad de una sociedad anónima deportiva, a fin de conceder un derecho de tanteo y retracto al Ayuntamiento del lugar donde radiquen, y de no ejercitarlo éste, a la Comunidad Autónoma respectiva y, subsidiariamente, al Consejo Superior de Deportes. La Ley no prevé ninguna obligación de negarse los Notarios a autorizar, ni los Registradores de la Propiedad a inscribir, los actos de disposición en que no se acredite haber efectuado tal notificación, por lo que parece que se trata de uno de los supuestos de retracto legal que produce efectos frente a terceros pese a su no inscripción, según el artículo 37.3.º de la Ley Hipotecaria. Consecuente con ello, el apartado 25.6 impone al “adquirente” la obligación de notificar la transmisión, caso de no ejercicio del derecho de tanteo y a fin de facilitar el ejercicio del derecho de retracto.

Del artículo 24.6 resulta la obligatoriedad para las sociedades anónimas deportivas de los acuerdos económicos de las Ligas Profesionales, al establecer: “Con independencia del régimen general de responsabilidad de los administradores, éstos responderán de los daños que causen a la sociedad, a los accionistas y a terceros por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente”.

Para finalizar esta exposición de las particularidades de las sociedades anónimas deportivas en orden a su organización, baste recordar dos preceptos que son una consecuencia del fin no estrictamente lucrativo, aunque sí de interés particular, del objeto propio de estas sociedades que venimos afirmando:

- Artículo 28: “Tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles en el Impuesto sobre Sociedades, además de los establecidos con carácter general en la legislación tributaria, aquellos que las sociedades anónimas deportivas acrediten haber realizado para la promoción y el desarrollo de actividades deportivas no profesionales en clubes deportivos con los que hayan establecido un vínculo contractual oneroso, necesario para la realización del objeto y finalidad de la sociedad”.
- Artículo 29: “1. Las sociedades anónimas deportivas y el resto de los clubes deportivos, al objeto de formar la selección nacional, deberán poner a disposición de la Federación Española que corresponda los miembros de su plantilla deportiva, en las condiciones que se determine.
2. Ninguna sociedad anónima deportiva podrá mantener más de un equipo en la misma categoría de una competición deportiva”.

IV. EXTINCIÓN

Son escasas las normas que la Ley 10/1990 del deporte dedica a la disolución y liquidación de los clubes deportivos que regula. Así, respecto de los *clubes deportivos básicos*, el artículo 17.2.i), a cuyo tenor los estatutos de dichos clubes deberán contener, como mínimo, “régimen de disolución y destino de los bienes, que en todo caso se aplicarán a fines análogos de carácter deportivo”.

Este precepto guarda un evidente paralelismo con lo que, respecto a las corporaciones, asociaciones y fundaciones en general dispone el artículo 39 *in fine* del Código Civil: “... si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés...”

La mayoría de los autores (21) estiman aplicable esta previsión del artículo 39 del Código Civil a las asociaciones *strictu sensu*, o sea, las de “interés público” del número 1.º del artículo 35 del Código Civil y a las sociedades civiles o mercantiles sólo en los casos en que haya “fines análogos” que cumplir. Quizá por ello el artículo 17.2.i) aclara precisamente cuáles sean esos fines análogos, en todo caso, de carácter deportivo.

Nada prevé la Ley 10/1990 respecto de los clubes deportivos elementales, si bien entre las normas “internas de funcionamiento” a que se refiere el artículo 16.3 de la propia Ley podrán —y aun deberán—, aunque

(21) J. L. LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 222, vol. 2.º. Con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1956

no se imponga con carácter imperativo como respecto de los clubes básicos en el visto artículo 17.2.i) contenerse previsiones respecto a disolución y liquidación.

Y, obviamente, estas normas sobre disolución y liquidación podrán modificar las causas generales de disolución de las sociedades civiles, que por lo menos en sus números 3.º y 4.º tienen para la mayoría de los autores (22) simple carácter dispositivo y no operan *ipso iure*, sino como causa que permite a los demás socios reclamar la disolución.

Respecto de las *sociedades anónimas deportivas*, la Disposición Transitoria 1.ª 4, a cuyo tenor: "Las sociedades anónimas deportivas que cesen en su actividad de participación en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal podrán mantener su estructura jurídica siempre que no modifiquen su objeto social en orden a participar en dichas competiciones".

Este precepto es una simple aplicación a las sociedades anónimas deportivas de lo que, respecto a la imposibilidad temporal de cumplir el fin social, postula la mayoría de la doctrina (23) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*ex art. 260.2 LSA*).

Por último, y por aplicación del artículo 19.1 de la Ley 10/1990, quedarán sujetas las sociedades anónimas deportivas al régimen general de disolución y liquidación de las sociedades anónimas según los artículos 260 y siguientes de su Ley reguladora que, además, tendrán en su mayor parte carácter imperativo.

M.ª CONSUELO RIBERA PONT
Registrador de la Propiedad Notario

(22) L. DÍEZ PICAZO *Op. cit.*, págs. 409 y sigs., vol. II.

(23) M. de la CÁMARA ALVAREZ. *Op. cit.*, vol. II, pág. 522. "La imposibilidad de cumplir el fin social ha de ser manifiesta... Debe tener, además, carácter definitivo. La Sentencia de 14 de febrero de 1945 aclaró que la mera paralización temporal de la empresa que constituye el objeto de la sociedad no puede ser invocada como causa de disolución."

Los programas de ordenador y la Ley de Propiedad Intelectual (Arts. 95-100 LPI)

SUMARIO: 0. INTRODUCCION: 1. EL ORDENADOR ("HARDWARE") 2. LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR ("SOFTWARE").— I. NATURALEZA JURIDICA DE LAS NORMAS PROTECTORAS: 1. APLICABILIDAD DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL 2. COMPATIBILIDAD DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL CON LA LEY DE PATENTES —II. OBJETO DE LA PROTECCION: 1. LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR ORIGINARIOS 2. LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR DERIVADOS Y LAS VERSIONES SUCESIVAS. 3. LA DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y LOS MANUALES DE USO —III. DURACION DE LA PROTECCION DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR. 1. DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR 2. DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS MORALES DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR —IV. LOS DERECHOS MORALES EN MATERIA DE PROGRAMAS DE ORDENADOR: 1. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR. 2. OTROS DERECHOS MORALES.—V. LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN: 1. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DE USO DE LOS PROGRAMAS 2. LA REPRODUCCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LOS PROGRAMAS —VI. DEFENSA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL APLICABLES A LOS PROGRAMAS. 1. CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO 2. CARÁCTER LIMITADO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

0. INTRODUCCION

Es notorio que, en la actualidad, dado el desarrollo adquirido por las creaciones informáticas, resulta impropio insistir sobre su consideración de disciplina de punta, tanto desde la perspectiva técnica como jurídica.

Desde esta última perspectiva se ha venido acuñando el término Derecho informático para designar, por un lado el conjunto de disposiciones, de jurisprudencia y de doctrina que presenta como rasgo común el haber sido creada o modificada a raíz de la emergencia de la tecnología informática.

En principio, no estamos en presencia de un cuerpo de leyes substantivas específicas sino ante un conjunto de disposiciones que, partiendo de las características específicas que rodean al fenómeno informático, es necesario aglutinar de forma coherente ofreciendo un mínimo de predictibilidad.

Sin perjuicio de las características sociales, existen otras de índole tecnológico, entre las que cabe destacar: la programabilidad de las computadoras, su rapidez de conexión, la posibilidad de acceder simultáneamente desde puntos diversos y separados en el espacio, la información en cuanto materia de tratamiento, que influyen directamente en el campo jurídico dotándole de una especificidad.

La nueva Ley de Propiedad Intelectual, al reservar el Título VII a los programas de ordenador, reconoce esta realidad y se suma a las tendencias ya consolidadas en las diferentes leyes nacionales y Convenios Internacionales.

Ahora bien, antes de introducirnos en el estudio pormenorizado de cada uno de los artículos integrantes del mencionado Título, nos ha parecido conveniente realizar una exposición sumaria del objeto técnico de análisis con el fin de familiarizar a los lectores en los términos utilizados usualmente y cuyo conocimiento es requisito necesario para comprender la regulación jurídica de este ámbito (I).

I. EL ORDENADOR ("HARDWARE")

Básicamente, la informática consiste en el estudio de los ordenadores y de sus diferentes usos. El ordenador, también denominado *hardware*, está constituido por las siguientes unidades:

- *La CPU (Central Processor Unit)*. La Unidad Central de Procesamiento responsable de la ejecución de las instrucciones y del control global de las operaciones de un sistema de ordenador. Sus dos componentes básicos son la unidad de control y la unidad lógico aritmética (ALU).

(I) Dadas las grandes simplificaciones realizadas, los lectores con un mínimo de conocimientos de la terminología informática pueden prescindir de la lectura de este capítulo introductorio.

- *La Memoria*. La unidad de memoria utilizada para almacenar instrucciones y datos.

Es preciso distinguir entre la memoria no volátil, ROM (Read-only-Memory), memoria sólo de lectura cuyo contenido, programas o datos, no puede ser modificado y es almacenado definitivamente en el momento de su fabricación por el constructor del material (II).

La memoria volátil, RAM (Random-access-memory) que consiste en una memoria de lectura-escritura de acceso aleatorio.

- Las unidades de entrada y de salida constituidas básicamente por el teclado, la pantalla y la impresora (III).

2. EL PROGRAMA DE ORDENADOR ("SOFTWARE")

El *hardware*, al margen de su complejidad, es inutilizable sin las instrucciones que le hacen funcionar y que son denominadas como *software* o programas de ordenador.

Según las funciones que desempeñan, los programas de ordenador pueden ser clasificados en dos grandes grupos.

- *Los programas del sistema* que realizan las funciones internas del ordenador. Se trata de las órdenes que la máquina se dirige a sí misma para su autorregulación (IV). Esta clase de programas está íntimamente ligada a un tipo de máquinas y, a menudo, conlleva un gran número de instrucciones cuya elaboración ha requerido

(II) Es interesante llamar la atención sobre otros tipos de memoria:

- PROM (Programmable Read-Only-Memory). Memoria que puede programarse una vez empaquetada; una vez programada, su contenido sólo se lee y no puede ser modificado.
- EPROM (Erasable Programmable Read-Only-Memory). En este tipo de memoria, el programa almacenado puede ser borrado por rayos ultravioleta y puede procederse a un nuevo almacenamiento.
- EEROM (Electrically Erasable Read-Only-Memory). También se le denomina EAROM (Electrically Alterable Read-Only-Memory). A esta variedad de *firmware* se le describe globalmente con el nombre de "ROMWARE"

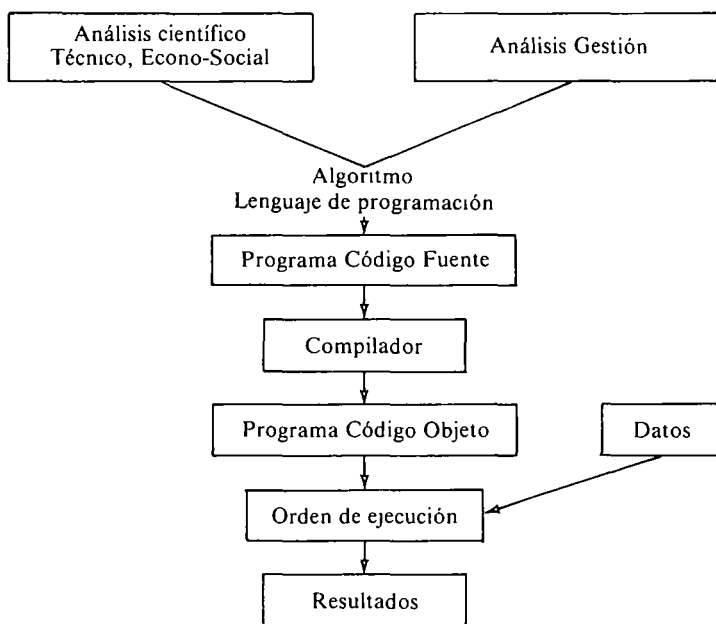
(III) Un ordenador profesional está también formado por sistemas de almacenamiento que pueden ser de disco magnético, como los *diskettes (floppy)*, y los discos duros o de cinta magnética, como las cintas de *cassette*.

(IV) Consisten en un conjunto de rutinas que aseguran la comunicación entre los programas de los usuarios y el material y gestionan el acceso a la memoria y a los periféricos. Comienzan a funcionar desde el encendido del ordenador y pueden estar almacenados permanentemente en la ROM o pueden ser introducidos en la RAM desde el momento del encendido. Entre estos programas del sistema hay que considerar comprendidos: los sistemas operativos, los compiladores o traductores de lenguaje y los ensambladores.

tiempos de desarrollo importantes. En general, son adjuntados por los constructores de los ordenadores.

- El segundo grupo está constituido por los *programas de aplicación*, programas escritos para realizar operaciones particulares: científicas, de gestión o personales (V). Estos programas, a su vez, se subdividen en programas específicos —concebidos para un usuario determinado— y, en programas estándar, creados para un género de explotaciones. Ambos pueden haber sido elaborados por los constructores de los ordenadores, por las sociedades de servicios informáticos o por los mismos usuarios.

Centrándonos en este segundo grupo, los programas de aplicación, podemos comprobar cómo la elaboración de un programa de ordenador usualmente pasa por tres fases (VI):



(V) El informe publicado por la OCDE, "Les logiciels: une nouvelle industrie", en octubre de 1984, en la página 36, subdividía los programas de aplicación en once rúbricas, entre las que cabe destacar: contabilidad, administración, producción, distribución, operaciones bancarias, concepción, simulación, estadística y seguros.

(VI) Vid. E. PEETERS: "Les aspects techniques de la protection des logiciels", en *Informatique et droit en Europe*, Bruxelles 1984, págs. 202-203.

1.^a Una etapa previa a la programación o de documentación antecedente integrada por un análisis funcional de los problemas y sus soluciones.

2.^a Una etapa de programación propiamente dicha. El análisis realizado conduce a la redacción de un algoritmo (VII). Los algoritmos se traducen a continuación a un programa en código fuente con la ayuda de un lenguaje de programación más o menos evolucionado (se le denomina de alto nivel: COBOL, FORTRAN, ALGOL) que permite expresar conceptos cada vez más amplios y abstractos. El código fuente puede ser memorizado sobre un soporte papel o magnético.

A continuación se entra en la fase de ejecución ya que un programa comprensible para el profesional no es, en principio, ejecutable por el ordenador. Se procede a la traducción del código fuente, en su totalidad, a un programa en código-objeto equivalente, expresado en un lenguaje máquina o binario. Esta traducción se efectúa por programas especiales denominados compiladores o ensambladores (VIII). El programa en código-objeto tiene como soporte un soporte magnético, disquete o disco. A continuación se pasa a ejecución.

3.^a La última etapa es la del test que permite eliminar los errores de análisis y de programación (*debugging*).

A diferencia de los programas del sistema, los programas de aplicación y, dentro de ellos, los estándar son altamente vulnerables debido a su elevado valor en el mercado y el bajo coste de su eventual reproducción.

1. NATURALEZA JURIDICA DE LAS NORMAS PROTECTORAS

La elección operada por el legislador español de atraer los programas de ordenador al ámbito de la Propiedad Intelectual viene dictada por consideraciones de oportunidad dada la dimensión económica de los intereses en juego entre los que cabe destacar: la posible preservación de la industria nacional frente a una fuerte concurrencia extranjera, la protección de un producto cuya elaboración requiere un gran esfuerzo de inversión, investigación y posterior difusión y, sobre todo, la evidente necesidad de una armonización internacional de reglamentaciones.

En la práctica jurídica internacional, la evolución de la materia no es

(VII) Algoritmo es el término utilizado para describir un conjunto de procedimientos mediante los cuales obtenemos un resultado determinado. Una misma aplicación puede estar tratada por diferentes algoritmos. La identidad funcional de dos programas no implica necesariamente un carácter único en su descripción formal.

(VIII) Otra forma de hacer ejecutar el programa fuente es el modo interpretado. El intérprete descodifica el programa fuente y efectúa las instrucciones solicitadas aplicándolas a los datos. El intérprete está escrito en lenguaje máquina.

pacífica. Se puede comprobar como, en un principio, los programas de ordenador son objeto de protección a través de diversas fórmulas como el secreto industrial, las cláusulas de confidencialidad en los contratos y la competencia desleal (1), pero pronto se pone de manifiesto su insuficiencia y los medios profesionales interesados solicitan una regulación que les asegure la propiedad y la protección derivada de la misma. Llegados a este punto, surgen ásperas controversias doctrinales entre los partidarios de una protección a través del Derecho de Patentes y los que abogan por una protección por la vía de la Propiedad Intelectual, siendo esta última corriente la que consigue prevalecer.

El legislador español se incorpora, con cierto retraso, a esta problemática suscitada en el foro internacional y recurre para la protección de los programas de ordenador, en 1987, a la técnica del derecho de autor con las peculiaridades que analizamos a continuación.

El artículo 95 de la Ley de Propiedad Intelectual ("el derecho de autor sobre los programas de ordenador se regirá por los preceptos del presente Título y, en lo que no esté específicamente previsto en el mismo, por las disposiciones que resulten aplicables de la presente Ley") soluciona un tema ampliamente debatido por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, el de la NATURALEZA de las normas protectoras de los programas de ordenador.

1. APLICABILIDAD DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

El artículo 95 de la LPI, configurado como un precepto de remisión, encuadra la reglamentación de los programas de ordenador dentro de las soluciones intermedias entre las legislaciones específicas o especiales que obtienen un escaso éxito [es la tercera vía de protección privativa especial para los programas de ordenador, inspirada en el derecho de autor y, preconizada por la (OMPI) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, a través de las disposiciones-tipo de 1978 (Doc. OMPI, LPCS/II/2-Annexe) y del Proyecto de Tratado específico para el *software* (Doc. OMP, LPCS/II/3, 24-II-1983)] (2); y, las legislaciones que acomodan los

(1) A. MILLE: "Protección del *software*", Jornadas sobre Informática y Derecho, Madrid, 3 al 5-XII-1985.

(2) Vid. P. AURBAN: "La protection du logiciel dans le cadre international", *Informatique et droit en Europe*, Université Libre de Bruxelles, 1985, pág. 218. Bulgaria es el único país que ha promulgado una reglamentación específica el 12-VI-1979 y la disposición reglamentaria número 8 aparecida en *BO*, núm. 75, de 1982; *vis.* A. ROGUSKI: "La protection du logiciel dans la législation polonaise et dans les autres pays de l'Est", *Expertises*, núm. 102, 1988, pág. 25; I. ESKENAZI: "La législation bulgare en matière de protection juridique du logiciel", *La Propriété Industrielle*, núm. 11, 1981, pág. 319; C.

programas de ordenador dentro del derecho de autor por la técnica de añadirlos como nuevo objeto de protección.

Estados Unidos es el primer país que da ejemplo en este sentido con la enmienda de 1980 al Copyright Act de 17-X-1976. La Ley 96-517 del 12-12-1980 (Computer Software Copyright Act) asume las recomendaciones elaboradas por la CONTU (National Commission of New Technological Uses of Copyrighted Works), de tal modo que el artículo 117 es objeto de una nueva redacción en la que se clarifica la extensión de las prerrogativas de los usuarios y se procede a una definición, en el artículo 101, de los programas de ordenador (3).

Dentro de este panorama legislativo, el sistema adoptado por el legislador español es semejante al sistema francés. En efecto, en ambos países, se consagra como objeto de protección por el Derecho de autor los programas de ordenador y se dedica un Título de la Ley a su reglamentación.

En Francia, después de una serie de sentencias dictadas por tribunales de instancia y por la "Cour de Cassation" aplicando el derecho de autor a los programas de ordenador (4) y dada la insistencia de los sectores profesionales, se promulga la Ley número 85-660 de 3 de julio de 1985 "relativa a los derechos de autor y a los derechos de los artistas-intérpretes, de los productores de fonogramas y videogramas y de las empresas de

PRINS: "La protection du logiciel en Europe de l'Est", *Droit de l'Informatique*, 1978/3, pág. 150; asimismo, el Anteproyecto brasileño parece orientado hacia la protección especial: Ley 7232/1984 sobre la política nacional de la informática, su artículo 43 expresamente manifiesta que las materias relativas a los programas de ordenador deben ser objeto de una reglamentación especial; *vid.* A. CAMARGO RODRIGUES: "La protection du logiciel au Brésil: l'état actuel", *Droit de l'Informatique*, 1987/3, pág. 190. Sobre esta discusión, en Estados Unidos, Rh. STERN: "La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux Etats-Unis d'Amérique", *La Propriété Industrielle*, 1982, pág. 176; P. GOLDSTEIN: *Congressional copyright and technology symposium*, Fort Lauderdale, febrero 1984, House hearings on copyright and Technological change, 98 Congreso, 1 ses. 23 (1983); para Alemania, A. DIETZ: "Copyright protection for computer programs: Trojan horse or stimulus for the future copyright system", *Conference on the international legal protection of computer software. past practice and future policy*, Stanford Law School, 1986; la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI) se pronunció a favor de una protección específica: resolución del comité ejecutivo de 1-X-1983, *Le Droit d'auteur*, 1984, pág. 30.

(3) *Vid.* M. S. KEPLINGER: "Computer software. Its nature and its protection", *Emory Law Journal*, núm. 2, vol. 30, 1981, pág. 502. También *vid.* Librería del Congreso, 1979, en especial la opinión disidente de J. HERSEY (pág. 27) y las reservas del Ninimer (pág. 26); H. G. HENN: *Copyright Law, A Practitioner's Guide*, PLI, 1988, págs. 341 y sigs.

(4) *Vid.* A. LUCAS: *Le droit de l'Informatique*, PUF, París, 1987, notas 90, 91 y 94; *vid.* TGI. Bobigny, 11-XII-1978, Expertises 1982, núm. 39, pág. 73; *Tri. com.*, París, 18-XI-1980, Expertises 1982, núm. 39, pág. 74; París, 4e ch., 2-XI-1982, GP. 1983-I-117, nota Bonneau; TGI. París, réfères, 14-VI-1983, GP. 1983-I-468, nota Bonneaus; TGI. París, 21-IX-1983, D. 1984-77, nota Le Stanc; *Trib. com. Lyon*, 8-III-1985, JCP (E), 1986-I-15791, obs. Vivant y Lucas; *Cass. ass. plé.* 7-III-1986, D. 1986-405.

comunicación audiovisual" que modifica y complementa la Ley número 57-298 de 11 de marzo de 1957 sobre propiedad literaria y artística (5). Esta ley francesa de 1985 añade los programas de ordenador (*logiciel*) a la lista del artículo 3 de la Ley de 1957 y prevé un régimen de regulación particular en el Título V con la rúbrica "*Des logiciels*".

En España, donde la jurisprudencia en este campo es inexistente, se sigue la pauta trazada por la legislación francesa. El legislador incorpora los programas de ordenador al listado del artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, referido al "Objeto", y reserva el Título VII a la reglamentación "De los programas de ordenador".

Ahora bien, dadas estas semejanzas, es posible trasladar al Derecho español la crítica que, en su momento, se hace al sistema de protección francés. En efecto, en ambos países, el hecho de consagrar dentro del Derecho de autor un título específico a los programas de ordenador, puede inducir a pensar que, en realidad, estamos en presencia de un sistema *sui generis*, de protección específica (6); protección encubierta con el doble fin de gozar de la protección del Convenio de Berna de 1886 y del Convenio de Ginebra de 1952 suscritos por ambos países, y de permitir la armonización con la mayoría de los países que han establecido la protección dentro del derecho del autor (7).

Igualmente, es de subrayar la desafortunada redacción del artículo 95 por la vaguedad que caracteriza su contenido.

Este precepto no indica con exactitud cuáles son las disposiciones que

(5) Loi n.º 57-298, de 11-III-1957, JO. 14-III-1957, Loi n.º 85-660, de 3-VII-1985, JO. 14-III-1985.

(6) En este sentido, M. HEREDERO HIGUERAS "La protección de los programas de ordenador en el proyecto de la Ley de Propiedad Intelectual", *RDCI*, 1987, pág. 1026; como un *ius singulare*, J. DELGADO ECHEVERRÍA. "Comentario al artículo 95", en *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid 1989.

(7) Vid. J. H. SPOOR y G. VANDERBERGHE: "Le droit d'auteur et le logiciel dans les pays de la CEE, les Etats-Unis et le Japon. aperçu synthétique", *Droit de l'Informatique*, 1987/2, 116. El Japón procede a la reforma del derecho de autor, Ley 62 de 14-VI-1985; vid. K. SUGIYAMA y M. KOSSINS JUN: "La solution japonaise de protection des programmes informatiques", *Droit de l'Informatique*, 1986/1, pág. 16. En la República Federal de Alemania la Ley de 24-VI-1985 (Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts, BGBl., I, S. 1137) modificó la Ley de 9-X-1965 sobre el derecho de autor (Urheberrechtsgesetz, BGBl., I, S. 1273). En la Gran Bretaña está protegido por el artículo 2 del Copyright Act de 1956 en virtud de la adopción el 16-VII-1985 del Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985. Para Australia, Canadá y Sudáfrica, vid. K. HODKINSON: *Protecting New Technology and Designs*, London 1987, págs. 132 y sigs.; Ch. J. MILLARD: *Legal protection of computer programs and data*, London 1985. En Italia se ha pronunciado a favor la *Corte di Cassazione*, 6-II-1987, n. 1956, Rev. Dir. Ind., 1987, pág. 304, nota V. FRANCESCHELLI; vid. S. PASTORE: "La protection juridique du logiciel en Italie", *Lamy droit de l'Informatique*, 1988, mise à jour, G., pág. 13.

efectivamente son aplicables a los programas de ordenador (8), limitándose, en este sentido, a efectuar una remisión al régimen general del derecho de autor "que resulte aplicable" con las excepciones derivadas de las especificaciones previstas en los artículos 96 a 100 de la Ley de Propiedad Intelectual. Asimismo, y siguiendo con la imprecisión que le caracteriza, guarda silencio sobre los criterios más adecuados para determinar las disposiciones que, en principio, deben resultar aplicables.

La solución está en manos de los tribunales. Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad utilitaria de los programas de ordenador, nos parece acertada, como señala DELGADO ECHEVERRÍA, la aplicación de disposiciones que estén en armonía con la mencionada finalidad (9) y, se descartan, por lo tanto, todas aquellas que aunque apliquen Principios Generales de Propiedad Intelectual, contravengan la utilidad de los mismos.

2. COMPATIBILIDAD DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL CON LA LEY DE PATENTES

En principio, el artículo 3.2.º de la LPI ("Los derechos de autor son independientes y compatibles con: 2.º Los derechos de la propiedad industrial que puedan existir sobre la obra"), de carácter general, aplicable a los programas de ordenador por remisión del artículo 95, y el artículo 96.3 de la LPI ("los programas de ordenador que forman parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial") de carácter específico, no dejan lugar a dudas sobre la simultánea aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Patentes a los programas de ordenador.

Ahora bien, esta afirmación necesita ser tratada con cierta reserva. En las diferentes legislaciones extranjeras y convenios adoptados por los países industrializados, el principio de exclusión de la patentabilidad de los programas de ordenador está recogida en términos casi idénticos. En todos ellos, la exclusión afecta, con carácter general, a todos aquellos

(8) Es de lamentar el mantenimiento de esta ambigüedad, ya que precisamente, dados los intereses económicos en juego, la preocupación fundamental que da lugar al Título VII consistía en establecer una reglamentación apropiada. Como señala J. DELGADO ECHEVERRÍA, es ilustrativa la comparación con el artículo 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque sobre las disposiciones aplicables al pagaré (*BOE*, núm. 172, de 19-XII-1985, y corrección de errores en *BOE*, núm. 249, de 17-X-1985).

(9) *Vid.* J. L. GAUROY: "Commentaire des dispositions de la loi du 3 juillet 1985 modifiant la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique et relatives à la protection des logiciels", *Droit de l'Informatique*, 1985/7, pág. 39, aplica un criterio económico; *vid.* también J. DELGADO ECHEVERRÍA: *Com. cit.*

programas de ordenador considerados, en cuanto tales, es decir, estimados de forma aislada e independiente.

Las razones que, en principio, motivan la adopción de esta decisión son, no tanto razones de fondo, falta de carácter industrial del programa (10), como razones de índole política (11) y práctica al ponerse de manifiesto las dificultades de las Administraciones para apreciar la novedad en relación a un estado de la técnica en constante y rápida evolución (12).

(10) Prescindimos de los posibles argumentos de fondo que apoyan esta opción y que exceden del presente trabajo. Únicamente apuntaremos que, en principio, un programa de ordenador presenta potencialmente todas las características susceptibles de conducirlo a la patente, en concreto, respecto del programa-objeto que permite un dominio inmediato en el mundo de la materia. En términos parecidos se manifestó el "Office of Technology Assessment (OTA)" del Congreso de los Estados Unidos en su informe "Intellectual property Rights in an Age of Electronics and Information".

Sobre las discusiones, *vid* F. TOUBOL: *Le logiciel*, Feduci, LGDJ, París 1986, págs. 40-77; M. FLAMEE: "La brevetabilité du logiciel", *Droit de l'Informatique*, 1986/1, pág. 10; A. BERTRAND: "La brevetabilité des programmes d'ordinateur au regard des textes, de la jurisprudence et de la pratique en France et à l'étranger", *Expertises*, núm. 55, 1983, pág. 203, A. LUCAS: *Droit de l'Informatique*, cit., págs. 198 y sigs.; J. A. GÓMEZ SEGADE: "La protección jurídica de los programas de los ordenadores electrónicos", *RDM*, núm. 113, 1969, pág. 313; GALÁN CORONA: "En torno a la protección jurídica del soporte lógico", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Argentina), 1983, pág. 3295.

Ahora bien, como señala acertadamente VIVANT (M. VIVANT y Ch. le STANC: *Lamy droit de l'informatique*, París 1988, núm. 1044), el cuestionarse en la actualidad si el programa de ordenador reúne los requisitos de la patentabilidad es plantearse los problemas y discusiones de hace quince años, desconociendo las soluciones adoptadas por el Derecho contemporáneo.

(11) En Francia se argumentaba un monopolio de las patentes por IBM; *vid Travaux du Colloque de Strasbourg 1967 sur la protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques*, Litec 1969; en la sesión 8-XII-1967, J. O., Doc. Ass. nat., pág. 879, el diputado Herzog manifestó que el principal argumento de no patentabilidad era de política económica, ya que consistía en no dejar sumida en la incertidumbre a la industria; *vid* M. VIVANT: *Lamy droit de l'informatique*, cit., núm. 1051, pág. 640.

(12) En este sentido es significativo el *Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)* elaborado a instancias de los Estados Unidos en Washington el 19 de junio de 1970 (en vigor en 1981). Este Tratado, que tiene como función centralizar el procedimiento de concesión de patentes a través de una demanda internacional única sometida a una búsqueda internacional de novedad e instituyendo un examen preliminar internacional centralizado, excluye de los mismos a los programas de ordenador dada la escasez de medios disponibles por la Administración para efectuarlos (reglas 39 y 67 del Reglamento de ejecución del Tratado).

La regla 39 del Reglamento, en relación con el artículo 17 del PCT de *procedimiento en el seno de la Administración encargada de la búsqueda internacional tendrá la obligación de proceder a la búsqueda en relación con una solicitud internacional, cuyo objeto y en la medida en que el objeto sea uno de los siguientes: VI) Programas de ordenadores, en la medida en que la Administración encargada de la búsqueda internacional no está provista de los medios necesarios para proceder a la búsqueda del estado de la técnica en relación con tales programas*".

Una rápida visión del derecho extranjero nos permite constatar que la exclusión de los programas de ordenador pasa por varias fases en las que indudablemente sirve de pauta la regulación y la práctica desarrollada por los Estados Unidos debido, entre otras razones, a su preeminencia en la industria informática.

En materia de patentes, el derecho positivo estadounidense (13) se limita a establecer grandes principios dejando a la "Patent and Trademark Office" (PTO) y a las autoridades judiciales el trabajo de aplicar (14) el artículo 101, que establece que: "cualquiera que invente o descubra un procedimiento, una máquina, un artículo manufacturado o una composición de materias nuevas y útiles, o un perfeccionamiento nuevo y útil de éstos, puede obtener una patente para esta invención o descubrimiento en las condiciones y según las exigencias del presente título".

A partir del análisis del artículo 101 se elabora una jurisprudencia que en un primer momento es favorable a la patentabilidad de los programas de ordenador (15).

Esta tendencia desaparece con el caso *Gottschack v. Benson* (16) en el que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de noviembre de 1972, censura a la CCPA por mostrarse favorable a la patentabilidad de un programa que permite la conversión de una serie de representaciones

La regla 67.1, VI, en relación con el artículo 34 PCT, procedimiento en el seno de la Administración encargada del examen preliminar internacional, reitera esta misma idea: "Ninguna Administración encargada del examen preliminar internacional tendrá la obligación de proceder al examen preliminar internacional cuyo objeto, y en la medida en que dicho objeto sea uno de los siguientes: VI) Programas de computación en la medida en que la Administración encargada de la búsqueda internacional no esté provista de los medios necesarios para proceder a un examen preliminar internacional en relación con tales programas". Las directrices PCT son igualmente severas. Vid. Directriz PCT/INT/6.

(13) Es de carácter federal y se basa en la Ley de 19 de julio de 1952. La finalidad constitucional del derecho de patentes aparece en el artículo 1.8, cl. 8, de la Constitución, que establece: "The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to Authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries".

(14) Las solicitudes en materia de patentes son depositadas en PTO. En caso de rechazo se plantea recurso ante el "Board of Patent Appeals" (BPA). Las sentencias del BPA pueden ser objeto de recurso de apelación ante la "Court of Customs and Patent Appeals" (CCPA). En principio, el Tribunal Supremo es llamado a examinar; a continuación, las sentencias emanadas de la CCPA.

(15) *Bernhardt and Fetter*, 163 UIPA 611 (1964); *Prater and Wei*, 159 USPQ 583 (1968); *Benson and Tabot*, 169 USPQ 584 (1971). Esta jurisprudencia se explica por la práctica del *bundling* de la época; *vid.* D. BENDER "Computer Programs: should they be patentable?", *Columbia L. Rev.*, 68 (1968), 241.

(16) 409 US63 (1972); 93 S. CT. 253, 34 L. Ed. 2d 273 (1972): se rechazó la patente solicitada para una invención que consistía en un nuevo método de programación que permitía la conversión en código binario puro, las cifras en código decimal codificado binario.

numéricas codificadas en un cierto formato, en representaciones con un formato diferente.

En este caso, el Tribunal Supremo considera que no se está en presencia de un procedimiento nuevo, en el sentido del artículo 101 de la Patent Act, sino de un algoritmo. La exclusión queda así justificada. La concesión de la patente a un algoritmo supondría otorgar un monopolio de explotación sobre el mismo, lo que conduciría a retirar del dominio público una ley general de la ciencia.

Esta interpretación restrictiva es ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo en el caso *Parker v. Flook* (17). En esta sentencia se realiza una asimilación entre programas y algoritmos y se rechaza la patente de una invención cuyo efecto técnico no era, sin embargo, susceptible de contestación. El Tribunal Supremo declara a este fin que un procedimiento técnico que use un principio científico o un algoritmo sólo es patentable si el procedimiento y sólo él es nuevo y no obvio.

Esta misma situación se reproduce con ligeras variantes en los países europeos (18).

(17) 437 US584 (1978), 98 S. CT. 2522, 57 L. Ed. 2d 451. se trataba de un método utilizado para averiguar la presencia de condiciones anormales en las transformaciones catalíticas de hidrocarburos. La reivindicación se dirigía a una utilización final limitada.

(18) Francia es un país pionero en la exclusión legal de los programas de ordenador del ámbito de la patente a través de la *Ley 68/1 de 2-1-1968* que permitía realizar su asimilación a "los programas o serie de instrucciones para el desarrollo de las operaciones de una máquina calculadora" (art. 7.2. "Ne constituent pas, en particulier, des inventions industrielles: Les méthodes financières ou comptables, les règles de jeux et tous autres systèmes de caractère abstrait, et notamment les programmes ou séries d'instructions pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice").

Para evitar cualquier problema de interpretación, en 1978 la nueva Ley de Patentes los excluye de forma tajante en su artículo 6.2 (Loi 13-VII-1978: [Loi nº 78-742 modifiant et complétant la Loi nº 68.1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention" (J.O. 14-VII-78). Art. 6.2: "Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment: c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs"]. Se confirma legalmente la postura adoptada por los Tribunales en el caso *Mobil Oil (Paris, 22-V-1973*, Ann. prop. ind. 1973-275; *Cass. com. 28-V-1975*, Ann. prop. ind. 1975-217).

La RFA adoptó la misma solución en la Ley de 6-XII-1980, art. 1.2. "Als Erfindungen im Sinne des Absatzes 1 werden insbesondere nicht angesehen: 3. Pläne, Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten, für Spiele oder für Geschäftliche Tätigkeiten sowie Programme für Datenverarbeitungsanlagen". La jurisprudencia se había mostrado liberal para los programas de ordenador, el Bundespatentgericht aceptó la patentabilidad de un programa en Sentencia de 23-V-1973 (BCD Umwandlung Mitt. 1973-171) *Vid.* G. KOLLE: "The patentability of computer software in Europe and under the international patent treaties", en BRETT and PERRY: *The legal protection of computer software*, E.S. C. Publishing Ltd., Oxford 1981, pág. 51.

En el Reino Unido la jurisprudencia de los años setenta se había mostrado favorable

El legislador español se incorpora a esta corriente que aparece formulada en el artículo 4.2.c) de la Ley 11/1986 de 20 de marzo de Patentes (19), en los siguientes términos: “no se considerarán invenciones en el sentido del apartado anterior en particular los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales así como los programas de ordenador”.

Esta opción se explica por la necesidad de armonizar el Derecho interno de Patentes con el Derecho ya existente en esta materia y, en concreto con el Convenio sobre la concesión de Patentes Europeas de Munich de 5 de octubre de 1973 (en vigor de 1977) (CPE) (20). Este CPE excluye del ámbito de la patente en su artículo 52.2.c) (21) el programa en cuanto tal, en términos similares a los del artículo 4.2.c) de la Ley española.

Ahora bien, es necesario poner de relieve que este principio de exclusión de los programas de ordenador del ámbito de la patente no reviste un carácter absoluto ni en el Convenio de Munich (22), ni en las diferentes

a la patentabilidad; *vid.* BORKING, J. J.: *Third Party protection of software and firmware*, Amsterdam 1985, pág. 110; K. HODKINSON. *Protecting and exploiting new technology and Designs*, London 1987, pág. 130. El legislador expresamente los excluye, Patens Act 1977, Part I, s 1 (2): “It is hereby declared that the following (among other thing) are not inventions for the purposes of this Act, that is to say, anything which consists of- (c) a scheme, rule or method for performing a mental act, playing a game or doing business, or a program for a computer”.

Lo mismo sucede en Suecia, Ley de 1978 de modificación de la Ley núm. 837 de 1967; en Italia, Ley núm. 338, de 22-VI-1979; en Bélgica, Ley 28-III-1984. En los países sin legislación aplicable la solución jurisprudencial es similar. Ahora bien, como contraste es interesante subrayar la Sentencia de 12-X-1985 de la división de apelación del Consejo Holandés de Patentes, que se pronunció por la patentabilidad en tanto que producto nuevo de un ordenador en cuya memoria central se había almacenado un programa nuevo, *Droit de l'Informatique*, 1986/2, pág. 97, nota HANNEMAN.

(19) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 73, de 26 de marzo de 1986

(20) Se establece en el Protocolo núm. 8 del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas de 12-VI-1985: “La obligación de España de modificar su legislación sobre las patentes para hacer compatible con los principios de la libre circulación de mercancías y con el nivel de protección alcanzado dentro de la Comunidad”. España debía adherirse al CPE y al CPC de Luxemburgo. *Vid.* A. BERCOVITZ: *La nueva Ley de Patentes*, Tecnos, Madrid 1986, pág. 23; J. A. GÓMEZ SEGADE. *La Ley de Patentes y modelos de utilidad*, Civitas, Madrid 1988, pág. 34.

(21) Artículo 52.2.c): “No se consideran como invenciones en el sentido del párrafo 1 (las patentes europeas son concedidas para las invenciones que sean nuevas, resulten de una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial) los planes, principios y métodos en el ejercicio de actividades intelectuales, en materia de juego o en el campo de actividades económicas, así como los programas de ordenador”.

(22) *Vid.* artículo 52, párrafo 3, CPE: “Lo previsto en el párrafo 2 no excluye la patentabilidad de los elementos enumerados en dichas disposiciones más que en la medida en que la solicitud de patente europea o la patente europea no se refiera más que a uno de esos elementos considerados como tal”.

legislaciones europeas (23). Se excluye la patentabilidad de los elementos que se enumeran en la medida en que la solicitud de la patente europea o la patente europea se refiera exclusivamente a uno de esos elementos considerados en cuanto tal.

La Ley española de patentes, haciéndose eco de lo establecido a nivel internacional, reconoce, de forma un tanto oscura, en el artículo 4, párrafo 3, la posibilidad de patentar un conjunto en el que está inmerso un programa de ordenador: "Lo dispuesto en el apartado anterior excluye la patentabilidad de las invenciones mencionadas en el mismo solamente en la medida en que en el objeto para el que la patente se solicita comprenda una de ellas".

Esta relatividad en la exclusión es la que permite considerar la existencia de una posible compatibilidad entre la Ley de Patentes y la Ley de Propiedad Intelectual; compatibilidad que, a nuestro parecer, puede resultar engañosa por recaer su aplicación sobre objetos distintos.

En efecto, si bien es cierto que la separación que se debe realizar entre el programa de ordenador "en cuanto tal" no patentable y el procedimiento técnico que implica la puesta en marcha de programas no plantea conceptualmente problemas (24), nos parece sin embargo que, en este segundo supuesto, se puede inducir a error al considerar el programa protegido por la patente.

En este caso, la patente, únicamente, cubre una combinación "que incluye" un programa de ordenador (25). En efecto, un producto técnico

(23) Francia, artículo 6.3 LP: "Les dispositions du paragraphe e n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés auxdites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces, éléments, considéré en tant que tel"; Reino Unido, art. 1, párr. 2, LP: "(...) but the foregoing provision shall prevent anything from being treated as an invention for the purposes of this Act only to the extent that a patent or application for a patent relates to that thing as such"; RFA, art. 1, párr. 3, LP: "Absatz 2 steht der Patentfähigkeit nur insoweit entgegen, als für die genannten Gegenstände oder Tätigkeiten als solche Schutz begehrt wird".

(24) Sobre los problemas planteados por la patente Merrill Lynch concedida en 1982 para un procedimiento de *cash management* y que, de hecho, se trataba de un programa de ordenador, *vid.* A. H. HERMANN, "A controversial U. S. Patent", *Financial Times*, 1-X-1982; *vid.* también en *Computer Law Strategist*, January 1986: "Patent protection for computer software. When is it available?".

(25) Esta interpretación se desprende de la jurisprudencia extranjera. En Francia, *Sentencia Schlumberger, Paris, 4 ch., 15-VI-1981* (G. P. 1982-2-368, nota LE TOURNEAU; PIBD. 1981.III 175 Ann. prop. ind., 1982, 24, nota MATHELY; es de notar que el procedimiento descrito en el caso mencionado no fue considerado patentable por el Tribunal de Apelación de Canadá en la misma fecha que el de París (15-VI-81), 56 CPR 82d; PIBD 1982, 293-III-7; en los Estados Unidos, asunto *Diamond v. Diehr, Tribunal Supremo, 3-III-1981*, 450 U. S. 175, 101 S. Ct. 1048, 67 L. Ed. 2d 155 (1981); S. P. Q., W. A. S., vol. 208, n.º 209. USPQ. 1 (1981). Se manifestó en el mismo sentido en el caso *Bradley*, 209 USPQ 97 (1981). Con posterioridad han sido asumidas por la CCPA; *vid.* J. J. BORKING: *Ob. cit.*, pág. 110; las Directrices adoptadas con posterioridad por el

no puede ser privado de la patentabilidad por el mero hecho de que una o varias de sus etapas estén realizadas por un ordenador y dirigidas por un programa.

Ahora bien, sin perjuicio de la protección establecida por la Ley de Propiedad Intelectual, esta patente no permite el monopolio del programa, de modo que, en principio, su utilización en procedimientos o aplicaciones distintos de los patentados permanecerá libre.

II. OBJETO DE PROTECCION

Si como hemos podido apreciar el artículo 95 de la LPI resuelve el problema de la naturaleza jurídica de las normas protectoras de los programas de ordenador, el artículo 96, con la salvedad del párrafo 3, delimita el bien o bienes sobre los que recae la protección del derecho de autor con las peculiaridades indicadas en el mencionado artículo 95 de la Ley de Propiedad Intelectual.

I. LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR ORIGINARIOS

Los programas de ordenador son uno de los objetos de propiedad intelectual enumerados en el artículo 10.1.i). Ahora bien, el legislador español no se limita a su listado y, a diferencia del silencio guardado en la mayor parte de las leyes europeas (26), procede en el artículo 96, párrafo 1, siguiendo la pauta marcada por el sistema anglosajón y japonés (27), a la definición oficial y legal de lo que se debe entender por programa de ordenador en el Derecho español:

“1. A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a

Patent Office van en este sentido; *vid. BNA Patent, Trademark and Copyright Journal*, n.º 551, 27-X-1981; T. D'AMICO: “Modifications de la protection légale des inventions relatives au logiciel aux Etats Unis”, *CBI INFORMATIONS*, núm. 23, octubre 1982, pág. 18. Es asimismo asumida por las Directrices europeas de la OEB de 1985 y por la decisión de la Comisión Técnica de la IEB de 15-VII-1986 (caso VICOM, T. 208/84); *vid. M. VIVANT, Ch. le STANC y otros: Lamv droit de l'informatique*, cit., núms. 1096-1097.

(26) Ley francesa n.º 85-860, 3-VII-1985, *J.O.*, 4 de julio, págs. 7495-7501; RFA, Ley de 24-VI-1985, *BGBI*, I, S. 1137; ahora bien, no existe gran diferencia con las definiciones elaboradas por los Tribunales.

(27) *Estado Unidos*, Ley 1976, enmienda 1980: “A computer program is a set of statement or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”. *Japón*, Ley núm. 48 de 1970, enmienda de 7 de junio de 1985: “Por programa de ordenador se entiende la expresión de instrucciones combinadas dadas a un ordenador con el fin de hacerle funcionar y de obtener un cierto resultado”.

ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuera su forma de expresión y fijación”.

Los términos utilizados en el precepto recuerdan la definición de la OMPI avanzada en la reunión celebrada en Camberra del 2 al 6 de abril de 1984. En ella se dice que: “(...) se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación”.

La utilidad de la técnica de la definición, en contra de las opiniones desfavorables procedentes de la doctrina extranjera (28), es innegable. En efecto, su adopción sirve para precisar el ámbito objetivo sujeto a protección, al tiempo que permite su diferenciación de productos o actividades conexos (29).

(28) En contra de las definiciones legales: Italia, V. FRANCESCHELLI. “Prime riflessioni sul progetto di legge di iniziativa governativa per la tutela del software e del firmware”, *Dir. inf.* 1987, pág. 917; G. SENA: “Spunti adhesivi e critici sullo schema di legge per la tutela dei programmi”, *Dir. inf.* 1987, pág. 940; Francia, M. VIVANT y LE STANC: *Lamy droit...*, cit., núm. 994; sobre la tesis favorable, J. DELGADO ECHEVARRÍA: *Comentarios al Título VII*, cit.; M. HEREDERO HIGUERAS *La protección de programas*, cit., págs. 1027 y sigs.

(29) Es de señalar que quedan excluidos del Título VII y, por tanto, del artículo 96, aunque se rigen por la Ley de Propiedad Intelectual:

- las *bases de datos*, en cuanto a la protección de su organización y diseño, así como de sus datos almacenados; sobre estos puntos, *vid.* J. C. GINSBURG: *USA: Banques de données et droit d'auteur aux Etats-Unis*, *Computer & Telecoms Law Review*, 1988/1, pág. 76; en Francia, el caso *Société Microfor c. S.A.R.L. Le Monde*, *Cass. Ass. plén.*, 30-X-1987, S.J. 1988.II.20932 es de suma importancia;
- las *creaciones asistidas por ordenador*, entre las que cabe destacar la Concepción Asistida por Ordenador (CAO), la Enseñanza Asistida por Ordenador (EAO), la Fabricación Asistida por Ordenador (FAO); sobre el tema, *vid.* M. VIVANT: “La création générée par ordinateur”, *Cahiers du Droit de l'Informatique*, 1988, pág. 3;
- las *topografías de los productos semiconductores* o chips se definen según los términos empleados por J. MASSAGUER FUENTES y J. M. PÉREZ FRÍAS como “pequeñas piezas de material semiconductor en las que se han “integrado” dispositivos electrónicos como transistores, diodos, resistencias, condensadores, etc., que una vez conectados constituyen un circuito destinado a desempeñar funciones fundamentalmente electrónicas” [“La protección de los productos semiconductores (chips). un nuevo derecho para una nueva tecnología”, *La Ley*, 1987/4, pág. 984]. Por su especial carácter poseen una legislación específica siguiendo la pauta marcada por los Estados Unidos, donde se promulgó la Semiconductor Chip Protection Act de 1984 [Pub. L. n.º 98-620, 98 Stat. 3347 (Nov. 8, 1984)], por la que se añadió el capítulo 9 a la Ley de 1976. Para las definiciones y un análisis de la Ley, *vid.* R. STERN: “Brief analysis of the Semiconductor Chip Protection Act 1984” (1984), *EIPR*, 291; G. E. MOORE y T. M. SUSMAN: “The Semiconductor

Esta utilidad es evidente en el caso español. En efecto, la definición del artículo 96.1, de carácter extensivo permite *a priori* aportar una solución a los diferentes conflictos planteados ante los tribunales extranjeros, así como superar las discusiones suscitadas en la doctrina extranjera sobre el contenido de un programa de ordenador protegido por el derecho de autor.

En este sentido, de la Ley se desprende que, dadas las finalidades perseguidas por los programas de ordenador (realización de una función o de una tarea, u obtención de un resultado determinado), se consideran incluidos en el objeto de protección tanto los programas del sistema como de los de aplicación siendo irrelevante, en este último supuesto, su carácter de programas específicos o de programas estándar.

Asimismo, por la forma de expresión del programa, explicitada en los términos de "toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente, en un sistema informático", la protección abarca tanto el código objeto como el código fuente con independencia del soporte utilizado para su fijación. Esta última aseveración legal sale al paso de las discusiones llevadas a cabo por la doctrina y los tribunales extranjeros sobre la protección de los programas almacenados en una memoria ROM (30).

Chip of Protection Act", 1, *The computer Lawyer*, December 1984, pág. 11; en Japón se promulga la Semiconductor Chip Protection Act, de 31-V-1985; *vid. X.*, "More details on Japan's Software and Microchip Protection Plans", *Japan Economic Institute Report*, núm. 156, 7-XI-1985; en Europa, el Consejo de la CEE aprobó el 16-XII-1986 una Directriz (publicada en el *JO*, núm. 24/36, y en *Droit de l'Informatique*, 1987/1, pág. 49) que obliga a los Estados miembros a votar una Ley sobre el tema antes del 7-XI-1987; sobre el contenido de la Directriz, *vid. J. KEUSTERMANS y I. ARCKENS*: "La protection des produits semi-conducteurs en Europe après la directive de la CEE concernant la protection juridique des topographies", *Droit de l'Informatique*, 1987/2, pág. 117; la RFA, el 1-XI-1987, promulgó la Ley "para la protección de las topografías de los productos semiconductores microeléctricos"; *vid. Th. HOERENS*: "La loi allemande sur la protection des semiconducteurs du 1er novembre 1987", *Cahiers du Droit de l'Informatique*, 1988, K, pág. 9. En España, *vid. Ley 11/1988*, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores y Real Decreto 1465/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1988, de 3 de mayo.

(30) Sobre estos puntos se han pronunciado a favor de la protección de los programas del sistema, en Francia, caso *Apple Computer Inc., c. S.A.R.L. Segimex et autres*, *TGI Paris, 1re ch.*, 21-IX-1983, el peritaje reveló que el 99,7 por 100 de las instrucciones habían sido copiadas, D. 1984, 77, nota Ch. le STANC; JCP 1984.II.20249, nota WAGRET, y, recientemente, *Paris*, 5-III-1987, *Droit de l'Informatique*, 1987/IV, pág. 227, y caso *Apple c. Troyes Microservices (TMS)*, *TGI de Troyes*, 20-IV-1988, *Expertises*, 1988, núm. 106, pág. 205, obs. A. BLOCH; en relación con la problemática planteada por los programas del sistema incorporados en una memoria ROM, se manifestaron en Francia, a favor de la protección por el derecho de autor; *vid. caso Société Apple Computer y*

Ahora bien, la determinación del objeto dentro del ámbito señalado por el artículo 96.1 de la LPI no asegura automáticamente el reconocimiento de su protección por el derecho del autor. Esta sólo afectará a aquellos programas de ordenador que cumplen con el requisito de originalidad exigido con carácter necesario y suficiente (31), por el artículo

*Société Apple Seedrin c. Société MACSI Informatique, TGI Paris, 3e ch., 17-VI-1985, Lamy droit de l'informatique, mise à jour, F, 1986, núm. 187, Paris, 2-III-1986, Droit de l'Informatique, 1986/1, pág. 26, en los Estados Unidos, en el caso Apple Computer Inc., v. Franklin Computer Corp., el Tribunal de Filadelfia rechazó la protección (545F Suppl. 812, 215 USPQ 395), en apelación, sin embargo, fue admitida [714F 1240 (3d Cir. 1983); RIDA, 1984, ag. 183, nota J. M. BAUDEL], pero no llegó al Tribunal Supremo por llegar a un acuerdo las partes. Para los programas de aplicación, la protección se reconoció sin ningún problema; vid., en materia de juegos de video en los Estados Unidos, caso Atari Inc. v. North Am. Philips Consumers Elecs. Corp., 672F 2d 607 (th v Andrews, 783F. 2d 427 (4th Cir 1986), y Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc., 704F. 2d 1009 (7th Cir) En el caso Apple Computer v. Formula International Inc., S. 25-IV-1983, 725F. 2d 521 (9th Cir. 1984), 218 USPQ 47 (District Court Central California), se declaró que todos los programas tenían derecho a la protección por el *copyright* cualquiera que fuera su función y su soporte; de igual modo, en Italia, vid. Pisa (JII), 11-IV-1984, Gien. merito, 1986, I, I, nota MANGINI; programa de gestión para gabinetes de "odontología", Tribunal I. Instancia, de Gênes, 3-V-1985, Riv. Dir. Ind. 1985-II, pág. 362.*

Otros temas controvertidos y de gran importancia en cuanto al objeto son los referentes a la protección del código objeto; en Holanda se manifestó a favor de su protección el Trib. Amsterdam (*ch pénale*), 19-XII-1984. *Computerrecht*, 1984, núm. 4, pág. 31, nota OOSTERBAAN; en Gran Bretaña vid. caso Gates v. Swift [1982], *RPC*, núm. 13339; en Australia el caso *Apple Computer Inc. v. Computer Edge Pty Ltd.* (1984), FSR 246, se estableció que el código fuente y el código objeto pueden ser considerados según las circunstancias como una adaptación de una obra literaria. En lo referente a la protección del código objeto archivado en una memoria ROM, en los Estados Unidos, en el caso *Data Cash System Inc. v. J.S.A. Group Inc.*, 480F Supp. 1063 [N.D. III 1979], 203 USPQ 735 (1979), el Juez Flamm declaró que constituía una parte de la máquina o un útil mecánico, y no un escrito en el sentido de la ley de autor, por lo que no era susceptible de protección. Esta sentencia fue confirmada en apelación sobre bases diferentes; vid. (208 USPQ 197). Con posterioridad, sin embargo, se admitió la protección; vid. caso *Tandy Corp. v. Personal Micro Computer Inc.*, 524F. Supp. 171, 214 USPQ 179 [N.D. Cal 1981]; para los juegos video se admitió la protección de un programa expresado en código-objeto incorporado en una memoria ROM, vid. caso *Williams Electronics Inc. v. Artic International Inc.* [685F. 2d (1982)], 215 USPQ 405; vid. N. E. MUENCHINGER: "La jurisprudence américaine sur la protection des jeux video", *Droit de l'Informatique*, 1986/4, pág. 196, y J. GORDON NOAH: "Copyrightability of object code and rom in Japan, Australia and Germany. Surpassing traditional copyright limits", *Computer Law Journal*, 1986/3, págs. 513 y sigs.; sobre la protección del código fuente de un programa de aplicación específico en Francia, vid. caso *J.J.H. c. Control Data France*, Trib. com. Meaux, 3-XI-1987, *Expertises*, 1988, pág. 122; sobre la asimilación de los módulos de las memorias a programas, vid., en Francia, caso *Gerber Scientific Products c. Isermatic*, Trib. com. Vienne, 12-I-1988, *Expertises*, 1988, núm. 103, pág. 87.

(31) En contra del carácter original de los programas de ordenador se pronunció en Francia, *Paris*, 4-VI-1984, JCP (E), 1985-II-14409, nota M. VIVANT; *Dossiers Brevets*, 1985-III-1, se trataba, según sus términos, de un "assemblage technologique"; en este

10.1 de la LPI, en aplicación de las reglas generales a los programas de ordenador.

Si la apreciación de la originalidad es ya difícil en las obras tradicionalmente protegidas por el derecho de autor, esta dificultad se agrava en el caso de los programas de ordenador. En efecto, aunque la doctrina y la jurisprudencia española no ha tratado el tema con la misma intensidad que en otros países donde los conflictos se hicieron patentes desde hace, como mínimo, una década, la inadecuación de los criterios clásicos denunciada por la doctrina extranjera es transportable a nuestro ordenamiento.

Así, el concepto clásico de originalidad entendido como el *reflejo de la personalidad del autor* se revela inapropiado en este campo tecnológico en el que se agudiza la imposibilidad, por otro lado también presente en otras obras clásicas, de encontrar la marca subjetiva que individualiza al creador (32).

Tratando de aportar una solución y dentro del proceso de elaboración de un concepto más acorde con la naturaleza del objeto, la doctrina extranjera se decanta por un doble criterio.

Así, mientras unos estiman que la originalidad hay que considerarla como *un esfuerzo intelectual individualizado* revelador de la personalidad del autor (33); el esfuerzo es el exigido al programador medio y a más esfuerzo se presupone la existencia de más originalidad. Otros, ante la fragilidad de este razonamiento y apoyados en decisiones de tribunales de instancia, conciben la originalidad como *“una novedad objetiva en el universo de las formas”*; concepto, este último, que integra nociones propias del Derecho de patentes (34).

mismo sentido, *TGI d'Evry*, 11-VII-1985, Gaz. Pal. 10-XI-1985, pág. 11, nota J. R. BONNEAU; *Trib. correct. Nanterre (15e ch)*, 29-VI-1984, Gaz. Pal. 23-I-85, nota J. R. BONNEAU; ahora bien, también en el mismo país los Tribunales indicaron la indiferencia del carácter estético de los programas, así como del destino de los mismos, *Cass. 1re civ. 15-IV-1982*, D. 1983.IR.93 obs. COLOMBET y a propósito de los juegos vídeo, *vid. Cass. 7-III-1986*, casos *Atari Ireland Ltd. y otra c. Valadon y Soc. Williams Electronics Inc. c. Presotto*, D. 1986.405.

(32) En apoyo de la tesis clásica, se suele argumentar que en materia de anuarios y colecciones se ha apreciado la originalidad: *vid. A. LUCAS*: “Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels”, JCP 1982.I.3081; J. L. GOUTAL: “La protection juridique du logiciel”, D.1984, chr. 197; en Francia la tesis clásica fue mantenida por *Paris, 4e ch.*, 2-XI-1982, D. 1982.IR.481; *TGI Paris, référés*, 14-VI-1983, D.1983.IR.308.

(33) *Vid. J. HUET*: “Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur”, D.1985, chr. 261; se admite usualmente en los países del common law; M. B. NIMMER: *Cases and materials on copyright*, 3ed. 1985, pág. 16; sobre las formas de verificar la aportación reveladora de la personalidad de su autor, *vid. F. WALLON*: “L'originalité: point de vue d'un technicien”, *Expertises*, núm. 102, 1988, pág. 46.

(34) *Vid. M. VIVANT y Ch. le STANC*: *Lamy droit de l'informatique*, París 1988, núm. 999, y, sobre todo, el informe de M. JONQUERES, ponente en el caso Babolat c.

Si, en el sector doctrinal, la falta de unanimidad y la constante evolución en la búsqueda de un concepto que se acomode a las necesidades de la técnica es la característica, en el ámbito jurisprudencial la situación, como ya hemos apuntado, es similar. Ahora bien, ante las diferentes y múltiples sentencias emanadas de tribunales extranjeros es posible ya afirmar la existencia de dos generaciones bien significativas de litigios.

Una primera generación, en la que se pretende proteger los programas de ordenador de las copias serviles. En este grupo, se identifica la originalidad con la elección que, en el momento de elaborar el programa, realiza el autor entre las diversas formas de presentación y de expresión (35). Y, otra segunda generación, más conflictiva, en la que se trata de impedir la reproducción de las estructuras o planes de los programas, aún cuando no se realice ninguna copia de las instrucciones.

En este último grupo, el análisis de la originalidad se basa en la apreciación de la independencia existente entre el plan y la finalidad del programa.

Así, siguiendo esta teoría, no se reputa protegido por el derecho de autor el programa cuya forma viene condicionada de forma necesaria por su finalidad. Se razona, en este sentido, que su protección bloquearía la elaboración independiente de otros programas.

Podemos apreciar como, en esta generación, se ha producido un desplazamiento en el tema de los debates. En efecto, las discusiones no se centran ya en la diferencia entre la novedad (objetiva) y la personalidad (subjetiva) sino entre la forma y la función de los programas (36).

Pachot de 7-III-1987, cit.; por referencia a las capacidades de un programador medio y estableciendo un umbral de creatividad, *vid.*, en la RFA, caso *Inkassoprogramm*, de la Corte Suprema Federal (Bundesgerichtshof), de 5-V-1985, *Droit de l'informatique*, 1986/1, pág. 32; L. BETTEN: "Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur en République Fédérale d'Allemagne", *Le Droit d'auteur*, 1986, 311; en Francia, caso *Tabur Quincaillerie c. Paric S., Angers*, 12-V-1987. *Expertises* 1988, núm. 104, pág. 120, nota O. ITENAU.

(35) *Vid.* en Francia, *TGI, réf. 27-X-1986, Expertises*, 1986, pág. 315; *Paris, 4e Ch., 27-I-1987, Expertises*, 1987, pág. 69; *TGI Paris, 3 ch., 27-II-1987, Expertises*, 1987, pág. 195, caso S.A.R.L. MACSI Informatique c. S.A. Apple Computer, Paris (4e ch., sect. B), 5-III-1987, *Droit de l'informatique*, 1987/4, pág. 227, Sentencia núm. 237 P de la *Cour de cass.*, 7-III-1986, *Droit de l'informatique* 1986/2, pág. 80, nota M. BRIAT; caso *Apple c. Troyes Microservices (TMS)*, *TGI Troyes*, 20-IV-1988, *Expertises* 1988, pág. 205, y el caso *Gerber Scientific Products c. Isermatic, Trib. comm. Vienne*, 12-I-1988, *Expertises*, 1988, núm. 103, pág. 87, nota A. BLOCH.

(36) *Vid.* en los Estados Unidos, caso *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory Inc.* (3d Cir. 1986, 230 USPQ 481), *Droit de l'informatique* 1987/1, nota J. C. GINSBURG [cert. denied, núm. 86-675 (Jan. 12, 1987)]; *vid.* H. ADELMAN: "Recent court decisions expand software copyright protection", *Computer Law Strategist*, 1987, January, pág. 1; también, *Hight Court Ontario*, caso *Gemologists International v. Gem. Scan. International*, 4-IV-1986, CPR, 1986, pág. 255; mismo sentido, *Broderbund v. Union World*, núm. C-85-3457 (N.D. Cal. Oct. 8, 1986); sin embargo, *vid.* caso *Plains*

2. LAS VERSIONES SUCESIVAS Y LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR DERIVADOS

Siguiendo los términos expresos del artículo 96 párrafo 4, las versiones sucesivas de los programas y los programas derivados, en tanto que bienes diferentes del programa originario son susceptibles de protección de acuerdo con el régimen establecido en la LPI:

“4. La protección establecida en la presente Ley se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa, así como a los programas derivados”.

Ambos objetos se enmarcan dentro del derecho de transformación, derecho de carácter patrimonial enunciado en el artículo 17, explicitado con carácter general en el artículo 21 y específicamente regulado para los programas de ordenador en el artículo 98 y siguientes donde será objeto de análisis detallado.

Las denominadas versiones sucesivas, también reconocidas como *releases*, son la manifestación propia de un objeto en completa evolución técnica. Derivan de la obligación, que pesa sobre los titulares de los derechos de explotación, de ofrecer a los usuarios de los programas de ordenador nuevas versiones con el fin de evitar la obsolescencia del producto y dentro de la prestación de mantenimiento o de puesta al día del mismo.

Los programas derivados, también mencionados en el artículo 96.4, son programas situados en un estado intermedio entre la reproducción de un programa existente y la creación de uno nuevo. Como señala HEREDERO HIGUERAS son los programas “resultado del desarrollo de funciones contenidas en otros” (37).

Ahora bien, desde un punto de vista práctico, la barrera o la línea divisoria existente entre los programas originarios y los derivados es, en principio, difícil de trazar, al depender la calificación del concepto de originalidad que se haya adoptado.

Cotton Cooperative Assoc. v. Goodpasture Computer Service Inc., 807 F. 2d 1256 (5th Cir. 1987), cert. den., en *Computer Law Strategist*, October 1987. En Francia, *Société Babolat Mailliot Witt (B.M.W.) c. Pachot*, Cass. Ass. plén. 7-III-1986, S.J. 1986.II.20631; en contra se manifestó *Paris, 4e ch. A.*, 27-I-1988, caso S.A.R.L. A à Z *Tourisme et M. Emanvelly c. S.A.R.L. Informatel*, *Juris-Data*, n.º 20131.

(37) HEREDERO HIGUERAS: *RCDI*, 1987, pág. 1029. Aunque no se trata de programas derivados merece poner de relieve el problema planteado por los clónicos de programas estándar caracterizados por el parecido y la referencia a un producto; *vid. X. LINANT DE BELLEFONDS*. “Clones de progiciel, innovation ou concurrence parasitaire”, *Expertises*, núm. 100, 1987, pág. 404. Por ejemplo, Lotus Development Corp. presentó una demanda contra sus competidores Paperback Software International and Mosaic Software, Inc., señalando que sus programas se han apropiado del “look and feel” de Lotus 1-2-3 (District Court in Boston).

DELGADO ECHEVERRÍA señala como ejemplos de programas derivados la reescritura de un programa existente con el fin de hacerlo compatible con otros ordenadores y la traducción de programas escritos en lenguaje de alto nivel en otros lenguajes (38).

Cualquier modificación operada sobre los programas originarios fuera de estos dos supuestos establecidos en el artículo 96.4 de la LPI, quedará excluida, con las puntualizaciones indicadas, de toda protección independiente.

3. LA DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y LOS MANUALES DE USO

Dentro del ámbito de protección que el Título VII dispensa a los programas de ordenador (39) el artículo 96 introduce en su párrafo 2 la documentación técnica (que permite la corrección de errores de un programa, su puesta al día) y los manuales de uso (documentación distinta de un programa de ordenador o de su descripción, creada para facilitar su comprensión o su aplicación):

“2. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador”.

La inclusión de la documentación auxiliar dentro de este precepto puede responder a la necesidad de proteger unos documentos que, por sí

(38) J. DELGADO ECHEVERRÍA: “Comentario al artículo 96.4 LPI”, en *Comentarios a la LPI*, cit.; F. TOUBOL declara que es imposible clasificar *a priori* la refundición de un programa para ponerlo en conformidad con una nueva legislación o su modificación realizada en función de las necesidades específicas de un usuario, *Le Logiciel*, Analyse juridique, Feduci, París 1986, núm. 117. Sin embargo, es de subrayar, y la mayoría de los autores coinciden en afirmar que la traducción del código fuente al código objeto efectuada a través de compiladores o de intérprete no constituye un programa derivado.

(39) Las disposiciones tipo de la OMPI de 1978 (Doc. OMPI, LPCS/II/2, Annexe) y el proyecto de tratado de 1983 (Doc. OMPI, LPCS/II/3, 24-II-1983) procedieron a la definición de la “Documentación auxiliar”, como “toda documentación distinta de un programa de ordenador o de una descripción de programa, creada para facilitar la comprensión o la aplicación de un programa de ordenador, por ejemplo, descripciones de problemas e instrucciones para el usuario”. G. BERTIN e I. de LAMBERTERIE: *La protection du logiciel. Enjeux juridiques et économiques*, LGDJ, París 1985, pág. 80, mantienen que comprende un manual técnico y un manual de utilización que no permite entrar en el centro del programa. En Hungría, el artículo 1 del Decreto de 15-VII-1983 que modifica la Ley del derecho de autor de 29-XII-1969 ha adoptado una definición amplia en las disposiciones tipo del OMPI, y el Tribunal de apelación de Budapest, en una Sentencia de 19-XI-1985, mantuvo que de la definición del artículo 1 se desprende que la documentación está protegida tanto como obra de la categoría “programa”, como obra de primera categoría (publicados en *Magyar Kozlöny*, 12-VII-1983, aparecidos en *Copyright*, 1983, pág. 316, y en *GRUR, Int.*, 1984, 477).

mismos, al no satisfacer las condiciones exigidas por la Ley de Propiedad Intelectual quedarían excluidos de la protección general. En todo caso, la aplicación específica del Título VII se justifica por el grado de conexión existente entre los documentos y el programa en cuanto tal (40). Esta afirmación no descarta, por otro lado, la posibilidad de obtener para esta documentación una protección doble, como obra de categoría "programa" y como obra de primera categoría, sin perjuicio de los problemas que puedan suscitarse por la traslación de unas reglas específicas adoptadas para un objeto especial como son los programas de ordenador a un objeto tradicional (41).

III. DURACION DE LA PROTECCION DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

En materia de Propiedad Intelectual, la mayor parte de los derechos positivos efectúan una división neta entre el aspecto patrimonial y el aspecto moral de los derechos o prerrogativas reconocidos al autor. Ahora bien, así como resulta interesante insistir sobre el contenido que revisten estas prerrogativas en general y, en particular en materia de programas de ordenador, que serán objeto de análisis en los artículos siguientes, la cuestión de su duración no merece, sin embargo, un especial desarrollo dada su escasa relevancia práctica.

I. DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN SOBRE UN PROGRAMA DE ORDENADOR

La peculiaridad de la nueva Ley de Propiedad Intelectual consiste en establecer en el artículo 97 de la LPI, una regla específica diferente de la regla general de duración de la protección de los derechos de explotación de una obra.

Usualmente, se señala para la protección de estos derechos de carácter

(40) Sobre la violación de los derechos de autor realizada contra el manual de uso, *vid. Trib. de Roermond (Países Bajos), 20-VIII-1984*, sentencia en procedimiento sumario, *Droit de l'Informatique*, 1985/5, pág. 34, sobre la asimilación de la documentación y de la ilustración del programa (llamada conexas) al "logiciel", *vid. O. ITENAU en el caso Tabur Quincaillerie c. Patrick s., Angers, 12-V-1987, Expertises*, 1988, núm. 104, pág. 120.

(41) Para ver la evolución del artículo 96, párrafo 2, *vid. M. HEREDERO HIGUERAS*, "La protección de los programas de ordenador en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual", *RCDI*, 1987, pág. 1029; J. DELGADO ECHEVERRÍA: "Comentario al art. 96 2 LPI", en *Comentarios*, cit.

patrimonial un plazo normal de protección equivalente a la vida del autor más un período *post mortem*, que en el artículo 26 de la LPI se expresa en los términos siguientes: “los derechos de explotación durarán toda la vida del autor y sesenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento”.

Con respecto, sin embargo, a la duración de los derechos de explotación de un programa de ordenador, el nuevo texto de la LPI limita su duración a cincuenta años:

“La duración de los derechos de explotación de un programa será de cincuenta años, contados desde el 1 de enero del año siguiente al de su publicación o al de su creación si no se hubiera publicado”.

En este artículo 97 de la LPI podemos observar, por contraste con la regla general de derecho común, dos diferencias notables: la primera, relativa al plazo de duración, y la segunda, referente a la forma de computarlo.

Podemos constatar, en efecto, que, con respecto al plazo de duración, fijado en la LPI en cincuenta años, el legislador español opta por establecer para los programas de ordenador un plazo sensiblemente inferior al señalado para la protección de las obras en general, siguiendo en este caso las pautas marcadas por las disposiciones-tipo de la OMPI de 1978 (42) en las que se dice:

“1) Los derechos conferidos por la presente Ley comienzan en el momento en que el *software* ha sido creado.

2. a) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado b), los derechos conferidos por la presente ley expiran al final de un período de veinte años contados a partir de la primera de las fechas siguientes:

- i) la fecha en la que el programa de ordenador ha sido utilizado por vez primera, con fines distintos de los de estudio, experimentación o investigación, por el propietario o con su consentimiento, en cualquier país, para dirigir el funcionamiento de una máquina capaz de procesar información;
- ii) la fecha en la que por primera vez el *software es vendido, arrendado o cedido bajo licencia, en cualquier país, u ofrecido a tales fines.*

(42) Disposiciones-tipo (1978), artículo 7. Son similares a las disposiciones contenidas en el artículo 5 del Proyecto de Tratado elaborado por la OMPI en 1983, aunque se omitió el párrafo último; *vid.* Documento O.M.P.I., LPCS/1/2, pág. 7. Mayor similitud ofrecía el Proyecto español de febrero de 1986 que limitaba la duración a veinte años. El plazo fue elevado a cincuenta al ser aprobadas las enmiendas presentadas por el Grupo Popular y el de Minoría Catalana, *vid.* HEREDERO HIGUERAS, *RCDI*, 1987, págs. 1036-1037

b) Los derechos conferidos por la presente Ley no se extienden en ningún caso más allá de un período de veinticinco años contados a partir del momento en que el *software* ha sido creado”.

El sistema adoptado por la LPI española es similar al regulado en la ley francesa de 1985 (43) aunque, en esta última, el plazo adoptado en el artículo 48, de veinticinco años contados a partir de la fecha de creación del programa, es notablemente inferior al elegido en el ordenamiento español.

Además, en contra de las posibles objeciones que se puedan presentar, el plazo de cincuenta años del artículo 97 de la LPI está en armonía con las disposiciones de los Convenios Internacionales suscritos por España y en concreto con las disposiciones del Convenio de Berna.

En efecto, en contra de lo que en principio pueda pensarse, el artículo 97 de la LPI no infringe el párrafo 1 del artículo 7 del Convenio de Berna que establece el principio de protección *post mortem* de cincuenta años (44) al equiparar los programas de ordenador a las artes aplicadas para las que el mencionado Convenio en el artículo 7, párrafo 4, reconoce competencia a las leyes nacionales para prever una duración diferente que “no podrá ser inferior a un período de veinticinco años contados desde la realización de tales obras” (45).

En ambos países, la justificación que motiva esta actitud del legislador

(43) *Vid.* Ley francesa núms. 85-860, 3-VII-1985, JO. 4-VII-1985, págs. 7495-7501, en la “circulaire 17-X-1990 relative à la protection juridique des logiciels (JO 21-X-1990)” se recoge una petición de alargar el plazo a cincuenta años, de conformidad con PROPUESTA DE DIRECTIVA, CEE/89/C 91/05 (DOCE, 12-IV-1989); sin embargo, la mayor parte de los países europeos, así como los Estados Unidos y el Japón, aplican el plazo general señalado para las obras protegidas; *vid.* J. H. SPOOR y G. VANDENBERGHE: “Le droit d’auteur et le logiciel dans les pays de la CEE, les Etats-Unis et le Japon: aperçu synthétique”, *Droit de l’Informatique*, 1987/2, pág. 116; para el Japón, *vid.* K. SUGIYAMA y M. KOSINS (jr.): “La solution japonaise de protection des programmes informatiques”, *Droit de l’Informatique*, 1986/1, pág. 18.

(44) Convenio de Berna (art. 7, párr. 1): “La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte”

(45) Convenio de Berna (art. 7, párr. 4). “Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un período de veinticinco años, contados desde la realización de tales obras”. En este sentido, está en armonía con el Convenio Universal sobre Derechos de autor (art. 4, párr. 3): “Las disposiciones del párrafo 2 no se aplican a las obras fotográficas ni a las artes aplicadas. Sin embargo, en los Estados contratantes donde se hallan protegidas las obras fotográficas y, como obras artísticas, las de artes aplicadas, la duración de la protección para tales obras no podrá ser inferior a diez años”. *Vid.*, en Francia, el Informe de JOLIBOIS, Doc. sénat, núm. 212, pág. 27, y la intervención de J. O. SCHUMANN, déb. Sénat, 17-VI-1985, pág. 1283; en España, J. DELGADO ECHEVERRÍA: “Comentario al artículo 97...”, en *Comentarios a la LPI*, Tecnos, Madrid 1989, págs. 1389 y sigs.

es coincidente y radica en el carácter industrial del objeto. El plazo general de protección se revela inadecuado (46) ante creaciones de rápida obsolescencia en las que evolucionan con suma rapidez tanto las técnicas como los lenguajes empleados en los programas de ordenador.

Ahora bien, si la finalidad es obtener una rentabilidad de las inversiones realizadas, ambos plazos, el de cincuenta años español y el de veinticinco años francés, resultan excesivos (47) (p. ej., en comparación con la duración de la patente que es de veinte años improrrogables). En este sentido, nos parece acertado el punto de vista mantenido por MILLE quien, haciéndose eco de una doctrina mayoritaria, mantiene que un largo plazo "si se trata de programas de excepcional mérito permitirá a su autor recibir un beneficio proporcionado a la vida útil de su creación, en tanto que si el programa cae en el olvido la cuestión sobre el plazo de protección carecerá de importancia práctica" (48).

Por último, la complicación surge cuando se trata de establecer el origen del cómputo del plazo que a tenor del artículo 97 de la LPI comienza "desde el 1 de enero del año siguiente al de su publicación, o al de su creación si no se hubiera publicado". El artículo 97 rompe con la conexión vitalicia al autor, al igual que sucede con los derechos conexos regulados en la misma LPI cuya fecha de 1 de enero como día inicial del plazo de duración de los derechos de explotación es similar (49) y establece dos criterios: el de publicación y el de creación si no se hubiera publicado.

La determinación del momento de creación y su prueba, como señalan CROZE Y BISMUTH y como recoge DELGADO ECHEVERRÍA, entrañan serias dificultades derivadas de la misma naturaleza del objeto (50). Además la

(46) En España, *vid.* las declaraciones de QUINTANILLA FISAC en el Senado, *BOCG* 7-X-1987, núm. 46, pág. 1779; en Francia, *vid.* J. O. déb. Sénat, 17-VI-1985, pág. 1283. La Asamblea Nacional había decidido en su segunda lectura alargar el plazo a cincuenta años, a contar desde la fecha de su creación.

(47) Sobre la breve duración de las sociedades de servicios informáticos, *vid.* A. LUCAS: *Le droit de l'Informatique*, PUF, París 1987, nota 207; F. TOUBOL: *Le logiciel, analyse juridique*, Feduci, LGDJ, París 1986, pág. 220, propugna una duración de diez años, aunque no es favorable a la propuesta de STERN de modular la duración en función del objeto, de modo que el algoritmo tenga una protección de diez a quince años de duración y el programa-objeto de dos a cuatro años.

(48) A. MILLE: "Protección del *software*", Jornadas sobre Informática y Derecho, Madrid, diciembre 1985.

(49) *Id.* en este sentido los artículos 106, 111, 115, 117, 118 y 120 referentes a otros derechos de propiedad intelectual: de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas, de las grabaciones audiovisuales, de las entidades de radiodifusión, de las meras fotografías, de determinadas producciones editoriales.

(50) *Id.* H. CROZE e Y. BISMUTH: "Droit de l'Informatique, éléments de droit à l'usage des informaticiens", *Económica*, París 1986, pág. 100; J. DELGADO ECHEVERRÍA: "Comentario", cit. "La creación supone que el programa sea ejecutable (no necesariamente efectivamente utilizado), pero se preguntan si ello ocurre antes o después de la depuración de errores (*debugging*) (...)".

inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual es potestativa y sólo sirve para dar constancia de lo establecido con carácter general en el artículo 130 de la LPI (51).

En cuanto al segundo criterio, el de publicación de un programa, el artículo 4 de la LPI, aplicable por remisión del artículo 95 de la LPI, establece una distinción entre divulgación y publicación, definiendo esta última como toda “divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma”.

Si este concepto de publicación no plantea grandes problemas en relación con los programas estándar, ya que por su propia naturaleza están realizados para ser accesibles por el gran público; sin embargo, con respecto a los programas específicos realizados “a medida”, es decir, como señala DELGADO ECHEVERRÍA, con respecto a aquellos programas que “se han cedido bajo licencia de uso a un solo cliente o un número limitado de ellos, incluso bajo cláusulas contractuales de salvaguardia de los secretos industriales y comerciales” (52), la traslación de esta definición puede, a primera vista, resultar conflictiva al parecer inconciliable el requisito de “puesta a disposición del público de un número de ejemplares” con las peculiaridades propias a este tipo de programas. Ahora bien, incluso en este supuesto, a nuestro parecer el criterio adoptado por el legislador es coherente (53). En efecto, el artículo 4 puede englobar esta situación al declarar que la publicación puede ser limitada atendiendo a las necesidades generadas por la naturaleza y la finalidad de la obra que, en este supuesto, son las de un programa específico.

2. DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS MORALES DE UN PROGRAMA DE ORDENADOR

El artículo 97 guarda silencio en cuanto a la duración de los derechos morales por lo que por aplicación del artículo 95, son de aplicación las reglas generales, en concreto las contenidas en los artículos 14 a 16 de la LPI (54).

(51) *Vid.* artículo 130 LPI *infra*; para la prueba de la creación *vid.* A. ADAMSBAUM: “L'extraction de colonnes: un procédé nouveau de preuve de la création de logiciels”, *Lamy droit de l'Informatique*, París 1988, Cahiers du droit de l'Informatique.

(52) J. DELGADO ECHEVERRÍA: “Comentario”, cit., pág. 1392.

(53) *Vid.* el uso del término “publicación”, artículos 106 y 111 LPI; “divulgación” para el artículo 115 de la LPI e, indistintamente, en el artículo 30.

(54) En Francia, el mencionado artículo 48 de la Ley guarda silencio, por lo que es aplicable el artículo 6, pág. 3, de la Ley 11-III-1957; la duración es perpetua.

Sin perjuicio de lo que posteriormente digamos sobre la aplicación o inaplicación de los derechos morales a los programas de ordenador, el autor dispone durante toda su vida de los derechos morales comprendidos en el artículo 14 de la LPI. En caso de fallecimiento del autor, por aplicación del artículo 15 de la LPI, el ejercicio del derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor y el de exigir el respeto a la integridad de su obra corresponden, sin límite de tiempo, a la persona física o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad, y en su defecto, corresponderá con la misma duración a los herederos. El artículo 15, párrafo 2, reconoce a las mismas personas el derecho a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma, con el límite de sesenta años desde la muerte de su autor o de declaración de fallecimiento. Sin perjuicio de lo que se diga en los artículos siguientes en materia de divulgación, dada la naturaleza moral de este derecho, no nos parece que deba ser limitado el plazo a cincuenta años por aplicación del plazo de los derechos de explotación (55).

IV. LOS DERECHOS MORALES EN MATERIA DE PROGRAMAS DE ORDENADOR

Como ya afirmábamos con anterioridad, el Derecho español de autor, como la mayoría de los derechos positivos, reconoce al autor de una obra unas prerrogativas de índole patrimonial y de índole moral (56); prerrogativas que se aplican a los programas de ordenador por la remisión que el artículo 95 de la LPI permite realizar al artículo 2 de dicha Ley en el que se dice con carácter general que “la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial” (57).

Con respecto al “derecho moral” en materia de programas de ordenador, es de aplicación el artículo 14 de la LPI.

“Corresponden al autor los siguientes derechos (...): 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente; 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra; 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”.

(55) En contra, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA: “Comentario”, cit., pág. 1392

(56) Los Estados Unidos no reconocen derechos morales.

(57) Su regulación aparece en el Capítulo III del Título II del Libro I, bajo las rúbricas de “derecho moral” y de “derecho de explotación”, a los que remitimos.

Como se puede apreciar, este artículo procede a la enumeración de los derechos morales reconocidos al autor a los que califica de irrenunciables e inalienables (58).

Pese al posible peligro que para el desarrollo de la industria del *software* supone la extensión de los derechos morales a los programas de ordenador; peligro denunciado, por otra parte, por un sector de la doctrina extranjera, el legislador español de 1987 ha optado por un criterio amplio de aplicación sin más limitación que la introducida con carácter específico en el artículo 98 de la Ley de Propiedad Intelectual:

“El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo”.

Desde la perspectiva de los derechos que corresponden al autor, este artículo 98 está configurado como un precepto bivalente. En efecto, por un lado, puede ser contemplado desde la perspectiva de los derechos de explotación, en concreto de la cesión del derecho de transformación (materia cuyo análisis, por razones de estructura, nos ha parecido más interesante transferir al ámbito del artículo 99, p. 4, de la LPI). Por otro lado, puede ser analizado desde la perspectiva de los derechos morales surgidos de la creación de un programa de ordenador, en concreto, nos referimos al derecho a la integridad de la obra a cuya observación pasamos a ocuparnos a continuación; observación que, además, no puede estar desconectada de una breve referencia a los diferentes derechos morales que, en principio, inciden de forma efectiva en el ámbito de los programas de ordenador.

1. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

Si partimos de la regla general de que la titularidad del derecho de autor sobre el programa de ordenador es independiente de la titularidad del soporte (59), el artículo 98 de la LPI tiene la peculiaridad de introducir una limitación al derecho a la integridad de la obra regulado en el artículo 14, párrafo 4, en el que, como afirma CAFFARENA, se reconoce “al autor la facultad de oponerse no sólo a los actos que supongan una modificación

(58) Además son imprescriptibles por aplicación de los artículos 41, 15.1 de la LPI y art. 1.936 del Código Civil, “a contrario”. Véase el “Comentario al artículo 14” por J. CAFFARENA LAPORTA, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1989, págs. 265 y sigs.

(59) *Vid.* arts. 3, pág. 1, y 56 de la LPI.

material de la forma de la obra, sino también a aquellos que, sin producir dicha modificación alteren el sentido de la misma" (60) ["Corresponden al autor los siguientes derechos: 'Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación'"].

Ahora bien, esta limitación es relativa ya que opera a favor de determinadas personas, en concreto, del cesionario titular del derecho de explotación y de las personas por él autorizadas y, afecta a determinadas modificaciones (61).

Por lo tanto, de los términos empleados en el precepto se desprende que la limitación legal está restringida tanto en su ámbito material como en el personal.

En este último ámbito, el personal, el artículo 98 permite determinar quién es el titular del derecho moral aludido y, a su vez, delimitar los derechos que corresponden a cada una de las partes que intervienen en la cesión de la titularidad de los derechos de explotación.

Así, si se observa la realidad que rodea la industria del *software*, podemos comprobar que la relevancia del artículo 98 de la LPI es escasa o nula para el caso de los programas de ordenador elaborados por los propios usuarios (62), autores independientes, a quienes se aplica las reglas generales del artículo 1 en correspondencia con el artículo 5, párrafo 1, de la LPI. En este supuesto, al autor, persona física no sujeta a ninguna obligación contractual, se le considera "creador por el solo hecho de su creación" y es el titular de los derechos patrimoniales y morales sobre la obra de la que, en algunos casos, procederá a la cesión de un derecho de uso.

Igual relevancia tiene la limitación del artículo 98 de la LPI confrontada a programas de ordenador elaborados, "a medida", por una empresa especializada en ejecución de un contrato de obra.

A esta conclusión se llega al analizar las diferentes situaciones de conflicto que pueden suscitarse al tratar del tema del grado de libertad disfrutada por el cliente —generalmente una empresa—, para utilizar los programas encargados (libertad para hacer las copias de seguridad requeridas para la explotación del sistema, libertad para la reproducción del

(60) Vid. J. CAFFARENA LAPORTA: *Comentario*, cit., pág. 280.

(61) En contra de las limitaciones del derecho moral del autor, vid. H. BAYLOS CORROZA y F. BONDÍA ROMÁN: *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid 1988, pág. 277.

(62) Vid. *supra* Título VII. Sobre la afiliación a la *Association pour la Gestion de la Sécurité Sociale des Auteurs (AGESSA)* de los autores independientes de programas, vid. *Droit de l'Informatique*, 1987/4, pág. 237.

programa con fines comerciales, libertad para la introducción de adaptaciones o de modificaciones necesarias para adecuar los programas a las nuevas necesidades y realizadas a través del personal-informático ajeno al contratista).

En definitiva, este aserto proviene de la determinación de los derechos que corresponden, por un lado, al cliente-comitente que ha financiado el programa y, por otro lado, al contratista que lo ha realizado.

En general, la diferenciación de tales derechos, ante el silencio guardado por la Ley de Propiedad Intelectual (63), corresponde a los contratos suscritos por las partes a través de cláusulas expresas y detalladas. Sólo, en defecto, de tales cláusulas y, por aplicación de los principios generales del derecho de autor, tanto la titularidad de los derechos de explotación como la titularidad de los derechos morales permanecen en la empresa que ha creado el programa (de creador independiente); ésta, en la práctica, únicamente cede, el derecho de uso de los programas de ordenador que no origina la intervención del artículo 98 como derecho del cliente (64).

A conclusión semejante —escasa importancia del art. 98—, se llega aún en el supuesto de que al comitente se le califique erróneamente de coautor del programa de ordenador por asimilar el concepto de obra de colaboración regulada en el artículo 7 de la LPI [“Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios coautores corresponden a todos ellos”] al deber de colaboración existente en los contratos y, en especial, en los “contratos informáticos”.

En efecto, al margen de que el artículo 7 de la LPI trata de personas físicas, la posible identificación entre ambos criterios es artificial. El simple hecho de que el comitente, como es su obligación, participe activamente en la definición de sus necesidades, en la orientación del trabajo del programador, no basta para hacer de él un coautor; para ello, sería necesario su intervención en la concepción y en la escritura del programa.

Así, podemos concluir que las empresas, la mayoría sociedades de servicios informáticos, disfrutan, en sus relaciones externas, de un cierto trato de favor al poder invocar las reglas tradicionales de la Propiedad Intelectual frente a sus clientes; trato que, por otro lado, se mantiene en relación con sus propios trabajadores por los programas realizados en las mismas.

(63) Sobre el carácter intencional de la omisión, *vid.*, en Francia, A. LUCAS, *Le Droit de l'Informatique*, PUF, París, 1987, pág. 239; M. VIVANT y Ch. le STANC: *Lamy droit de l'informatique*, núm. 1019, 1988, pág. 618.

(64) *Vid.* en este sentido, en Francia, *Trib. com. Meaux*, 3-XI-1987, caso *Jean-Jacques H., c. Control Data France, Expertises*, núm. 104, 1988, pág. 122. Para los Estados Unidos y Gran Bretaña, *vid.* G. P. SMITH: “Software Developed in the U. K. - Who Owns the Right?”, *Computer Law Strategist*, 1987, March, pág. 3.

En efecto, siguiendo a la LPI, en una empresa a nivel de relaciones internas, se pueden originar dos situaciones conectadas con el artículo 98 de la LPI.

La primera situación consiste en reconocer al empresario la titularidad originaria de los derechos de autor nacidos de programas de ordenador elaborados por trabajadores colectivamente afectados a esta tarea.

En este supuesto, el artículo 98 de la LPI carece de relevancia. La obra es calificada de colectiva al reunir las condiciones establecidas en el artículo 8 de la LPI (cuyo análisis excede de este trabajo) y constituye el único caso en el que se atribuye a una persona jurídica los derechos de explotación y los derechos morales a título originario.

- En lo que nos afecta, apuntaremos brevemente que, en primer lugar, es necesario que la iniciativa de la creación del programa de ordenador corresponda a la empresa.

En principio, no es difícil establecer o probar el papel impulsor y coordinador de la empresa como ya se puso de manifiesto en el caso *Société System-Assist*, en el que el *TGI* de París, en su Sentencia de 27 de junio de 1984 (65) declaró que “los asalariados habían sido propuestos para esta tarea... en el seno, a la iniciativa y al servicio de la Soc., S.A., bajo la dirección jerárquica de P.”.

- En segundo lugar, se requiere que el programa se edite, publique y divulgue bajo el nombre de la empresa (66), condición que en principio se puede considerar cumplida cuando el programa se comercializa.
- Por último, es preciso que las contribuciones de los diferentes autores se fusionen en un conjunto sin que se pueda invocar un derecho distinto sobre la obra entera.

Ahora bien, en la práctica, la situación creada por este artículo 8 es de excepcional aplicación a los programas de ordenador. Así, se ha puesto de relieve que es suficiente para excluirla que, por ejemplo, uno o varios asalariados asuman la iniciativa de realizar el programa (67) o, que el mismo se destine a satisfacer las necesidades internas de la empresa y se estime preferible mantenerlo en secreto por razones de seguridad.

(65) D.1985.39.

(66) En Francia, *vid.* D.1985.39, *cit.*, y *TGI. Paris 20-III-1986*, JCP (E), 1986-I-15791, núm. 3, obs. VIVANT Y LUCAS; sin embargo, *vid. Civ. Ire, 15-IV-1986*, D. 1986, Flash.

(67) *Vid.* caso *Babolat Maillot Witt (BMW) c. Pachot*, Cass. Ass. Plén., 7-III-1986, *Expertises*, 1988, núm. 106, pág. 193: se reconoce como titular de los derechos de autor a Pachot, contable que elaboró sólo y sin contar con los medios de la empresa de un programa informático.

En estos casos, la finalidad de la obra colectiva, consiste en levantar la hipoteca del derecho moral del trabajador que pesa sobre el empresario y, que, en principio, pueda causar dificultades en la explotación comercial del programa, no se cumple.

Para paliar esta situación y ofrecer una solución al empresario titular de los derechos de explotación frente al derecho moral del trabajador es posible la aplicación del artículo 98 de la LPI.

La LPI, en el supuesto de los programas de ordenador elaborados por los trabajadores fuera del caso de la obra colectiva del artículo 8, reconoce al empresario la titularidad derivada de los derechos de explotación sobre los mismos.

El Derecho español, a diferencia del Derecho francés (68), no prevé una regulación específica para los programas de ordenador en este tema y se rige por la regla general del artículo 51 de la LPI:

“2.º A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral”.

Esta regla se inscribe dentro de una concepción jurídica de origen continental que, por contraste con la concepción anglosajona (69), implica que el derecho de autor corresponde inicialmente al creador natural de la obra de modo que el empresario sólo puede ejercer sus prerrogativas de autor a título derivado por el juego de la cesión. El artículo 51 de la LPI está pensando en empresarios del sector privado a diferencia de lo establecido en la Ley de Patentes de 1986, que asimila, en su artículo 20, al Estado y a los centros de carácter público (70).

(68) Artículo 45 de la Ley francesa de 3-VII-1985: “sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs”. Sobre este tema *vid.* B. HUBO. “La titularité des droits d'auteur sur les logiciels écrits par un salarié. Situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas”, *Droit de l'Informatique*, 1986/3, pág. 15. Para España, *vid.* “Comentario al artículo 51”, por RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.; en *Comentarios..*, cit., pág. 760.

(69) Estados Unidos: Se establece una presunción de autoría del empresario; los derechos pertenecen originariamente al empresario: section 201 (b), 1976 Act, “That in the case of works made for hire the employer is considered the author of the work, and is regarded as the initial owner of copyright unless these has been an agreement otherwise (. .)”. Para una interpretación del mismo *vid.* *James B. Royal v. Leading Edge Products, Inc.*, núm. 86-2722-Z (D. Mars), *Computer Law Strategist*, 1987, January, pág. 7. Igualmente en el Reino Unido.

(70) Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (BOE de 26 de marzo) que deroga expresamente en su disposición derogatoria número 2 los artículos 29 y 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y regula las invenciones laborales en el Título IV.

En este caso, la relación laboral, entendida de conformidad con la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con la jurisprudencia de la Sala 6.^a del Tribunal Supremo y sobre todo del Tribunal Central de Trabajo, motiva la transmisión al empresario de la titularidad de los derechos de explotación sobre el programa con una particularidad, que exista una adecuación entre el programa creado y desarrollado por el empleado y el negocio del empresario.

Así, en relación a lo establecido en la Ley de Patentes, artículos 15 y 17 (invención realizada con medios del empresario, en horas de trabajo, con conocimientos adquiridos predominantemente dentro de la empresa, entre otros), el criterio adoptado por la LPI de "obra (programa) elaborada en el marco de *actividad habitual del empresario*" es restringido aunque su contenido específico dependerá de la interpretación que en cada caso concreto asuman los tribunales (71).

En principio, la finalidad de este carácter restringido es la de conceder una mayor protección a los trabajadores y, en este sentido es preciso recordar que el artículo 51, párrafo 2, tiene un carácter supletorio del posible pacto, indicado en el párrafo 1 que, entendemos, no podrá interpretarse en detrimento del trabajador (72):

"La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito".

En todo caso, el creador asalariado mantiene la titularidad de los derechos morales que de acuerdo con el artículo 14 de la LPI son irrenunciables e inalienables en armonía con los Convenios internacionales, en concreto con el Convenio de Berna de 1886 (73).

Ahora bien, para paliar las posibles interferencias en la comercialización de los programas, el legislador español ha previsto, en el artículo 98 una limitación objetiva al derecho a la integridad del programa al permitir al cesionario, titular de los derechos de explotación y a las personas por él autorizadas, la realización de versiones sucesivas del programa o pro-

(71) En Francia, *vid.* el criterio del caso *Babolat* (nota 11), sin embargo, se adoptó un criterio amplio: caso *M. Katona c. Sté Industrielle de métallurgie "Simetal"*, Paris, 29-X-1987, *Juris.Data*, núm. 26662; caso *Louis Brosse c. Le Particulier*, Paris, 13-V-1988, *Expertises*, 1988, núm. 106, pág. 197: la creación es la contraprestación del trabajador por el salario que percibe.

(72) Sobre la cláusula de no concurrencia, *vid.*, en Francia: Paris, 4 Ch., A., 27-I-1988, *Jurisdata*, núm. 20131, citado en *Lamy droit de l'informatique*, 1988, mise à jour, D, núm. 1122. *Vid.* J. M. RODRÍGUEZ TAPIA: "Comentario al artículo 51", en *Comentarios...*, cit., págs. 781 y sigs.

(73) Artículo 6 bis, 1, del Convenio de Berna, revisado en París el 24 de julio de 1971.

gramas derivados del mismo en el sentido dado en el artículo 96, párrafo 4, de la LPI.

Fuera de estos supuestos o, en el caso de ser realizados por terceros no autorizados, el creador asalariado goza del derecho a la integridad de su obra sin más limitación que la propia del artículo 14 de la LPI.

2. OTROS DERECHOS MORALES

Con la salvedad del derecho, establecido en el artículo 14.7 “a acceder al ejemplar único o raro de la obra” que, como señala HEREDERO HIGUERAS, “no se aplica ya que está concebido para casos de obras que por su naturaleza constituyan un *opus unicum* (74), los restantes derechos morales enumerados en el artículo 14 de la LPI son trasladables a los programas de ordenador. Ahora bien, su eficacia práctica es inferior de la que se puede desprender de la lectura de los mismos, sobre todo, en materia de arrepentimiento y divulgación.

En efecto, en primer lugar, el temor, que podía provocar, a los cesionarios titulares de los derechos de explotación, el uso abusivo de la disposición 14, párrafo 6 (75), que reconoce al autor de los programas de ordenador el derecho a retirarlos del comercio por un cambio sobrevenido en sus convicciones intelectuales o morales, es infundado.

En la práctica, la aplicación del texto legal es difícil o escasa ya que la posible retirada del comercio de un programa bajo la presión provocada, en general, por un concurrente del cesionario interesado en bloquear su avance tecnológico está sometida a la condición previa de indemnización de daños y perjuicios que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante y, que actúa como fenómeno disuasorio.

- Con respecto a la divulgación, los conflictos hipotéticos surgen en materia de programas específicos cuando un empresario, persona física o sociedad, decide no divulgar los programas de ordenador elaborados por cuenta de un tercero o, cuando un trabajador, alegando su derecho moral, niega la divulgación de los programas creados por cuenta de la empresa. Similar situación se plantearía en el caso del *reverse engineering*.

(74) M. HEREDERO HIGUERAS: “La protección de los programas de ordenador en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual”, *RCDI*, 1987, pág. 1037.

(75) *Vid.* la diferencia entre el artículo 14.6 de la LPI y la Ley francesa citada, en su artículo 46, para los programas de ordenador: “Sauf stipulation contraire, l’auteur ne peut s’opposer à l’adaptation du logiciel dans la limite des droits qu’il a cédés, ni exercer son droit de repentir ou de retrait”.

Estamos, por lo tanto, ante el derecho del autor de los programas, reconocido en el artículo 14.1.º, a decidir sobre su divulgación y la forma de realizarla (76).

Este derecho, por su conexión con los derechos de explotación puede afectar a la comercialización del producto y, a diferencia del derecho de "arrepentimiento", no está, en principio, sometido ni a indemnización previa, ni al derecho de preferencia del cesionario titular de los derechos de explotación si lo hubiera.

Ahora bien, ante los intereses económicos en juego, es indudable que por vía contractual, el autor, al ceder los derechos de explotación puede pactar con el cesionario-titular el ejercicio del derecho de divulgación sometido a las condiciones propias del derecho de "arrepentimiento".

- Para finalizar, señalaremos que el derecho de paternidad sobre los programas de ordenador y los documentos anexos, explicitando, en el artículo 14.3, como el derecho a: "exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra" no plantea, en principio, grandes problemas prácticos.

Este derecho moral corresponde al autor del programa aunque hay que señalar que, usualmente, es el empresario quien comercializa con su nombre comercial o bajo una marca registrada (77) los programas elaborados por sus empleados.

V. LOS DERECHOS DE EXPLOTACION SOBRE PROGRAMAS DE ORDENADOR

El legislador español de 1987, en el artículo 99 de la LPI, nos sitúa en el ámbito de los derechos de explotación aplicables a los programas de ordenador y procede a matizar, dadas las peculiaridades del objeto al que van referidos, los derechos ya reconocidos expresamente en el artículo 17 de la LPI, en concreto los referentes a la reproducción y a la transformación. Ahora bien, la novedad del articulado radica en el reconocimiento en su párrafo primero, de una nueva prerrogativa patrimonial, el derecho

(76) Artículo 4 LPI: "A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma..."

(77) Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA: "Comentario al artículo 98", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1989, págs. 1393 y sigs.; se aplica la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas (BOE 12 de noviembre de 1988).

de uso que aunque está conformada en coherencia con las ya existentes (78), suscita graves cuestiones de índole práctica.

1. EL DERECHO DE USO DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

El derecho de uso enunciado en el artículo 99, párrafo 1, de la LPI, como "aquel acto en virtud del cual el titular del derecho de explotación de un programa autoriza a otro a utilizar el programa conservando el cedente la propiedad del mismo", presenta la peculiaridad de introducirnos inmediatamente en el ámbito de la comercialización de los programas de ordenador, a través de las denominadas "licencias de uso" aplicables a los programas preexistentes en el momento de la celebración del contrato.

Esta nueva regulación presenta como aspecto positivo el interesarse por el destinatario final de la obra. En efecto, en la licencia de uso, el cedente es de forma usual el empresario, titular de los derechos de explotación, y el cesionario es el usuario o cliente, destinatario final de la obra.

Esta situación difiere de la cesión de la titularidad de los derechos de explotación, mencionada únicamente, en materia de programas en el artículo 98 de la LPI, que se refiere a la relación jurídica existente entre el autor, cedente y, en general, un empresario-distribuidor, cesionario (79); relación que se puede calificar de venta si supone una transmisión definitiva de todos los derechos de explotación, y, en la que cabe, como indican HEREDERO y BONDIA, un contrato de edición (80) así como contratos de explotación de la obra de conformidad con lo estipulado en el artículo 43 de la LPI (81).

(78) Enumeración no exhaustiva que permite su encuadre en los términos utilizados por el artículo 17 de la LPI: "Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra *en cualquier forma, y en especial...*"

(79) *Vid. supra* artículo 98 de la LPI para los contratos de elaboración del *software*.

(80) *Vid.* M. HEREDERO HIGUERAS: "La protección de los programas de ordenador en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual", *RCDI*, 1987, 1039 ss., F. BONDIA ROMÁN: *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid 1988.

Sobre la aplicación del contrato de edición y los problemas suscitados en la determinación de la extensión de los derechos de una sociedad cesionaria, *vid.*, en Francia, *Paris, 4e, ch. A. 21-XI-1988*, caso *Société Analyses Conseils Informations c/ M. Raimie-ro, Lamy droit de l'Informatique*, 1988, mise à jour, J, núm. 450.

(81) Se puede trasladar la reglamentación del Título V intitulada de la "Transmisión de los derechos", en particular el artículo 43, págs. 1-2, así como el artículo 57 LPI. *Vid.* M. C. GETE-ALONSO Y CALERA: "Comentario al artículo 43", en *Comentarios...*, cit., págs. 666 y sigs.

Ahora bien, si la calificación jurídica no plantea grandes problemas en el supuesto de la titularidad de los derechos de explotación, en el caso de la licencia de uso, la situación se complica.

En efecto, determinar la naturaleza jurídica del término "licencia" entraña serias dificultades a la vista, en primer lugar, de los caracteres que según la ley, la configuran y, analizados, en segundo término, los diferentes programas a los que va referida.

Así, de conformidad con el artículo 99 de la LPI se entiende que la licencia de uso es de carácter no exclusivo e intransferible, presumiendo que sirve para satisfacer únicamente las necesidades del usuario.

La *no exclusividad* significa que puede haber otros cesionarios de uso del mismo programa, incluido el cedente. Es posible, sin embargo, conceder una licencia en exclusiva si así se pacta expresamente en el contrato.

La *intransferibilidad* de la licencia de uso es de suma importancia para el vendedor (productor-distribuidor) de los programas de ordenador. Explicitar en las cláusulas de los contratos *quien paga*, y *quien va a usar el programa* permitirá al cedente perseguir al cesionario por violación de las disposiciones relativas a la reproducción, a la limitación referente a la copia de seguridad, a la transformación, distribución y adaptación de los programas.

En este caso, el problema que se puede suscitar es el relativo a la posible aplicación de los artículos 50.1 *in fine* y 49, párrafo 3, al supuesto de un cesionario de una licencia en exclusiva sobre un programa de ordenador.

La intransmisibilidad del derecho a utilizar la obra que afecta al cesionario no exclusivo aparece reconocida en el artículo 50.1 de la LPI con la salvedad de los supuestos previstos en el párrafo 3 del artículo 49; párrafo que permite la cesión in consentida por el cedente cuando se produzca "como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la Empresa cesionaria". Así, si, en principio, las disposiciones relativas al embargo, al concurso y a la quiebra son de aplicación cuando el cesionario es no-exclusivo, el problema se plantea cuando se está ante una licencia concedida con carácter exclusivo e intransferible, generalmente sobre un programa específico.

Por último, la licencia intransferible supone que, una vez finalizada la licencia de uso el cesionario, siguiendo los términos de su contrato, podrá optar entre devolver el programa junto con la documentación o comunicar por escrito al cedente que el *software* y sus copias, si las hubiere, han sido destruidas.

La calificación jurídica de la licencia así configurada es complicada. Esta dificultad, y dados los intereses económicos en juego, motiva que un

cierto sector doctrinal opte por considerar a la "licencia de uso" como un contrato *sui generis* (82).

Sin embargo, antes de adoptar esta solución, se puede intentar acomodar la licencia de uso en las configuraciones jurídicas existentes, en concreto en la compraventa y en el arrendamiento; acomodación que es posible a través del análisis de los diferentes programas.

Esta calificación no es una mera cuestión teórica. Su relevancia práctica es evidente ya que conlleva el régimen jurídico aplicable, en especial, en materia fiscal y penal y, en materia de responsabilidad por vicios ocultos: un proveedor de programas está continuamente expuesto a los vicios ocultos ya que, en el estado actual de la técnica, los programas de ordenador conllevan defectos que deben ser corregidos durante su utilización (83). De igual modo, la importancia de la calificación afecta a la posible aplicación de principios comunitarios, como el "principio de agotamiento de los derechos" recogido en el artículo 53 de la Ley de Patentes y que el TJCE ha hecho extensivo al tráfico de la propiedad intelectual (84).

En relación a los programas del sistema, al tener como misión posibilitar el funcionamiento del material, aparecen incorporados a la máquina por lo que el derecho de uso forma parte del objeto comprado. Se trata de un contrato de compraventa de *hardware* en el que el precio incluye el del programa. Ahora bien, aún en estos supuestos el ejercicio del derecho de uso así incorporado a estos contratos no es pacífico. El problema que puede suscitarse no es tanto el de la copia de los programas cuando el que plantea la doctrina que, en la práctica anglosajona, se denomina del "segundo usuario".

En efecto, algunos vendedores de *hardware* consideran que el programa del sistema es propiedad de la compañía y, por lo tanto, el cliente únicamente está autorizado para utilizarlo en una CPU específica, generalmente señalada en el contrato. Así, si el cliente dispone de su CPU, la licencia de uso que corresponde al programa del sistema desaparece o finaliza. El nuevo comprador del *hardware*, el "segundo usuario" está obligado a obtener de la compañía una nueva licencia para usar el *software*

(82) Así, entre otros, en Francia, F. TOUBOL. *Le logiciel. Analyse juridique*, Feduci, LGDJ, Paris 1986, págs. 130 y sigs.

(83) La jurisprudencia francesa admitió la resolución de los contratos en materia de programas que presentaban defectos graves sobre la base de la obligación de conformidad; *vid. Trib. com. Paris, 3e ch., 14-XII-1983, Expertises*, 1984, 112.

(84) Por aplicación en caso de venta de las reglas del Tratado de Roma sobre la libre circulación de las mercancías, *vid. A. LUCAS: "Le droit de destination dans les créations informatiques"*, en *Informatique et Droit, 20 ans d'expérience*, IDIJ, Paris 1987, vol. II, págs. 43 y sigs.

cuyo precio suele ser el mismo que el correspondería a una CPU adquirida como nueva.

Con respecto a los programas de aplicación *standard* o de masas y, en contra de la práctica establecida por los productores de *software* de los Estados Unidos, de la licencia *shrinkwrap* (85), está generalmente admitido que existe una compraventa del soporte material del programa que permite al usuario utilizar las instrucciones del mismo modo que un disco de música o un libro.

Por último, la licencia de uso para los programas específicos es de difícil calificación ya que, con ciertas reservas, puede revestir la forma de una compraventa o de un arrendamiento que proporciona al cesionario-usuario un derecho personal de goce.

Es usual en el caso de programas de aplicación específicos de gran especialización que, al estar diseñados para gestionar el desarrollo económico y satisfacer las necesidades de la empresa cesionaria, sean cedidos en exclusiva por un precio o comisión, superior, proporcionado por las Leyes del mercado, reservándose el cedente, a través de las cláusulas expresas el uso de Know-How adquirido. Es difícil, en este supuesto escapar a la calificación de compraventa.

Ahora bien, si de las cláusulas del contrato se desprende entre otras, que el objeto es el servicio que los programas prestan, que existe una ejecución sucesiva de la prestación, que la duración es determinada o, incluso indeterminada pero revocable, que el precio es periódico, la calificación que parece más apropiada es la de arrendamiento. Esta calificación favorece al cesionario ya que el cedente —empresa de *software* que a su vez es cesionaria con respecto al autor— está obligada por aplicación del régimen general, y sin perjuicio de la estipulación de cláusulas específicas, a realizar todas las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa en el estado de servir para el uso a la que ha sido destinada (86).

(85) Otros términos similares: "blister-pack", "wrap around", "box top". Son contratos de adhesión con términos en forma de licencia que están escritos en el exterior del paquete de *software* (*software packaging*) y que se consideran aceptados desde su apertura. La validez de esta licencia ha sido puesta en duda, entre otras razones, por el carácter de adhesión del contrato y por la forma de manifestar su asentimiento.

Sobre su aplicación en Canadá, *vid.* J. FRASER MANN: *Computer Technology and the Law in Canada*, Toronto, 1987, págs. 331 y sigs.; están expresamente reguladas en dos Estados de Estados Unidos, en Illinois (Illinois Software License Enforcement Act [Ill. Senate Bill 800 (1985)]) y en Louisiana (Louisiana Software License Enforcement Act [R.S. 51: 1951-1956, C. 27 (1984)]); sobre esta última, *vid.* *Computer Law Strategist*, junio 1986, pág. 15; sobre su aplicación en Gran Bretaña, *vid.* G. P. SMITH: "Are shrink-wrap Licences enforceable in England?", *Computer Law Strategist*, 1986, mayo, pág. 3.

(86) *Vis.* J. DELGADO ECHEVERRÍA: "Comentarios al artículo 99 de la LPI", en *Comentarios a la LPI*, Tecnos, Madrid 1989, págs. 1395 y sigs.; en Francia, el *Trib. de Comm. de Paris*, en su Sentencia de 5-VI-1984, se opuso a la calificación de venta de los

De lo expuesto podemos deducir, sin ánimo de ser exhaustivos entre otras razones por la gran cantidad de licencias de uso posibles en el mercado de *software*, que los términos de las mismas hacen referencia entre otros a los siguientes temas:

- *Lugar de utilización de los programas.* En este punto, es preciso señalar si el programa va a ser usado en un único ordenador o en varios instalados en un mismo lugar o en diferentes sitios (87).
- *Designación de los usuarios.* Con el fin de evitar todo contencioso posterior fundamentado en una difusión ilícita realizada por el cliente, es necesario realizar una lista de utilizadores interesados en el programa.
- *Mantenimiento y asistencia.* Es frecuente el pacto de puesta a disposición del usuario de nuevas versiones del programa a medida que se procede a su perfeccionamiento y adaptación. Este último punto acentúa el aspecto sucesivo del contrato.

Por último, cuando el costo del programa específico es elevado, por precaución, es frecuente la adopción de una cláusula en el contrato de licencia referente al código-fuente. Los clientes cesionarios reciben usualmente el programa en código-objeto, reservándose el cedente el código-fuente. De este modo, el cedente-proveedor-distribuidor garantiza, por un lado, que el programa cedido no será, en principio modificado y, por otro lado, que recibirá, en exclusiva, los beneficios derivados de su mantenimiento y asistencia.

Ante esta situación, los clientes-cesionarios están interesados en conocer las posibilidades de acceder al código-fuente en los supuestos en los que el cedente cese de mantener el *software* o desaparezca, especialmente en el caso de quiebra. Como medida de protección contra estas situaciones de riesgo, aparece la cláusula instituyendo la figura del “depósito del código-fuente” en un tercero independiente, usualmente un Banco o un Agente de depósito especializado al que tendrán acceso los cesionarios cuando se produzca alguna de las situaciones pactadas en el contrato (88).

contratos que transfieren un derecho de uso; *vid.* D.1985.IR.44, nota J. HUET; I. ESKENAZI califica a estos contratos de licencia de *know-how*; *vid.* “Les contrats d’élaboration et de distribution des logiciels à travers la législation bulgare”, en *Informatique et Droit*, ADIJ, cit., 1987, vol. II, pág. 35.

(87) A veces será preciso señalar la situación del programa con respecto a los terminales que aún alejados dan acceso al programa; es la denominada vía teleinformática.

(88) Sobre la aplicabilidad del artículo 49, párrafo 3, de la LPI, y del artículo 50, párrafo 1, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA: *Comentarios...*, cit., pág. 1400; en concreto, sobre los problemas que suscita la quiebra del cedente en relación con el programa-fuente, *vid.* M. DRABKIN y D. T. BROOKS: “Software escrow agreements and vendor

2. LA REPRODUCCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

Sin perjuicio de la aplicación de las diferentes disposiciones de la LPI en materia de derechos de explotación a los programas de ordenador, la peculiaridad del artículo 99 radica en intentar adoptar una solución a los diferentes problemas suscitados en este área por los derechos de reproducción y de transformación.

En primer lugar, en materia de reproducción, el artículo 99 se refiere al problema suscitado por el alcance exacto de la prohibición de la copia privada a través del régimen jurídico que se debe asignar a la copia de seguridad.

“La reproducción del programa, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación, con excepción de la copia de seguridad”.

El párrafo 2 es una muestra de la pugna de intereses existente entre usuarios y proveedores, titulares de los derechos de explotación sobre los programas; pugna en la que el legislador se ha mostrado, en principio, desfavorable al usuario del *software* al permitirle únicamente la reproducción que lleva a una copia de seguridad.

El texto mencionado presenta a la copia de seguridad como una excepción a la prohibición de la copia privada que constituye a su vez una excepción al régimen clásico del derecho de autor (89).

No se aplica el artículo 31.2 de la LPI que permite la reproducción sin autorización del autor de la obra divulgada para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa.

Sin embargo, permite que copias privadas diferentes de las de seguridad puedan ser autorizadas por contrato por el titular del derecho de explotación (90).

bankruptcy. Protecting the user”, *Computer Law Strategist*, febrero 1986, págs. 1 y sigs., A. S. WERNICK: “Source code escrow. Drafting around the bankruptcy dilemma”, *Computer Law Strategist*, junio 1986, pág. 1

(89) Artículos 17, 18 y 31.2 de la LPI. J. DELGADO ECHEVERRÍA la califica de “desviación” de la regla general, “Comentario al artículo 99”, en *Comentarios...*, cit., Tecnos, Madrid 1989, pág. 1405.

(90) Se puede comparar con la *Ley estadounidense de 12-XII-1980*, la *Computer Software Copyright Act*, que estipula en la sección 117:

“Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of the computer program”.

Esta disposición está sometida a condiciones y se discute la aplicación de la doctrina

No existe una definición específica de la copia de seguridad. Por su destino, representa la copia formal de un original sobre un soporte idéntico o diferente y que tiene por característica el no ser nunca utilizada al mismo tiempo que el original.

Si la copia de seguridad es utilizada al mismo tiempo que el original pierde su calidad de copia de seguridad y la falsificación está realizada. Por el contrario, si la copia es utilizada porque el original ha sido destruido pierde su calidad de copia de seguridad sin constituir falsificación y se debe realizar otra copia de seguridad.

Sin entrar en la polémica suscitada en la doctrina extranjera sobre el régimen jurídico de la copia de seguridad, sí es necesario puntualizar que el considerarla como un derecho del usuario o como una simple facultad va a desencadenar indirectamente una serie de consecuencias de índole económica.

En efecto, para los partidarios de la copia de seguridad como derecho, el fundamento de la existencia de la misma, radica en la equidad entre las prestaciones.

Partiendo de la "fragilidad" del programa y de la breve duración del soporte, se estima equitativo poner a disposición del usuario los medios necesarios y adecuados para utilizar el producto en condiciones normales. Se trata de proporcionarle las condiciones que le protejan de la posible desaparición de su proveedor y que le ofrezcan una mínima seguridad.

Por el contrario, para los partidarios de una interpretación restrictiva, el usuario, como único beneficiario, sólo dispone de la facultad de realizar la copia de seguridad; facultad que, por otro lado, pierde si el proveedor se encarga directamente de suministrársela. Facultad limitada, asimismo, por el número de copias a realizar ya que se trata, según algunos autores, de una única copia.

El pronunciarse por una u otra interpretación conlleva el decidir indirectamente sobre el carácter lícito o ilícito de la práctica de distribución de programas provistos de dispositivos de protección técnica, así como de la comercialización de los programas destinados a facilitar la copia o el "desbloqueo" de los ya existentes en el mercado (91).

del "fair use". Sobre este tema, *vid.* J. J. BORKING: *Third Party protection of Software and Firmware*, Noth-Holland, 1985, para los Estados Unidos, págs. 247 y sigs.; para la Gran Bretaña, págs. 265 y sigs.; para Alemania, págs. 281 y sigs.

(91) Este problema se plantea en Francia en la interpretación del artículo 47 de la Ley de 3 de julio de 1985, que establece:

"Par dérogation à l'art. 41 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 précitée, toute réproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde par l'utilisateur ainsi que toute utilisation d'un logiciel non autorisée par l'auteur ou ses ayants-droit est passible de sanctions prévues par ladite loi".

En segundo lugar, el artículo 99 limita en su párrafo 3 la noción de reproducción.

“No constituye reproducción, a los efectos previstos en el artículo 18 de esta Ley, la introducción del programa en memoria interna a los solos efectos de su utilización por el usuario, sin perjuicio de su necesaria comunicación al titular del derecho de explotación cuando así se hubiere pactado”.

El legislador español, al excluir de la reproducción la introducción del programa realizada por el usuario en la memoria interna, entendida usual-

La doctrina francesa se encuentra dividida

- en cuanto derecho del usuario se manifiesta B. EDELMAN: *Cronique de propriété littéraire et artistique*, S.J., 1989, I, 3376; A. BENSOUSAN: *La protection des logiciels après la réforme du 3-VII-1985*, *Gaz. Pal.*, 1986, I, 294; LE STANC: *JCl. Brevets*, fasc. 155, núm. 36;
- en contra de esta interpretación se reclama, entre otros, A. LUCAS: *Le droit de l'Informatique*, PUF, París 1987, pág. 246

Asimismo, los Tribunales franceses han adoptado una postura restrictiva en contra de los usuarios:

- en el caso *La Commande Electronique c/ Sté. Artware et P.C. Mart*, al pronunciarse en contra de la comercialización de los programas de copia o de desbloqueo, *vid TGI Paris, ord. réf. 27-X-1986, Lamy droit de l'Informatique*, 1987, mise à jour, B;
- *Paris 1re ch., réf., 7-I-1987, Expertises*, 1987, núm. 92, pág. 60, y J.C.P. 88 II.21003, comentario de B. EDELMAN, y la nota de J. HUET: “Protection technique du logiciel par le fournisseur, commercialisation de logiciels de copiage par des tiers et droit de l'utilisateur à une copie de sauvegarde”, *Droit de l'Informatique*, 1986/3, pág. 173;
- *Trib. com. Paris, 16e ch., 14-I-1988, Lamy droit de l'Informatique*, 1988, mise à jour, B;
- *Paris, 4e ch., B. 20-X-1988*, S.J. 1989 II.21188, comentario de X. LINANT DE BELLEFONDS y B. VAN DORSELAERE. “La copie de sauvegarde: Régime et effets au travers de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 20 octobre 1988”, *Lamy droit de l'Informatique*, Cahier H, nov. 1988, pág. 2;
- en el caso *Prisma Presse et Pracontal c/ Sté Blyth Computers Ltd., KA l'Informatique douce et A.P.P.*, la *Cour de Paris* se manifestó en contra de la comercialización de los programas de copia o de desbloqueo en cualquiera de sus manifestaciones, *Paris, 4e Ch., B., 13-VII-1988*, P.I.B.D. 1988-446-II-571.

Se puede comparar con el caso *Vault Corporation v. Quaid Software Limited*, en los Estados Unidos (US District Court, ED. Louisiana, 12-VI-1987, 655 F. Supp. 750), en el que no se tuvo en cuenta la alegación de incitación a la piratería dirigida contra una revista que había publicado un sistema de desbloqueo aduciendo que el programa incriminado no tenía como única función el permitir las copias ilegales, sino que podía servir para realizar las copias de seguridad. Esta postura fue mantenida por el Tribunal de apelación en su Sentencia de 20-VI-1988, referida en *Lamy droit de l'Informatique*, 1988, Cahier H, pág. 18.

mente como disco duro, hace innecesario replantear todas las discusiones que sobre este punto se habían suscitado en la doctrina extranjera (92).

Este uso del programa está sometido a la única condición de comunicarla al titular del derecho de explotación, si así se hubiera pactado.

Por último, en cuanto a la transformación, el párrafo 4 matiza el contenido enunciado con carácter general en el artículo 21 de la LPI, al precisar que se excluyen de la misma, las adaptaciones de los programas realizadas por el usuario, sin necesidad de autorización del titular de los derechos de explotación; adaptaciones sobre las que no adquiere derecho alguno (93) y que están permitidas siempre que se realicen para su utilización en exclusiva.

Estas adaptaciones se justifican por la necesidad de actualizar, en función de la evolución de los intereses y necesidades del cliente-usuario, los programas ya adquiridos por el usuario; actualización que suele venir contractualmente organizada en los denominados contratos de mantenimiento-adaptación (94).

(92) *En Francia*, para un cierto sector doctrinal, el hecho de servirse de un programa corresponde a lo que se entiende por uso; *vid.* A. LUCAS: "La protection des programmes", *Rev. Jur. Com.*, 1979, 478 y sigs.; *Le droit de l'informatique*, ob. cit., pág. 248; M. VIVANT y M. le STANC: *Lamy droit de l'informatique*, 1988, núm. 1026, para otros, la carga del programa en la memoria equivale a una reproducción; *vid.* F. GOTZEN: "Le droit d'auteur face à l'ordinateur", *Le Droit d'Auteur*, 1977, pág. 18.

En Gran Bretaña, como consecuencia de la recomendación del Comité Whitford de incluir el uso entre los actos prohibidos, se dio el artículo 2 de la Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985: "References in the Copyright Act 1956 to the reduction of any work to a material form, or to the reproduction of any work in a material form, shall include references to the storage of that work in a computer", sobre el tema *vid.* J. PHILLIPS: *Introduction to Intellectual Property Law*, Bitterworths, London 1986, pág. 253; H. CARR: *Computer Software: Legal protection in the United Kingdom*, Oxford 1987, págs. 64 y sigs.; en España, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA: "Comentario al artículo 99", en *Comentarios a la LPI*, cit., Tecnos, 1989; M. HEREDERO HIGUERAS, art. cit., págs. 1039 y sigs.

(93) *Vid.* M. HEREDERO HIGUERAS: *RCDI*, 1987, pág. 1041; J. DELGADO ECHEVERRÍA: "Comentario al artículo 99 de la LPI", en *Comentarios...*, cit.; A. GUAL DE SOJO: "La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987", *Rev. J. Catalunya*, 1989, pág. 47.

(94) Sobre los contratos de mantenimiento, *vid.* AFNOR: *Document d'exploitation et de maintenance*, París; INFOREP: *Les contrats de prestations intellectuelles*, 1982, París. Asimismo, *vid.* M. VIVANT, Ch. le STANC y otros: *Lamy droit de l'informatique*, núm. 1033. Sobre la obligación del autor de los programas específicos de comunicar el código-fuente al cliente, *Paris. 25e ch., A., 4-VI-1982*, caso *Société Scofi c. Société Aste-France* (JurisData, núm. 22.406).

VI. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE PROGRAMAS DE ORDENADOR

Dentro de las medidas necesarias para la defensa de los derechos de propiedad intelectual sobre los programas de ordenador la Ley de Propiedad Intelectual no ha previsto ningún régimen especial con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 100 relativo a la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual.

Así, dentro del régimen general son de aplicación los artículos 123 a 128 recogidos en el Libro III bajo la rúbrica “De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley”, en los que se regulan las acciones de cesación de las actividad ilícitas (arts. 123 y 124 LPI) e indemnizatoria (art. 125) así como los procedimientos a seguir (arts. 126 y ss.). De igual modo, son trasladables a los programas de ordenador las diferentes sanciones penales reglamentadas en el artículo 534 bis, *a*), *b*) y *c*) del Código Penal creado por la Ley Orgánica 6/1987 de 11 de noviembre (95) para complementar las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual.

Centrando nuestra atención en el artículo 100 de la LPI, en el que se configura a la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual como un medio de defensa especialmente mencionado para los programas de ordenador podemos comprobar que, en cuanto medio de hacer valer los derechos, la inscripción revista un doble carácter. El primero, de índole general, se refiere a la voluntariedad de la inscripción y, el segundo, específico de los programas de ordenador, a la limitación impuesta a su publicidad.

1. CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

El artículo 100 en su párrafo 1 (idéntico al art. 99 del Proyecto publicado en febrero de 1986), desde un punto de vista de técnica jurídica, es una repetición del régimen general, en concreto del artículo 130, párrafo 1, de la LPI que establece: “podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la presente Ley”:

“Los derechos sobre los programas de ordenador, así como sobre sus sucesivas versiones y los programas derivados, podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual”.

(95) Sobre la protección en general, *vid.* C. DELGADO PORRAS: *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Civitas, 1988

Según el tenor de ambos preceptos, el Registro se configura como un Registro de derechos o titularidades acotados por su referencia a las obras protegidas. Así, con respecto a los programas de ordenador, son inscribibles los derechos que correspondan al autor, los derechos patrimoniales de explotación, considerados en su conjunto o por separado, con titularidad plena o limitada (hipoteca o usufructo). De igual modo, la constancia registral se extiende a los derechos sobre sus versiones sucesivas y los programas derivados (96).

Con respecto al carácter de la inscripción, la actual regulación constituye una innovación.

Según el artículo 36 de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 para gozar de los beneficios de esta Ley era necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual. En el sistema anterior, la inscripción se presenta como constitutiva o, por lo menos, como condición necesaria para la eficacia de los derechos de Propiedad Intelectual.

En el actual sistema legal, el cambio implica el paso del régimen de la obligatoriedad de la inscripción a la incorporación del principio de libertad formal de conformidad con el apartado 2 del artículo 5 del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 (97). Significa que el derecho de autor se adquiere por el solo hecho de la creación intelectual original sin necesidad de una inscripción previa.

Ahora bien, esta inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual tiene su virtualidad; virtualidad que se manifiesta al incorporar a este ámbito los principios más importantes, propios, del Derecho Registral.

En primer lugar, como requisito previo a la inscripción, el artículo 130 en su párrafo 2 somete a la calificación del Registrador General las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles:

“El Registrador calificará las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles. Contra el acuerdo del Registrador podrán ejercitarse directamente ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes”.

Se introduce, por lo tanto, en el Registro de la Propiedad Intelectual el principio de legalidad; principio del que deriva la eficacia subsiguiente

(96) Los derechos inscribibles son los del autor y los patrimoniales de explotación en titularidad plena o limitada. Sobre la inscripción del derecho de uso, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA: “Comentario al artículo 100”, en *Comentarios a la LPI*, cit., Tecnos, Madrid 1989, págs. 1419 y sigs.

(97) Artículo 5.2 del Convenio de Berna: “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad, y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra...”

de la inscripción regulada con carácter general en los párrafos 3 y 4 del artículo 130 referentes a los principios de legitimación y de publicidad respectivamente.

El principio de legitimación del párrafo 3 ("se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo") redactado, como se puede apreciar, en los mismos términos que el artículo 38, párrafo 1, de la Ley Hipotecaria recoge la presunción de exactitud. Así, se presume la existencia del derecho y la titularidad inscrita. Con respecto a los programas de ordenador, la inscripción sirve de título de legitimación de los derechos publicados (98) sin ninguna particularidad específica por razón del objeto.

2. CARÁCTER LIMITADO DE LA PUBLICACIÓN REGISTRAL

El Registro de la Propiedad Intelectual es pública. Ahora bien, tanto el párrafo 2 del artículo 100 como el párrafo 4 del artículo 130 limitan la publicidad para los programas de ordenador. Ambos preceptos remiten al Reglamento para determinar los elementos de los programas registrados que serán susceptibles de consulta pública.

Estamos ante disposiciones específicas, propias a los programas de ordenador que se justifican, en principio, por la necesidad de proteger los intereses de los titulares de los derechos de explotación frente a la copia de los programas.

Esta medida de restricción es una de las razones que motivaron la opción de proteger los programas de ordenador a través de la LPI y excluirla de la patente en la que a cambio de la protección, la sociedad le exige sacar a la luz pública los detalles de su invención en un grado tal que un experto en la materia es capaz de ponerla en práctica, si tuviera licencia para ello. En esta última, la finalidad de su publicidad es la de evitar la duplicación de costosos esfuerzos de investigación, permitiendo el avance rápido de la ciencia y de la tecnología.

Hasta el momento actual, no se ha producido el desarrollo reglamentario por lo que existe un vacío con respecto a los elementos de los programas que pueden ser de acceso público. En la práctica extranjera, el depósito parcial de las partes identificadoras oscila en la presentación de las primeras (diez o veinticinco) y últimas páginas o unidades del programa

(98) Sobre el análisis del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, *vid.*, entre otros, mi estudio titulado *Principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, Civitas, 1990, trasladable, con ciertas reservas, a los programas de ordenador.

fuelle y/o del código objeto o en la extracción de columnas del código objeto (99).

Por último, como complemento al sistema de publicidad registral aparece el sistema de publicidad posesoria. En efecto, ante las posibles reservas que suscita la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, es trasladable a los programas de ordenador lo preceptuado en el artículo 131 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Así, los titulares o cesionarios en exclusiva de los derechos de explotación podrán anteponer el símbolo C sobre los programas del ordenador, precisando el lugar y el año de su divulgación.

Siguiendo la práctica norteamericana (100) y europea, el símbolo se sitúa simultáneamente en el programa fuente, en el exterior del soporte y en la documentación impresa como mecanismo de reserva de derechos.

ISABEL HERNANDO COLLAZOS

Profesora Titular de Derecho Civil

(99) En otros países se ha recurrido a un depósito parcial; como menciona M. HEREDERO HIGUERAS: "La protección de los programas de ordenador en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual", *RCDI*. 1987, págs. 1042-1043. En Estados Unidos, veinticinco primeras y últimas páginas o unidades equivalentes del programa. En México, diez primeras y últimas.

Otro tipo de depósito parcial es el presentado por A. ADAMSBAUM, que permite a partir de los códigos-objeto obtener una prueba de escaso volumen papel; *vid.* "L'extraction de colonnes: un procédé nouveau de preuve de la création de logiciels", *Lamy droit de l'Informatique*, 1988, mise à jour, B, pág. 17.

(100) Sobre este punto, *vid.* B. LEMONNIER "L'enregistrement des logiciels au Copyright Office: opportunité et formalités", *Lamy droit de l'Informatique*, mise à jour, 1987, pág. 7.

La atipicidad de los valores mobiliarios. Valores mobiliarios híbridos

ATIPICIDAD DE VALORES

El tema de los híbridos financieros debe encuadrarse dentro del más general de valores mobiliarios atípicos.

El término “tipo” viene del griego *τύπος* (*modelo*), que es sustantivo del verbo *τύπτειν*. Sobre las diversas acepciones científicas del concepto de “tipo” puede consultarse LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 10 ed., pág. 423, y KOLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, pág. 9, núm. 1. Ambos autores son representantes del llamado “método tipológico”.

Este tópico —el de la tipicidad de negocios, contratos o derechos— tiene la curiosa virtud de su aparición recurrente. Tan pronto acaba la doctrina por perfilar las notas distintivas de las diversas categorías típicas, aparece la crítica sobre la suficiencia de la clasificación dogmática. Pronto la discusión se apaga por el cansancio dialéctico y por una cierta conciencia compartida de futilidad.

Debe preocupar al estudioso de los valores mobiliarios el problema de su tipicidad. No es mi propósito un estudio en profundidad de esta materia: ni me encuentro capacitado para ello ni tengo inclinaciones por la discusión erudita; me limitaré a apuntar las líneas generales de Derecho comparado con carácter previo a unas consideraciones finales sobre la posibilidad de valores atípicos en nuestro sistema. Concluiré con un ensayo de tipología de atípicos, una de cuyas categorías será la de híbridos financieros.

DERECHO COMPARADO Y ATIPICIDAD

En la doctrina italiana el problema de la posibilidad de valores atípicos se centró originariamente en la interpretación del aparentemente contradictorio artículo 2.004 del Código Civil. Este artículo, bajo la rúbrica de “límites a la libertad de emisión”, reza: “El título de crédito que incorpora una obligación de pagar una suma de dinero no puede ser emitido al portador si no es en los casos establecidos por las leyes”.

La doctrina se dividió entre los que eran partidarios de la defensa del principio de libertad de creación de valores mobiliarios (emitidos en masa), aunque con reticencias a su extensión a otros títulos valores y a los efectos de comercio, y, por otra parte, la opinión de quienes defendían la tesis de ausencia de libertad de creación de valores atípicos (*numerus clausus*) postulando una interpretación restrictiva del citado artículo 2.004.

Sin embargo, la aparición en los mercados de títulos financieros atípicos (*titoli atipici*) emitidos con la intención de defraudar la aplicación sobre las normas de control y transparencia del mercado de valores, ha llevado al legislador a una muy generosa ampliación del concepto en la Ley 23 de marzo de 1983, n. 7 (sobre *Istituzione e disciplina dei fondi comuni d'investimento mobiliare*), con el fin de someter todas estas emisiones al control fiscalizador del CONSOB. El citado texto legal y las normas de desarrollo (d.m. 8 settembre 1983, n. 258) consagran legalmente la atipicidad al establecer el artículo 11.1, bajo la rúbrica de *disciplina della emissione dei valori mobiliari*, una obligación general de comunicación a los organismos rectores de la emisión de *valori mobiliari di qualsiasi natura*; y al definir éstos como “todo documento o certificado que directa o indirectamente reparte derechos en sociedades, asociaciones, empresas o entes de cualquier tipo, comprendidos los fondos de inversiones italianos o extranjeros, todo documento o certificado representativo de un crédito o de un interés, negociable o no; todo documento certificado representativo de derechos relativos a bienes inmateriales o a propiedad inmobiliaria, y todo documento o certificado idóneo para conferir derechos de adquisición de uno de los valores mobiliarios indicados, comprendidos los títulos emitidos por los entes de gestión fiduciaria”. La doctrina desde entonces se ha inclinado por la admisión de valores atípicos, discutiendo, eso sí, las consecuencias jurídico-sustantivas del incumplimiento de las normas protectoras del mercado.

El tema de la atipicidad se planteó de una manera especialmente virulenta entre los años 1976-1983 con el “florecimiento increíble, casi tropical”, de los *certificati di partecipazione*, en los que se producía la incorpo-

ración de la posición de cuenta-partícipe a un valor negociable (1). Según PAVONE LA ROSA, el encuadramiento de una supuesta libertad de creación de títulos atípicos en el marco del principio de autonomía de la voluntad (recogida en el art. 1.322 CC) encuentra innegable resistencia en: *a)* El principio de la tipicidad de la promesa unilateral como fuente de obligaciones (art. 1.987); *b)* La regla general de la necesidad de causa del negocio y la imposibilidad de crear negocios sustancialmente abstractos fuera de los casos contemplados por el legislador; *c)* La regla de la inderogabilidad (imperatibilidad) de las normas sobre el régimen de circulación de bienes y derechos, y fundamentalmente, *d)* La ilegitimidad de una limitación del número de excepciones oponibles. Según este autor, la incorporación del derecho al valor excusa en la circulación de aquél de la aplicación de las reglas generales de cesión de créditos (art. 2.002 del Codice), debiendo estarse al contenido literal y autónomo del valor negociable. Por eso TULLIO ASCARELLI, al afrontar el problema de la reconstrucción tipológica del título valor, ha negado a la voluntad negocial la idoneidad de crear títulos atípicos. Sin embargo, según este último autor, la nota definitoria de los títulos de crédito no es de naturaleza normativa, pues para la noción tipológica se debe estar a la realidad de las cosas: la cualidad del título de crédito es la idoneidad, reconocida por la Ley o los usos del comercio, para la circulación de los derechos incorporables a un documento. Esta opinión es seguida por numerosa doctrina: para unos, es la *coscienza collettiva* la que determina cuándo un documento está destinado a la incorporación (PELLIZZI); para otros, son las *obiettive esigenze commerciali* (CHIOMENTI) o la posibilidad socialmente reconocida de movilizar la riqueza inmovilizada (SPADA). Junto a la tipicidad legal existiría una suerte de tipicidad social, también con sus exigencias. Para MARIO LIBERTINI el dato de referencia objetivo para determinar la legitimidad de los títulos atípicos sería el ejercicio de una actividad constitutiva de empresa. En el bien entendido que el ejercicio de una actividad comercial podrá autorizar nuevas figuras de títulos valores cuando exista una causa justificada: la concurrencia de exigencias objetivas de particulares sectores de la actividad (industria, transporte, banca...) (PAVONE LA ROSA) (2).

(1) J. M.^a PIÑOL AGUADÉ. "Comanditarios y cuenta-partícipe", *RGD*, núm. 546, marzo 1990, págs. 1081 y sigs. Una Convención celebrada en Alghero, bajo los auspicios del Banco de Cerdeña, reunió en 1978 a profesores y financieros para tratar el tema de la emisión masiva de los títulos de créditos no tipificados legalmente. La importancia del movimiento era tan grande que en 1982 la Banca de Italia publicó un extenso informe sobre el particular y con el título "Recientes fenómenos de intermediación financiera con emisión de títulos atípicos".

(2) Sobre el problema de la emisión en masa de valores atípicos existe abundante bibliografía italiana. Sólo citaré la más conocida: GUGLIELMUCCI, C. MAGNANI y P. M. JOVENITTI: *I certificati di partecipazione*, Milano 1981; F. ASCARELLI: *Operazioni atipi-*

Como cuida de señalar la doctrina, muchas de las pretendidas fórmulas de tipicidad no son sino variaciones convencionales del contenido de valores típicos (caso de los préstamos subordinados, *prestiti postergati*) (3).

En el Derecho francés la evolución hacia un principio de libertad de emisión y de creación de valores atípicos es perfectamente advertible, y su exposición es un lugar común entre los mercantilistas.

Bajo el imperio de la Ley de 24 de julio de 1966 (art. 263.1 de la primitiva redacción), los valores mobiliarios comprendieron únicamente las acciones y las obligaciones. Una definición de uso corriente de valores mobiliarios era la de "títulos negociables representativos de los derechos de socio o de préstamos a largo plazo". La distinción, basada en un cuadro de derechos prototípicos atribuidos a los titulares de acciones y obligaciones, se manifestó pronto inadaptada por razón de la depreciación monetaria, apareciendo valores mobiliarios que para proteger al ahorrador concedían retribuciones no fijas, sino fluctuantes o variables.

Sin embargo, la crisis definitiva de la distinción ha sido fruto, de una parte, de la carencia financiera del Estado (que para financiar empresas nacionalizadas ha recurrido a valores híbridos y atípicos que no entrañaban pérdidas de control público de su gestión) y, de otra, de una política legislativa de protección al ahorro basada en la diversificación financiera y en el estímulo del robustecimiento o fortalecimiento de los fondos propios. El legislador francés ha creado primeros títulos a medio camino entre las obligaciones y las acciones; luego, ha regulado títulos distintos de los valores mobiliarios clásicos, y, por fin, ha consagrado el principio de libertad de creación de valores mobiliarios.

Esta evolución arranca de la Ley de 25 de febrero de 1953 reguladora de las obligaciones convertibles en acciones (4). La Ley de 26 de junio de

che di raccolta del risparmio, Firenze 1984; G. STASSANO: *Obbligazioni di società e titoli simili*, Milano 1986, págs. 141 y sigs.; A. STRADA: *I titoli "atipici" di mercato mobiliare. Nuovi modi per finanziare le imprese industriali*, Milano 1985; P. SPADA: *Dai titoli di credito atipici alle operazioni atipiche di raccolta del risparmio*, BBTC, 1986, págs. 13 y sigs.; G. PARLAMENTO: "Valore mobiliari atipici", en *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, vol. VII, Torino, 1987, págs. 1110 y sigs.; A. PAVONE LA ROSA: *Titoli "atipici" e libertà di emissione nell'ambito delle strutture organizzative della grande impresa*, Riv. della Società, 1982, págs. 705 y sigs.; LIBERTINI: *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano 1971, págs. 219 y sigs.; PELOSI: "Libertà di creazione di titoli di massa atipici", en *Studi in onore di C. Grassetti*, 1980, 1980, págs. 1405 y sigs.

(3) CAMPOBASSO: *I prestiti subordinati nel diritto italiano*, G. Comm. I, 1983, pág. 138; A. PAVONE LA ROSA: *Op. cit.*, págs. 720 y sigs.

(4) A. FRANCON: *Les types récents d'obligations dans les sociétés*, Rev. trim. Dr. Com., 1954, pág. 513; M. VASSEUR: *De la priorité reconnue aux actionnaires ayant renoncé à leur droit préférentiel de souscription en cas d'émission d'obligations convertibles*, JCP, 1974, I.2665; Y. SERRA: *Le droit de conversion des obligations convertibles à tout moment*, Rev. trim. Dr. Com., 1971, pág. 565.

1957 alumbra los llamados *certificats pétroliers* (5), antecedente de los títulos de participación. La Ley de 24 de julio de 1966, si bien reconocía tan sólo la existencia de dos categorías de valores mobiliarios (acciones y obligaciones), disciplinó las obligaciones canjeables contra acciones junto con las convertibles (6). La evolución se aceleró a partir de 1978 con las leyes de 13 de julio de 1978, 3 de enero de 1983 y 14 de diciembre de 1985.

La primera introdujo las acciones sin voto (*actions à dividende prioritaire sans droit de vote*); la segunda, los certificados de inversión y de derecho de voto, los títulos participativos y las obligaciones con *warrants* (*les certificats d'investissement et de droit de vote, les titres participatifs et les obligations avec bons de souscription d'actions*), y la tercera, los bonos de suscripción autónomos (*les bons de souscription autonomes*) (7).

La evolución se cierra con la Ley de 15 de diciembre de 1985 que establece en el artículo 339.1 un principio general de libertad de creación de valores mobiliarios representativos del capital social, lo que ha permitido la creación de acciones con *warrants* sobre obligaciones convertibles en acciones, obligaciones convertibles en certificados de inversión o de títulos participativos con *warrants* sobre acciones. Dos son los principios fundamentales que a modo de límites básicos deben ser respetados: el primero es el de reconocimiento a los accionistas de la emisora de un derecho de suscripción preferente de esos valores mobiliarios y, por fin, la prohibición de transformar los valores representativos del capital social en otros que incorporan créditos contra la sociedad (8).

En Derecho americano y británico siempre han existido unos esquemas institucionales de Derecho de sociedades y de intervención de mercados de valores mucho más flexibles. Como reconocen las normas francesas, muchos de los títulos antes mencionados tienen su antecedente inmediato en la práctica de los mercados de capitales anglosajones.

(5) J. V. RAULT: *Les certificats pétroliers*, Rev. trim. Dr. Com., 1957, pág. 843.

(6) R. DORATS DES MONTS: *Un titre intermédiaire entre l'action et l'obligation: l'obligation échangeable*, JCP, 1974-1975, I, pág. 1920.

(7) C. JAUFFRET-SPINOSI: *Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote*, Rev. Soc., 1979, pág. 25; J. GUYENOT: *Bons de souscription d'actions: les garanties des droits des titulaires de bons; les droits des titulaires des bons*, Gaz. Pal. 1986, 2. Doctr., págs. 458 y 461; A. COURTET: *La loi n. 85-1321 du 14 décembre 1985 modifiant diverses dispositions du droit des valeurs mobilières des titres de créances négociables, des sociétés et des opérations de bourse*, Bull. Mens. Inf. Soc., 1986, págs. 9 y 145; J. GUYENOT: *Les bons de souscription d'actions: brèves remarques sur les modifications apportées par la loi du 14 décembre 1985 à la loi du 3 janvier qui les institue*, Gaz. Pal., 1986, 2. Doc., pág. 645.

(8) Th. BONNEAU: *La diversification des valeurs mobilières: ses implications en droit des sociétés*, Rev. trim. Dr. Com., 1988, págs. 535-607; B. CORDIER: *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, Paris, 1989, *passim*.

En ambos Derechos la noción clave es la de *security* o, mejor, *investment security*.

En Norteamérica se contiene una amplísima y abigarrada definición de *security* a efectos de las normas de control de la transparencia de mercados (*securities regulations*) en la section 2(1) de la Securities Act de 1933. La "definición" es virtualmente idéntica a la contenida en la section 3(a)10 de la Securities Exchange Act de 1934, en la sección 2(a)36 de la Investment Company Act de 1940 o en muchas de las leyes de valores de los diferentes Estados. Durante la década de los setenta, el American Law Institute elaboró un "código federal" (Federal Securities Code) con el propósito de reemplazar las leyes existentes con anterioridad y uniformar su contenido. El Congreso de los Estados Unidos ha demostrado poco interés en considerar su promulgación positiva, pero sus reglas (contenidas en el artículo 8 del Uniform Commercial Code) han influido poderosamente el Derecho positivo (9).

Las cuestiones interpretativas sobre lo que sea un *investment security* se han centrado en la discusión sobre el carácter de valor mobiliario de ciertos activos financieros emitidos por entidades financieras y de seguros y en la "atipicidad".

Para la doctrina, el problema de la "atipicidad" se resuelve en discriminar: 1.º Qué decir de aquellas fórmulas de inversión que amparándose en la denominación consagrada por ciertos activos típicos (*stock, notes, debentures*, etc.) se separan de su contenido; 2.º Determinar si son valores ciertos activos financieros que incorporan derechos de participación en negocios a largo plazo (*profit-seeking undertakings*) y que no se representan o denominan en valores típicos.

La jurisprudencia ha sido eminentemente pragmática. El primer problema debe resolverse por un principio general sentado en un caso famoso ante el Tribunal Supremo [Supreme Court, *United Housing Foundation v. Forman*, 421 U.S. 837 (1975)]: "La forma debe ceder ante la sustancia (*form should be disregarded for substance*). Para calificar la existencia de un valor debe atenderse a la verdadera naturaleza jurídica y económica de la realidad incorporada o representada por el valor, prescindiendo, si necesario fuera, de la denominación dada por las partes. Atendiendo a esa verdadera naturaleza los Tribunales han ido examinando casuísticamente el problema de ciertos activos financieros de dudosa calificación, como los títulos participativos de entidades cooperativas (éste era el caso de la sentencia famosa), efectos de comercio, opciones y futuros, *investment*

(9) L. D. SODERQUIST: *Securities regulations*, New York, The Foundation Press, Inc., 1988, págs. 130 y sigs.; D. L. RATNER: *Securities regulation*, St. Paul, Minn., 1988, págs. 9 y sigs.; *Uniform Commercial Code 1987 Official Text with comments*, West Publishing Co., article 8, págs. 583 y sigs.

contracts, investment of money, common enterprise, etc. Es imposible entrar siquiera a describir las reglas (o *tests*) propuestos para la solución de los problemas concretos presentados.

En Derecho británico, la Ley de Sociedades (*Companies Act 1985*, reformada recientemente por la *Companies Act 1989*) ha proporcionado siempre un marco societario flexible para la emisión de valores. La Ley permite y ampara la emisión de obligaciones perpetuas (*perpetuals*), convertibles (*convertibles*), futuros y *warrants*, acciones rescatables, etc. La distinción entre *shares* (acciones) y *markatable loans, bonds* o *debentures* no es ni mucho menos rígida. La normativa sobre regulación del mercado de valores está contenida en la *Financial Services Act 1986*, basada en dos principios: el de transparencia (*public disclosure*) y el de autonomía de gestión (*self-regulation*). El concepto de valor es amplísimo, al modo americano (sch. 1 pt1), y comprende:

- a) Acciones y títulos de participación en el capital de las compañías (& 1).
- b) Obligaciones y demás títulos de deuda (*debenture, including debenture stock, loan stock and bonds*).
- c) *Warrants* y otros instrumentos que dan derecho a suscribir los valores antes mencionados (& 4).
- d) Certificados representativos de otros valores (& 5) (especialmente referido a certificados de depósito o *depository receipts*).

La Ley también define *ad exemplum* algunos valores concretos como los representativos de emisiones públicas (*local authority stocks, & 3*); los de participación en fondos de inversión (& 6); futuros financieros (& 8), y, en general, “derechos o intereses sobre cualquier cosa que sea “inversión” a los efectos de la Ley (& 11) (10).

En Derecho alemán existe una posición ciertamente peculiar. Parece existir una *communis opinio* entre la doctrina acerca de la existencia de un *numerus clausus* en lo que hace a valores mobiliarios. Mejor dicho, existe ese *numerus clausus* de títulos valores a la orden o al portador. Cualquier título nominativo directo tendrá su regulación común en la delegación (*Anweisung*) civil o mercantil.

Interesa detenerse aquí porque la influencia de la doctrina germana ha inducido a parte de nuestra doctrina a postular la importación de esas

(10) Una exposición sobre la *Financial Services Acts* en MAYSON, FRENCH y RYAN on *Company Law*, Blackstone Press Ltd., 1989-1990 edition, págs. 164 y sigs. También puede verse la obra clásica de sociedades, *Charlesworth's Company Law*, 13th ed. by Geoffrey Morse, Stevens, págs. 140 y sigs. Interesantes por la rica descripción de los mercados europeos y anglosajones de valores son las dos obras siguientes: J. WALMSLEY *The new financial instruments*, ed. Wiley, New York, 1988, y el más reciente de R. S. WILSON y F. J. FABOZZI: *The new corporate bond market*, Probus, Chicago 1990.

conclusiones en nuestro Derecho. Según HUECK-CANARIS (11), existe un *numerus clausus* de títulos a la orden porque el número de éstos no puede ampliarse por acuerdo de las partes. La razón estriba “en que los títulos a la orden se rigen por reglas similares en amplia medida a la de las cosas y, consiguientemente, participan también de la limitación de tipos propia de los derechos reales”. Creo que aquí está la clave de la argumentación, por otra parte seguida por GARRIGUES: la “cosificación” producida por la incorporación del derecho al título crea a modo de un derecho real inno-minado. Sin embargo, parece olvidarse que en nuestro Derecho la mejor doctrina sostiene un *numerus appartus* de derechos reales, con lo que esa argumentación pierde su fuerza.

La propia doctrina alemana se ve forzada a admitir la existencia de títulos a la orden “por analogía” (12) y a reconocer los riesgos de una interpretación rigurosa del *numerus clausus*. Prueba de eso último la suministra la emisión de pagarés a la orden en masa (pagarés de empresa) a la que se recurrió para evitar la autorización administrativa para la emisión de obligaciones. Fue necesario reformar el artículo 808 del BGB en 1984 para establecer que tales títulos a la orden, en los que se documentaba la obligación de pago de una suma de dinero, necesitarían autorización cuando fueran emitidos en serie (13). Por lo demás, el Derecho es flexible para la emisión de valores híbridos o atípicos similares a los existentes en otras legislaciones (obligaciones convertibles, acciones rescatables, certificados de participación, etc.).

El problema de la legalidad de títulos atípicos se planteó con los llamados bonos de participación o cédulas de disfrute en los Derechos alemán, austriaco, suizo o de Liechtenstein (en donde la regulación de los bonos de disfrute está calcada de la suiza). La legislación de sociedades de esos países, como la nuestra, conocía de la institución de los *bons de jouissance* o *genuss-scheine*. Eran valores que perseguían dos propósitos típicos: incorporar las ventajas reservadas a los fundadores o promotores o compensar los sacrificios de los titulares de acciones amortizadas (nuestras cédulas o bonos del fundador y los bonos de disfrute). Pronto, sin embargo, se utilizó la institución como instrumento financiero autónomo de captación de capitales de riego (el *bon de participation* o *bon de jouis-*

(11) C. A. HUECK y W. CANARIS: *Derechos de los títulos valor* (trad. esp., Ariel Derecho, Barcelona, 1988, págs. 31 y sigs.). También puede verse CANARIS en *Groskommentar. HGB*, art. 363, notas 63 y sigs. De esta opinión era GARRIGUES y, actualmente, CHULIÁ. Por contra, para EIZAGUIRRE (“Bases para una reelaboración de la teoría general de los títulos-valores”, *RDM*, núm. 163, 1982, págs. 7 y sigs.) la utilidad de una teoría general reside, entre otros motivos, en la posibilidad de integración de la disciplina de los títulos-valores atípicos.

(12) HUECK y CANARIS: *Op. cit.*, pág. 32.

(13) W. ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, 14 ed., Munich 1987, págs. 173 y sigs.

sance comme instrument de financement). De aquí la necesidad doctrinal de conciliar el *numerus clausus* de formas de financiación de una sociedad (acciones y obligaciones) con un nuevo tipo funcional de valor. Esta operación dogmática ha sido ensayada desde la perspectiva de la escuela del método tipológico o teoría de los tipos. El tipo se distingue de la noción general (*allgemeinbegriff*) por ser una asociación de elementos coordinados que se construye con un menor grado de abstracción. Toda institución jurídica está compuesta por su noción general y por el o los tipos que están vinculados a dicha noción general. El contenido del tipo (por ejemplo, sociedad anónima laboral) es más rico que la noción general (sociedad anónima) a la que se anuda. El elemento más importante de la noción general y del o de los tipos es su fin objetivo. El fin objetivo abstracto de la institución se distingue del o de sus fines típicos (igualmente objetivos) por su más alto grado de abstracción, que necesariamente engloba a éstos. En consideración al fin abstracto de la institución el legislador reglamenta la "situación normativa" (*normsituation*) en función de un modelo o tipo ideal (el *normativer Idealtypus* de LARENZ). La interpretación de la Ley, sin embargo, no debe limitarse a la simple reproducción del pensamiento del legislador, tal y como se desprende del fin o función de su tipo ideal. Hace falta igualmente tener en cuenta la práctica de los negocios o la realidad social a la que se aplica la norma, pues puede utilizarse la institución con un fin diferente de su fin típico, que fue el contemplado por el legislador. Por la persecución constante de un fin nuevo diferente del propio tipo ideal, pueden aparecer nuevos tipos de la misma institución. Este tipo real o empírico de la institución —por opuesto al tipo ideal— procede esencialmente de una concepción nueva en lo que hace a la situación normativa. En la medida que el fin del tipo real o empírico es compatible o conciliable no solamente con el fin de su tipo ideal, sino también con el fin abstracto de la institución, puede decirse que el o los tipos reales acceden al nivel de "tipo normativo" (*gesetzestyp*). Estas conclusiones son aplicables a los nuevos tipos funcionales de valores. Existe una relación innegable entre el principio de *numerus clausus* y el tipo o tipos de la institución de que se trate. En su forma absoluta el *numerus clausus* excluye necesariamente la libertad de dar contenido o aspecto autonormativo de la autonomía de la voluntad. En la "fijación legal del tipo" (*gesetzliche typfixierung*) el *numerus apertus* excluye absolutamente toda práctica tendente a crear uno o varios tipos reales de la institución: el legislador eleva el tipo ideal de la institución al rango de *ius cogens*. Existe otro nivel menos restrictivo de *numerus clausus*. En la "limitación legal de tipos" (*gesetzliche Typenbeschränkung*) sería posible la creación de uno o varios tipos reales dentro del principio de *numerus clausus*, siempre que la libertad de dar contenido propia de la autonomía de la voluntad no engendre

tipos reales incompatibles con el tipo ideal de la institución. El fin que salvaguarda el *numerus clausus* sería el del respeto a la pureza de tipos según Jäggi, "reinerhaltung des typus". Así, el bono de participación no persigue la finalidad contemplada por el legislador (retribución de fundadores o compensación de accionistas cuyas acciones se amortizan), pues se quiere como medio de captar capitales de riesgos retributivos mediante una participación en beneficios. Sin embargo, este tipo real será lícito siempre que sean salvaguardados los derechos de los titulares de los diversos intereses en juego (accionistas, tenedores de bonos de disfrute, etc.). Los mismos principios podrían aplicarse a otros valores "atípicos": por ejemplo, la acción rescatable. El tipo ideal es aquel en que la acción tiene una duración indeterminada; sin embargo, puede ser posible el tipo real de acción rescatable si se respetan los intereses en juego y se respeta la pureza normativa del tipo (14).

LA ATIPICIDAD EN NUESTRO SISTEMA

La atipicidad en el marco del Derecho de valores significa la existencia de ciertos valores respecto de los cuales el ordenamiento no predispone un determinado régimen jurídico "típico". El problema de la atipicidad se resuelve en contestar a dos preguntas: 1.^a ¿Son posibles valores mobiliarios atípicos?, y 2.^a ¿En caso de que el Derecho los admita, cuál será su régimen jurídico propio?

El punto de partida de esta discusión es el examen de la suficiencia de la cobertura del principio de autonomía de la voluntad, quizá el elemento estructural más importante de todo nuestro Derecho privado. El tema que nos ocupa se traduce en la confrontación de dos principios generales: el citado de autonomía de la voluntad y el de seguridad jurídica (15).

(14) Una exposición general sobre el problema de la tipicidad de los valores puede encontrarse en P. HENGGELE: *Le bon de participation*, Genève 1971, págs. 89 y sigs. Puede verse también sobre el *numerus clausus* y en contra de la posibilidad del *bon de participation*; H. WEBER "Aktie-Genusschein-Partizipationschein", en la revista *NZZ*, núm. 1675, 26 abril 1963. En el libro de HENGGELE se puede encontrar una abundante bibliografía sobre el tema de los tipos funcionales y la libertad de contratar, así como una somera exposición del llamado método tipológico.

(15) HENGGELE: *Op. cit.*, pág. 111. El principio de seguridad jurídica —solemnemente proclamado en el art. 9 de la Constitución— estaría salvaguardado por la limitación legal de tipos. La invocación del principio de seguridad jurídica es un lugar común en todo estudio sobre tipicidad y autonomía de la voluntad: *vid.*, por ejemplo, en sede de derechos reales, por todos, DÍEZ-PICAZO: "Autonomía privada y derechos reales", en *Libro-homenaje a Roca Sastre*, II, 1977, págs. 299 y sigs., y en *RCDI*, 1976, págs. 273 y sigs. En sede de contratos de financiación puede verse R. GARCÍA VILLAVARDE: "Tipicidad contractual y contratos de financiación", en *Nuevas entidades*,

El principio de autonomía se desglosa en dos niveles o componentes, frente a los cuales el de seguridad jurídica puede alzar barreras o restricciones que se traducen en un *numerus clausus* de tipos. Uno de aquellos componentes o niveles de la autonomía de la voluntad es la libertad de convenir o contratar (*Abschlussfreiheit* en la doctrina germana) y el otro la libertad de conformar el contenido de la relación jurídica (*inhaltliche Gestaltungsfreiheit*) (16). Existe un *numerus clausus* de tipos cuando el sistema imponga una restricción legal a la libertad de convenir: las partes quedan obligadas a elegir una convención, que deviene institución, de entre las reguladas por la Ley. Por ejemplo, en sede de sociedades, es dudoso que los particulares no puedan adoptar formas (tipos) sociales distintos de los establecidos por el legislador. Se dice que el sistema es de “fijación legal de tipos” cuando la restricción a la autonomía de la voluntad es más rigurosa: queda excluida la licitud de la libre determinación del contenido del tipo.

En lo que hace a valores, es evidente que nuestro sistema no es de los de “fijación legal de tipos”. Es lícita la conformación del contenido de la relación jurídica incorporada a un valor, siempre que se respete la pureza de los tipos. Tratándose de acciones, ello se deduce, con toda claridad, del artículo 48.1 LSA en relación al artículo 10 del mismo texto legal: es posible determinar el contenido de derechos-obligaciones del accionista siempre que se respete el *minimum legal* y los “principios configuradores de la sociedad anónima”. Y en lo que se refiere a obligaciones y “otros títulos que reconocen o creen una deuda”, el contrato de emisión debe tener y respetar un contenido mínimo, pero en lo demás se estará a lo que se fije en las “condiciones de emisión” del acuerdo y en los estatutos (art. 283 LSA).

En cuanto a la posible existencia de un *numerus clausus* de tipo de valores, existen poderosas razones en contra:

1. Si el problema lo centramos en los títulos al portador (que son los que, como en todo Derecho comparado, presentan más problemas de tipicidad), es evidente que por la incorporación del derecho al valor emitido se produce una cierta “cosificación”, en tanto que sujeta su circulación a las reglas de la de los bienes muebles. Por la simple entrega al tenedor

figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, Civitas, Madrid 1990, págs. 3 y sigs. Para el estudio de la tipicidad de sociedad sigue siendo indispensable FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. *La atipicidad en derecho de sociedades*, Zaragoza 1977.

(16) En palabras de Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, I, 4.ª ed., Madrid 1981, pág. 388), el “gobierno individual de las relaciones jurídicas en que el individuo toma parte se desarrolla en un doble sentido: a) es un poder de constitución de relaciones jurídicas; b) es un poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas”.

de buena fe se transmite la propiedad del valor sin necesidad de cumplir las reglas de la cesión ordinaria de créditos (art. 545 CCom). Esta cosificación no contraviene ningún *numerus clausus* de derechos reales (como señalaba GARRIGUES o HUECK Y CANARIS) por la sencilla razón de que tal principio no existe en nuestro Derecho de cosas.

2. Se suele afirmar que las reglas de circulación de bienes y derechos son de orden público e imperativas. Precisamente la incorporación de derechos a valores es lo que permite cumplir con su vocación de circulación o negociabilidad. La seguridad jurídica vela por la protección de la apariencia (se protege al tenedor de buena fe del valor de un modo similar a como se protege al adquirente de mercaderías —art. 85 CCom— o al poseedor de bienes muebles adquiridos de buena fe, *ex art.* 464 CC). En sede de valores, la seguridad de la circulación —publicidad, transparencia y definición previas, *ex art.* 29 LMV; verificación o control públicos de la emisión, *ex arts.* 25 y sigs. LMV— es conciliable con el principio general de *libertad de emisión* (arts. 25 y 29 LMV) (17).

3. Se suele afirmar que los intereses en juego en la circulación de los valores al portador no permiten la creación de otros atípicos: la incorporación produce necesariamente una restricción de excepciones que no resultan del título (las “extracartáreas”), que no pueden ser invocadas por el deudor-emisor ni por el tercero acreedor (poseedor). Este argumento puede valer para los títulos en que se opera una abstracción material —no creo que sea posible en nuestro Derecho la creación de otros negocios abstractos documentados en títulos distintos de los legales—, pero no se sostiene cuando hablamos de títulos de insuficiente o incompleta literalidad. En estos últimos es necesaria una referencia —títulos *per relationem*— causal necesaria al negocio subyacente de emisión cuyo contenido no agota al tenor literal del documento. El rigor de la abstracción causal explica el rigor formal de los instrumentos cambiarios, rigor formal del que está ausente la regulación de los valores emitidos en masa (las obligaciones “u otros títulos”, *ex art.* 282 LSA, con independencia “de la fórmula de instrumentación jurídica”, según señala la Exposición de Motivos de la LMV). El sencillo juego de intereses que se ventilan en los efectos de comercio (emisor, tenedor, endosantes, etc.) contrasta con el marco mucho

(17) El principio de libertad de emisión de valores es tradicional en nuestro Derecho mercantil desde la promulgación del Código de Comercio. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Código que ALONSO MARTÍNEZ remitió a las Cortes el 18 de mayo de 1882 se decía que la publicidad (e.d. la inscripción en el Registro Mercantil de la emisión de valores) “contribuirá seguramente a contener, dentro de sus justos y prudentes límites, la amplia libertad que el Proyecto concede a la iniciativa individual (...) para la emisión de valores, sin perjudicar los intereses del público y sin embarazar con medidas gubernativas las esferas de acción de cada uno” (este último aserto hacía referencia al sistema anterior de autorización previa a la emisión).

más complejo de intereses propio de los valores mobiliarios (los propios socios de la entidad inversora, los acreedores de ésta, el público inversor potencial en su conjunto, etc.) (18).

En conclusión, parece posible la creación de valores en masa atípicos (*títulos de inversión*) en el marco del Derecho de la empresa (art. 547.4 CCom). La causa subyacente a estos títulos de inversión —como títulos “causales”— es el negocio de financiación empresarial mediante el recurso público al ahorro.

Se presupone la calificación de valor como *a priori* lógico a la pregunta sobre su tipicidad. En Derecho comparado, y en nuestro propio sistema, existen unas notas caracterizadoras del concepto valor: sólo si se cumplen esas notas podrá haber un valor típico o atípico.

En nuestra Patria, sólo recientemente la categoría de “valor” o “valor mobiliario” ha recibido consagración normativa. La Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 construye un ámbito de aplicación sobre dos conceptos angulares, cuya definición no intenta: la negociabilidad y la agrupación en emisiones.

Por “negociabilidad” quiere decirse algo distinto a “transmisibilidad” —en principio, todos los derechos “que no estén excluidos del comercio de los hombres” son transmisibles—: su aptitud o idoneidad de negociación o de transmisión ágil en mercados organizados y profesionalizados y sin atender a las circunstancias personales, sino a los términos económicos de las transacciones. El tamaño del mercado secundario o su misma existencia son cuestiones accidentales.

En cuanto a su agrupación en emisiones, se nos dice (en la Exposición de Motivos de la Ley) que se ha abandonado la expresión de “emitidos en serie” para permitir que se incluyan en una emisión activos financieros *homogéneos* (o suficientemente homogéneos en los términos que reglamentariamente se establezca). Es este rasgo, el de “emisión en masa, el que permite distinguir los valores de otros derechos negociables (típicamente de los efectos de comercio). Como señala la doctrina —OTERO LASTRES, CHULIÁ...—, la declaración de voluntad representada (mejor que incorpo-

(18) El fenómeno de la restricción o “inoponibilidad de excepciones” (Einreden-Einwendungsausschluss en Derecho alemán de valores) es descrito mediante el recurso a la calificación de los títulos como “títulos jurídico-escriturarios” o, empleando las expresiones de “literalidad”, “autonomía” o “abstracción”, de los derechos incorporados. De cualquier modo que sea, los llamados por su función económica “títulos de inversión”, tienen una muy pobre literalidad por la dependencia a la relación causal subyacente (contrato de emisión). Sobre el particular puede verse, en sentido coincidente, EIZAGUIRRE: *Op. cit.*, págs. 58 y sigs.; HUECK y CANARIS. *Op. cit.*, págs. 276 y sigs.; J. M. OTERO LASTRES. “Reflexiones sobre la aplicabilidad de los artículos 111 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas a los pagarés de empresa”, *Revista la Ley*, núm. 1148, 8 marzo 1985.

rada o documentada) en los valores es única e inescindible para toda la emisión. Los efectos de comercio son emitidos de manera singular y aislada. En los primeros existe vinculación causal con el contrato o negocio de emisión, siendo la literalidad insuficiente, como vimos. En los segundos es posible la abstracción causal y la literosuficiencia. Desde la perspectiva económica, los valores son instrumentos de inversión económica o de especulación —instrumentos del mercado de capitales o a largo plazo— y no funciona normalmente como medios de pago, a diferencia de los efectos de comercio (art. 1.170 CC).

Es difícil precisar en qué consiste esa negociabilidad [susceptibilidad de negociación] y agrupación en emisiones, notas legales definitivas de valor. El propio legislador remite a un desarrollo legislativo posterior.

Lo cierto es que existen ciertos derechos, situaciones o relaciones jurídicas que no puede “movilizarse” merced a su incorporación a un valor (lo que produce su “objetivación” y, para algunos, su “cosificación”: se convierten en una cosa). Entonces no estaremos ante un problema de tipicidad, sino de falta de idoneidad.

Esta falta de idoneidad en algunos casos tiene su causa en una expresa prohibición legal: el conjunto de derechos y obligaciones que se integran en la posición de socio de una sociedad de responsabilidad limitada no puede representarse mediante un valor negociable, pues las participaciones “no podrán incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones” (art. 1 LSRL). Existen otros casos en que, aun a falta de prohibición legal esa inidoneidad, se impone por existir ausencia de negociabilidad. Por la propia configuración jurídica, ciertos derechos “sufren” una negociabilidad restringida o en la que son relevantes las condiciones personales de los interesados o debe producirse dicha negociación según “ley de circulación” que impide que las leyes del mercado fijen su precio y cantidad en tráfico generalizado e impersonal.

Siguiendo con el ejemplo de posibles derechos corporativos o asociativos, se debe afirmar la imposibilidad de “movilización” de los derechos de asociado en una sociedad civil o en sociedad mercantil personalista; o la incorporación de la condición de comunero a un valor... Tampoco pueden incorporarse a valores las fracciones representativas del capital de cooperativas o las cuotas en que divide el capital de una sociedad de garantía recíproca.

La razón es evidente: la circulación de esos derechos (posiciones jurídicas) no puede producirse en circunstancias compatibles con la negociabilidad exigida a los valores. Así, el socio de una civil necesita del consentimiento de sus asociados para transmitir su condición de socio, no siendo irrelevantes las cualidades personales de éstos.

En otros casos, la falta de idoneidad es debida a la no agrupación en

emisiones (no homogeneidad); lo que, por ejemplo, impide la calificación de valores aplicada a letras, certificados de depósito, pagarés y demás instrumentos cambiarios cuando no se deba la emisión a una causa única, sino a una multiplicidad de libramientos singularizados.

Suponiendo que estemos ante un derecho, situación o relación jurídica idóneas, ¿qué decir de su atipicidad? El Derecho comparado nos muestra la existencia de dos ramas del saber jurídico que corren paralelas, pero con un ámbito de aplicación diverso (19): el Derecho del mercado de valores y el Derecho de sociedades. En el Derecho del mercado de valores o de capitales no se da en puridad del problema de tipicidad, puesto que las leyes reguladoras de ordenación de esos mercados no contienen ámbito competencial (de organismos rectores y de aplicación de ese sistema de protección a inversores) determinado por un elenco de causas típicas de emisión de valores. Al contrario, existen enumeraciones (generalmente abigarradas) de lo que sean “valores”, nunca exhaustivas y siempre con una cláusula general de cierre referida a “cualesquiera otros valores”.

El problema surge cuando se confronta esa normativa con la procedente del Derecho mercantil, y especialmente con la propia del Derecho de sociedades: surgen ciertos “valores” a los cuales se aplicarán las normas sobre disciplina de mercados primarios y secundarios, respecto de los cuales la normativa societaria es insuficiente. Esta insuficiencia puede ser total o parcial. Es muy difícil que existan valores absolutamente atípicos (el *warrant* en nuestro Derecho lo sería, por ejemplo), pero sí es más frecuente que se “inventen” valores cuyo contenido de derechos no corresponde exactamente al de los valores típicos.

En la doctrina italiana, PELLIZZI habla de valores “nominados”, “socialmente típicos” o “absolutamente atípicos”, según que su disciplina particular sea la establecida por la Ley, por los usos del tráfico o por la voluntad del creador.

En todos los ordenamientos en los que el mercado de valores se disciplina por una legislación especial se utiliza un criterio pragmático y amplio de “descripción” de valor. Ninguno se ha inclinado por un *numerus clausus*, por la sencilla razón de que la realidad ha demostrado lo fácil que es disfrazar una configuración típica para escapar a las normas imperativas de control. Los primeros interesados en defender un criterio “abierto” de

(19) Como señala EMBIDIRUJO en *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, Ministerio de Justicia, Madrid 1987, pág. 122, “el Derecho de sociedades se ocupa de la tutela del socio en cuanto elemento integrado en una organización corporativa, con la finalidad de reforzar los poderes de participación o control del mismo en aquélla, en tanto el Derecho del mercado de valores pretende captar la dimensión puramente inversora de alguien que es socio con la única finalidad de obtener un rendimiento económico elevado, desentendiéndose a la vez del funcionamiento interno de la sociedad de que forma parte”.

descripción son las propias instituciones encargadas de la supervisión y vigilancia de los mercados.

Pero es que además, desde la perspectiva sustantiva o mercantil, no es posible olvidar el principio de autonomía de la voluntad que informa muchos ordenamientos (el nuestro, evidentemente, también) y su correlativo principio en el marco del Derecho de valores: el de la libertad de emisión. Es muy significativo que, por ejemplo, en ordenamientos donde existe *numerus clausus* (el alemán tratándose de derechos reales) la doctrina contraria a la atipicidad es muy fuerte. En nuestro Derecho de contratos y en nuestro Derecho de cosas rige la autonomía de la voluntad. Sin desconocer la trascendencia de la tipicidad, nadie discute la posibilidad de comerciantes “atípicos” y hasta de sociedades “atípicas”, ¿cómo cerrarnos a la posibilidad de valores atípicos? Es evidente que sólo del silencio no puede inducirse una prohibición contraria a nuestros principios generales.

No nos engañemos, el problema de la tipicidad no es tanto el de la posibilidad o no de la existencia de valores atípicos como el de los límites a su creación. La realidad financiera demuestra que la innovación y diversificación de productos negociables no puede reconducirse automáticamente a unos pocos tipos legales. No se puede cerrar los ojos ante un fenómeno creciente combinado de *securitisation* (movilización de créditos o derechos mediante su incorporación a valores fungibles susceptibles de cotización en mercados organizados), desregulación o liberalización financiera y diversificación (innovación financiera).

El emisor deberá, por supuesto, ajustar su conducta a los requisitos de intervención en los mercados primarios y secundarios. Deberá también dar publicidad a sus emisiones por los medios establecidos, particularmente mediante la inscripción en el Registro Mercantil.

El contenido “atípico” del valor —lo que ocurre por carecer éste de un régimen jurídico propio o por implicar dicho régimen variaciones sobre el típico de un valor de referencia— debe quedar perfectamente determinado, quedando fuera de la libertad de creación la emisión de “monstruos” en cuya configuración no se respeten los principios configuradores de los valores típicos (acciones a interés, acciones sin voto no privilegiados, obligaciones con voto, etc.).

Lo cierto es que los recelos que puede suscitar la emisión de valores atípicos ceden frente a controles de legalidad rigurosos: el de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el del Registro Mercantil. Dichos controles impedirán que mediante la creación de valores atípicos se alteren las normas de procedimiento de ejecución de imperativo cumplimiento o las también imperativas relativas a situaciones concursales, o se contravenga el privilegio de emisión de papel moneda que ostenta el Banco de España, etc.

TIPOLOGIA DE VALORES ATIPICOS

Es ilusorio pretender encerrar todo el dominio de la atipicidad en los esquemas de unos tipos doctrinales. Eso sería tanto como reconvertir lo atípico en típico. Si estudio la tipología de valores atípicos es porque mi intención es modesta: presentar, sin ánimo exhaustivo, algunos de esos valores atípicos y enumerar las causas más frecuentes de atipicidad.

En Derecho francés la atipicidad se estudia como consecuencia de la diversificación financiera resultado de la política legislativa de protección al ahorro y estímulo al robustecimiento de los fondos propios que han concluido en la afirmación del principio de libertad de emisión. La doctrina, al amparo de las recientes novedades legislativas, no duda en hablar de crisis de las nociones tradicionales: crisis de la distinción de obligaciones/acciones; crisis de la noción clásica de capital social.

Desde la perspectiva de los recursos propios, la doctrina propone la siguiente clasificación:

- 1) El capital y los recursos propios típicos.
- 2) El capital potencial, en potencia o diferido (*capital en puissance, capital potentiel ou différé*).
- 3) El capital mudo (*capital muet; le verrouillage du capital*).
- 4) El "quasi-capital".

Dentro de la segunda categoría se incluirán aquellos valores a que se refiere el artículo 339.1 de la Ley de Sociedades según redacción de la Ley de 14 de diciembre de 1985: valores que den "derecho por conversión, cambio, reembolso, presentación de un bono o de cualquier otro modo a la atribución en cualquier momento o en fecha fija de títulos que, a este fin, son o serán emitidos en representación de una parte alícuota de capital de la sociedad emisora". Aquí estarían comprendidas, e incluirían las obligaciones convertibles o canjeables, las obligaciones con *warrants*, los bonos de suscripciones autónomos, etc. En todos ellos existe una posición jurídica provisional o interina que se traduce en una expectativa a convertirse en accionista pleno en tiempo futuro o bajo ciertas condiciones preestablecidas. Dicha posición jurídica recibe una protección o tutela frente a actos sociales que la pueden vulnerar o desmerecer.

Por "capital mudo" se quiere expresar aquellos valores representativos de aportación de riesgo (fondos propios) en los que faltan las prerrogativas propias de la participación en el gobierno de la receptora de fondos (típicamente, el voto). Aquí se incluyen dos categorías: la de acciones sin voto en donde la amputación es sólo provisional o condicional y compensada con privilegios propios de acciones preferentes, y las de los certificados de inversión resultantes de la escisión del contenido de derechos de una

acción en dos valores (*certificat de investment et de droit de vote*) en donde la amputación del voto es definitiva y sin contrapartida.

En la última categoría se incluyen aquellos valores de difícil concepción dogmática en los que no se da la circunstancia de representar parte alícuota de capital (a diferencia del *capital muet*), pero en los que se reproducen características propias del capital riesgo: obligaciones “perpetuas”, títulos de participación, obligaciones subordinadas...

La doctrina francesa explica la aparatosa diversificación de los valores como consecuencia de una crisis de la noción de “capital” resultante de la tensión entre dos fuerzas de signo contrario: por una parte, ciertos valores representativos del capital sufren la amputación de sus prerrogativas clásicas; por otra, valores no representativos del capital aspiran a una asimilación al mismo mediante la “simulación” económica de sus características.

En gran medida toda esa proliferación de fórmulas de incorporación a valores sería consecuencia de la pérdida de importancia de una de las dos funciones asignadas tradicionalmente al capital y la correlativa trascendencia adquirida por la otra. Según la doctrina clásica, los papeles (*roles*) o funciones del capital son de dos órdenes: en primer lugar, la función de garantía de acreedores (*fonction de gage des créanciers*), y en segundo lugar, el mecanismo de reparto de derechos y de poder en el seno de la sociedad (*source de droit et de pouvoir dans une société*). En la medida en que se dan cauces instrumentales al “accionariado inversor” (ese accionista no interesado en inmiscuirse en el gobierno y gestión sociales) surgen otros valores no representativos del capital que aspiran en un deseo convergente a reforzar la dotación del capital de riesgo.

A una situación muy similar llega la práctica financiera y la doctrina en las legislaciones anglosajonas. Muy preocupadas por la solvencia de las compañías y por la infracapitalización (no olvidemos que en ese caldo de cultivo es en donde se aclimatan las doctrinas sobre “levantamiento del velo”) se postula el principio de predominio de la sustancia —la realidad económica y financiera— sobre la vestidura nominal o jurídica. De modo muy pragmático se habla de la “calidad” de los recursos propios: existen ciertos valores que merecen ser calificados de capital de primera calidad (*tier one* o *primary capital*) y otros recursos instrumentales en valores cuya aptitud para la cobertura de riesgos y pérdidas es menor, pero en los que no faltan riesgos propios de ese capital. Aquí estarían en movimiento “descendiente” aquellos valores representativos del capital, pero con mala calidad (las acciones rescatables, las acciones con dividendo fijo o con interés acumulable), o en sentido “ascendente” los títulos de deuda que aspiran a merecer la calificación de propios (p. ej., la financiación subordinada). Esto último no es sino una consecuencia (un simple corolario

lógico) del principio antes indicado: si para evitar la infracapitalización "nominal" no pueden pretender ciertas aportaciones de capital de riesgo disfrazarse como capitales de crédito, en sentido inverso ciertas aportaciones de crédito pueden merecer la consideración de capital de riesgo.

Ese pragmatismo anglosajón es el triunfante en toda la normativa internacional sobre recursos propios que termina por reconocer la existencia de "híbridos".

Propongo la siguiente tipología en atención a la razón o causa de la atipicidad: 1) Atipicidad por acumulación o yuxtaposición de valores; 2) Atipicidad por desintegración o fragmentación; 3) Atipicidad por la forma de instrumentación; 4) Híbridos financieros (valores atípicos, mixtos o complejos).

Trataré brevemente de estas categorías:

1) *Valores atípicos por acumulación o yuxtaposición ("units")*

Una forma bien estudiada de atipicidad contractual es la que consiste en la acumulación o yuxtaposición de varias figuras de contratos típicos en un solo negocio jurídico para "alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o pretenden". Se habla entonces de "contratos coligados o unidos" (20).

En los mercados americanos y europeos de euro-obligaciones es relativamente frecuente este fenómeno, recibiendo el "paquete" de valores emitidos conjuntamente la denominación de *unit* (21).

Para que exista un valor complejo de este tipo es necesaria la agrupación de varios valores en una sola emisión para su suscripción conjunta.

Los valores son distintos o de heterogéneo contenido, lo que no impide que sean de la misma categoría: acciones ordinarias y acciones preferentes sin voto, por ejemplo; obligaciones simples y obligaciones convertibles... Lo más frecuente es la unión de categorías distintas de valores: "paquetes" de acciones y obligaciones, y acciones/obligaciones con opciones (*warrants*).

(20) Puede verse R. GARCÍA VILLAVERDE: *Op. cit.*, pág. 13; JORDANO BAREA: "Los contratos atípicos", en *RGLJ*, 1953, II, pág. 51, y "Contratos mixtos y unión de contratos", en *ADC*, págs. 321 y sigs.; CASTRO LUCINI: "Los negocios jurídicos atípicos", en *RDN*, núms. 85-86, pág. 7. De la doctrina extranjera sólo citaré a FUBINI: *Contribución al estudio de los contratos complejos (mixtos)*, traducida al español por la RDP, Madrid, 1931.

(21) J. BEGASSE DE DHAEN: "Les obligations convertibles", en *Hommage à Leon Graulich*, Faculté de Droit de Liège, 1957, pág. 522. Citado por L. DE ANGULO RODRÍGUEZ: *La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones*, 1968, págs. 37; J. BEGASSE DE DHAEN: "Tipos y cláusulas especiales en la financiación mediante emisión de obligaciones", *RDF*, 1973

La agrupación debe de producirse en una emisión con causa única y para la suscripción conjunta. La heterogeneidad esencial de los valores agrupados parece contradecir la necesaria homogeneidad dentro de las emisiones requerida por la legislación del mercado de valores. Como es sabido, la LMV predica una homogeneidad (no igualdad) de los valores integrados en la emisión. Esta homogeneidad, por ejemplo, no existe si se pretende la agrupación en una emisión de 1.000 acciones y 3.000 obligaciones. Cosa distinta es cuando cada “paquete” (p. ej., de una acción y de tres obligaciones) se considera un valor homogéneo a los otros valores emitidos (otros paquetes de acción y tres obligaciones). Se respeta la homogeneidad de la emisión porque homogéneos son entre sí los conjuntos de valores (proceden de un mismo emisor, atribuyen el mismo contenido complejo de derechos y obligaciones, tienen misma causa negocial).

La suscripción conjunta no implica una necesaria negociabilidad simultánea. Generalmente, lo contrario: una vez suscritos, los valores dentro de cada paquete circulan de modo independiente. Así, las acciones se transmiten por los medios habituales y las obligaciones se amortizan cuando transcurren los plazos de caducidad; los *warrants* normalmente se escinden del valor anfitrión para su negociabilidad separada, etc.

La razón económica que justifica una distribución y colocación “en paquetes” es evidente: el “*marketing* financiero” señala que es más fácil colocar productos impopulares (por sus condiciones, retribución, por el mercado donde se negocian...), pero que interesan a la compañía (por ejemplo, para mantener su proporción de recursos propios/ajenos y no empeorar el “*ratio* de endeudamiento”...) si se venden juntamente con otros más populares que hacen atractiva la inversión. En el supuesto más frecuente de todos, el de “valor más *warrant*”, el bono de suscripción funciona como un “plus” o prima de emisión que hace más atractiva la adquisición del valor anfitrión.

¿Es posible la emisión de conjuntos de valores en nuestro Derecho? Ya veremos cómo nada obsta a la emisión de valores con bonos de suscripción (*warrants*); en cuanto a los demás conjuntos, en principio y a falta de regulación positiva sobre la “homogeneidad” dentro de las emisiones, me inclino por una solución afirmativa con reservas. La exigencia de una suscripción conjunta puede suponer un fraude al derecho de suscripción del accionista (por ejemplo, si para suscribir una acción se le exige además suscribir un número y valor desproporcionadamente injustificado de obligaciones); pero esto ocurrirá también cuando se emiten acciones con fuerte prima de emisión y no puede siempre defenderse que exista una traba injusta al derecho de suscripción.

2. ATIPICIDAD POR DESINTEGRACIÓN O FRAGMENTACIÓN

En estos casos sucede lo contrario de lo anteriormente descrito: nacen valores de la fragmentación del contenido de otros valores originarios.

Conviene precisar que estamos ante un caso distinto del de valores a los que se amputa alguna de las facultades típicamente inherentes a su contenido: por ejemplo, las acciones sin voto. En las acciones sin voto no existe una fragmentación tal. Puede hablarse de híbrido financiero, pero no de valor atípico por descomposición.

El fenómeno que describiremos consiste en la división de un valor en varios valores fragmentados que se distribuyen el contenido originario de derechos y obligaciones integrantes de la primitiva posición jurídica. Supongamos una acción con un contenido típico de derechos (art. 48 LSA): el procedimiento consistiría en su multiplicación. De cada valor “pueden salir” dos valores: una “acción” con derechos exclusivamente patrimoniales y otra “acción” con derechos de voto.

Conviene anticipar aquí que la “segregación” del derecho de suscripción preferente *no* puede explicarse como una desmembración o desdoblamiento, por lo que no puede servir de ejemplo de lo que expongo (22).

Una multiplicación por división ocurriría, por ejemplo, si fuera posible “desintegrar” la acción para dar luz a un valor en usufructo y otro en nuda propiedad; o varios valores representativos de cuotas de la acción. Sin embargo, esta fragmentación de la acción choca con un obstáculo insalvable. Según precepto común al Derecho de sociedades de capital, “las acciones son indivisibles” (art. 66 LSA). Es éste un “principio configurador de la sociedad anónima” (art. 10 LSA): el contenido de derechos de cada acción (art. 48 LSA) se predica *in integrum* y de modo indivisible, cualquiera que sea el número de titulares o la organización de la cotitularidad.

Una interesante excepción a este principio encontramos en el Derecho francés. Ya es significativo que fuera preferentemente francesa la doctrina que defendía la concepción del derecho de suscripción como una fragmentación de la acción.

Inspirándose en el modelo de los “certificados petrolíferos” (*certificats pétroliers*) creados en 1957, la Ley de 3 de enero de 1983, completada por el Decreto de 2 de mayo de 1983 (Ley de 1966, art. 283.1 nuevo y Decreto 1967, arts. 169.1 y sigs. nuevos) ha permitido la emisión de un nuevo producto financiero resultante de la división de los derechos inherentes a la acción en dos títulos diferentes: al certificado de inversión (*certificat d'investissement*) corresponden los derechos pecuniarios o económicos, y

(22) A. SÁNCHEZ ANDRÉS: *El derecho de suscripción preferente del accionista*, 2.^a ed., Madrid 1990, págs. 147 y sigs.

al certificado de derecho de voto (*certificat de droit de vote*), los políticos. El objetivo declarado de esta innovación es el aseguramiento de la disociación de riesgos y de poder, lo que permite a las empresas públicas o privadas procurarse fondos propios sin modificar el equilibrio de fuerzas dentro de la sociedad. El destinatario típico son las empresas públicas (23): el Estado puede mantener el control de las nacionalizaciones y ganar liquidez con la sola enajenación de sus derechos económicos. La solución adoptada es aún más radical que la ofrecida por el legislador de 1978 consistente en la admisión de acciones privilegiadas sin derecho a voto (*actions à dividende prioritaire sans droit de vote*).

Cualesquiera sociedades por acciones (públicas o privadas, coticen o no en Bolsa) pueden emitir certificados de inversión, pero sólo hasta el 25 por 100 del capital social y con ocasión de un aumento de capital o por la transformación y división de las acciones ya existentes.

Los certificados de inversión representan los derechos patrimoniales: derecho a percibir dividendos, reservas y primas de emisión, así como a la cuota de liquidación. Además, gozan de un derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevos certificados de inversión con aportaciones dinerarias; los correspondientes a los certificados de voto son atribuidos en proporción a los titulares de acciones ordinarias y de certificados de derecho de voto. Para proteger su posición patrimonial se les confieren ciertos derechos extrapatrimoniales de información.

Los certificados de inversión son libremente transmisibles e incluso susceptibles de usufructo. Por contra, los titulares de certificados de voto no puede transmitirlos salvo en los casos de sucesión, donación o disolución de comunidades matrimoniales o en el de cesión conjunta con el de inversión, en cuyo caso se habla de "acción reconstituida" (*action reconstituée*, art. 283.1).

Tratándose de créditos, la fragmentación o división no presenta obstáculos insalvables. Un crédito, incorporado o no a un valor, puede fragmentarse en participaciones incorporables a valores. Esta es precisamente una vía frecuente de *securitisation*.

Posiblemente el origen reciente de este fenómeno (descrito en inglés

(23) CORDIER y BLANDINE: *Op. cit.*, págs. 122 y sigs.; VIANDIER: *Les certificats d'investissement et les certificats de droit de vote*, JCP, 1984, éd. C.I.II.14117; BONNEAU: *Op. cit.*, págs. 535 y sigs.; BOULOC: *Les nouvelles valeurs mobilières, les certificats d'investissement et les titres participatifs*, Rev. Soc., 1983, pág. 501; DUCARROIR: *Les nouvelles mesures en faveur de l'épargne et la loi n. 83-1 du 3 janvier 1983*, Rev. Banque, 1983, pág. 386; GENINET: *Les quasi-apports en société*, Rev. Soc., 1987, pág. 25, NEROT: *Certificats d'investissement: légère reprise*, Petites Affiches, 4 juillet 1986, núm. 80, pág. 15.

por la expresión de *loan agreement securitisation* y *loan participation*) (24) haya que buscarlo en los mercados europeos de capitales. Tras la crisis de los años ochenta, que afectó a tradicionales prestatarios de fondos representados en créditos sindicados (caso de Irán o Argentina), empezaron a contemplarse mecanismos de distribución de riesgos y a organizarse mercados secundarios de “participaciones” de créditos. En realidad existen fórmulas diversas con muy distinto régimen jurídico. La fórmula más sencilla es la asociación por parte de un acreedor a otros terceros al riesgo inherente a su posición jurídica (ejemplo de *subparticipation* consistente en la realización de uno o varios subcontratos). Más allá están las cesiones parciales de crédito a diversos cesionarios. Y por fin, las novaciones extintivas. Estas últimas —sustitución de un acreedor por múltiples acreedores con extinción de la deuda originaria— son las “mejores” desde la perspectiva de los mercados de capitales cuando logran los resultados siguientes:

1) La incorporación de un crédito único en valores representativos de créditos parciales (*participation*).

2) Exoneración al cedente de la responsabilidad por la *veritas nominis* (existencia del crédito cedido) y la *bonitas nimiris* (solvencia del deudor).

3) La innecesariedad de notificación al deudor para que la cesión le sea oponible y no pueda liberarse de la deuda pagando al cedente.

Todos éstos son inconvenientes de la cesión de créditos en la doctrina tradicional (25). El *assignment* —como se denomina a la cesión de créditos en los mercados financieros internacionales— no permite al cedente quedar fuera de la transacción de créditos. Existen mecanismos de incorporación de las fracciones del crédito original a valores negociables, lo que permite soslayar los inconvenientes tradicionales de la cesión de créditos. Esta “titularización” da lugar a lo que se denomina en los euromercados *novation route* y *assignment route*, que son típicas de los Transferable Loan Facilities (TLF). Por medio de este sistema de crédito puede fragmentarse en participaciones transmisibles en las condiciones pactadas. Normalmente se exige la llevanza de un registro en interés del prestamista que permite a éste conocer (y le es oponible el conocimiento) quién sea el titular del crédito en cualquier momento, así como la emisión de “certificados” de participación del crédito, que incorporan el derecho autónomo y literal a una fracción del crédito.

(24) R. McCORMICK y H. CREAMER: *Hybrid Corporate Securities: International Legal Aspects*, London 1987, págs. 60-67.

(25) Sobre el problema de la cesión de créditos, y en particular la fragmentación de los créditos en mercados financieros, puede verse: A. F. PANTALEÓN PRIETO: “Cesión de créditos”, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, págs. 189 y sigs.

Un conocido ejemplo de fragmentación de créditos en nuestro Derecho es el representado por las participaciones hipotecarias (art. 15 LMH 2/1981, de 21 de marzo, y arts. 61 y sigs. del RD 685/1982, de 17 de marzo). Mediante la participación hipotecaria se hace participar a un tercero de los créditos hipotecarios de las entidades del mercado hipotecario mediante la emisión de títulos valores nominativos denominados "participaciones hipotecarias". Las participaciones incorporan un porcentaje sobre el principal del crédito participado que será aplicable en cada momento para determinar el alcance económico del derecho de su titular.

Por la posición que ostenta el emisor frente al deudor, podemos hablar de subcontratación: el emisor no queda desligado del contrato de crédito hipotecario que no es cedido parcialmente (*vid.* art. 149 LH) al primer tenedor o a los sucesivos adquirentes de las participaciones. La entidad emisora —titular del crédito— es la "única legitimadora para ejecutar el crédito hipotecario participado". Sólo en caso de incumplimiento de obligaciones por la emisora existe la posibilidad de acción directa por subrogación del partícipe.

En cuanto a la posición del transmitente de la participación, ésta es muy distinta de la del cedente de crédito: no responde de la solvencia (art. 67 del Decreto) y no debe notificar la cesión al deudor, sino al emisor, para la constancia de la transmisión en el registro (26).

Queda pendiente la posibilidad de crear valores distintos de las participaciones hipotecarias por vía de fragmentación de crédito. A mi entender, no habría inconveniente a que una entidad retribuyera a los obligacionistas de una emisión "afecta a un crédito" con una participación en dicho crédito.

Un ejemplo reciente de esta práctica son ciertos proyectos de inversión italianos financiados por bancos alemanes. El sistema es el siguiente (27): un banco alemán o una compañía creada con este propósito emiten obligaciones y emplean los fondos procedentes de la suscripción en un préstamo concedido a una sociedad prestataria italiana. La retribución de los obligacionistas consiste en la participación en el crédito. Los pagos de interés se benefician del tratado para evitar la doble imposición germano-italiana. Evidentemente, para este procedimiento se requieren créditos suficientemente grandes, lo que sólo ocurre en el caso de grandes operaciones de sindicación, en el mercado de eurocapitales o cuando el emisor es una entidad pública necesitada de financiar un gran proyecto de inversión.

(26) Una amplia exposición en A. MADRID PARRA: *El mercado hipotecario (Estados Unidos-España)*, Banco Hipotecario, Madrid 1989.

(27) R. McCORMICK y H. CREAMER: *Op. cit.*, pág. 62.

La “titularización” de los créditos es todavía un fenómeno reciente. Las entidades financieras pueden conseguir ventajas —aligeración de los balances, disminución del riesgo— y los cesionarios un mejor rendimiento de sus inversiones si se representan los créditos concedidos en títulos negociables. Un paso ulterior es la creación de mercados para la negociación de esas participaciones de créditos. Una experiencia interesante es, otra vez, la francesa. La Ley n. 88-1.201, de 23 de diciembre de 1988, ha regulado “les fonds communs de créances bancaires” (FCC) —una especie de fondo de inversión (la estructura de la institución es en todo similar a la de los otros fondos: carecen de personalidad jurídica, se estructuran con el auxilio de un depositario y con el gobierno de una gestora, etc.), cuya función es la inversión colectiva mediante la copropiedad bajo la forma de participaciones (28).

Como puede imaginarse, este es el esquema de funcionamiento de nuestros malogrados fondos de regulación del mercado hipotecario (arts. 84-94 del Decreto 685/1982, de 17 de marzo).

3. ATIPICIDAD POR LA FORMA DE INSTRUMENTACIÓN

Existe una división muy común en la doctrina entre “efectos de comercio” y “valores mobiliarios” o “títulos de inversión”. El criterio seguido es el de la forma de emisión. Los primeros se emitirán de forma aislada como “documentos correspondientes a declaraciones de voluntad o promesas independientes unos de otros, como ocurre con las letras de cambios, cheques, cartas de porte, etc. Los segundos se emiten en masa, o en serie, numerados, con hojas pertenecientes a un libro-talonario cuya matriz queda en poder del emisor y a veces con reflejo en un libro-registro” (CHULIÁ).

Esta distinción es írecuente en Derecho comparado. Por ejemplo, en Derecho anglosajón se distingue entre *security* o *investment security* y *commercial papers*; en Derecho francés, entre *effets de commerce* y *valeurs mobilières*; en el italiano, los *valori mobiliari* como especie de los *titoli di credito*, etc.

La distinción se impone por lo rotundo de las diferencias (*vid.*, por ejemplo, en OTERO LASTRES). Sin embargo, existe una fricción posible resultante del hecho de que para la definición de “valor” el legislador utiliza un criterio sustantivo y no formal. Esto se sigue del principio de

(28) Ch. GAVALDÁ: *Les fonds communs de créances bancaires: un exemple du phénomène de titrisation financière* (arts. 43 à 42 de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, Rev. Soc., abril-junio de 1989, págs. 187-208).

irrelevancia de la forma de instrumentación. El valor es “valor” con independencia de la “vestidura formal” siempre que, atendida la realidad jurídica y económica subyacente, se den las notas legales caracterizadoras: negociabilidad y agrupación en emisiones. Este principio, que como vimos también se encuentra en Derecho comparado, impera con todo rigor en nuestro sistema. En contra, un exigente formalismo impera entre ciertos efectos de comercio (letras, pagarés, cheques), singularmente entre aquellos en que funciona la abstracción material de la causa.

Un tímido anticipo de la irrelevancia de la “forma” o denominación dada por los interesados para calificar un instrumento como “valor” se encontraba ya en la legislación de sociedades anónimas, cuya normativa sobre obligaciones venía referida tanto a esas obligaciones como “a otros valores que reconozcan o creen una deuda”, lo que motivó alguna discusión doctrinal sobre la extensión del ámbito de aplicación de esa disciplina (actual art. 282 de la LSA). Tanto la legislación sobre instituciones de inversión colectiva (Ley 46/1984, de 26 de diciembre, y su Reglamento de 17 de julio de 1985) como la normativa sobre régimen fiscal de determinados “activos financieros” (Ley 14/1985, de 29 de mayo) incluyen en la denominación de “activos financieros” a las acciones, obligaciones, letras de cambio bursátiles, pagarés, etc. (29). La legislación fiscal está preocu-

(29) Así como la denominación de “títulos de inversión” o “valores mobiliarios” está consagrada en la doctrina (*vid.* aparte de la bibliografía antes citada, por ejemplo, en T. ASCARELLI. *Iniciación al estudio de Derecho mercantil*, trad. esp., Barcelona, 1964, págs. 362 y sigs.), la de “activos financieros” no deja de suscitar algunos recelos. Para F. J. ALONSO ESPINOSA (*Asociación y derechos de los obligacionistas*, Bosch, Barcelona 1988, pág. 57, nota 35), “aquéllas responden a un contenido jurídico, aunque sea impreciso, en tanto que esta última (...) es una noción meramente jurídica que ha contagiado la terminología jurídica”. Es cierto que bajo la denominación de “activos financieros” (o la de “instrumentos financieros”) se incluyen derechos sumamente heterogéneos y con muy diferente régimen jurídico, pero no podemos olvidar que diversos textos legales, no sólo fiscales (piénsese en la normativa sobre instituciones de inversión colectiva), construyen su disciplina sobre tal categoría. A JIMÉNEZ BLANCO (*Derecho público de mercado de valores*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989, pág. 37) saluda el término, al que califica de “supraconcepto” (*Oberbegriff*), nueva categoría obtenida por un proceso ascendente de inducción científica, una generalización de generalizaciones. El concepto es inevitable para describir una realidad económica-financiera que la estrechez de los conceptos tradicionales (títulos, valores, efectos de comercio ...) no agota, sobre todo tras el creciente fenómeno de desmaterialización o “desincorporación” a títulos (sistema de anotaciones en cuenta). Una descripción de lo que puede entender por activos financieros la encontramos en A. CUERVO GARCÍA, J. A. PAREJO GAMIR y L. RODRÍGUEZ SAIZ: *Manual del sistema financiero*, 2.ª ed., Madrid 1989, pág. 15, “títulos emitidos por las unidades económicas de gasto que constituyen un medio de mantener riqueza para quienes los poseen y un pasivo para quienes los generan”. La legislación fiscal reconoce la distinción entre activos financieros con rendimiento implícito y explícito (*vid.* art. 7.2 RD 2027/1985, de 23 de octubre), y la de instituciones de inversión colectiva distingue como subespecie de los activos financieros “los que se negocian en los mercados monetarios”, lo que responde a la clasificación económica

pada por someter a tributación los rendimientos de cualquier título empleado con la función de “captación de recursos ajenos” (y no en su genuina y propia función de crédito y pago). En la más que clarificadora Exposición de Motivos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores se habla resueltamente de una “disociación del concepto de valores negociables de una determinada fórmula de instrumentación jurídica”. Esto queda patente “en la inclusión, en determinados casos, de instrumentos tales como las letras de cambio, los pagarés o cualquier otro que reúna las restantes características contempladas en la Ley”.

La disociación entre forma de instrumentación y la definición material de “valor” conduce a la existencia de dos tipos de instrumentos “anormales” (no me atrevo a hablar siempre de fraudulentos): aquellos valores que se documentan mediante la fórmula poco idónea de efecto de comercio cuando su finalidad es la de servir como títulos de inversión; y aquellos no-valores pero que se revisten, reciben apariencia y denominación de valores típicos.

Ejemplo de lo primero son las letras bursátiles o los pagarés de empresa.

Los pagarés de empresa se explican desde la perspectiva de las “aceptaciones en masa” —generalmente bancarias— de efectos de comercio, que tienen la virtud de convertir dichos efectos en valores negociables (30). El banco o entidad financiera se compromete a aceptar los efectos que se propone el emisor colocar en el mercado de capitales. La operación consiste en lo siguiente: la empresa necesitada de fondos financieros contrata la aceptación por un banco de ciertos efectos librados en masa. El banco o entidad mediadora, agente de la colocación, percibe una comisión. La empresa emisora se compromete a hacer frente al pago de los efectos a su vencimiento mediante la oportuna provisión de fondos. Los efectos emitidos, una vez aceptados, son fácilmente negociables en el mercado, actuando muchas veces el propio banco como agente colocador y/o descontante de los efectos.

Las letras bursátiles y los pagarés de empresa responden a esta filosofía aunque con diferencias estructurales y técnicas notables. En el primer caso

entre “mercados de capitales” (caracterizados por su largo plazo de amortización, menor liquidez y alto riesgo) y los “mercados monetarios” (corto plazo de amortización, elevada liquidez y menor riesgo).

Puede verse también P. GUERRERO GUERRERO y J. C. URETA DOMINGO: “Nuevos activos financieros (I): letras, pagarés y su régimen jurídico tributario”, en *Estudios sobre tributación bursátil*, Madrid 1987, págs. 422 y sigs

(30) Puede verse sobre esta problemática J. L. GARCÍA-PITA LASTRES. “La apertura de crédito de aceptaciones y las firmas cambiarias de favor”, *RDBB*, 24 (1986), C. PAZ-ARES: *La letra de favor*, Civitas, Madrid 1987, págs. 96 y sigs ; F. J. ALONSO ESPINOSA: *Op. cit.*, pág. 80

las letras son libradas por el propio banco o la propia orden y a cargo de sus clientes que la aceptan. La institución emisora solicita del órgano rector de la Bolsa en la que interesa su cotización, la admisión a negociación, y suscribe un acuerdo por el que se compromete a satisfacer el importe íntegro de la emisión antes del vencimiento. Las letras se endosan en blanco para su fácil negociación y se colocan mediante subastas al descuento (31).

En la emisión de pagarés de empresa (según la práctica del "commercial paper" americano) existen hasta tres contratos entre el banco "descontante" (colocador) y la entidad emisora: 1) un contrato preliminar denominado de descuento; 2) la apertura de una línea de crédito subsidiaria, y 3) el mandato de emisión de pagarés (32).

El banco no garantiza el pago frente al beneficiario, pues es ajeno al pagaré al no ser obligado cambiario. En realidad el primer contrato preparatorio no es propiamente de "descuento", sino un artificioso recurso técnico para "causalizar" el pagaré y cumplir con las exigencias del artículo 532 del Código de Comercio. El banco se compromete como agente a la colocación en el mercado bursátil de los pagarés en blanco entregados, que son cumplimentados en las condiciones pactadas. Contemporáneamente, el banco mantiene una línea de crédito subsidiaria para garantizar la liquidez y el pago de pagarés a su vencimiento.

La atipicidad resulta aquí, como señala la doctrina, en la "utilización atípica de títulos individuales por su emisión en serie" (PELOSI). Existe esa falta de correlación entre finalidad económica financiera (títulos de inversión) y la función típicamente perseguida por la vestidura jurídica adoptada (el *nomen* bajo el cual se instrumentan).

El problema se ha planteado en otros ordenamientos. En la doctrina italiana estaríamos ante un título atípico, respecto de los cuales existiría, según mayoritaria doctrina, una libertad de creación siempre dentro de los límites legales. Y en particular, siempre que su utilización no sea contemplada como mecanismo de un fraude de Ley: se utilizaría una norma cambiaria de cobertura para eludir la aplicación de la normativa propia de la emisión de títulos que tengan la condición de acciones u obligaciones. La normativa a eludir es de doble tipo: la relativa a la transparencia de mercados (control y supervisión de los mercados de valores por el CON-

(31) La bibliografía básica sobre las letras bursátiles en J. FERNÁNDEZ ALVAREZ-CASTELLANOS: "Las letras de cambio en la Bolsa", *Papeles de Economía*, 9 (1981), págs. 103 y sigs., y F. J. RAMOS GASCÓN. *El mercado bursátil de letras de cambio*, ibid., págs. 90 y sigs.

(32) Un resumen de la problemática con bibliografía en M. SACRISTÁN REPESA. "Emisión y descuento de pagarés: pagarés de empresa", en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990, págs. 299 y sigs.

SOB) y la sustantiva (constitución de sindicatos de obligacionistas y respeto a los límites de emisión de obligaciones, así como publicidad de la emisión en el Registro de empresas).

Un problema similar se planteó en Francia respecto a los *bons de caisse* y a los *billets de trésorerie* (Ley de 14 de diciembre de 1985, arts. 32 y sigs., y por el Decreto de 16 de diciembre de 1985). El criterio seguido para aplicar a los efectos emitidos en masa la normativa propia sobre valores era el de la susceptibilidad de cotización, es decir, la posibilidad de su negociación (negociabilidad) en un mercado secundario organizado. En este caso las normas sobre obligaciones resultaban de ineludible cumplimiento.

Ya vimos cómo en Derecho alemán se resolvió el deseo de reprimir conductas tendentes a la elusión de la aplicación de la normativa que exige autorización administrativa para emitir obligaciones mediante la reforma en 1954 del artículo 808 del BGB. Desde entonces también es necesaria la autorización para emitir títulos a la orden que documentan una obligación de pago de suma de dinero cuando son emitidos en serie.

La doctrina española en este punto está dividida. Por una parte, los que sostienen que estos títulos son efectos de comercio (criterio formal de distinción desarrollado por OTERO LASTRES y defendido por URÍA MOREDANO), y quienes atribuyen a los mismos la condición de valores mobiliarios (ARROYO, PAZ-ARES, ALONSO ESPINOSA).

Decididamente, nos hemos de inclinar por la segunda postura. Y ello por muy buenas razones.

1.º Porque nuestro sistema es de definición "material" de valor, prescindiendo de la forma de instrumentación y cualquiera que sea la técnica de colocación de los valores en el mercado (art. 29 LMV).

Estos principios son tan claros que excusan de toda explicación adicional. Expuestos con claridad evidente en la legislación del mercado de valores, sin embargo la tendencia "expansiva" del concepto de valor ya apuntaba, como vimos, en anteriores textos legales. No podemos dejar de citar por ser muy significativa la OM de 28 de mayo de 1983 sobre anuncio y emisión de pagarés de empresa que remite a la normativa general sobre información de la emisión de valores y obligaciones.

2.º En sentido negativo: para evitar que triunfe el fraude de Ley que supondría la elusión de las normas imperativas sobre emisiones de valores.

Son de aplicación todas las normas existentes en la LMV sobre mercados de emisión, y en particular, sobre autorización de la emisión en su caso, de verificación y formalidades de registro de folletos, informes, auditorías, etc.

Parece que deberían ser aplicables las normas existentes en sede de

obligaciones: la emisión deberá ser acordada en Junta General o bien por los administradores, si existe previa delegación por la Junta (art. 282 y sigs. LSA en relación con el art. 103 LSA y 283 del RRM). Deberá respetarse el límite de emisión, y en su caso será necesaria garantía de la emisión (arts. 282 y 284 LSA). Será preciso el nombramiento de comisario y la constitución del sindicato como condiciones necesarias del contrato de emisión (art. 283 LSA). Procederá la inscripción en el Registro Mercantil antes de la puesta en circulación de títulos (285 LSA y 274 y sigs. RRM).

El problema de los valores “disfrazados de efectos de comercio” puede generalizarse a otros instrumentos diferentes de los cambiarios: por ejemplo a los certificados de depósito. De esta manera las letras, certificados de depósito, pagarés u otros instrumentos análogos cuando representen un empréstito o sean emitidos en masa y tengan una finalidad financiera o de inversión, reuniendo además los requisitos de homogeneidad y negociabilidad deberán ser considerados como valores. A “contrario” los que no cumplan con estas condiciones serán simples instrumentos de cambio utilizados en operaciones ordinarias comerciales y de libramiento singularizado (no son valores).

El mecanismo de mixtificación juega también en sentido contrario: los interesados pueden pretender el disfraz de “valor” (aparentar una emisión de valores) como expediente para instrumentar cierta operación de crédito. Esto ocurre con alguna frecuencia en las emisiones de “pseudo-obligaciones” por particulares.

El procedimiento es sencillo. Un particular necesitado de aparentar una emisión de valores fabrica los títulos en serie y los denomina “obligaciones”. La razón de un proceder así puede ser muy diversa. Generalmente le mueven motivos fraudulentos. En algunos supuestos existen simulaciones absolutas: no existe tal operación de financiación aparentada; en otros casos una simulación relativa empleada para encubrir préstamos usurarios, para conseguir cierta opacidad fiscal de los tenedores de los títulos al portador... Porque en su inmensa mayoría las emisiones de “pseudo-obligaciones” son al portador y con garantía hipotecaria. El carácter “al portador” interesa por razones obvias: para que se oculten quienes adquieren los títulos y puedan pretender desde el anonimato ejercitar sus derechos. En cuanto a la garantía hipotecaria ésta es buscada para una seguridad rigurosa de los anticipos (p. ej. en préstamos usurarios) o porque interesa “ganar” un rango hipotecario en perjuicio de otros acreedores menos diligentes o posteriores (puede incluso pretenderse por el deudor un alzamiento de bienes en fraude de los acreedores: los títulos se conservan en su poder o en el de un amigo; y, llegado el caso, se hacen circular para pretender la ejecución). Estas “pseudo-obligaciones” raramente se inscriben en el Registro Mercantil (pues su seguridad y publicación no

interesan) y confían escapar de la supervisión de los organismos de control del mercado de valores.

Junto a operaciones claramente fraudulentas existen casos de emisiones por particulares que responden a intereses legítimos y perfectamente lícitos. Es difícil que exista una oferta pública. En muchos supuestos, lo que hay es una hipoteca constituida en garantía de emisión de obligaciones que encubre una hipoteca cambiaria o de efectos de comercio (posiblemente para huir del rigor formal y del juego de responsabilidades inherentes a los instrumentos cambiarios). Por fin, en supuestos residuales casi inusuales, existen auténticas emisiones de particulares al amparo de una normativa tan flexible como singular en el panorama comparado. Porque no debemos de olvidar que en nuestro sistema los particulares, teóricamente, pueden emitir obligaciones. Lo que acontece es que un particular difícilmente podrá pretender colocar una emisión abierta al público sobre todo si puede recurrir al sencillo expediente de creación de una sociedad interpuesta *ad hoc*.

¿Cuáles son los mecanismos de control de esos fraudes? El Registrador, tanto el de la Propiedad como el Mercantil, no puede ni presumir el fraude, ni investigarlo; con lo que el interesado puede ganar una apariencia jurídica que le interesa. En mi opinión, el Registrador debe extremar el celo exigiendo en todo caso la comunicación a la Comisión Nacional, pudiendo dar cuenta de sus sospechas al organismo rector para que proceda en consecuencia y deniegue verificación o autorización en su caso. Debería existir un trámite de suspensión de la inscripción por consulta a la Comisión Nacional (analogía con lo establecido en el art. 100.2 de la LH y 200-203 de su reglamento para cuando el Registrador duda de la competencia de juez o tribunal); aunque quizá de *lege ferenda* lo más correcto sea prohibir la emisión por particulares.

El tema de las “pseudo-obligaciones” se ha planteado recientemente en la Resolución de 5 de noviembre de 1990 de la DGRN. En esta ocasión se trataba de la “emisión” de tres títulos denominados obligaciones por un particular, del que no resultaba su carácter de comerciante y con la finalidad “de atender a sus necesidades particulares”. En garantía de la emisión se hipotecaban tres fincas. La doctrina de la Dirección General puede resumirse así:

1. Los particulares pueden emitir obligaciones porque así está reconocido en nuestro Derecho (*vid.* especialmente los arts. 547 y sigs. CCom, el actual art. 221 también del mismo cuerpo legal, art. 247.2 RH y 87.7 en relación con los arts. 274 y sigs. del RRM).

2. La emisión de obligaciones es en sí —de un modo objetivo— un acto de comercio, de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil.

3. El interés de los inversores potenciales exige el cumplimiento de

los deberes de comunicación/autorización en su caso, establecidos en la legislación del mercado de valores (arts. 26 y ss.).

Sin embargo, la Dirección General termina por negar la validez de dicha “emisión”. La razón es obvia y podría haberse anticipado desde el principio: la denominación dada por el interesado no tiene la virtud mágica de convertir en valores créditos documentados en títulos. Falta la homogeneidad entre los créditos (cada uno responde a un libramiento y garantía singularizada) y desde luego falta la nota de negociabilidad (por el escaso número de títulos emitidos, por el procedimiento de emisión y ausencia de los habituales mecanismos financieros de colocación o garantía de suscripción, por el escaso montante del volumen crediticio, etc.). En definitiva: faltaba a la emisión de obligaciones su causa típica: la financiación empresarial “mediante recurso directo al ahorro público”, procurándose una apariencia negocial —simulación absoluta o relativa— potencialmente fraudulenta (por muchos motivos, en particular para ganar rango hipotecario).

La Dirección General “desmonta” el artificio simulador porque el mecanismo de cobertura es muy burdo, pero se hubiera encontrado en incombóda posición si la falsedad de la causa (no digamos su ilicitud) no resultara tan aparente. Piénsese en un comerciante individual que hipoteca su establecimiento para financiar un proyecto de inversión empresarial cuantioso, obteniendo por un precio razonable, garantía de colocación de los títulos de una entidad financiera o sociedad de valores. Ni el Registrador —de la Propiedad o el Mercantil— ni la Dirección General pueden o deben presumir o investigar el fraude. En realidad debe de ser la Comisión Nacional el organismo “calificador” de la condición de valor y última instancia de referencia a quien acudir en casos dudosos. *Lege ferenda* quizá la solución sea la supresión de la posibilidad de que un particular emita obligaciones. La Dirección General evita cuidadosamente decidir si “contra el rigor legal que limita el número de los tipos de títulos valores que una persona puede introducir en el mercado, tendrá cabida un documento al portador que incorpora un crédito y que no es ni letra de cambio, ni pagaré ni cheque”.

4. HÍBRIDOS FINANCIEROS (VALORES ATÍPICOS MIXTOS O COMPLEJOS)

Una forma característica, quizá la más propia, de creación de contratos atípicos es la consistente en fundir en una sola causa negocial prestaciones propias de diversas figuras de contratos típicos. Surgen así contratos mixtos o complejos. Este mecanismo referido a valores y en el marco de la clásica distinción entre acciones y obligaciones, ha dado lugar a lo que la doctrina empieza a denominar “híbridos”.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, híbrido es “un animal o vegetal procreado por dos individuos de distinta especie”, y en sentido figurado, se dice “de todo lo que es producto de elementos de distinta naturaleza”. La expresión “híbrido” surge como consecuencia de la “crisis” de distinción entre las dos categorías clásicas de valores. Como es sabido, el criterio de distinción radicaba en la naturaleza de los derechos que los títulos conferían a su titular. La distinción lleva aparejada importantísimas consecuencias de Derecho societario: las aportaciones integradas en el capital, por ejemplo, suman una cifra estable para cuya modificación se siguen rigurosos procedimientos; el accionista tiene un completo derecho de información y sólo el puede votar en las juntas o ser titular de derechos de suscripción en la ampliación de capital con emisión de nuevas acciones...

En términos económicos, y en la “jerga” de bolsa, se suele distinguir entre título de “renta fija” y títulos o valores de “renta variable” para describir la distinción. Como es bien patente la expresión era desafortunada, incluso para la doctrina clásica, pues no es de esencia de las obligaciones el tener una retribución fija o estable.

La distinción entre acciones y obligaciones se impone en la doctrina tradicional como algo casi inevitable, evidente por el peso de su lógica. Como recuerda ANGULO RODRÍGUEZ en una excelente monografía (33), para los autores clásicos la confusión era cosa de profanos.

Sin embargo, a una primera época de construcción pacífica de la distinción ha seguido un cierto desconcierto provocada por la aparición de nuevos instrumentos financieros de dudosa calificación, lo que ha llevado a anunciar la crisis de la distinción y de la doctrina tradicional. Fruto de estos augurios pesimistas es una nueva categoría mixta o a medio camino, de perfiles inevitablemente borrosos, y destinada a cubrir problemas de calificación: la de “híbridos” financieros.

El término de “híbrido” se está generalizando entre los juristas. Un magnífico libro de Derecho societario comparado que recoge las conclusiones de la vigésima conferencia bianual de la “International Bar Association”, celebrada en Viena en 1984, se denomina *Hybrid Corporate Securities: International Legal Aspects*. La denominación de “híbrido” era por entonces frecuentemente empleada por los juristas y economistas norteamericanos para describir algunos de los nuevos productos financieros. Así JULIAN WALMSLEY en un conocido libro sobre *The new financial instruments* nos dice que pensó en titular la obra *The new hybrids*, dedicando todo un capítulo (chapter 14) a su análisis. Sobre el desconcierto que provocó entre los economistas la proliferación y el éxito de los híbridos

(33) *Op. cit.*, pág. 32.

puede leerse *Hybrids that buy Eurobonds* en Business Week, agosto 3, 1982, p. 78. La doctrina francesa ha sido más reacia a utilizar el neologismo para describir una realidad perfectamente habitual en su ordenamiento, sirviéndose de sus propias categorías (*capital muet, quasi-capital, capital en puissance*, etc.). Nuestra doctrina, que no ha dejado de advertir la existencia de tal crisis dogmática, algunas veces utiliza el término de “híbrido” (p. ej., F. JOSÉ ALONSO ESPINOSA en *Asociación y derechos de los obligacionistas*). ANGULO RODRÍGUEZ prefiere hablar de tipos intermedios o “mixtos” siguiendo la concepción de MINERVINI en la doctrina italiana. Raramente el término se emplea por el legislador en Derecho positivo.

Lo esencial de la distinción es que el derecho representado sea un crédito (obligación, bono...) o la condición de socio (acción). El accionista es socio; el obligacionista acreedor. La posición de socio representada se integra por un contenido complejo de derechos. Por eso dice la Ley que “la acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en la Ley y en los estatutos”, para luego establecer un contenido mínimo de derechos (art. 48 LSA).

La posición de obligacionista es la de titular de un crédito contra la emisora (el art. 282 LSA reza: “la sociedad podrá emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda”).

En cualquier manual encontramos los rasgos diferenciales entre ambas categorías. Desde la perspectiva de la retribución el accionista percibe un dividendo que refleja su participación en la marcha del negocio social; el obligacionista percibe un interés generalmente determinado de forma independiente, hecha abstracción de la existencia o no de resultados. El accionista tiene un derecho natural a participar en el gobierno de la sociedad mediante el ejercicio de sus correspondientes derechos políticos, de voto e información, el de elegir y ser elegido administrador, etc. El obligacionista carece de voto, y todo lo más tiene derecho a estar integrado en una asociación de defensa. Por la duración del derecho también la distinción es clara: el accionista, en principio, tiene una posición estable de duración indeterminada; mientras que se dice que la obligación nace para ser fatalmente amortizada a su vencimiento. El accionista está interesado en el reparto del haber líquido social resultante de la liquidación (después de satisfechos acreedores); el obligacionista no tiene derecho a cuota de liquidación, pero sí a ser pagado en el “orden de prelación” con anterioridad a cualquier socio con cargo a los bienes sobrantes. Además, en su condición de acreedor tiene un poder de agresión sobre el patrimonio social (puede instar la ejecución de su crédito) y puede ejercitar las medidas oportunas para conservar su derecho (p. ej.: solicitar la quiebra e insinuar su crédito en la masa pasiva). El accionista tiene derecho a la suscripción preferente de nuevas acciones para evitar la dilución de su posición y el

aguamiento de las reservas; derecho del que carece el obligacionista que no sea el titular de convertibles.

Las aportaciones del accionista se integran en capital y por ende deben sufrir el rigor de las normas de protección en garantía del cumplimiento de sus funciones, lo que no ocurre con la financiación suministrada por el obligacionista: no pueden emitirse acciones al descuento; existe obligación de valoración de aportaciones *in natura*; la restitución de sus aportaciones a los accionistas debe satisfacer ciertos requisitos dispuestos en garantía de acreedores; el incumplimiento de la aportación del accionista hace nacer en favor de la sociedad ciertos mecanismos rigurosos para hacer cumplir la obligación, etc.

Es forzoso advertir una clara tendencia al acercamiento entre las dos categorías o fórmulas de inversión a largo plazo. Existen valores que procuran aprovecharse de ventajas características de la “otra categoría”, pudiéndose hablar de una cierta “permeabilidad”. Esa permeabilidad opera en varios —si no en todos— los niveles de distinción. Esto permite hablar de “híbridos” por razón de la retribución, por el tiempo de duración del derecho, etc. En el más característico fenómeno de “asimilación”, el de la financiación subordinada, el efecto se multiplica simultáneamente en diversos de esos niveles.

Se dice que existe un híbrido cuando en un valor (acción u obligación) se injertan alguna o algunas de las características económicas propias del otro tipo. Surge entonces no un *tertium genus*, sino una desconexión entre la vestidura jurídica (el *nome* y el tipo) y la finalidad económica perseguida. El esquema es el conocido de los negocios indirectos o simulados.

Por eso creo que es incorrecto hablar todavía de “crisis”. El híbrido financiero no tiene una sustancia propia: una acción rescatable es una acción, como es obligación un empréstito subordinado.

El fenómeno de “osmosis” financiera opera en ambos sentidos, además de en diversos niveles, y entonces se puede hablar de acciones híbridas de obligaciones para referirse a acciones en las que se dan características propias de las obligaciones o en las que están asusentes rasgos propios de aquéllas; y al revés, obligaciones híbridas de acciones.

La utilidad de estos productos financieros es muy variada. Su aparición debe ser encuadrada en el marco de un “nuevo sistema financiero” caracterizado, como es sabido, por la desregulación, la innovación y diversificación financiera y la desintermediación y *securitisation*. La mayor libertad de emisión (compatible con el control en interés del público inversor) favorece la aparición de nuevos productos más flexibles y acomodados al gusto cada vez más selectivo del inversor. Surgen así técnicas de “*marketing* financiero” y *project financing* (financiación de proyectos). Para el

éxito del producto es necesaria la incorporación a valores fácilmente negociables en mercados organizados, en donde cada vez más, los bancos y entidades financieras vienen a desempeñar papeles de gestión y de comisionista en la colocación, perdiendo importancia su función tradicional de intermediarios en la circulación de flujos financieros.

Los híbridos pretenden aprovechar “ventajas” de todo orden a costa a veces de sacrificios. Por ejemplo: mejorar la rentabilidad a cambio de perder derechos políticos; ganar en liquidez y disminuir el riesgo, etc. Como no podía ser menos, el peso del creciente fenómeno de la internacionalización de los mercados asegura la rápida difusión de los descubrimientos financieros, existiendo auténticas experiencias legislativas de “recepción”. Por otra parte, el Derecho comunitario es un puente de lujo para la introducción de esas novedades en legislaciones tradicionalmente conservadoras o/y rezagadas como la nuestra.

Existen innumerables razones de todo orden para recomendar productos híbridos: fiscales, contables, de orden administrativo... En el orden fiscal la utilidad de los híbridos es evidente: por desgracia el trato fiscal al ahorro es sesgado. La emisión de acciones y de obligaciones no tributa de modo igual (la emisión de acciones está sujeta a operaciones societarias, la de obligaciones está sujeta pero exenta de transmisiones patrimoniales, debiendo satisfacer lo que proceda por actos jurídicos documentados). La retribución de unas y otras tiene muy distinta consideración tributaria: los intereses de préstamos son gastos deducibles del impuesto de renta de sociedades, no así los dividendos... Falta en nuestro Derecho un estímulo fiscal al fortalecimiento de los recursos propios, como ocurre en Francia, pues asistimos a un indeseable estímulo fiscal al endeudamiento. El éxito de los híbridos puede consistir en aprovecharse de esta situación: v. gr. la obligación subordinada “reproduce” en su estructura las características del capital de riesgo, pero tiene la calificación fiscal de deuda.

Otros motivos no se nos escapan. Desde la perspectiva contable la calificación de deuda o de capital de riesgo puede afectar sustancialmente a los *ratios* de solvencia. *Ratios* de solvencia en algunos casos intervenidos administrativamente. El éxito de las obligaciones perpetuas y de la deuda subordinada radica para las entidades financieras en su posibilidad de computación para la cobertura de nivel exigido legalmente de recursos propios. Los híbridos, o ciertos híbridos, permiten salvar dificultades estructurales de ciertas empresas. Por ejemplo: los híbridos de capital son necesarios en las Cajas de Ahorro para suplir la falta de accionistas y el tradicionalmente escuálido nivel de recursos propios; las acciones rescatables, un híbrido de deuda, puede ser la solución a ciertas empresas municipales mixtas que explotan una concesión administrativa, etc.

Las ventajas de adopción de una u otra forma de híbrido varían según

el caso. De hecho, la demanda por formas cada vez más complejas de híbridos financieros es consecuencia del deseo de obtener un beneficio máximo del recurso a la obtención de capitales.

Una auténtica “ingeniería financiera” se preocupa del diseño de productos sofisticados que satisfagan las necesidades del mercado. Por tomar un ejemplo: una compañía interesada en capital de crédito en mercados con altos tipos de interés, puede desear captar recursos ajenos por la vía de emisiones convertibles en acciones que atribuyen al tenedor del bono un rendimiento inferior que se compensa con las ventajas de la conversión. Si se desea capital de riesgo pero sin empeorar el índice de endeudamiento ni distorsionar el equilibrio de fuerzas dentro de la sociedad, el emisor puede estar interesado en poner en el mercado acciones sin voto o certificados de participación.

Los híbridos generalmente se utilizan cuando el mercado está cansado de los instrumentos tradicionales por alguna razón. El híbrido convierte así en atractivo un producto financiero que de otro modo carecería de demanda en condiciones satisfactorias. Así: la emisión de *warrants* adheridos a obligaciones hace de éstas títulos con atractivos para inversores y especuladores, desempeñando un papel similar al de la prima, etc.

¿Cuáles son las diversas categorías de híbridos? Lograr una clasificación exhaustiva de híbridos es cosa de todo punto imposible. Sin embargo sí pueden señalarse las categorías más frecuentes de híbridos existentes en Derecho comparado:

1) *Convertibles y opciones sobre valores*

El ejemplo prototípico de híbrido es el de un valor financiero de naturaleza mutable, potencialmente convertible en otro. Ha hecho fortuna la obligación convertible en acciones a opción del obligacionista, aunque el fenómeno de la convertibilidad es teóricamente mucho más complejo.

Junto a los convertibles debemos citar aquellos instrumentos que representan el derecho (opción) de adquisición/suscripción de otros valores. Ejemplo típico son los llamados “*warrants* financieros”.

En ambos supuestos —convertibles y opciones— existe una primera fase, interina, provisional o de pendencia, a la que sucede otra posterior en que se resuelve la transitoria indeterminación de una situación jurídica de socio o de obligacionista. Como el supuesto más típico es la pendencia de la condición de socio, la doctrina francesa habla de “capital condicional”.

2) *El capital “mudo”*

Vuelvo a tomar la afortunada y expresiva descripción de un fenómeno productor de híbridos, de la doctrina francesa. Por capital mudo se quiere expresar aquella parte de los recursos propios (capital de riesgo) de la empresa que no lleva aparejada derechos de intervención en la gestión empresarial. Se produce entonces una disociación entre gestión/propiedad, disociación que se instrumenta en un valor. Los mecanismos para el logro de ese propósito —cuya criatura se ha descrito como la “acción sin voz”— pueden ser diversos, el más típico, no el único, es de las acciones sin voto.

3) *Híbridos por la duración*

Uno de los rasgos más característicos —si no el más típico— de la financiación mediante el capital de riesgo es la estabilidad (léase permanencia) de los recursos financieros suministrados. La aproximación entre las dos categorías idealmente contrapuestas —acciones/obligaciones— se produce en un doble sentido: cuando se alargan (incluso indefinidamente) los plazos de amortización o reembolso de crédito y, en sentido contrario, cuando se contempla la amortización de los recursos propios (obligaciones perpetuas y acciones rescatables).

4) *Híbridos por la retribución*

La manera habitual de describir de un modo sintético la contraposición entre valores típicos, es la de señalar las diferencias entre lo que son títulos de “renta fija” y los de “renta variable”. En realidad, lo que se quiere indicar es que existen instrumentos cuya retribución consiste en una participación en los beneficios (acciones) y otros en los que la remuneración no depende de la existencia o cuantía de esos beneficios (obligaciones). Sin embargo, de una parte existen múltiples fórmulas de “interesar” o “asociar” al prestamista a la gestión, vinculando su retribución a la marcha próspera o adversa del prestatario (asunción de riesgo por el acreedor) y, de otra, medios para “garantizar” un privilegio retributivo mínimo del socio (parcial exoneración del riesgo empresarial). Son las obligaciones “participativas” y las llamadas “acciones con interés”.

5) *La financiación subordinada*

Quizá sea la deuda subordinada el ejemplo más complejo de híbrido financiero. Con el propósito de reproducir en un instrumento de deuda las características económicas de la financiación propia se crean instrumentos financieros híbridos por muchos conceptos. La subordinación —es decir: la postergación de su rango que pasa a ser último— es sólo una de las condiciones o rasgos estructurales de la financiación subordinada.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

Registrador Mercantil de Barcelona. Economista

Las obligaciones indivisibles en la codificación española

SUMARIO: 1. LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. LOS RAZONAMIENTOS DE GARCÍA GOYENA—2. LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL ANTEPROYECTO DE 1882-1888.—3. LA SEDICENTE ESPECIE DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTAS O EN MANO COMÚN.—4. RECHAZO CRÍTICO DEL *TERTIUM GENUS*.—5. LA ADECUADA CONSIDERACIÓN DEL SUPUESTO DE PLURALIDAD DE SUJETOS E INDIVISIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN.

1. LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. LOS RAZONAMIENTOS DE GARCÍA GOYENA

Con los datos que suministraba el Derecho comparado la suerte estaba prácticamente echada a la hora de iniciar en tema de obligaciones divisibles e indivisibles nuestra andadura codificadora. El artículo 1.071 del Proyecto de 1851 dispondrá que “la obligación es divisible o indivisible, según que su objeto admita o no la división”, y a tenor del artículo 1.072, “la obligación será indivisible, aun cuando la cosa que forme su objeto pueda dividirse, siempre que la naturaleza del contrato y la intención de los contratantes no permitieren la ejecución parcial”.

Frente a la clásica tripartición de la indivisibilidad, nuestro inicial codificador restringirá, pues, a dos las especies de la misma: la indivisibilidad natural u objetiva (art. 1.071) y la indivisibilidad voluntaria o subjetiva (art. 1.072). GARCÍA GOYENA confesará, después de repasar los criterios al respecto de DUMOULIN Y POTHIER, que prefiere, por su concisión y claridad, el simple y sencillo texto de la Ley 2 romana (D. 45, 1,2),

que encierra en sólo dos párrafos “la doctrina de esta difícil materia y los principios o llaves para decidir con acierto en todos los casos”, pues aunque pueda hablarse de que las obligaciones son indivisibles *contractu, obligatione e in solutione*, las dos últimas especies no son en realidad sino una: la de que *partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi totu dantur, satis stipulationi non fit*, ya que no cumpliéndose en la totalidad no se satisface a la estipulación ni a la intención de los contrayentes (1).

Por lo demás, se siguen las pautas francesas de acercamiento del régimen de las obligaciones indivisibles al de las solidarias, al disponer el artículo 1.075 del Proyecto que “el que hubiere contraído juntamente con otro una obligación indivisible, estará obligado por la totalidad, aun cuando no se hubiere pactado la mancomunidad (solidaridad)”, disposición que “es aplicable a los herederos del que contrajo una obligación indivisible”, de la misma manera que “cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el total cumplimiento de la obligación indivisible ” (art. 1.075); aun cuando cada acreedor no puede remitir la obligación ni recibir el precio en lugar de la cosa (art. 1.076) y el heredero del deudor demandado puede pedir un plazo para citar y traer a juicio a los coherederos (art. 1.077). Con el broche final de que a tenor del artículo 1.078, “cuando por no cumplirse la obligación indivisible, se estimase el interés del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente (solidariamente) de ella todos los deudores principales”.

En relación a este último punto, GARCÍA GOYENA arguye que la indivisibilidad de la obligación lleva consigo la de pagar la totalidad o la mancomunidad sin necesidad de pacto según el artículo 1.075, y los deudores no pueden por su hecho propio o falta de cumplimiento libertarse de la mancomunidad, aunque por la misma causa se haya convertido necesariamente la obligación primitiva en otra de cantidad determinada (2).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que en la sede propia de las obligaciones solidarias el artículo 1.065 del Proyecto establece que “si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, que no el resarcimiento de daños e intereses”, y, por otro lado, que una cosa es la asimilación de la obligación indivisible a la solidaria en razón de la imposibilidad natural o pactada de proceder al fraccionamiento del objeto debido y otra, particularmente diferente, que pueda mantenerse semejante indivisibilidad cuando el primigenio objeto sea sustituido por la indemnización pecuniaria de los daños

(1) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza 1974, págs. 576-577.

(2) *Ibid.*, pág. 580.

y perjuicios originados por el incumplimiento de la obligación, al menos en los casos de indivisibilidad absoluta u objetiva, el resultado no de deja de ser un tanto extraño. Estas circunstancias, con razón, llevan a BERCOVITZ a denunciar la paradoja y el exceso de que “parece que mientras que las obligaciones indivisibles generaban una responsabilidad solidaria, las obligaciones solidarias mismas generaban una responsabilidad más mitigada para los deudores no culpables del incumplimiento” (3).

Como es sabido, el Derecho francés, que acoge el principio romano de división entre los herederos de los créditos y débitos hereditarios (*nomina et debita inter haeredes proportionibus haereditariis creta cita sunt*), cuando formula la tercera especie de indivisibilidad (la *solutione tantum*), lo tiene que hacer mediante la plasmación de los supuestos en que la regla de la división de las deudas entre los herederos resultaba excepcionada.

GARCÍA GOYENA reacciona contra semejante tradición y formula en nuestro Derecho la pauta contraria de la no división hereditaria, por estimar que la regla romana encerraba la posibilidad de “una grande injusticia”, amén de suponer gastos y molestias para los acreedores del causante. En consecuencia, el artículo 932 del Proyecto de Código Civil dirá que “hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los coherederos...; artículo que, en el decir de su autor, encierra una gran innovación contraria al Derecho romano, en el que los créditos y las deudas de la herencia *ipso iure divisa erant* (4).

Aquí es donde reside la clave de que en el Proyecto de 1.851 haya desaparecido la tercera variedad de indivisibilidad, la que tiene lugar en función tan sólo del pago de la obligación, porque en el Derecho español lo que en el ordenamiento francés constituyen excepciones a la divisibilidad ha pasado a configurarse como regla, en cuanto a la muerte del deudor o del acreedor no determina la división de débitos y créditos hereditarios sino su permanencia incólume.

Por más que GARCÍA GOYENA claudique al llamado francés de asimilar las obligaciones indivisibles a las mancomunadas (solidarias), la innovación que introduce frente al precedente romano-francés le lleva lógicamente a prescindir de la indivisibilidad *in solutione*, y, sobre todo, como ha apreciado sagazmente BERCOVITZ, a advertir que el principio de solidaridad de los herederos en las deudas del causante supone realmente un principio de indivisión, recordando al respecto que el derecho a hacer citar y emplazar a los codeudores es propio de las deudas indivisibles y no de

(3) BERCOVITZ: “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1973, pág. 519.

(4) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, op. cit., pág. 459.

las solidarias, aparte de que la antítesis de la división es la indivisión y no la solidaridad (5).

2. LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL ANTEPROYECTO DE 1882-1888

La situación pergueñada en el Proyecto de 1851 habría de sufrir un importante cambio con el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, en el que la doctrina española suele encontrar la formulación final que el Código Civil español acabaría dando a las obligaciones indivisibles, amén de posibilitar otras conclusiones que más adelante tendremos ocasión de criticar.

Lo primero que llama la atención en el Anteproyecto es la drástica reducción numérica que experimenta el articulado *ad hoc*. Los ocho artículos del Proyecto de GARCÍA GOYENA se rebajan a tres (1.166 a 1.168) o a lo sumo a cuatro si se incluye, según pretende BERCOVITZ, el artículo 1.156 (el 1.139 del Código vigente); reducción que, quizá, en el sentir de este mismo autor, pueda atribuirse en principio a la toma de conciencia por parte del legislador de la menor importancia de las obligaciones indivisibles, “al adscribirse el Anteproyecto, así como el Código después, al principio de indivisibilidad de las deudas del causante, de acuerdo con el cambio introducido por el Anteproyecto de 1.851” (6).

3. LA SEDICENTE ESPECIE DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTAS O EN MANO COMÚN

Un sector importante de la doctrina civil española, encabezado por DÍEZ-PICAZO, pretende encontrar en la regulación del Anteproyecto y, por tanto, también en el posterior Código Civil que fielmente sigue sus pasos la introducción en España, junto a las tradicionales obligaciones mancomunadas y obligaciones solidarias, de una tercera categoría obligacional constituida por las denominadas obligaciones en mano común, conjuntas o comunes (en opinión de DÍEZ-PICAZO son las únicas que merecen, rigurosamente hablando, el calificativo de “mancomunadas”). Pues bien, las obligaciones plurales indivisibles serían precisamente esa tercera modalidad; esto es, incluso tratando de rastrear algún precedente en Pothier, cuando en una obligación con pluralidad de sujetos su presta-

(5) BERCOVITZ. “Las obligaciones divisibles...”, *op. cit.*, pág. 522.

(6) BERCOVITZ: *Ibid.*, pág. 523

ción resulte indivisible la caracterización jurídica de la misma debe hacerse sobre la base de considerarla como una relación obligatoria conjunta o en mano común.

Sobre estos supuestos, la conclusión necesaria parece ser, en consecuencia, que las obligaciones indivisibles quedan “desenganchadas de su tradicional adscripción al régimen de las obligaciones solidarias” (BERCOVITZ), aparte de que al conservar el artículo 1.101 del Anteproyecto la norma del artículo 932 del Proyecto de 1851 (que excluye la vigencia del principio romano-francés *nomina et debita haereditaris ipso iure inter cohaeredes sunt divisa*), la misma ya no cabe conectarla con el régimen de la indivisibilidad, sino que hay que relacionarla con el de la solidaridad, “aun que se trate de una solidaridad *sui generis*” (BERCOVITZ).

Claro que se trata de un argumento muy cercano a la petición del principio, pues si se parte del apriori gratuito de que el Anteproyecto de 1882-1888 ha recogido la variedad germánica de las obligaciones conjuntas, cae por su peso que ya no cabe adscribir las indivisibles, identificadas con aquéllas, al régimen de las obligaciones solidarias, cuando lo que habría que demostrar previa y precisamente es que el referido precedente legislativo y el Código Civil español admiten semejante especie obligatoria. Aparte de que no deja de ser un tanto insólito y paradójico que después de recorrer semejante camino se llegue a la conclusión de que en base al principio de la indivisión de los créditos y débitos hereditarios, presente entre nosotros desde el Proyecto de 1851, tales relaciones obligatorias indivisibles deberán conectarse directamente con la solidaridad, por más que se matice que se tratará, empero, de una solidaridad *sui generis*.

Peculiar construcción que supone, nada más y nada menos, lo siguiente: las obligaciones indivisibles en el Derecho español constituyen una tercera categoría de vínculos plurales configurada por las denominadas obligaciones conjuntas, alejándose, en consecuencia, de su tradicional inserción en el círculo de las solidarias; ahora bien, cuando nos encontremos frente a la manifestación de indivisibilidad legalmente determinada de no fraccionamiento entre los herederos de los *nomina et debita haereditaris* (art. 932 del Proyecto García Goyena, art. 1.101 del Anteproyecto de 1882-1888 y art. 1.084 CC), resulta que su vinculación no es al régimen jurídico propio de esa nueva modalidad obligacional, sino que sorprendentemente se remite al recién repudiado sistema de las obligaciones solidarias. ¿En qué quedamos?, ¿están fuera o dentro de la solidaridad?, ¿o fuera o dentro según convenga? La sencilla explicación quizá se halle en que en nuestro ordenamiento civil las sedicentes obligaciones en mano común estarían tan desasistidas y carentes de normativa que en cuanto se presenta alguna manifestación de las mismas hay que acudir al cobijo

cómodo, conocido y tradicional de la solidaridad. Pero entonces, ¿para qué se necesita la incorporación de una nueva modalidad obligatoria?

La inclusión en nuestro sistema de las obligaciones conjuntas conoce su más decidido defensor en DÍEZ PÍCAZO. Para este preclaro civilista una de las tres formas básicas de organización de la pluralidad de sujetos en la obligación conduce a la comunidad, en virtud de que los créditos se atribuyen al grupo y consorcio y las deudas son también deudas comunes o consorciales, de manera tal que los sujetos, todos juntos (en mano común), son deudores o acreedores de la totalidad.

Los créditos conjuntos, caracterizados, pues, por la pertenencia del derecho de crédito a la colectividad y por su ejercicio consorcial, pueden provenir de la objetiva indivisibilidad de la prestación (art. 1.139 CC, subsunción y pérdida de identidad de la obligación indivisible en el seno de las obligaciones “mancomunadas”), del hecho de pertenecer el crédito, aun cuando éste sea objetivamente divisible, a un patrimonio colectivo atribuido a varias personas, o de fines empíricos perseguidos por las partes, a las que puede interesar que, aunque la prestación sea divisible, el crédito se ejercite consorcialmente. El propio DÍEZ-PÍCAZO no deja de reconocer que nuestro Código Civil es muy parco (¡y tan parco!) en la regulación de este tipo de derechos de crédito, hasta el punto de que una manera directa sólo se refiere a ellos el artículo 1.139 cuando dice que “sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos”; referencia tan insuficiente que se impone su integración mediante los principios generales (¿cuáles?, ¿los de solidaridad?).

Por lo que hace a las deudas “mancomunadas”, su fuente puede hallarse en el hecho de ser la prestación objetivamente indivisible (subsunción ya comentada) y en aquellos supuestos en que, aun siendo la prestación objetivamente divisible, la naturaleza de la relación o el fin perseguido por las partes permite entender que el interés del acreedor queda satisfecho con un acto colectivo de los deudores. El Código Civil se refiere a esta clase de deudas cuando dice que “sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores”, circunstancia que determina que su cumplimiento exija un acto colectivo conjunto de todos los deudores y que, asimismo, la defensa extrajudicial del derecho de crédito haya de plantearse también frente al común de los deudores; ahora bien, al disponer el mismo artículo 1.139 del Código Civil que “si alguno de éstos (los deudores) resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta”, precepto que a todas luces pertenece al ámbito propio de las genuinas obligaciones mancomunadas parciarias, honestamente DÍEZ-PÍCAZO se ve obligado a reconocer que la aplicación de dicha norma resulta “mucho más difícil en la hipótesis estricta de mancomunidad o colectividad”, ya que en la misma “no se comprende bien la exoneración por consecuen-

cia de la insolvencia, puesto que la regla de la prestación conjunta parece que debe subsistir”.

4. RECHAZO CRÍTICO DEL “TERTIUM GENUS”

Esta es la consecuencia obligada de las importaciones apresuradas y este es el precio que hay que pagar cuando se otorga carta de naturaleza a figuras jurídicas que no tienen tradición ni adecuado basamento legal. ¿De qué sirve la admisión de las denominadas obligaciones colectivas si en el momento supremo de inquirir qué sucede en ellas cuando uno de los deudores resulta insolvente hay que concluir que semejante insolvencia no la asumen los restantes deudores sino que ha de soportarla el acreedor? ¿Qué clase de conjunción o mano común es esa que elude la vinculación del común en el caso de que uno de los deudores no pueda cubrir la parte que internamente le corresponda?

DÍEZ-PICAZO intenta remediar la situación aduciendo que cuando la división de la prestación sea objetivamente posible estaríamos ante una aplicación excepcional a la obligación mancomunada o colectiva del régimen de la obligación parciaria para el supuesto de insolvencia de uno de los deudores, mientras que si la prestación, objetivamente considerada, es indivisible, dicha insolvencia no modifica el régimen de la obligación en orden al cumplimiento del deber de prestación (7).

Argumentación que padece, por lo menos, tres defectos. Uno, que la supuesta distinción que pretende entre divisibilidad objetivamente posible o imposible no tiene ninguna operatividad en la hipótesis que nos ocupa, ya que la hipótesis legal del artículo 1.139 del Código Civil, única e indivisible hipótesis, es la de “si la división fuere imposible”. Otro, que no cabe hablar de aplicación excepcional del régimen de las obligaciones parciarias a las colectivas en el punto de la insolvencia de uno de los deudores, pues siendo el mismo básico y caracterizador, semejante aplicación supondría indefectiblemente la desnaturalización de la especie obligatoria que se pretende. Y el tercero, que resulta por completo inadmisibles sostener que en el supuesto de indivisibilidad objetiva de la prestación, la insolvencia de uno de los deudores no modifica el régimen de la obligación en orden a su cumplimiento, esto es, no se aplica la pauta del artículo 1.139 del Código Civil.

Esto último es particularmente serio, porque supone, nada más y nada menos, que una construcción teórica, que en vez de tener apoyo legal

(7) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid 1983, págs. 412 y sigs.

entra en pugna con la normativa civil vigente en España, es capaz de desplazar y dejar sin aplicación a la norma que en principio debería regirla, y, además, que ello se hace sobre la base de reclamar la presencia de un hipotético supuesto extraordinario, el de la indivisibilidad objetiva de la prestación, que es precisamente el supuesto normal y genérico que constituye la *fattispecie* de la norma ("si la división fuere imposible", art. 1.139 CC), y que tan gratuita y temerariamente se pretende excluir. Algo, en nuestra opinión, en exceso forzado y de muy difícil y hasta imposible admisión.

También BERCOVITZ se acoge a la construcción de DÍEZ-PICAZO e intenta indagar de dónde procede en nuestro Derecho civil este *tertium genus* de las obligaciones en mano común. Señala que en relación al segundo párrafo del artículo 1.167 del Anteproyecto de 1882-1888 (equivalente al art. 1.150 CC) sus redactores señalan una concordancia con el artículo 1.533 del Código Civil chileno de 1855, algo que resulta lógico si se tiene en cuenta que el Código de DON ANDRÉS BELLO se inspira plenamente en POTHIER en la regulación de las obligaciones divisibles e indivisibles, así como para las deudas del causante. Por el contrario, el Anteproyecto guarda absoluto silencio en materia de concordancias respecto al artículo 11.56 (actual 1.139) y al primer párrafo del artículo 1.167, pues para ambos "se limitan a señalar los redactores que se trata de preceptos nuevos".

Recuerda BERCOVITZ que la tradición romanista no reconocía más regímenes fundamentales en tema de pluralidad de sujetos que los de las obligaciones solidarias, al que se adaptaban los indivisibles, y de las mancomunadas, al que se acogían los divisibles, por más que POTHIER considerase que acreedores y deudores tenían que actuar conjuntamente en algunos supuestos de indivisibilidad. Por lo que hay que acudir a la tradición germanista para encontrar plenamente reconocido este tercer régimen que por primera vez penetra en España; y, en este sentido, es en el artículo 70 del Código suizo de las obligaciones, en el parágrafo 432 del BGB y en el parágrafo 890 del ABGB donde se formula el principio de la actuación conjunta de los acreedores en las obligaciones indivisibles, circunstancia que refleja el Derecho histórico germánico, ya que la postergación de las deudas y créditos en mano común fue una lamentable consecuencia de la recepción del Derecho romano, el cual, como es sabido, sólo conocía la división *pro quota* y la solidaridad.

Por otro lado, en dichos ordenamientos civiles la subsunción de las obligaciones indivisibles en la esfera de las obligaciones en mano común se suma al principio de la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas del causante (arts. 603 y 639 del Código suizo, parágrafo 2.058

del BGB y párrafos 801 y 802 del ABGB), frente al principio romanista de división *ipso iure* de las deudas del causante.

Pero todavía más, BERCOVITZ señala incluso que no cabe decir que nuestro Código Civil, abandonando la construcción romanista de las obligaciones indivisibles, haya adoptado en su totalidad la postura germanista, ya que ésta sólo aplica el régimen de las obligaciones en mano común a los créditos indivisibles, mientras que en el caso de las deudas remite al régimen de las obligaciones solidarias.

Circunstancias todas, en cuanto supondrían abandonar el cobijo del sistema romano para pasar al germánico, pero incluso para superarlo al extender el régimen de las obligaciones colectivas a las deudas indivisibles, que llevan al citado civilista a estimar que se puede afirmar “la originalidad de nuestro Código Civil en esta materia”, aunque no deje de reconocer que, por los escasos preceptos del Código Civil, su tratamiento “resulta específicamente dificultoso” (8).

Ya nos hemos ocupado de esta materia en otro lugar (9). Allí se ha señalado que la figura de las obligaciones conjuntas aparece en los Derechos alemán y suizo como una derivación de los patrimonios en mano común (*zur gesamten Hand*) que se presentan en relación a la sociedad civil, la comunidad hereditaria y la comunidad conyugal de bienes, y que suponen, en el decir de Larenz, que el derecho o potestad de cada comunero queda condicionado tanto por la pertenencia del crédito al patrimonio colectivo como por su participación en la comunidad jurídica a la que dicho patrimonio pertenece (10).

La especie de las obligaciones en mano común es desconocida en el Derecho civil español, en cuanto faltan en él los presupuestos comunitarios que la justifican y hacen posible, por más que se haya querido ver por algunos autores (DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ) una manifestación de la misma en el artículo 1.139 del Código Civil cuando dispone que “si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores”.

Aunque la terminología sea sugestiva y tentadora, y recuerde aparentemente la figura germánica, lo cierto es que no existe el menor parentesco entre uno y otro supuesto. La mejor prueba nos la proporcionan las circunstancias de que el artículo 1.139 se ubica en el campo dogmático de las obligaciones *a pro rata*, como una situación singular provocada por la

(8) BERCOVITZ: “Las obligaciones divisibles...”, *loc. cit.*, págs. 523 y sigs.

(9) C. MONTES: *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid 1990, págs. 209 y sigs.

(10) LARENZ. *Derecho de obligaciones*, I, Madrid 1958, págs. 493-494.

indivisibilidad de la prestación, y de que el artículo 1.150 al referirse, precisamente por su correcto nombre (obligación indivisible mancomunada), a la variedad que se considera restablece el régimen parciario, una vez que, por incumplimiento, la misma se transforma en obligación de indemnizar daños y perjuicios (11).

Cosa diferente es que al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, que consagra la autonomía negocial privada, las partes puedan convenir la creación de una relación obligatoria que asuma la naturaleza de obligación en mano común, en cuanto no existe prohibición expresa de esa modalidad en nuestro Derecho y en cuanto ningún principio jurídico sustantivo sufre quebranto con semejante admisión. Sin embargo, contra el parecer de LACRUZ Y SANCHO, no creemos que dicha posibilidad pueda derivarse del nuevo "texto de las obligaciones" de que habla el artículo 1.138 del Código Civil, ya que allí a lo que se hace mención escueta es a las obligaciones solidarias, ni mucho menos que pactada la constitución de una obligación conjunta, frente a lo que estiman dichos autores y GUILARTE ZAPATERO, deba concluirse que la misma se gobernará por el negocio que la crea y por las reglas de la comunidad y de las obligaciones indivisibles, en razón de que fuera del título constitutivo cualquier otra referencia reguladora resulta extraña, ora porque nuestra comunidad es de tipo romano o por cuotas, ora porque la indivisibilidad es algo que atañe en exclusiva a la prestación y no tiene por qué entrar a jugar en una situación jurídica caracterizada por la existencia de varios sujetos en la relación obligatoria (12).

VON TUHR ha captado perfectamente el punto en consideración al destacar que de los créditos comunes hay que distinguir el caso en que se trate de créditos con varios acreedores que sólo pueden ejercitarse en común, tal cual ocurre cuando la prestación que corresponde a varios acreedores sea indivisible; supuesto en el cual, como señala con tino, a diferencia de lo que ocurre en el mancomún, no estamos ante un crédito colectivo sino ante dos distintos derechos, algo que se patentiza en virtud de la circunstancia de que cada acreedor puede disponer personalmente de su derecho, lo que nunca sucede en las obligaciones conjuntas. Otro tanto ocurrirá cuando dos o más acreedores convengan con su deudor común que se pondrán de acuerdo para exigir las prestaciones que les correspondan (13).

(11) GIORGIANNI: *L'inadempimento*, Milán 1959, pág. 172.

(12) LACRUZ Y SANCHO: *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona 1985, pág. 45; GUILARTE ZAPATERO: *Comentario al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid 1983, pág. 199.

(13) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid 1934, pág. 251.

El *tertium genus* que se pretende entre nosotros por Díez-Picazo y Bercovitz, no obstante no tener asidero en nuestra historia jurídica, habría alcanzado aquí una rara perfección y el mantenimiento de sus más acendradas esencias teutonas (crédito y deuda en mano común), ya que la actual regulación germánica de la materia aplica el régimen de las obligaciones en mano común sólo a los créditos indivisibles, mientras que en el caso de las deudas remite al régimen de las obligaciones solidarias. Esto es, más rigurosos y principistas que en Alemania y Suiza.

En consecuencia, semejante importación dogmática (nada menos que la de toda una categoría obligacional cual es la de las obligaciones conjuntas o en mano común) nos parece excesiva e injustificada, porque de la misma manera que, como más adelante tendremos ocasión de considerar, la indivisibilidad de la prestación no determina que la obligación pluripersonal haya de asumir necesariamente la condición de solidaria, tampoco la circunstancia de una prestación de tal índole constituye obstáculo insuperable para el mantenimiento de la naturaleza mancomunada.

En efecto, la condición divisible o indivisible del objeto debido, que da origen a dos categorías obligatorias con régimen jurídico propio, no trasciende, ni puede trascender, al campo de la caracterización de los vínculos por razón de los sujetos de los mismos. El que una obligación sea mancomunada o solidaria depende de la especial relación que se establezca entre los distintos acreedores y deudores en orden a la reclamación o sujeción del cumplimiento de la *res debita*, pero no puede venir determinado por la posibilidad o no de fraccionar el comportamiento comprometido. De la misma manera, la indivisibilidad de la prestación no puede dar lugar a la consagración entre nosotros de un tipo obligatorio extraño, sin justificación ni precedentes, el de las obligaciones en mano común, que, como dice Guilarte Zapatero, al no admitir la distribución por cuotas, ni ideal ni físicamente, representa un tipo de cotitularidad colectiva que no encaja con exactitud en el supuesto de las obligaciones subjetivamente plurales, mancomunadas o solidarias (14).

Cuando el artículo 1.139 del Código Civil dispone que si la división es imposible, "sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores", impone una severa rectificación del régimen normal de las obligaciones mancomunadas, caracterizado por la aplicación del principio *concurso partes fiunt*, pero ello no quiere decir que nos veamos compelidos a salir del campo de la mancomunidad para entrar a vagar en la órbita ajena e impropia de las obligaciones conjuntas, sino tan sólo que la normalidad parciaria sufrirá algún correctivo, en el sentido de que cada

(14) GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios*. , XV-2, *op. cit.*, pág. 198.

acreedor no podrá actuar por separado y cada deudor no será compelido a cumplir aisladamente.

El hecho de que se trate de una prestación indivisible determina el proceder concertado o consorcial de los sujetos, pero ¿quiere decir ello que automáticamente nos situemos fuera de la mancomunidad? De ninguna manera, y la mejor prueba de esto la hallamos en que si se tratara de una genuina obligación en mano común el incumplimiento culpable de la misma no determinaría la posibilidad de reclamaciones y débitos parciales respecto al monto indemnizatorio, mientras que entre nosotros dicho incumplimiento da lugar al fraccionamiento entre acreedores y deudores de la suma pecuniaria debida en concepto de indemnización de daños y perjuicios (art. 1.150 CC); algo que nos revela con toda claridad que la peculiaridad del actuar impuesto por el artículo 1.139 del Código Civil no viene dada por la especial naturaleza de la relación existente entre acreedores y deudores, sino única y exclusivamente por el hecho de que el objeto de la obligación plural sea indivisible.

Lo que atañe a la particular manera en que se configuran créditos y débitos en las obligaciones con pluralidad de sujetos debe hacer referencia al elemento personal y no al elemento real de la obligación. El que una obligación sea en mano común (posible, empero, entre nosotros al amparo del art. 1.255 CC) depende de que la Ley o las partes hayan atribuido la titularidad del crédito y de la deuda a los varios sujetos de manera colectiva o consorciada, y no del hecho de que la prestación sea divisible o indivisible. Es más, aunque por asumir este último carácter el objeto debido sea necesaria la actuación conjunta de los interesados, ello es meramente circunstancial, sin que tenga virtualidad suficiente como para cambiar la naturaleza de la relación obligatoria.

Aquí también, pues, *non tertium genus*, porque ni existe necesidad del mismo, ni se da justificación suficiente para su acogida, ni el ordenamiento civil español le brinda acomodo, ya que, en cuanto mediante el incumplimiento de la obligación se hace posible su satisfacción fraccionada *in genere*, se apresura a restablecer la normalidad del funcionamiento mancomunado, que ni siquiera con anterioridad ha dejado de existir o se ha transformado, sino que tan sólo ha experimentado una restricción o acomodo en razón de la peculiaridad de la naturaleza del objeto debido, tal como patentiza el artículo 1.150 del Código Civil. Se trata, en realidad, según ha hecho notar GIORGI, de que solidaridad e indivisibilidad son las dos excepciones a la regla *concurso partes fiunt*, (15) pero sin que la

(15) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, I, Madrid 1909, pág. 86.

segunda deba determinar la aparición del *tertium genus* de las obligaciones conjuntas.

5. LA ADECUADA CONSIDERACIÓN DEL SUPUESTO DE PLURALIDAD DE SUJETOS E INDIVISIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN

Desde luego que la circunstancia de que en una relación obligatoria con pluralidad de sujetos su prestación sea indivisible constituye un factor de distorsión que complica las cosas y difumina la claridad del vínculo plural, que cada acreedor no pueda reclamar ni cada deudor esté facultado para realizar por sí solos una parte del objeto debido, ya que lo impide la indivisibilidad de la prestación, produce una alteración tan significativa que no debe extrañar que los juristas de todos los tiempos se hayan sentido tentados a salirse del marco estricto de las obligaciones mancomunadas. El Derecho romano nos ofrece en este campo, como en tantos otros, un significativo ejemplo.

En efecto, en el Derecho romano clásico las obligaciones indivisibles plurales se consideran como obligaciones solidarias, con una solidaridad proveniente, no de la voluntad de las partes, sino determinada objetivamente en base a la indivisibilidad de la prestación; en consecuencia, se les aplica por entero el régimen de la solidaridad común, y así no surgía de ellas el derecho de regreso para el deudor que pagó la totalidad, ni la obligación para el acreedor que cobró todo el crédito de prestar caución al deudor de que no será demandado por el resto de los acreedores.

En el Derecho justiniano, con el propósito de mejorar la situación de los deudores, el régimen jurídico de las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos cambia sustancialmente. Cuando un deudor es demandado de pago por el acreedor, puede obtener una prórroga para atraer a los demás deudores. Si pagó él solo, tiene, *ipso iure*, derivado de la propia naturaleza de la obligación indivisible, el derecho de regreso para pedir a los otros deudores el reembolso de la parte que les corresponda, sin que sea preciso que medie entre ellos una relación interna de mandato o sociedad, por ejemplo, que, como es sabido, hacía falta en las obligaciones solidarias pasivas para intentar el reembolso. Incluso, aún más, cuando uno de los deudores fuere demandado por la totalidad del débito, podía exigir que los demás le entregaran sus cuotas, aunque él no hubiese satisfecho todavía el crédito reclamado.

Además, si existiendo varios acreedores, uno de ellos obtuvo la totalidad de la prestación adecuada, el deudor que pagó tiene derecho a exigir que dicho acreedor (su *litis contestatio*, a diferencia de lo que ocurría en las solidarias, no extinguía el derecho de los restantes acreedores) le preste caución o le dé garantía de que no será demandado por los otros acreedo-

res. En fin, cuando a consecuencia del incumplimiento de la obligación indivisible plural recayere sobre uno de los deudores condena pecuniaria, este hecho determinaba su transformación en obligación divisible, de manera que el monto de la condena por daños y perjuicios quedaba repartido entre los varios deudores: *pro parte condemnationem fieri oportet* (16).

Esta orientación será continuada por el *ius commune*, en el que oiremos a Baldo proclamar que *qualitas individuitatis realis est correorum vero personalis*, y a DOMOULIN consagrar el apotegma *aliud est teneri ad totum, aliud ad totum totaliter*, y entroncará con el Código Civil francés y con la cadena de Códigos que en él encuentran modelo, tal cual ocurre con nuestro Proyecto de 1851, por más que la misma no suponga la desvinculación total de las obligaciones solidarias, sino tan sólo la marginación o disminución de algunos de sus efectos. El artículo 1.139 del Código Civil español, como bien escribe GUILARTE ZAPATERO, quizá adoptó una posición poco clara, pero de lo que resulta difícil dudar es que, alejando la indivisibilidad de la solidaridad, acierta a conciliar satisfactoriamente sus efectos con los específicos de la mancomunidad, aunque pueda parecer poco propio el intento de coordinar dos caracteres escasamente compatibles entre sí como son la mancomunidad, que en el sentido del Código Civil tiende a la disgregación, y la indivisibilidad, que reclama e impone esencialmente la cohesión (17).

¿Cuál debe ser la conclusión de este largo *excursus*? En nuestra opinión, el hecho de que en una obligación con pluralidad de sujetos su prestación sea indivisible no determina, ni que debamos abocarnos de manera automática al campo de las obligaciones solidarias, ni mucho menos que ello deba dar entrada entre nosotros a la extraña construcción de las obligaciones en mano común.

Como hemos tenido ocasión de comentar en otro trabajo (18), cuando la obligación plural presente una prestación no susceptible de división la regla debe ser la mancomunidad, porque en nuestro Derecho Civil ésta es la pauta en todo supuesto de obligación con pluralidad de sujetos (art. 1.137 CC) y porque no se alcanza a ver en función de qué razones la misma ha de quedar excluida o desvirtuada en el supuesto de que la *res debita* sea indivisible.

Para ello está el juego combinado de los artículos 1.139 y 1.150 del Código Civil. El primero de ellos, estableciendo importantes restricciones al funcionamiento ordinario de las obligaciones mancomunadas, impues-

(16) C. MONTES: *Curso de Derecho romano Derecho de obligaciones*, Caracas 1964, págs. 52-53.

(17) GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios* ., XV-2, op. cit., págs. 206-207.

(18) C. MONTES: *La estructura...*, op. cit., págs. 234 y sigs.

tas por la circunstancia de la indivisibilidad de la prestación, pero concluyendo con la aplicación del más importante criterio caracterizador de aquella variedad obligatoria: la asunción por el acreedor del riesgo de la insolvencia de alguno de los deudores mancomunados. El segundo, llamando a la situación por su verdadero nombre de "obligación indivisible mancomunada" y, sobre todo, resolviendo la divisibilidad de la misma cuando la originaria prestación indivisible sea sustituida por la de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los acreedores por el incumplimiento de la obligación, algo que carecería por completo de sentido y justificación lo mismo si la obligación fuera solidaria que si tuviera la condición de conjunta o en mano común.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

DICTAMENES Y NOTAS

El t3pico de las notas marginales de oficina, suced3neas y de modificaci3n jur3dica

La nota marginal es un asiento de efectos muy importantes. Pero los autores que se ocupan del Derecho hipotecario, quiz3 cansados por el esfuerzo hecho en el estudio de los otros asientos registrales, llegan exhaustos a la nota marginal y le dedican una atenci3n meramente marginal, en concordancia con su nombre, pero no con sus efectos.

A estas alturas, los hipotecaristas m3s relevantes vienen a decir que no se sabe o no se puede definir lo que es una nota marginal atendiendo a criterios unitarios.

As3 por ejemplo, ROCA SASTRE dice que “la nota marginal es un *asiento registral*, en general *accesorio*, *definitivo* y *positivo*, que se extiende *al margen* de otros asientos y cuyo objeto es, consignar un *hecho* que modifica un derecho registrado, o *hacer las veces* de una inscripci3n, anotaci3n preventiva o cancelaci3n, o facilitar la *mec3nica de la oficina del Registro*” (*Derecho hipotecario*, tomo III, p3g. 156, 6.ª edic. 1968).

Con ello se prescinde de caracteres uniformes o propiamente definitorios, pues ya se empieza por decir que “en general” es accesoria, lo que significar3 que para dicho autor no siempre es accesoria, poniendo incluso el ejemplo de las notas marginales suced3neas, que ROCA SASTRE no las considera accesorias (*ob. cit.*, p3g. 157). Pero si nos falla el car3cter de la accesoriedad, que es fundamental en la nota marginal, queda sin justificaci3n por qu3 ha de constar al margen de una inscripci3n, anotaci3n preventiva, cancelaci3n o asiento de presentaci3n. Luego veremos que las dos

notas fundamentales de la nota marginal son la accesoriedad y la complementariedad respecto a un asiento principal.

En contra de ROCA SASTRE, hay que entender que la nota marginal es un asiento accesorio, incluso en los ejemplos que se nos ponen de notas marginales sucedáneas, y que si no hay accesoriedad ni complementariedad, entonces lo procedente sería extender otro tipo de asiento y no la nota marginal. Hay que reconocer que en algún caso aislado, el asiento puede llegar a tener vida posterior independiente del asiento principal, pero, a pesar de todo, sigue siendo accesorio, en el sentido de que deriva del acto o negocio o derecho resultante del asiento principal, y esa posible vida ulterior independiente, si es que se produce, será efímera (ejemplo: afecciones).

En esa definición de ROCA SASTRE se prescinde de un criterio unitario conceptual de nota marginal, pues las consabidas notas de “definitivo y positivo” las tienen otros asientos, y en lo demás, hace una enumeración de tres posibles objetos de las notas marginales, que le llevarán a las tópicas y tradicionales clasificaciones de notas de modificación jurídica o propiamente dichas, notas sucedáneas de otros asientos y notas de oficina.

De las notas marginales de oficina, definidas por ROCA SASTRE como las “que sirven para relacionar unos asientos con otros”, dice que “su característica es que carecen por sí mismas de valor jurídico, pues desempeñan una misión puramente mecánica o material” (*ob. cit.*, pág. 157). Pero con ello se desconoce su función esencial en el tráfico jurídico, tan esencial o más que las restantes notas marginales, y la prueba es que pueden dar lugar, si no se extienden debidamente, a situaciones enormemente conflictivas, tanto para los interesados como para el Registrador. Llamarlas simplemente de oficina o de mecánica registral constituye una desvalorización de las mismas, que no concuerda con su importante función jurídica y con la responsabilidad del Registrador. Precisamente para que no sean minimizadas por nadie, lo mejor sería cambiarlas de denominación, y antes que “notas de oficina”, podrían ser llamadas “notas marginales de relación de asientos” o “de coordinación de asientos” o “de realización de operaciones registrales”. Si alguien pide una certificación registral y no consta la llamada nota marginal de oficina, ello puede dar lugar a que se recoja en la certificación, sin culpa del Registrador actual, un contenido diferente del resultante del conjunto del Registro, y como el tercero ha de atenerse a lo que figure en el folio registral de la finca que le interesa, para él se tratará de una finca que, por ejemplo, no ha sufrido ninguna segregación o agrupación, siendo tercero protegido por la fe pública registral en contradicción con otros titulares registrales de la porción segregada.

En cuanto a las llamadas notas marginales “sucedáneas o que hacen

las veces de otros asientos", hay que rechazar que el legislador haya elegido la nota marginal en estos casos, según dice ROCA SASTRE, "por disposición de preceptos hasta cierto punto excepcionales y por razones de simplificación de las operaciones de registro", pues realmente, el mismo tiempo material cuesta extender unas líneas al margen de una inscripción que en el espacio destinado a asientos principales. Si esa fuera la razón del legislador para regular estas notas marginales, habría que contestar que es un criterio totalmente injustificado e incoherente.

Y en cuanto a las normas marginales de "modificación jurídica", ROCA SASTRE dice de ellas, que "alteran la situación jurídica registrada" y que "su característica es que, a pesar de surtir efecto jurídico hipotecario o registral, éste no tiene la suficiente envergadura para provocar una inscripción" (*ob. cit.*, pág. 158). Pero entonces no es posible determinar la naturaleza de las notas marginales de este tipo, pues todo dependerá de la línea imprecisa entre lo que se considera con suficiente o no suficiente "envergadura". Y encima ROCA SASTRE añade que "alteran la situación jurídica registrada" o que, como el nombre que se les asigna indica, son de "modificación jurídica". Pero es inadmisibile hablar de "alteración de la situación registrada" sin más, pues en tal caso, lo procedente sería un asiento de inscripción, que es el que propiamente puede dar lugar a una alteración de la situación registrada.

Se comprenderá que la definición y clasificación de ROCA SASTRE de notas marginales carece de criterio unitario y de precisión, por lo que no puede ser aceptada a efectos científicos, salvo que se parta de que la nota marginal es un asiento arbitrario y extravagante, carente de precisión en sí mismo, lo que no puede ser admitido por absurdo.

Por su parte, otro autor de tanta o más envergadura científica que ROCA SASTRE, como es LACRUZ, tampoco llega a un concepto unitario de la nota marginal. Y eso que ofrece una serie de sugerencias importantes sobre ésta y otras materias que, sin duda, hay que agradecer, pues nadie como él ha tratado del Derecho inmobiliario registral con tanta profundidad.

Lo cierto es que después de dar unas notas breves pero bastante interesantes del asiento de nota marginal, en las que alude a "cierta relación de dependencia con el asiento a cuyo margen se practican", diciendo que aportan al asiento principal "una mutación, advertencia o referencia de expresión sencilla", termina por incluirse en la concepción escéptica de la nota marginal, al decir: "Se comprende, por consiguiente, la imposibilidad de dar una definición suficientemente comprensiva de la nota marginal. Es ésta un arbitrio legal para llevar al Registro contenidos muy varios, que el legislador, o ha creído conveniente que figurasen en él cuando, no siendo materia de ninguno de los otros asientos, sin el precepto que permite su

consignación en forma de nota marginal carecerían de vehículo hábil para llegar a los libros; o bien, aun siendo posible su ingreso mediante alguno de los asientos principales, ha estimado más sencillo hacerlos constar mediante éste, típicamente accesorio" (*Derecho inmobiliario registral*, con la colaboración de SANCHEZ REBULLIDA, edic. 1984, pág. 236).

Después señala un criterio de *numerus clausus* de notas marginales, que no resulta de la legislación vigente, a diferencia del número 10 del artículo 42 LH en materia de anotaciones preventivas, si bien tiene la virtud de reconocer que la Resolución DGRN de 30 de enero de 1970, siguió el criterio contrario, al partir de la posibilidad de hacer constar en el Registro por nota al margen de la inscripción, un domicilio electivo para las notificaciones relacionadas con las actuaciones sobre el inmueble. Hay que observar también que el cambio de nombre del titular registral no está regulado en la legislación, pero en la práctica, con buen criterio y con el antecedente de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, se extiende en estos casos una nota marginal, tanto respecto al cambio de nombre de personas físicas como de personas jurídicas, una vez acreditado debidamente.

En definitiva, LACRUZ-SANCHEZ desisten de "intentar una tipificación de caracteres generales, y menos una definición propiamente dicha (es decir, esencial) de nota marginal" (*ob. cit.*, pág. 236), prefiriendo describir las distintas clases de notas marginales al estilo tradicional de "notas de modificación jurídica, sucedáneas de asientos principales y de oficina", con las correspondientes definiciones de cada una de ellas, que dan a entender que no existe ninguna diferencia de ellas con los demás asientos registrales, por razón de su contenido, salvo las consabidas "cenicientas" del Registro —la expresión es mía— o notas marginales de oficina, a las que caracterizan por "carecer por sí mismas del valor material" (*ob. cit.*, pág. 238).

Hacia un concepto técnico unitario de nota marginal.—En oposición a éstos y otros autores que siguen esa dirección escéptica o pesimista del concepto unitario de nota marginal, ensayaremos en estas breves notas una definición de dicho asiento, tan querido para los Registradores, y al mismo tiempo, tan temido muchas veces, porque respecto al mismo hay que estar en la práctica con cien ojos para evitar que por cualquier omisión o inadvertencia involuntaria se produzcan consecuencias perjudiciales y de responsabilidad.

En nuestra opinión, la nota marginal es "*el asiento que se extiende al margen de otro y en el que se hace constar un hecho o acto jurídico que complementa, concreta o hace una advertencia complementaria respecto a un acto o derecho que contiene el asiento principal*".

En primer lugar, es un asiento que tiene como nota esencial la acceso-

riedad. Si es nulo o ineficaz el asiento principal, nula e ineficaz es también la nota marginal. Ello explica también que cada asiento principal tenga sus propias notas marginales, sin que puedan extenderse de modo indiferente en el margen del libro, sin determinar cuál es el asiento al que cada una de ellas se refiere. Constando al margen de una inscripción de hipoteca la nota de haberse expedido la certificación de cargas, la cancelación de la hipoteca ha de llevar consigo la cancelación de la nota. Ahora bien, como la nota revela que la hipoteca está en fase de ejecución judicial, no cabe, habiendo tal nota, pretender una cancelación voluntaria de la hipoteca con la presentación de la simple escritura pública de carta de pago, sino que previamente ha de constar la cancelación de la nota marginal en virtud del correspondiente mandamiento judicial. En cambio, sería absurdo cancelar la hipoteca y mantener la vigencia de la nota marginal. Pero lo contrario es posible y frecuente en la práctica: cabe cancelar la nota marginal accesoria en virtud de mandamiento judicial en que conste el desistimiento del procedimiento del artículo 131 LH y mantener la vigencia de la hipoteca para ulteriores pagos de la misma.

Las notas marginales son accesorios de otro principal, porque la titularidad, el acto jurídico, el derecho y la finca están ya en el asiento principal, pero pueden necesitar de un complemento, concreción o advertencia, y todo esto lo da la nota marginal accesoria. Si estos contenidos accesorios se hicieran por medio de una inscripción o anotación, no quedaría perfilada la principalidad de la situación jurídica del asiento al que complementan, sino que quedarían en un mismo plano, y la Ley quiere que con la nota marginal quede constancia de la situación principal y de que ésta se mantenga como tal, para que no quede duda de que la titularidad, el acto, el derecho y la finca continúan tal como resultan del asiento principal.

En segundo lugar, las notas marginales son asientos que significan, según la definición ofrecida, un complemento, una concreción o una advertencia complementaria respecto al asiento principal.

Esta complementariedad, junto a la indicada accesoriedad, nos dan los criterios unitarios definitorios del asiento de nota marginal, pues la accesoriedad y la complementariedad existen tanto por vía de complementariedad propiamente dicha, como por la vía de la concreción o de la advertencia.

Todas las notas marginales responden a esta idea. Lo que ocurre es que la doctrina dominante no acierta a ver esos criterios unitarios o no los recalca suficientemente. Y creen que es una cuestión de arbitrariedad del legislador, cuando la arbitrariedad se encuentra en los propios autores que no nos dan los criterios comunes a las normas marginales. Como consecuencia de esa accesoriedad y complementariedad respecto a un asiento

principal está la localización y extensión de las mismas al margen de un asiento principal.

Es cierto que las ideas de complemento, concreción y advertencia —complementariedad en sentido amplio— dan lugar a una multiplicidad o variedad de notas marginales, pero la sistematización de las mismas a través de los tres criterios tradicionales con sus denominaciones antes vistas no es muy coherente.

Hemos visto antes como se habla de las notas de “modificación jurídica” como aquellas que publican hechos o actos que alteran el asiento principal. Pero hay que advertir que esto no es muy adecuado para la nota marginal, que ni “modifica” propiamente el asiento, ni lo “altera” pues si así fuera, sin más matizaciones, el asiento adecuado no sería la nota marginal, sino el asiento de inscripción o de anotación preventiva, según se tratara de modificar uno u otro tipo de asiento.

Así por ejemplo, la modificación o rectificación del título que produjo una inscripción ha de reflejarse en el Registro a través de un asiento de igual naturaleza que el que produjo el título ya inscrito.

Por otra parte, la rectificación de una inscripción ha de tener lugar también a través de un asiento de inscripción.

Esa “modificación” que se dice tiene la nota marginal lo es en un sentido impropio y muy especial, es decir, en el sentido apuntado de complemento, cuando el propio asiento principal está abierto a ello y necesitado de ese complemento. No es propiamente modificación, sino complemento del asiento principal no del todo perfilado o susceptible de complementariedad.

Por ejemplo, en el caso más típico de nota marginal que es la de cumplimiento de condición suspensiva, el asiento principal contiene una titularidad condicional, cuya consumación se hace constar por nota marginal (art. 23 LH y 56 RH). No se trata propiamente de una modificación de la titularidad sino de un complemento de la misma. No es que se modifique sino que se consuma con efecto retroactivo el contenido del asiento principal que estaba ya en potencia.

Otro importante grupo de notas marginales que a veces se incluyen entre las de modificación jurídica son las que publican el hecho de expedirse certificaciones de cargas en determinados procedimientos judiciales o administrativos. Estas notas marginales son fundamentales y, en el caso de la hipoteca, no suponen ninguna modificación jurídica de la misma, sino que publican un hecho que complementa a la propia hipoteca en el sentido de dar a conocer la fase de ejecución en que se encuentra la hipoteca inscrita. Sabido es que la hipoteca tiene una fase de seguridad y que, puede tener una fase de ejecución, en caso de impago, pero el derecho de hipoteca es el mismo, tanto en la fase de seguridad como en la fase de

ejecución. Pues bien, la nota marginal de la regla 4.^a del artículo 131 LH publica la fase de ejecución del derecho de hipoteca, pero no lo modifica, pues el derecho es idéntico.

Cuando se acepta la hipoteca unilateral del artículo 141 LH o se convierte en efectiva la obligación futura garantizada con hipoteca (arts. 142 y 143 LH), el asiento adecuado es también la nota marginal, porque no hay propiamente modificación del derecho inscrito, sino complemento o concreción de una situación jurídica inscrita y abierta en el propio asiento principal.

Por tanto, las llamadas notas marginales de “modificación jurídica” no son tales, sino que tienen la nota de complemento o concreción de toda nota marginal. Deberían ensayarse otras clasificaciones de las notas de este grupo, buscando criterios diferentes, como por ejemplo, haciendo un grupo aparte de las notas marginales de expedientes o procedimientos en marcha, las notas de consumación de titularidades (de cumplimiento de condiciones suspensivas, de aceptación de hipoteca unilateral, de nacimiento de obligación futura, etc.), prescindiendo de la idea imprecisa de “modificación jurídica”.

Por otra parte, las llamadas “notas marginales sucedáneas de otro asiento”, aparte de que suena a aquello del “café y sus sucedáneos” o a cosas similares, no son propiamente “sucedáneas”, pues no contienen (ni deben contener) un acto inscribible típico sino que simplemente complementan el derecho resultante del asiento principal. Incluso paradójicamente, son más de “modificación jurídica” que las llamadas “de modificación jurídica”. Pero tampoco les cuadra esa denominación.

Basta comprobar la lista de supuestos, no siempre coincidentes entre los autores, de notas “sucedáneas” para comprobar que o bien se trata ya de supuestos derogados carentes de interés, o bien pueden ser intercambiadas con las del grupo anterior, o bien se trata de supuestos en que hay también un complemento del asiento principal sin modificar el contenido del mismo, sino recogiénolo tal como está, pero con algún complemento resultante de la propia Ley.

Así, por ejemplo, cuando un acreedor posterior y paga y se subroga en los derechos del actor en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, se hace constar por nota marginal, conforme a la regla 5.^a de dicho precepto, la citada subrogación. Pero ello es porque no se trata de la cesión voluntaria de un derecho real inscrito, sino simplemente de la sustitución del acreedor hipotecario dentro del procedimiento de ejecución y no fuera de él. Es decir, estamos en un aspecto de la fase de ejecución de la hipoteca.

Cuando el legislador, en un caso ciertamente límite, prevé que se haga constar por nota marginal en el caso de que el deudor que vendió la finca

a un comprador descontando el precio de la hipoteca, y luego a pesar de todo, paga la hipoteca el vendedor, se prevé una subrogación legal en la posición del acreedor (art. 118 LH), que puede hacerse constar por nota marginal (art. 230 RH), ello es porque no ha habido ninguna cesión voluntaria del crédito hipotecario, sino una “subrogación legal” *en el mismo derecho* que consta inscrito, sin ningún acto jurídico inscribible, sino simplemente por declaración de la Ley.

Cuando se cancela por pago o por exhibición de letras, que es otro caso límite, una condición resolutoria en garantía del precio aplazado, se podría decir que el asiento adecuado sería una cancelación a través de inscripción, pero en realidad el derecho del vendedor no constituye un derecho real autónomo, sino una mera “facultad o derecho potestativo de resolver el negocio inscrito”, sin que esa facultad dé lugar a ninguna inscripción autónoma, sino inserta en el mismo asiento que el de compra. En esta situación, la cancelación de esa facultad debe constar también en forma no autónoma, es decir, por nota marginal, que es la forma paralela *a posteriori*, de reflejar la extinción de lo que figura ya como accesorio en el asiento principal.

Respecto a las afecciones fiscales y urbanísticas, que respectivamente constituyen una advertencia para terceros de la existencia de un pago de impuestos pendiente o carga respecto a la transmisión a la que se refieren, o una situación urbanística relativa a la finca objeto de la operación principal, esas afecciones podrían constar en el propio asiento principal, como contenido accesorio del mismo, dada la relación íntima de las mismas con el acto jurídico inscrito. Ante ello, el legislador admite que consten con más claridad al margen del propio asiento principal, que no al pie del mismo, e incluso pueden producirse con posterioridad, cuando ya no cabe insertarlas en el asiento principal. Además, esas notas marginales tienen la nota de caducidad frente a la duración indefinida del asiento principal, pero en todo caso, se trata de situaciones anejas y accesorias del derecho inscrito, que nacen con ocasión del mismo y que lo complementan.

Además, esas afecciones no constituyen la garantía propiamente dicha susceptible de ser objeto de asiento independiente de anotación preventiva, sino de una situación previa de advertencia en relación con el acto inscrito, que permitirán luego dirigir el procedimiento contra el titular o sucesivos adquirentes, reflejándolo a través de anotación preventiva.

En cuanto a las notas marginales cancelatorias por caducidad del asiento principal, constituyen también un complemento del asiento principal, pues de éste o de la Ley que lo regula, resulta la duración limitada o caducidad del asiento principal.

Es decir, en todos estos supuestos en donde la cuestión ofrece una mayor complejidad o problemática, siempre cabe encontrar las notas esen-

ciales de accesoriedad y complementariedad, antes de recurrir al “nada jurídico” que representa la pretendida arbitrariedad del legislador o la “sucedaneidad de la nota marginal”.

Por tanto, todo ese grupo de notas marginales sucedáneas, y que se pueden contar con los dedos de la mano, podrían desglosarse formando grupos específicos, huyendo de la idea de sucedaneidad, clasificándolas en notas de afección (fiscales y urbanísticas), en notas de subrogación (en hipoteca) y notas cancelatorias (de condición o por caducidad del asiento).

En cuanto a las llamadas “notas de oficina”, que ponen en relación unos asientos con otros, llamarlas notas de oficina o de mecánica registral, insistimos que es desvalorizarlas, pues su importancia es capital a efectos de información al público (publicidad del Registro) y del propio Registrador (calificación y responsabilidad del Registrador), según los ejemplos que pusimos al principio. Imaginemos por ejemplo, que no se pone la nota marginal de “pende” de asientos de presentación, al margen del Libro de Inscripciones (art. 426 RH), y ello da lugar a que se produzcan errores en la prioridad. Llamar a esta nota fundamental nota de oficina es confundir al público sobre los importantes efectos de la misma.

Se trata, por tanto, de notas que publican advertencias que afectan al contenido del asiento principal, tan importantes como las demás notas marginales y con la misma función de complementar, concretar o advertir de determinados extremos que afectan al asiento principal. Su denominación podría ser la de notas marginales de “relación o coordinación de asientos”.

Quede para otra ocasión el detalle pormenorizado de la clasificación de notas marginales, una vez dados estos criterios generales, pues de lo que trataba en estas notas es de desvirtuar el tópico doctrinal existente sobre las notas marginales en cuanto a su definición y clasificación tradicional.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES

1. *Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo*.—En el *Boletín Oficial del Estado* del día 7 de mayo se publica el Instrumento de ratificación del Convenio constitutivo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo hecho en París el 29 de mayo de 1990.

En su preámbulo se dice que las partes contratantes,

Comprometidas con los principios fundamentales de la democracia multipartidista, el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y la economía de mercado;

Invocando el acta final de la Conferencia de Helsinki sobre seguridad y cooperación en Europa y, en particular, su declaración sobre principios;

Celebrando el propósito de los países de Europa Central y del Este de impulsar la realización práctica de la democracia multipartidista y consolidar las instituciones democráticas, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, así como su voluntad de introducir reformas tendentes a favorecer la transición a una economía de mercado;

Teniendo en cuenta la importancia que reviste una cooperación estrecha y coordinada para promover el progreso económico en los países de Europa Central y del Este, contribuir a que sus economías alcancen mayor competitividad a escala internacional y prestarles la ayuda que requiere su reconstrucción y desarrollo, reduciendo con ello, si hubiere lugar, los riesgos que lleve emparejados la financiación de sus economías;

Convencidas de que la creación de una institución financiera multilateral, que aunque de carácter básicamente europeo sea internacional por los miembros que la integren, contribuirá a alcanzar los objetivos mencionados y proporcionará una estructura nueva y excepcional para la cooperación en Europa;

Han acordado crear el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (denominado en lo sucesivo “el Banco”), cuyo funcionamiento se regirá por lo dispuesto en lo que sigue:

En el artículo 1.º se señala su objeto diciendo que, “con su contribución

al progreso y reconstrucción económicos, el Banco tiene por objeto favorecer la transición a una economía abierta de mercado y promover la iniciativa privada y empresarial en los países de Europa Central y del Este que suscriban y apliquen los principios de la democracia multipartidista, el pluralismo y la economía de mercado”.

En el artículo 2.º se señalan sus funciones, y en el artículo 3.º se establecen quiénes pueden ser sus miembros, que son los países europeos, los no europeos que sean miembros del Fondo Monetario Internacional, la Comunidad Económica Europea y el Banco Europeo de Inversiones.

2. *Convenio con México sobre sentencias judiciales.*—El *Boletín Oficial del Estado* del 9 de abril publica el Instrumento de ratificación del Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989.

Según su artículo 2.º, el Convenio se aplicará a sentencias y laudos dictados en ambos Estados que cumplan las condiciones señaladas en los Títulos IV y V.

Estos títulos dicen así:

Artículo 8

Las sentencias y laudos arbitrales de carácter declarativo dictadas en uno de los Estados partes tendrán eficacia y serán reconocidos en el otro sin que sea necesario seguir un procedimiento de homologación; cuando sólo vayan a utilizarse como prueba ante los Tribunales, será suficiente que las mismas llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como documentos auténticos.

Artículo 9

Si la sentencia o laudo arbitral no pueda ser reconocido en su totalidad, el Tribunal podrá admitir su eficacia parcial a petición de la parte interesada.

Artículo 10

No serán reconocidas las sentencias o laudos arbitrales cuyo contenido sea contrario al orden público del Estado requerido.

Artículo 11

Las sentencias y laudos arbitrales a que se refiere el Título II de este Convenio tendrán eficacia y podrán ser ejecutados en el Estado requerido si el Tribunal requerido determina que concurren las condiciones siguientes:

- a) Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados como documentos auténticos en el Estado de origen.
- b) Que las sentencias, laudos arbitrales y los documentos anexos a los mismos estén redactados o traducidos al idioma español.
- c) Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la Ley del Estado requerido, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 25.
- d) Que el Juez o Tribunal sentenciador haya tenido competencia de acuerdo con las bases previstas en el Título III de este Convenio.
- e) Que tratándose de sentencias las mismas sean de condena patrimonial.
- f) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal, de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado requerido.
- g) Que se haya asegurado la defensa de las partes en el procedimiento que dio origen a la sentencia o laudo arbitral.
- h) Que tengan el carácter de ejecutoriados o fuerza de cosa juzgada con el Estado de origen.
- i) Que no sean contrarios al orden público del Estado requerido.

Artículo 12

Sin perjuicio de las condiciones previstas en el artículo anterior, el Tribunal requerido podrá denegar la ejecución de la sentencia o laudo arbitral cuando entre las mismas partes se haya entablado otro litigio, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto, y que

- a) Esté pendiente ante un Tribunal del Estado requerido, iniciado en éste con anterioridad a la presentación de la demanda ante el Tribunal de origen.
- b) Haya dado lugar, en el Estado requerido o en un tercer Estado, a una sentencia definitiva que fuera inconciliable con aquella dictada por el Tribunal de origen.

Artículo 13

Serán documentos de comprobación indispensable para solicitar la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales los siguientes:

- a) Copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral.
- b) Copia auténtica de los documentos necesarios para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos f), g) y h) del artículo 11.

Será también necesario que la parte ejecutante haya señalado domicilio para recibir notificaciones en el lugar del Tribunal requerido.

Artículo 14

Si una sentencia o laudo arbitral no pudiera ser ejecutado en su totalidad, el Tribunal requerido podrá admitir su eficacia parcial a petición de parte interesada.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Durante los dos meses pasados se han promulgado las siguientes normas de rango legislativo que pueden destacarse:

1. Por el Real Decreto-Ley 3/1991, de 3 de mayo, se establece una nueva organización de las entidades de crédito de capital público estatal.
2. Por Ley de 27 de mayo se dictan, una vez más, determinadas medidas fiscales que se califican de urgentes y que se refieren a la prórroga de la Ley de 28 de julio de 1990, tipos de gravamen para no residentes, correcciones monetarias y otros aspectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
3. En el *Boletín Oficial del Estado* del día 7 de junio se publican dos leyes de contenido fiscal: una, que regula el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y la otra, el Impuesto sobre el Patrimonio.
4. Igualmente, se ha promulgado una Ley de fecha 7 de junio que se publica en el *Boletín Oficial del Estado* del día siguiente, modificando los aspectos fiscales del régimen económico y fiscal especial de Canarias.
5. Hay que señalar también la Ley de 17 de junio, constituyendo el Consejo Económico y Social, que era uno de los mandamientos constitucionales aún pendientes de cumplimiento.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

- Ley de 25 de abril de 1991 del Patrimonio Agrario de la Comunidad de Aragón.
- Ley de 15 de mayo de 1991, de Galicia, sobre infracciones en materia de recursos marítimo-pesqueros.
- En Canarias, Ley de 8 de mayo de 1991 de carreteras.
- En Cataluña, Ley de 27 de abril de 1991 sobre filiaciones, que sustituye a los artículos 4 y 5 de la compilación de Derecho civil.
- En Extremadura, Ley de 25 de abril sobre creación del Consejo Económico y Social.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *II Jornadas de Derecho Comunitario Europeo.*—Con la asistencia de más de doscientos juristas de todo el territorio nacional, se han celebrado brillantemente durante los días 18, 19 y 20 de abril de 1991, en el salón de actos de la Caja Provincial de Guadalajara, las II Jornadas de Derecho Comunitario Europeo, bajo el lema “La aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario y mercado único europeo”, organizadas por la Asociación de Jueces y Magistrados “Francisco de Vitoria” y el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares, y con la colaboración de diferentes entidades locales y sociales y del Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara.

Fueron coordinadas por don ENRIQUE COLLADO, Magistrado, y don CARLOS MOLINA DEL POZO, Catedrático, con arreglo al siguiente programa:

Día 18 abril: Inaguración por el Rector Magnífico de la Universidad de Alcalá de Henares, Profesor GALA MUÑOZ. Primera ponencia: “El estado de la aplicación del Derecho comunitario en España”, por el Profesor MOLINA DEL POZO, Catedrático Europeo de Derecho Comunitario y Director del Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá. Segunda ponencia: “La aplicación judicial de la política fiscal y de la libre circulación de capitales”, por don JOAQUÍN DE LA LLAVE DE LARRA, Subdirector General del Ministerio de Economía y Hacienda. Tercera ponencia: “La aplicación judicial de la política social y de la libre circulación de trabajadores”, por don JUAN ANTONIO PEREDO LINACERO, Subdirector General del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Día 19 abril: Cuarta ponencia: “La aplicación judicial de la libre circulación de mercancías”, por don ENRIQUE COLLADO GARCÍA-LAJARA, Ma-

gistrado, licenciado en Derecho Europeo por la Universidad Libre de Bruselas. Quinta ponencia: "La aplicación judicial del Derecho de la competencia", por don CARLOS FERNÁNDEZ LERGA, Abogado, ex Vocal Asesor de la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas. Sexta ponencia: "La aplicación judicial del derecho de establecimiento y libre prestación de servicios", por doña ISABEL HERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DEL VALLE, Jefa del Area Jurídica en la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas. Séptima ponencia: "Reconocimiento y ejecución de sentencias en el Derecho Comunitario Europeo", por el Profesor ESPINAR VICENTE, Catedrático de Derecho Internacional y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares.

. *Día 20 abril:* Octava ponencia: "La aplicación judicial de los derechos humanos en las Comunidades Europeas", por el Profesor BERNARD Y ALVAREZ DE EULATE, Profesor de Derecho Internacional y Catedrático "Jean Monnet" de Instituciones y Derecho Comunitario Europeo de la Universidad de Zaragoza. Mesa redonda, con la participación de don CARLOS BRU PURÓN, Notario y Eurodiputado; don ANTONIO PEDROL RÍUS, Presidente del Consejo General de la Abogacía en España, y don MIGUEL PASTOR LÓPEZ, Magistrado y ex Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Finalmente, clausura por don ENRIQUE BARÓN, Presidente del Parlamento Europeo, que aludió a los últimos informes de las Comisiones política e institucional de éste, con la consagración definitiva del *ombudsman* europeo y la nueva terminología diferenciadora de la "ley" y el "reglamento". El decano don ANTONIO PEDROL hizo particular referencia a la necesidad del conocimiento por Abogados y Jueces del Derecho Comunitario y la libre prestación de servicios de Abogados en España. El Magistrado PASTOR pasó revista a las seis cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros Jueces en el quinquenio 1986-1990, algunas todavía no resueltas por el Tribunal de Luxemburgo, y suscitadas en los órdenes civil, penal, social y contencioso-administrativo. Las sesiones del día 20 tuvieron lugar en el parador de Sigüenza.

2. *Ciclo de Conferencias en Burgos.*—Ha tenido lugar en los días 10, 17 y 24 de mayo, organizado por la Delegación Territorial del Colegio de Registradores de dicha capital, con la colaboración de la Caja de Ahorros municipal, en cuyo salón de actos se celebraron los actos.

Tres han sido las Conferencias expuestas, con el siguiente programa:

- "Balance de la reforma del Derecho de sociedades", por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Director General de los Registros y del Notariado.
- "Reforma del Código Civil en materia de nacionalidad", por don

JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS, Registrador de la Propiedad, Notario, Abogado del Estado, Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

- “El derecho de propiedad en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico de 25 de julio de 1990”, por don FERNANDO GARRIDO FALLA.

3. *Conferencias sobre presentación de cuentas.*—En Palma de Mallorca se celebró el día 23 de mayo una Jornada organizada por “Ernst-Young”, *Diario de Mallorca* y Banca March, con la colaboración del Colegio de Registradores y la Confederación de Asociaciones Empresariales de Baleares sobre el tema “La presentación de las cuentas del ejercicio 1990 en el contexto de la reforma de la legislación mercantil”.

Los temas expuestos fueron los siguientes:

- “Principales aspectos de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices comunitarias en materia de sociedades”.
- “Principales modificaciones que la Ley introduce en materia legal y de registro de operaciones, así como aquellas de naturaleza contable y de publicidad de las cuentas sociales”.
- “La responsabilidad de los administradores”. Coloquio. Presentación de las cuentas anuales del ejercicio 1990.
- “Las cuentas anuales, definición y contenido”.
- “Requerimientos legales”.
- “Publicación y presentación”.
- “Cómo afecta el nuevo Plan General de Contabilidad al cierre del ejercicio 1990”.
- “Contenido de la memoria, normal y abreviada”.
- “Disposiciones transitorias”. Coloquio.
- “El depósito de cuentas de los empresarios”, por don JUAN VIDAL PERELLÓ, Registrador Mercantil de Baleares.
- Mesa redonda.

Ponentes:

Don JOSÉ M. CERVELLO, Director del Departamento legal de Ernst & Young, Abogado del Estado en excedencia.

Don ANTONIO SALAS SANTANDREU, Socio-Director de Ernst & Young en Palma de Mallorca.

Don JUAN VIDAL PERELLÓ, Registrador Mercantil de Baleares.

Mesa redonda:

Don JUAN VIDAL PERELLÓ, Registrador Mercantil de Baleares.

Don RAFAEL GIL MENDOZA, Notario de Palma de Mallorca.

Don GUILLERMO ALCOVER GARAU, Profesor titulado de la U.I.B. de Derecho Mercantil.

Ponentes de Ernst & Young.

4. *Jornadas sobre sociedades anónimas.*—Organizadas por “Law Business Services, S.A.”, se ha celebrado en Madrid durante el día 21 de mayo esta Jornada para estudiar los aspectos prácticos de la nueva Ley de Sociedades Anónimas. Actuando de moderador don GERARDO MUÑOZ DE DIOS, Notario de Madrid, se ha seguido este programa:

- “Organización del Registro Mercantil: Clases de Registros, libros y funciones”. Ponente: Don MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA, Registrador Mercantil.
- “La escritura pública de constitución de la sociedad anónima y su inscripción en el Registro Mercantil”. Ponente: Don VÍCTOR MANUEL GARRIDO PALMA, Notario de Madrid.
- “Acciones y obligaciones”. Ponente: Don GERARDO MUÑOZ DE DIOS, Notario de Madrid.
- “Organos de las sociedades anónimas”. Ponente: Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Director General de los Registros y del Notariado.
- “Modificaciones estatutarias, con especial referencia al aumento y reducción del capital”. Ponente: Don ANTONIO HUESO GALLO, Registrador Mercantil.
- “Transformación, fusión y escisión de la sociedad anónima”. Ponente: Don JOSÉ ANTONIO CALVO GONZÁLEZ DE LARA, Registrador Mercantil.

5. *Academia Matritense del Notariado.*—Se han celebrado dos Conferencias: la primera, el día 9 de mayo, sobre “Sociedad unipersonal: nuevas orientaciones”, por el Notario don JOSÉ MANUEL GARCÍA COLLANTES, y la segunda, el día 23 del mismo mes, con el tema “La calificación registral mercantil”, por don EMILIO GARRIDO CERDÁ, Notario de Madrid.

6. *Seminario sobre Agrupaciones de Interés Económico.*—Se ha celebrado durante los días 17 y 18 de junio en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con la colaboración de “Ernst & Young” y *Cinco Días*.

El programa ha sido el siguiente:

- “Agrupaciones Europeas de Interés Económico”. Ponente: Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Director General de los Registros y del Notariado, Registrador de la Propiedad y Notario excedente.
- “Agrupaciones españolas de interés económico”. Ponente: Don MARCOS SACRISTÁN REPRESA, Catedrático de Derecho Mercantil.
- “Régimen supletorio”. Ponente: Don JOSÉ MASSAGUER FUENTES, Profesor titular de Derecho Mercantil.
- “Régimen fiscal”. Ponente: Don JORGE BUIREU GUARRO, Inspector de Finanzas del Estado e Inspector de Servicios del Ministerio de Hacienda.
- Mesa redonda. Intervienen los ponentes anteriores y SABINIANO MEDRANO IRAZOLA, Abogado del Estado excedente y Gerente del Departamento Legal de “Ernst & Young”; MANUEL CASADO MEJÍAS, Registrador Mercantil de Madrid, y JULIÁN RUBIO VILLANUEVA, Notario de Madrid.

7. *I Jornada sobre Reforma Mercantil en Cáceres*.—Organizada por la Caja de Extremadura y Ernst & Young se ha celebrado el día 14 de junio, desarrollándose las siguientes ponencias:

- “Principales aspectos de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices comunitarias en materia de sociedades”, por don JOSÉ M.^a CERVELLÓ, Socio Director del Departamento Legal de Ernst & Young.
- “Presentación de las cuentas anuales del ejercicio 1990”, por don BENICIO HERRANZ y don JUSTO CORREAS, Socios de Auditoría de Ernst & Young.
- “El empresario y el Registro Mercantil”, por don RAFAEL DE ALDANA, Director del Departamento de Asuntos Legislativos de la CEOE.
- “El depósito de cuentas en el Registro Mercantil”, por don FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador Mercantil de Cáceres.
- Mesa redonda. Por: Don FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador Mercantil de Cáceres; don JUAN ENRIQUE PÉREZ MARTÍN, Registrador Mercantil de Badajoz; don ANTONIO ROSADO QUIRÓS, Notario de Arroyo de la Luz; don JUAN PALOMINO MÁRQUEZ, Asesor Jurídico de Caja Extremadura, Representante de Cámara de Comercio.

- Ponentes de Ernst & Young en la Jornada. Moderador: Don JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA, Director de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Plasencia.

8. *Jornadas sobre la Ley del Suelo*.—Organizadas por la Asociación Profesional GIPE, de la Confederation Europeenne de l'Inmobilier, se han celebrado durante los días 3 y 4 de mayo, en Torremolinos (Málaga), y 14 y 15 de junio, en La Escala (Gerona), con los siguientes programas:

A) *Torremolinos*:

- Conferencia inaugural: “Visión general de la Ley. Sentido de la reforma”. A cargo de don JENARO GARCÍA-RECIADO BATANERO y don VICTORIANO RONCERO RODRÍGUEZ, Diputados al Congreso de la Nación y Miembros de la Ponencia que dictaminó el Proyecto de Ley.
- Primera ponencia: A cargo de don ANGEL SÁNCHEZ MANJÓN, Director del Banco Hipotecario de España en Málaga. Tema: “El crédito hipotecario”.
- Segunda ponencia: A cargo de don FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ, Secretario General del Ayuntamiento de Málaga y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad, y don ANGEL RIVAS PELÁEZ, Economista, Jefe del Servicio de Gestión Urbanística de la Gerencia Municipal de Málaga. Tema: “Facultades urbanísticas. Valoraciones”.
- Tercera ponencia: A cargo de don ANTONIO DÍAZ FLORES CALERO, Abogado, Empresario, Vicepresidente de la Asociación de Empresarios de la Construcción de la provincia de Las Palmas y del Consejo Regional de la Construcción de Canarias, y don JORGE RODRÍGUEZ PÉREZ, licenciado en Derecho, MBA, diplomado en CEE y Secretario General de la Asociación de Empresarios de la Construcción de la provincia de Las Palmas y del Consejo Regional de la Construcción. Tema: “Aspectos jurídicos, económicos y empresariales de la nueva Ley”.
- Cuarta ponencia: A cargo de don JOSÉ ANTONIO MORILLO VELARDE DEL PESO, Abogado del Estado-Jefe de Málaga. Tema: “Ambito de aplicación de la Ley. Las disposiciones adicionales, transitorias y finales”.

B) *La Escala:*

- Conferencia inaugural: “La Ley de Costas y los municipios turísticos”. A cargo de don RAFAEL BRUGERA BATALLA, Alcalde de La Escala.
- Primera ponencia: “Proceso de elaboración de la Ley 8/1990 sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo”. A cargo de don JENARO GARCÍA-RECIADO BATANERO y don VICTORIANO RONCERO RODRÍGUEZ, Diputados al Congreso de la Nación y Miembros de la Ponencia que dictaminó el Proyecto de Ley.
- Primera conferencia: “El derecho de propiedad en la Ley de Reforma. Examen de la naturaleza y encuadre de la Ley en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Respeto los artículos 9.º, 33 y 53 de la Constitución?” A cargo de don JOSÉ M.ª CHICO ORTIZ, Registrador de la Propiedad y tratadista de Derecho Urbanístico e Hipotecario.
- Segunda ponencia: “Aplicación, gestión del tiempo urbanístico y naturaleza de la licencia de edificación”. A cargo de don FRANCISCO LLISSET BORREL, Secretario General de la Corporación Metropolitana de Barcelona, Doctor en Derecho, Abogado Urbanista.
- Tercera ponencia: “Las facultades urbanísticas”. A cargo de don JOSÉ VALLS Y XUFRE, Notario de Barcelona.
- Cuarta ponencia: “La ejecución del planeamiento, las transmisiones voluntarias y forzosas de aprovechamiento y de fincas”. A cargo de don CAYETANO UTRERA RAVASSA, Registrador de la Propiedad (excedente) y Notario de Málaga.
- Quinta ponencia: “La Ley 8/1990 y el Registro de la Propiedad”. A cargo de don FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO, Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar.
- Sexta ponencia: “La incidencia de la Ley 8/1990 en el mundo empresarial”. A cargo de don ANTONIO DÍAZ FLORES CALERO, Abogado, Empresario, Vicepresidente de la Asociación de Empresarios de la Construcción de la provincia de Las Palmas y del Consejo Regional de la Construcción de Canarias, y don JORGE RODRÍGUEZ PÉREZ, Licenciado en Derecho, MBA, Diplomado en CEE y Secretario General de la Asociación de Empresarios de la Construcción de la provincia de Las Palmas y del Consejo Regional de la Construcción.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 1 de octubre de 1990.*—INDEFENSION.—Falta de notificación por cese del Procurador.—Sala 2.^a.—Ponente: Sr. De los Mozos.

Hechos.—Primero. Se impugna el Auto de la Sala Tercera de la Audiencia Territorial de Madrid de 22 de febrero de 1988, en el cual se acordó la nulidad de lo actuado con posterioridad a que recayera la Sentencia dictada el 23 de abril de 1986 por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid en el juicio de menor cuantía 1299/1985. La resolución recurrida anula tales actuaciones debido a la falta de eficaz notificación de la referida Sentencia a la parte demandada, que habría sufrido indefensión y se habría visto privada de la posibilidad de recurrir en apelación. Ahora bien, la nulidad de actuaciones acordada implica, según la entidad solicitante de amparo, privar a la referida Sentencia de la firmeza adquirida al no haber sido recurrida en apelación, lo que supondría, en esencia, una violación del principio de seguridad jurídica, así como de su derecho a su tutela judicial efectiva sin indefensión.

Segundo.—Se deduce de las actuaciones que el Procurador de la parte demandada solicitó su baja al Colegio Profesional y que la misma fue acordada por la Junta de Gobierno del Colegio de Procuradores de Madrid el 29 de abril de 1986, con efectos, según parece deducirse de los términos del Acuerdo de 15 de abril del citado año. Pues bien, es claro que al Procurador le afectaba la obligación contemplada por el artículo 9.2 de la LEC de comunicar su cese en el oficio a su poderdante “judicialmente o por medio de acta notarial”, y que “mientras no se acredite el desistimiento en los Autos por uno de estos dos medios, y se le tenga por desistido, no podrá el Procurador abandonar la representación que tuviere”. Quiere ello decir que el citado Procurador, al no haber acreditado su desistimiento ante el órgano judicial y no haber aguardado a que éste le tuviera por desistido para cesar de forma afectiva su representación, ciertamente incumplió una obligación legal; ello es indiscutible, con independencia del referido acuerdo colegial, y que no podría prevalecer *contra legem*, y con independencia,

también, de que dicho Procurador hubiera puesto en conocimiento de su representación su abandono de la profesión, lo que por lo demás en ningún momento consta que hiciera. Se detecta, por tanto, en ese comportamiento del Procurador, que a todos los efectos procesales es la parte demandada mientras no cesa en su representación, una manifiesta indiligencia susceptible, en su caso, de generar responsabilidades ante la poderdante.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es también cierto que el órgano judicial de instancia tuvo constancia de que a partir de un determinado momento el Procurador de la demandada dejó de ejercer su representación de manera eficaz como hasta ese momento venía haciendo. Así, consta en Autos que la última resolución que fue normalmente notificada al citado Procurador fue una providencia de 3 de abril de 1986, mientras que la dictada el 18 de abril no pudo hacerse ya en el salón del Colegio de Procuradores; obra en autos, en efecto, la correspondiente diligencia de notificación, en la que se hace constar tanto que el citado Procurador ya "no va por allí y ha solicitado la baja en el Colegio de Procuradores el pasado día 15 de abril", como que en el Juzgado no se había recibido notificación alguna de dicha baja. Pues bien, ante dicha situación el Juzgado, mediante providencia de 21 de abril, hizo saber al Procurador que, al no haberse acreditado en Autos el cese de su representación, quedaba subsistente la obligación contemplada en el artículo 9.2, segundo párrafo, de la LEC, a que se ha hecho referencia, practicándose mediante cédula la notificación de esta providencia en el domicilio que figura en la guía judicial, esto es, en el que ha de entenderse como su domicilio profesional. Domicilio en el que se le notificó igualmente, por correo certificado, la Sentencia de 23 de abril de 1986 en fecha de 30 de abril, cuyo acuse de recibo obra en autos. Es cierto que ninguna notificación personal a la propia interesada intentó en cambio el Juzgado, pues la primera resolución que se pretende notificar de manera directa es ya la orden de desalojo con apercibimiento de lanzamiento acordada en providencia de 25 de junio, notificación enviada por correo certificado y que fue devuelta, lo que llevó al Juzgado a ordenar la notificación personal a la demandada.

Contra esta providencia, la demandada, a pesar de que abandona la vivienda sin que tenga lugar el lanzamiento, representada por nuevo Procurador, interpone recurso de reposición solicitando que las actuaciones se repongan al momento de pronunciarse la Sentencia, lo que fue denegado por el Juzgado. Interponiendo contra esta resolución recurso de apelación que fue resuelto por el Auto impugnado, en el que se anulan todas las actuaciones posteriores a la Sentencia por no haberse notificado personalmente a la apelante.

Fallo.—En atención a todo lo expuesto, el TC por la autoridad que le confiere la CE, ha decidido:

1.º Declarar que forma parte del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva que se ejecute la Sentencia firme estimatoria de su demanda.

2.º Anular el Auto de 22 de febrero de 1988 de la Sala 3.ª de la AT de Madrid que anula las actuaciones posteriores a la Sentencia de Primera Instancia por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, dejando también sin efecto el Auto de 14 de abril de 1988 de la expresada Sala que especifica, en aclaración, que se debía proceder a la notificación de la Sentencia recaída en los autos.

Fundamentos jurídicos.—*Tercero.* Aduce la entidad recurrente en amparo que la actuación del Juzgado de Primera Instancia en referido trámite de noti-

ficación fue irreproachable, por lo que declarar nula una actividad de notificación correcta y privar con ello de firmeza a una resolución judicial que es lo que efectivamente hace el Auto impugnado, conculcan el principio de seguridad jurídica y su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión. Vulneración que se refiere, en este caso, al derecho a la ejecución de las resoluciones firmes de los Tribunales, sin la cual la tutela judicial se reduciría a meras declaraciones de intención.

Cuarto.—Pues bien, en relación con esa ponderación hay que valorar el Auto que aquí se impugna y que constituye el objeto de recurso de amparo dictado por la Audiencia Territorial de Madrid. Comencemos, sin embargo, por examinar las alegaciones formuladas respectivamente por la entidad solicitante de amparo y por el Ministerio Fiscal.

Dice, en efecto, la recurrente que dicha resolución incurre en incongruencia generadora de indefensión por haber acordado una nulidad de actuaciones por nadie solicitada. Sin embargo, no es exactamente por esa razón, tal y como lo expresa el recurrente, por lo que es censurable, puesto que anteriormente ha tenido lugar una solicitud en ese sentido de la otra parte; sino que lo es, con independencia de ello, al dejar sin efecto una Sentencia firme a cuya plena e inmediata efectividad tenía derecho el recurrente (arts. 118 CE y 18 LOPJ), por lo que, al volver sobre ello el Auto impugnado, careciendo de fundamento y motivación, como alega el Ministerio Fiscal, se vulnera ciertamente el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, con infracción del artículo 24.1 CE.

La nulidad de lo actuado se acuerda en ejecución de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y priva a ésta de firmeza por entender que lo uno y otro era obligado para remediar la indefensión producida a la demandada. Pero no hay indefensión imputable al órgano judicial si se han cumplido escrupulosamente por el juzgador las normas relativas a notificaciones cuando las partes actúan, como en este caso, representadas por Procurador (arts. 6 y 9 LEC), pues con él han de entenderse todas las diligencias y, en particular, las notificaciones. De manera que la notificación efectuada al Procurador produce los mismos efectos que la realizada directamente a la parte (art. 6, cit.), salvo en aquellos casos previstos en los números 1.º y 2.º del mismo precepto que aquí no son aplicables, únicos en los que se exige una notificación personal. No tiene que ver que fuera del proceso se produzca una situación como la anteriormente descrita, en la que, por la baja del Procurador y por el incumplimiento de las obligaciones a que se halla vinculado con su poderdante, se llegue a un resultado semejante al que tiene lugar por falta de notificación. Pero este resultado no genera indefensión en sentido propio, ya que se desenvuelve en el ámbito exclusivo de las relaciones contractuales entre el Procurador y su representado, como certeramente señala el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones. De modo que si se ha producido algún perjuicio para la otra parte no ha sido por defecto del órgano judicial ni de la parte contraria, sino única y exclusivamente por efecto imputable exclusivamente al Procurador designado por ella (art. 9.2.º LEC). Cuestión que no se hallaba sometida a la consideración del Juzgado y que, por tanto, tampoco puede serlo de la Audiencia, siendo irrelevante que se haya producido o no en los términos que se ha producido, mediante una alegación extemporánea en ejecución de Sentencia, cuando, por otra parte, es doctrina constitucional consolidada que la indefensión no puede beneficiar a la persona que la provoca con su actitud procesal activa o pasiva. Por todo lo cual procede conceder el amparo y anular el Auto impugnado.

Sentencia de 11 de octubre de 1990.—INDEFENSION.—Extravío del escrito de alegaciones.—Sala 2.^a.—Ponente: Sr. Gabaldón López.

Hechos.—Una empresa mercantil acogida al régimen de regulación fiscal voluntaria de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, fue objeto de determinadas actuaciones inspectoras y acuerdos de la Dependencia de Relaciones con los Contribuyentes de la Delegación de Hacienda de Pontevedra, entre los que figuraba la resolución de un recurso de reposición.

Contra esta resolución y la liquidación en ella practicada la empresa interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo Provincial, que fue desestimada, y el recurso contencioso-administrativo presentado ante la Sala correspondiente de la antigua Audiencia Territorial de La Coruña fue estimado por Sentencia de 11 de junio de 1985.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de apelación.

El recurso de amparo se centra en que la Sentencia del Tribunal Supremo fue dictada sin oír a la parte, cusándole indefensión y vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo en virtud de los siguientes:

Fundamentos jurídicos. Primero.—El examen de la petición de amparo que aquí se plantea y, consiguientemente, de la queja de indefensión que lo motiva, se ciñe, en síntesis, a lo siguiente:

Si a la vista de lo alegado en la demanda de amparo, de las actuaciones producidas en la vía judicial previa y de las habidas, en fin, en esta instancia constitucional cabe o no apreciar la situación de indefensión que se denuncia y es ésta imputable al órgano judicial; y si lo acaecido provocó una auténtica situación de indefensión material.

Segundo.—Alega la demandante que la Sentencia impugnada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo fue dictada *inaudita parte* y sin que se le ofreciera, por tanto, la posibilidad de defender sus posiciones y de contradecir la argumentación de la parte apelante, lo cual condujo a la revocación de la Sentencia apelada (que era favorable a sus pretensiones) y a una inconstitucional situación material de indefensión que infringe el artículo 24.1 de la Constitución.

El examen de las actuaciones revela que el hoy demandante de amparo se personó como parte apelada y evacuó en tiempo y forma su escrito de alegaciones, sin que éste fuera conocido y, por tanto, tenido en cuenta por la Sala sentenciadora; consecuencia que se desprende del antecedente de hecho decimotercero de la resolución impugnada donde se declara que a “la entidad ‘H. P., S.A.’, le fue concedido el trámite de alegaciones, transcurrido el término concedido para ello sin formalizarlas”.

A la vista, pues, de los datos que obran en el expediente, resulta incuestionable que la eventual situación de indefensión sería directamente imputable a un error u omisión padecido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, al no haber llegado a su conocimiento el escrito de alegaciones presentado en tiempo, resolvió como si no hubiera sido presentado.

Tercero.—Existió, pues, en el caso una infracción procesal, y por tanto es útil al efecto reiterar ahora la doctrina de este Tribunal, según la cual no toda vulneración o infracción de normas procesales puede producir indefensión en

sentido jurídico-constitucional, sino que ésta sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado: la indefensión "consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción". (STC 89/1986, fundamento jurídico 2.º).

La prohibición de que se produzca indefensión a que se alude en el inciso final del artículo 24.1 de la CE constituye una "garantía que, en sentido amplio, implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis" (STC 48/1986, fundamento jurídico 1.º).

En el caso, se trata de determinar si el desconocimiento del escrito de alegaciones presentado por el recurrente produjo los efectos que aquel precepto veda. Mas para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de acceder a un proceso judicial en el que pueda obtener la tutela, o de alegar y defender en el mismo sus derechos, no basta con una simple vulneración meramente formal (como ya se desprende de las sentencias citadas), sino que es necesario que aquel efecto material de indefensión se produzca; este Tribunal ha señalado, así, que no existe indefensión de relevancia constitucional cuando "no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa" (STC 149/1987, fundamento jurídico 3.º) ni "si ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos" (STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º) y "sin que coincida necesariamente una indefensión relevante constitucionalmente con un concepto de la misma meramente jurídico-procesal" (STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º); de suerte que "no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STC 155/1988, fundamento jurídico 4.º). Debe, por tanto, distinguirse, repetimos, entre una indefensión formal y una real indefensión material, la cual no ha tenido lugar en este caso; aur que, ciertamente, haya de señalarse la singularidad del mismo en cuanto la imposibilidad de conocimiento por el Tribunal del escrito de alegaciones careció de relevancia al haber tenido en cuenta y haberse fundado efectivamente en las mismas, ya obrantes en el material de los Autos.

Cuarto.—Así, el apelado en el recurso contencioso-administrativo no se vio privado del trámite de alegaciones en la referida fase procesal, puesto que presentó en tiempo y forma el correspondiente escrito; pero éste sufrió extravío y no pudo en consecuencia el Tribunal tenerlo presente al dictar Sentencia. No obstante, y tal como con evidencia se advierte al leer la copia de dicho escrito que el recurrente ha aportado, no existe en el mismo alegación ni razonamiento alguno que no constase ya suficientemente, bien en la reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo o el recurso ante la Sala de lo Contencioso que

falló en primera instancia, bien en los argumentos de aquel órgano o del Tribunal. Como señala el Abogado del Estado, no empleó el recurrente razonamientos que no hubiese ya utilizado; y lo hizo además de modo expreso, transcribiendo los efectuados antes. La aportación del referido escrito permite en este caso conocer su nulo grado de influencia en la decisión. Así, su alegación primera se contrae a un extenso resumen de las actuaciones. Allí se transcribían, entrecuillados, fundamentos del acuerdo de la Delegación de Hacienda de Pontevedra, del primer escrito del recurrente y de las alegaciones en que se fundaba la reclamación económico-administrativa, y un resumen de la argumentación del mismo Tribunal en la mención de los trámites del recurso contencioso-administrativo se hizo cita (asimismo entrecuillada) de la reproducción de los "fundamentos fácticos alegados ante el Tribunal Económico-Administrativo" y la transcripción de algunos de ellos, así como una referencia a los que sustentaron la Sentencia. La alegación segunda se refiere en pocas líneas a la competencia. Y la tercera, única que contiene sucintas alegaciones, comienza estableciendo una clasificación en dos grupos de las razones que ya se invocaron ante el Tribunal Provincial y después ante la Audiencia, sin que se incluya argumento alguno nuevo. Insiste en que en la vía contencioso-administrativa hizo un reenvío global a la descripción de hechos de las alegaciones ante el Tribunal Económico-Administrativo y dedica luego unas líneas a reiterar su argumento anterior de lo que la Inspección emitió no fue un informe, sino una manifestación de discrepancia, para concluir en que "es incuestionable lo afirmado por la Audiencia Territorial de La Coruña en la Sentencia recurrida acerca de que en 31 de diciembre de 1988 no se había emitido el informe..." Por último, contiene una referencia literal a lo dicho en el escrito de apelación, para insistir en la alegación (antes repetida) de que en la aplicación automática de la exacción o amnistía de la Ley 50/1977 tampoco procedía la práctica de la liquidación cautelar. La Sentencia que se impugna ahora se refiere a los argumentos expuestos y resolvió con conocimiento de los mismos, razonando acerca de ellos como si hubiera tenido presente el escrito extraviado. Así, expone en su fundamento jurídico primero las disposiciones enfrentadas, la principal alegación del apelado, o sea, la de estar exenta la sociedad de toda clase de impuestos directos e indirectos en virtud de la exención y subsiguiente amnistía procesal operada por el artículo 31 de la Ley 50/1977, por lo que no procedía girar la liquidación cautelar, a lo cual se había opuesto el argumento de que de ser aplicable a la Sociedad el régimen de estimación indirecta de las bases procedía la liquidación cautelar porque la exención sólo sería procedente respecto de la definitiva, señalando además que la Sentencia de Primera Instancia aceptó la posición de la Sociedad recurrente; postura que el Tribunal Supremo corrige, argumentando ante todo que para estar protegido por la exención y amnistía era preciso presentar una serie de declaraciones y documentos a comprobar por la Hacienda, pero (según los hechos relatados por la resolución del Tribunal Económico-Administrativo) la sociedad hizo cuanto pudo para que no pudiera comprobarse su declaración; y hacía también referencia a los "argumentos expuestos por la entidad recurrente para combatir la liquidación caucional", que consideraba inoperante a ese efecto, ya que se giró como consecuencia a la acción obstativa a la inspección, "mientras que la exención pretendida operaría respecto de la liquidación que se hubiera podido girar, previa su comprobación, que fue obstaculizada por el recurrente".

Quinta.—No es posible, pues, estimar que el ahora recurrente quedase indefenso tan sólo porque el tan citado escrito de alegaciones no llegase a conoci-

miento del Tribunal cuando el mismo tuvo en cuenta unos razonamientos anteriores que aquél se limitaba a reiterar. Como antes dijimos, el mero vicio formal no es siempre susceptible de causar indefensión de relevancia constitucional; y no la causó en este caso, donde todos los alegatos fueron conocidos y se tuvieron en cuenta, de suerte que quedaron cumplidas las exigencias del principio de contradicción, y ni siquiera cabe por ello advertir en la actuación del Tribunal Supremo la sospecha que señala el recurrente de un desinterés por su parte, consecuencia de la imagen creada por la no presentación de alegaciones. En casos excepcionales como éste en el que se demuestra la irrelevancia del error procesal, no puede afirmarse que se haya causado realmente indefensión; de hecho, una ulterior sentencia no habría de tener en cuenta para decidir otros argumentos que los mismos que ya tuvo la impugnada.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por FERNANDO ACEDO-RICO HENNING,
PABLO VIDAL FRANCÉS
y FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

EN LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS, LA COBERTURA DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL PUEDE ALCANZAR TANTO AL PRECIO APLAZADO COMO A SUS INTERESES.—DEBE INSCRIBIRSE LA CLAUSULA PENAL, PUES AUNQUE ESTA PUDIERA TENER CARACTER PERSONAL Y SER REFORMADA "A POSTERIORI" POR DECISION JUDICIAL, SE DEBE PROCURAR LA NO DESNATURALIZACION DE LOS INTERESES PARTICULARES CUYA NORMACION EFECTUAN LOS OTORGANTES DENTRO DE LOS LIMITES LEGALES DE LOS ARTICULOS 1.255 DEL CODIGO CIVIL, 2 Y 9 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 7 Y 51 DE SU REGLAMENTO. (RESOLUCIONES DE 5, 6 Y 7 DE FEBRERO DE 1990.)

A) *Hechos*.—I. El día 22 de diciembre de 1988, mediante escritura autorizada por don José Vicente Martínez-Borso López, Notario de Barcelona, la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares vendió una finca urbana a doña María Cuchi Cuchi, que la adquirió por el precio de 5.566.703 pesetas, de las que 566.703 pesetas declaró la vendedora haberlas recibido, y en cuanto al pago de la cantidad restante se estableció lo siguiente: "Y la cantidad restante de 5.000.000 de pesetas se harán efectivas por la parte compradora mediante 143 entregas mensuales, de importe unitario, incluidos intereses en cada una de ellas de 65.671 pesetas y uno, el último, de 65.665 pesetas, incluidos también los intereses. La diferencia entre el montante de las entregas y el precio aplazado, de 4.456.618 pesetas, corresponden a los intereses convenidos, que han sido calculados a razón del tipo del 12 por 100 anual, con amortizaciones, según el sistema francés, de acuerdo con el cuadro de amortización que me entreguen para unir a la primera copia que de la presente se expida. La liquidación de los pagos correspondientes a la cantidad aplazada se efectuará mediante cargos a la cuenta corriente número 34816-95 de la oficina número 900 de la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares, para lo cual queda expresamente autorizada la parte vendedora por la parte compradora. Al impago de cualquiera de las cantidades aplazadas se le da el carácter de condición

resolutoria explicita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. El cumplimiento de la condición facultará a la vendedora para dar por resuelto el contrato, con arreglo a las reglas siguientes: A) Bastará para dar por resuelta la compraventa de la finca descrita el requerimiento de resolución previsto en el artículo 1.504 del Código Civil, concediéndose a la parte compradora el plazo de quince días naturales a contar de la notificación de la resolución, para hacer efectivas las cantidades adeudadas. B) Transcurrido el citado plazo sin que la compradora haya abonado las cantidades vencidas, más los gastos de requerimiento, quedará resuelta de pleno derecho la compraventa, sin necesidad de nuevo requerimiento, recuperando la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares el pleno dominio y la posesión de derecho de la finca, libre de cualquier carga o gravamen impuesto por la parte compradora. C) El requerimiento resolutorio mencionado podrá hacerse por conducto notarial o judicial, considerándose bien hecha la notificación si se efectúa por cualquiera de las formas admitidas por la Ley, incluso por edictos. D) Para constatar en el Registro de la Propiedad la ejecución y cumplimiento de esta condición resolutoria y, por tanto, la recuperación del dominio de la finca por la Caja vendedora y la nueva inscripción a su favor, a los efectos prevenidos en los artículos 59 y 175, regla sexta, del Reglamento Hipotecario, bastará con presentar copia auténtica del referido requerimiento notarial o judicial de resolución y conminación al pago, y sin que ni de tal acta ni de libros del Registro resulte que la parte compradora haya satisfecho la cantidad aplazada. Asimismo, se acompañará certificación de conforme se ha efectuado la consignación de las cantidades recibidas a cuenta del precio en establecimiento bancario o Cajas de Ahorro oficial para su devolución, en su caso, a la parte compradora, previas las deducciones procedentes de acuerdo con la regla siguiente. E) En caso de resolución, la parte vendedora retendrá la mitad de todas las cantidades ya abonadas, en concepto de pena por incumplimiento, utilización de la finca vendida e indemnización por daños y perjuicios, sin que en ningún caso dicha indemnización pueda superar el 20 por 100 del precio total del departamento objeto de esta venta por cada año transcurrido desde la fecha de la firma del presente contrato. Igualmente, quedarán a favor de la parte vendedora cuantas obras e instalaciones de carácter fijo haya introducido la parte compradora de la finca, sin tener que abonar por ello cantidad alguna. F) Además de las cantidades anteriores, la Caja Vendedora retendrá otra cantidad del total satisfecho por la compradora, en concepto de gastos y honorarios que, en su caso y de cualquier tipo se devenguen por la resolución de la presente transmisión, así como de las acciones correspondientes destinadas al desalojo de los ocupantes que, en su caso, pudieran haber en la finca transmitida. Las expresadas cantidades anteriores se deducirán, en su caso, y directamente por la Caja de los importes consignados de conformidad con el apartado D) anterior, devolviéndose a la compradora el saldo que, en su caso, resultare a su favor”.

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 7 de los de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción del precedente documento porque el cuadro de amortización que se acompaña carece de los requisitos necesarios para ser considerado ‘documento’ al carecer de las firmas de los interesados y de la diligencia o testimonio notarial de coincidencia con el original, por lo que tampoco es posible determinar si es el mismo cuadro de amortización al que alude el Notario autorizante en el apartado B) de la cláusula segunda de la escritura. Dicho cuadro de amortización es fundamen-

tal a efectos de la inscripción de la escritura, puesto que en él aparecen las fechas de vencimiento y las cantidades correspondientes al precio aplazado y a los intereses, y como sólo se consideran inscribibles, a efectos de la condición resolutoria que se pacta en la escritura las cantidades correspondientes al precio y no a los intereses, es necesario que consten especificadas tales cantidades de precio, pues su falta de pago y no la de los intereses es la que dará lugar a la aplicación del artículo 1.504 del Código Civil y del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, y ello ha de resultar de un documento adecuado que lo sería precisamente el referido cuadro de amortización si no fuera porque carece de las firmas y de la diligencia notarial referidas, aunque también podría serlo una escritura complementaria o una instancia firmada por los interesados conforme al artículo 110 del Reglamento Hipotecario con legitimación notarial de firmas o notificada ante el Registrador. Que la parte correspondiente a los intereses del precio aplazados no es inscribible a efectos de la condición resolutoria, se argumenta por lo siguiente: 1.º Porque el artículo 1.504 del Código Civil, el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y el artículo 59 de su Reglamento se refieren exclusivamente al 'impago' del precio aplazado y no a los intereses; 2.º Porque no es sólo la letra de dichos preceptos, sino que 'precio' e 'intereses' son dos conceptos diferentes, cada uno con su régimen jurídico y su causa, siendo el primero 'el precio de la finca' y los intereses el 'precio del dinero aplazado'; 3.º Porque el artículo 1.504 del Código Civil en su modalidad de pacto de la *lex commissoria* regulado por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento es un precepto excepcional, de resolución de contrato, de efectos reales *erga omnes* y de automatismo y autotutela por la vía extrajudicial, que no puede ser interpretado extensivamente; 4.º Porque la legislación hipotecaria sólo permite garantizar la obligación de intereses con efectos reales a través de la hipoteca hasta el límite máximo de cinco años, según resulta del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que no es el supuesto de la escritura, en la que se pactan 143 mensualidades de intereses. Aparte de ello, tampoco son inscribibles los apartados E) y F) de la cláusula segunda, ni las referencias a ellos en la cláusula D), ni la cláusula tercera, pues se trata de una cláusula penal y de estipulaciones personales que carecen de trascendencia real inmobiliaria, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Defecto subsanable el relativo a la distribución de cantidades por el concepto de precio del cuadro de amortización e insubsanables los relativos a las cantidades de intereses, la cláusula penal y demás estipulaciones personales, por ser estos pactos obligaciones que carecen de trascendencia real.—Barcelona, 3 de enero de 1989.—El Registrador.—Fdo.: Jose Manuel García García”.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó:

1. *Cuestiones previas.*—Que en la nota de calificación se mezclan una serie de conceptos, que afectan tanto a la escritura del pacto de *lex commissoria* como al modo en que se desencadenan sus efectos. De ello que sea necesario hacer una breve exposición del concepto general de la institución y su virtualidad.

2. *Distinción entre la condición resolutoria explícita y la resolución por impago sin pacto “lex commissoria”.*—Que la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil es por su naturaleza semejante a la *conditio* y por su fondo de equidad tiene carácter personal. Es una acción de tipo rescisorio. Ello se desprende de la remisión que el citado precepto hace a los artículos 1.295 y 1.298 de dicho Código. Hay que distinguir dos supuestos: 1.º Que no exista acuerdo expli-

cito de que la falta de pago del precio aplazado dará lugar “de pleno derecho” a la resolución del contrato; o 2.º Que exista tal pacto explícito que está permitido por el citado artículo 1.504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria. Sus efectos son muy distintos desde el punto de vista civil y ello con independencia de lo declarado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1979 y 26 de enero y 1 de junio de 1987. En el supuesto de condición resolutoria pactada, existente *conditio*, el efecto real de pérdida de dominio por parte del comprador y el efecto resolutorio del contrato se producen automáticamente o de pleno derecho y después, existen unos efectos obligacionales de devolución del precio con sus intereses, por parte del vendedor, la entrega o devolución de la cosa y los frutos percibidos, por parte del comprador. Ello es consecuencia de la naturaleza de la condición, de lo dispuesto en el artículo 1.123 del Código Civil y de la jurisprudencia que interpreta el precepto, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.120 de dicho texto legal. En este punto cabe citar la Resolución de 2 de febrero de 1988 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986.

3. *Significación de la inscripción en el Registro de la condición resolutoria explícita.*—Que conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y según la doctrina hipotecaria, la inscripción sólo significaría la publicidad de la condición resolutoria explícita, en el sentido de que perjudicaría a los terceros, pero no cambia la naturaleza del pacto de *lex commissoria*, ni sus efectos civiles, o sea, no significa que se convierta en derecho real. A esta idea responde el artículo 59 del Reglamento Hipotecario. Que lo expuesto es independiente a lo declarado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 1988.

4. *Distinción entre la condición resolutoria y la hipoteca.*—Que son instituciones completamente distintas y aun opuestas. Así pues, en la condición resolutoria: a) No existe garantía alguna del cobro del precio. Lo que garantiza es la resolución del contrato, si no se realiza el pago; b) no existe derecho real alguno; c) hay un contrato bilateral, y, consiguientemente, derechos y obligaciones recíprocas entre acreedores y deudores; y d) no hay subrogación real. Que en la condición resolutoria los terceros no adquieren ningún derecho directo al precio que debe devolverse, el cual se mantiene dentro de la relación contractual del primitivo comprador y vendedor. De lo contrario, resultaría que por un acto del comprador transmitiendo la finca a un tercero, o incluso sin su voluntad porque un acreedor suyo le embargue la finca sujeta a condición resolutoria, habría quedado perjudicada y modificada la posición del primitivo vendedor, tanto en su aspecto de deudor del precio como de acreedor de la cosa y frutos. Que, como deudor del precio, se encontraría con que el acreedor del mismo ha cambiado sin que le haya sido notificado conforme exige el artículo 149 de la Ley Hipotecaria con la consecuencia de que el pago hecho al primitivo acreedor tiene que ser válido y liberatorio. Sostener lo contrario conculcaría de manera directa los artículos 1.527 del Código Civil, 151 de la Ley Hipotecaria y 176 del Reglamento Hipotecario. Que en la condición resolutoria los terceros tienen un derecho en la mayoría de los casos, concurrente con el que corresponde al vendedor depositante, lo que haría necesario, en todo caso, acudir a la vía judicial. Que en materia de condición resolutoria se inscribe una resolución contractual, y los terceros adquirentes de la finca, los titulares de derechos reales sobre la misma y los embargantes de ella resultan perjudicados por la resolución, y sus derechos deben ejercitarse frente a su deudor, ya el precio haya ingresado en el patrimonio de éste, ya embarguen su crédito al precio, ya ejerciten la pertinente acción

subrogatoria. La pretendida subrogación real u objetiva de la finca por el precio de que habla la Resolución de 2 de febrero de 1988, lo basa en la aplicación de las normas relativas a la hipoteca, entendiendo que se trata de hipótesis similares (arts. 107 y 131 LH y 175.2.ª, 3.ª y 4.ª del Reglamento). Que, desde la posición del acreedor del vendedor, la aparición de terceros no puede modificar su situación.

5. *El artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario.*—Este artículo se refiere a la condición en sentido propio y estricto, y el legislador se ha dejado llevar por el mimetismo con la hipoteca, y puede resultar hasta contradictorio con los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 1.123 del Código Civil. Aquí sí que hay una indudable modificación de la posición del vendedor como acreedor de la entrega de la cosa. El artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario es discordante con la doctrina civil e hipotecaria de la condición y rompe el equilibrio contractual. Que el punto central que deba tratarse es el significado de la expresión “con las deducciones que en su caso procedan” del citado precepto. Dicha expresión sólo puede referirse al pacto entre las partes que module o configure los efectos de la resolución.

6. *La cláusula penal.*—Que se considera que debe inscribirse la cláusula penal: 1) Porque aunque se califique de tal, puede no serlo en sentido estricto, o puede estar mezclada con pacto de determinación de frutos; 2) Porque en el momento inicial no se sabe si el incumplimiento va a ser total o parcial, y si es total no hay facultad moderadora de los tribunales; y en caso de precio aplazado de una compraventa, todos los plazos tienen carácter futuro y pueden ser incumplidos en su totalidad, por lo que se estaría ante un incumplimiento total; 3) Porque es discutible si cabe o no en el concepto de deducciones del artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario; 4) Porque cuando el cobro de la cláusula penal se estipula por vía de retención, el vendedor tiene derecho a cobrarse, sin perjuicio de la acción judicial del comprador para que se modere la pena; 5) Porque la cláusula penal forma parte de la compleja relación contractual de compraventa con condición resolutoria y no puede ni debe aislarse con el único argumento de que se trata de estipulaciones personales; destacándose en este punto la Resolución de 30 de enero de 1987. Que independientemente de los efectos que pueda producir la inscripción de la cláusula penal, lo cierto es que si no consta en el Registro se ha escindido en dos partes un negocio jurídico que es único y, aunque se mantenga la tesis de que no hay subrogación de la cosa por el precio, la inscripción hace que los terceros puedan con mayor facilidad ejercitar la acción subrogatoria o incluso conocer la extensión del crédito del comprador, a efectos de su embargo. Por tanto, con mayor razón habría que inscribir la cláusula penal si se entiende que haya esa subrogación, como ha sostenido la Resolución de 2 de febrero de 1988, y 6) Que, por último, debe hacerse constar que cuando las cláusulas penales en las condiciones resolutorias de las compraventas han sido inscritas durante muchos años por miles de Registradores, es indudable que ha sido por alguna razón. En ninguna Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha negado la inscripción de la cláusula penal.

7. *La inclusión de los intereses dentro del concepto de precio.*—Que la cuestión que se discute es si los intereses pueden o no considerarse integrantes del concepto de precio aplazado, a los efectos de la condición resolutoria explícita de los artículos 1.504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria. Que la postura negativa la basa el Registrador en cuatro argumentos: a) El primero es un argumento literalista. Los intereses forman parte del precio aplazado, tanto por la propia estructura del negocio jurídico como por la evidente voluntad negocial de

los contratantes; *b)* El segundo argumento no puede tomarse en consideración porque confunde los intereses de un préstamo con los intereses del aplazamiento de pago que, en realidad, constituyen un incremento del precio de la cosa vendida por el hecho de retrasarse su pago; *c)* El tercer argumento tampoco añade nada, porque no se trata de interpretaciones extensivas, sino de fijar el concepto de precio aplazado y de determinar cuál es la voluntad negocial y la contraprestación básica del comprador, y *d)* El cuarto argumento es producto de una confusión entre la condición resolutoria y la hipoteca, pues ya se ha insistido en que la condición resolutoria no garantiza el pago del precio ni de los intereses que forman parte del mismo, sino que asegura la resolución del contrato si no se paga. Que la cuestión de los intereses ha sido resuelta indirectamente por las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987. Que hay que apuntar que los intereses siempre están bajo la cobertura de la condición resolutoria y ello por disposición legal (art. 1.173 CC).

8. *Conclusiones.*—Que a través de una confusión total entre la condición resolutoria y la hipoteca, el Registrador pretende inscribir sólo una parte de la condición resolutoria, consiguiendo con ello: 1) Una monumental inexactitud registral; 2) Una posibilidad clara de fraude por parte del comprador, pues al no estar los intereses cubiertos por la condición resolutoria, bastaría con pagar sólo la parte del precio de cada uno de los plazos, dejando impagados los intereses, para enervar el posible ejercicio de la condición resolutoria, dejando reducida la actuación del vendedor al ejercicio de acciones meramente personales, que no le dejen a cubierto de los actos de disposición realizados por el comprador; 3) Un agravamiento de la postura sustantiva y procesal del vendedor, y 4) Una minoración de los derechos de los terceros, que confían en el contenido del Registro, el cual sólo publica parte de la realidad.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

1. *Observación preliminar.*—Que se hace constar que los dos temas fundamentales que plantea el recurrente (intereses del precio aplazado y cláusula penal) y que aparecen como defectos en la nota de calificación, han sido ya resueltos con anterioridad en virtud de sendos recursos gubernativos que se interpusieron contra otras notas calificadoras del Registro número 7 de los de Barcelona; efectivamente: *a)* En cuanto a los intereses del precio aplazado el auto del excelentísimo Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 1 de marzo de 1987, desestimó el recurso interpuesto por el Notario don José Villaresca Sanz y confirmó la nota del Registrador en el sentido de que los intereses del precio aplazado no están comprendidos en la letra del artículo 1.504 del Código Civil, y *b)* Por lo que se refiere a la inscribibilidad de la cláusula penal, la calificación negativa está confirmada por la Resolución de 19 de enero de 1988, que reitera otras muchas en el mismo sentido. Que en el hecho anterior es significativo por sí solo para la desestimación de recurso.

2. *Observaciones sobre el escrito del recurrente.*—1) Que pretende que en el Registro se inscriban también derechos personales y obligacionales; pero hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 1 y 98 de la Ley Hipotecaria y 353 del Reglamento, que constituye un principio básico de la legislación hipotecaria española; 2) Que considera que la condición resolutoria en garantía del precio aplazado no es una garantía de éste, sino de la resolución. En el artículo 1.504 del Código Civil lo que se busca es que se pague el precio, la resolución es el remedio ante el impago, no el fin en sí mismo; 3) Que pretende que preceptos

como el artículo 1.173 del Código Civil, sobre imputación de pagos, que tienen efectos meramente obligacionales entre partes, tengan eficacia de garantía respecto a terceros, con el absurdo de que por esa vía se podría dar cobertura real a una multiplicidad de obligaciones, en contra del artículo 1.257 de dicho Código. Además, sería una interpretación en fraude de ley, y así lo han resuelto las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987; 4) Que no tiene en cuenta que el citado artículo 1.504 es de interpretación estricta, pues constituye una excepción a la prohibición de los pactos de comiso a que se refieren los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil; 5) Que atribuye a la nota de calificación la confusión entre hipoteca y condición resolutoria, cuándo es dicha nota la que parte de esa diferenciación a efectos de los intereses, siendo el recurrente el que pretende que se garanticen los intereses como si se tratase de una hipoteca del artículo 12 de la Ley Hipotecaria; 6) Que confunde los conceptos de precio e intereses, que son conceptos jurídicamente diferentes en su naturaleza y efectos, y se les aplican normas distintas, y 7) Que se preocupa por la protección de la parte vendedora, olvidando la protección que también merece la parte compradora.

3. *Sobre las conclusiones del recurrente en su escrito de recurso.*—Que en dichas conclusiones el Notario recurrente usa palabras grandilocuentes, que no tienen ninguna argumentación ni desvirtúan jurídicamente la nota calificatoria, que está respaldada por argumentos jurídicos y por autos de Resoluciones que la han confirmado. Que parece no comprender lo que es el Registro de la Propiedad en España y pretende que en él se inscriba la totalidad de la escritura, prescindiendo de la distinción entre pactos de trascendencia personal (cláusula penal) y pactos de trascendencia real (pacto de la *lex commissoria* del art. 11 LH). Que no se está ante ningún fraude, sino ante la aplicación de los preceptos legales y que de haber fraude únicamente habría "fraude de ley" en la interpretación que propone el recurrente, preocupándole sólo la parte vendedora. Que no hay minoración de derechos de terceros por parte de la nota calificadora, porque a éstos no les interesa ni les perjudica lo que no se inscribe, es decir, los derechos personales. Que el recurrente equivoca la realidad con la escritura.

4. *El defecto del cuadro de amortización.*—Que con posterioridad a la nota, el Notario recurrente ha añadido con fecha de 26 de abril de 1989, un testimonio relativo al cuadro de amortización. Que éste vuelve a olvidarse de los preceptos legales y, concretamente, del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento.

5. *El defecto relativo a los intereses del precio aplazado.*—Hay que desarrollar las razones que se señalan en la nota calificadora: En cuanto a la primera, que hay razones de fondo para que el legislador no haya incluido los intereses en los artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento. Respecto a la segunda, que en el presente caso los intereses no han sido considerados como precio, pues ni resulta así de la escritura ni ha sido la voluntad de las partes convertilos *contra natura* en precio; por tanto, hay una clara voluntad diferenciadora entre los supuestos de "precio" e "intereses", basta con examinar la cláusula segunda de la escritura. Que lo único que se infiere es la pretensión en el negocio, una vez diferenciados los conceptos, de aplicar a ambos una norma, como es el pacto de la *lex commissoria*, que sólo está previsto para el precio y no para los intereses. Hay dos tipos de voluntades: La clara voluntad de diferenciar los conceptos entre precio e intereses y, por otro lado, la pretensión ilegal por vulneradora de la normativa legal (arts. 1.504, 1.859 y 1.884 CC) de equiparar los efectos de esos distintos supuestos de hecho. En virtud de lo ex-

puesto, hay que profundizar en la diferencia entre dichos conceptos en la legislación vigente: a) Precio e intereses son dos instituciones jurídicas diferentes, cada una con su régimen jurídico y su causa. La nota calificadora tiene su fundamento en básicas razones de Derecho civil y de Derecho hipotecario, y en las Resoluciones de 24 de marzo y de 16 de septiembre de 1987. El principio general de que no puede ser tratado "igual" lo que por naturaleza y efectos es "desigual", tiene aplicación aquí. b) Los elementos esenciales que constituyen la causa de las obligaciones recíprocas explican los efectos resolutorios de los contratos; y así, de la llamada resolución normal, ya de por sí excepcional, la del artículo 1.124, pasamos a la "resolución excepcional del llamado pacto *lex commissoria*", del artículo 1.504, entonces se explica todavía más que el legislador, de acuerdo con toda la tradición histórica y evolutiva del precepto, se haya referido exclusivamente al "precio aplazado" y no a los "intereses" ni a otros elementos accesorios, que nada tienen que ver con la obligación principal, si no es por esa vía accesoria, que en ningún caso puede justificar el efecto drástico y desproporcionado de la "resolución", existiendo el medio jurídico normal de la acción de cumplimiento. En cuanto a la tercera, la excepcionalidad del artículo 1.504 del Código Civil deriva de los siguientes aspectos: a) Se trata de un supuesto de comiso, excepción de lo dispuesto en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil. Hay que señalar lo establecido en las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987, que se pueden considerar como definitivas en contra de que se extienda el supuesto del artículo 1.504 del Código Civil a supuestos distintos del precio aplazado y, concretamente, a prestaciones accesorias, entre las que están los intereses de dicho precio. b) Se trata de un supuesto de "resolución de contrato". En el Código Civil tenemos dos clases de resolución, la del artículo 1.504 de antiguos precedentes en el Derecho romano y en las Partidas, referida exclusivamente al impago del precio aplazado y no a los intereses ni a las prestaciones accesorias; y, por otro lado, la resolución del artículo 1.124 procedente del Derecho francés, que tiene precedente en el Derecho canónico, que sólo se aplica a las obligaciones recíprocas de carácter principal y no a obligaciones accesorias, según apreciación de los Tribunales. Una y otra tienen carácter excepcional. Que la obligación de intereses no cabe en principio en ninguna de las dos categorías de resolución; si bien tratándose del artículo 1.124 podría plantearse la posibilidad, según los casos, de qué tipo de prestaciones incluye, pudiendo el Juez apreciar en casos probados de mala fe y dolo la existencia de incumplimiento de la obligación a efectos de dicho artículo; pero en el supuesto del artículo 1.504, no hay duda de que sólo se refiere al impago del precio aplazado. c) La segunda razón de excepcionalidad del pacto comisorio del artículo 1.504 consiste en sus efectos reales *erga omnes*. De modo excepcional, el legislador ha permitido en la reforma de 1944-1948 el acceso al Registro de la llamada "condición resolutoria explícita" del pacto comisorio del artículo 1.504 del Código Civil sólo por lo que se refiere al precio aplazado y a las diferencias en permutas y adjudicaciones en pago; pues a través de dicho pacto, el impago y la resolución alcanzan "efectos reales" *erga omnes* que de otro modo no tendrían. Que el fundamento legal del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, desde la perspectiva del Código Civil, está en el artículo 1.537 del mismo. Por tanto, pretender la inscripción de la condición resolutoria respecto a intereses sería dar efecto real a obligaciones personales entre vendedor y comprador que no pueden afectar a tercero, porque respecto a ellas el contrato opera únicamente como fuente de obligaciones y no como título real ni como condición resolutoria explícita. d) El pacto de *lex commissoria* es también excepcional, teniendo en cuenta el automa-

tismo con que opera desde el punto de vista registral y la autotutela del vendedor por aplicación de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento. Que según el Tribunal Supremo, la autotutela ha de ser interpretada con carácter restrictivo (SS. de 7 de febrero de 1959 y 4 de mayo de 1982). Que también es muy importante la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre de 1978. Que todo ello obliga al intérprete a delimitar el supuesto específico del artículo 1.504 y 11 de la Ley Hipotecaria estrictamente al impago del precio aplazado en el tiempo convenido. En la delimitación del supuesto del citado artículo está la posibilidad de existencia o no del pacto de la *lex commissoria* como institución autónoma. Si se amplía a conceptos diferentes y accesorios del principal concepto de impago del precio aplazado no se justifica en modo alguno que exista la norma hipotecaria, con su automatismo y la autotutela, ya que entonces habría que reconducir todos los supuestos al artículo 1.124 del Código Civil que exige intervención judicial, apreciación de la culpa que aleja totalmente el supuesto del marco hipotecario de la resolución de efectos reales y automáticos; por otra parte, la devolución o consignación de cantidades por parte del vendedor cuando ejercite la resolución se refiere al precio percibido, ya que los intereses se corresponden con los frutos; y en cuanto a ellos, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1.120 del Código Civil; por tanto, si el vendedor al ejercitar la facultad de resolución tuviera que consignar o devolver los intereses, lo único que le quedaría es una acción de reclamación de intereses por la vía ordinaria, mientras el comprador habría percibido los frutos de la cosa. En la escritura objeto del recurso se excluyen de consignación los intereses, y esto demuestra que, desde la perspectiva de las partes otorgantes, precio e intereses son conceptos distintos y que estos últimos no entran en el supuesto del artículo 1.504 del Código Civil. e) Referencia a la imputación de pagos de pagos al artículo 1.173 y en relación con el 1.504, 1.859 y 1.884 del Código Civil. Las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987 dicen lo contrario de lo expuesto por el Notario recurrente, que el convenio de imputación de pagos no puede vulnerar el artículo 1.504 del Código Civil ni la prohibición de pacto comisorio. Que respecto a la alegación que el Notario hace del artículo 1.173 del Código Civil, hay que hacer las siguientes observaciones: 1) Que es extraño que se alegue el citado precepto cuando, en este caso, la escritura contiene un pacto del que resulta que en cada entrega mensual hay una parte de capital y otra de intereses que se especifica detalladamente en el cuadro de amortización, de donde se desprende que no estamos ante el supuesto del artículo 1.173, que es aquel en que se pagan primero los intereses y después el capital; 2) Que, en todo caso, dicho precepto es una norma de imputación de pagos y no una norma específica de cobertura de los intereses por la condición resolutoria; 3) Que, por ello, cuando el vendedor pretenda aplicar el comiso de la finca por falta de pago, el comprador, alegando los artículos 1.504, 1.859 y 1.884 del Código Civil, pueden pagar, para evitar el comiso, la parte correspondiente al precio, que ha de venir señalada en los correspondientes vencimientos mensuales, y el impago de la parte de intereses determinará otras consecuencias. Que el recurrente olvida que la imputación de pagos es un problema meramente obligatorio, de efectos personales; los artículos 1.172 al 1.174 del Código Civil, sobre imputación de pagos, están incluidos en el capítulo de las obligaciones y los convenios sobre dicha imputación sólo tienen efecto entre las partes contratantes y sus herederos, en virtud del artículo 1.257 del Código Civil; y por otra parte, la imputación de pagos nada tiene que ver con las garantías reales del pago. Que el recurrente desconoce: 1) Que no se puede confundir la imputación de pagos con

la garantía prevista por la Ley sólo para determinada obligación (precio) y no para otras. Lo contrario sería una interpretación en fraude de ley; 2) Que la imputación de pagos sólo tiene efecto entre las partes por ser de carácter personal, pero no tiene ninguna eficacia en instituciones que tienen acceso al Registro y que van a producir efectos respecto a terceros, como es el caso del artículo 1.504 del Código Civil, a través del 11 de la Ley Hipotecaria. En este punto hay que señalar la Resolución de 23 de octubre de 1987, y 3) Que el artículo 1.173 es inaplicable en el presente caso, desde el momento en que las propias partes han hecho un convenio en el que prescinden del citado precepto, pues los pagos no se hacen imputándolos primero a los intereses y luego al capital, sino que se pactan 143 entregas mensuales, en cada una de las cuales hay una cantidad concreta de precio y otra de intereses. En lo que concierne a la cuarta, la legislación hipotecaria sólo permite garantizar la obligación de intereses a través de la hipoteca, pero sólo hasta el límite máximo de cinco años y, por tanto, no puede pretenderse garantizar por la vía de la condición resolutoria intereses de más de cinco años. Que las consecuencias de aplicar la condición resolutoria a los intereses llegarían a resultados totalmente contrarios a los pretendidos por el legislador con el pacto comisorio, que es el de garantizar el pago del precio aplazado, dada la naturaleza e importancia del mismo, que no se produce respecto a otras obligaciones que tienen sus propias vías de exigibilidad y de garantía. Que toda la nota calificadora está teñida de la diferenciación entre hipoteca, que admite garantizar los intereses y condición resolutoria, que no admite garantizar los intereses. Que en lo que sí hay confusionamiento es en la opinión del recurrente cuando pretende construir el pacto de la *lex commissoria* ajeno a la idea de garantía, siendo que ésta es precisamente la base causal del pacto, hasta tal punto que si no es una garantía no es nada, ya que el propósito negocial del vendedor y comprador es garantizar el pago del precio aplazado y no "resolver el contrato". Y en este sentido se manifiestan los artículos 156 del Reglamento del Registro Mercantil; 52 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, sobre viviendas de protección oficial; 7, número 3, del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 3454/1981, de 29 de diciembre, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo y de 16 de septiembre de 1987. Que, por tanto, hay garantía del pago del precio, aunque sea distinta de la hipoteca, que tiene efectos reales por aplicación del artículo 11 de la Ley Hipotecaria; es una facultad o derecho potestativo, e incluso inscribible, la transmisión del derecho del vendedor, según ha señalado la Resolución de 17 de enero de 1933; y, por último, se da la subrogación legal como en la hipoteca, según las Resoluciones de 2 y 4 de febrero de 1988.

6. *La cláusula penal*.—Que la nota calificadora deniega la inscripción de la cláusula penal y de estipulaciones personales por carecer de trascendencia real inmobiliaria, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que el recurrente interpone recurso contra esta cuestión a pesar de haber sido ya resuelta por la Dirección General. Que por ello se impone establecer las siguientes precisiones; 1) la cláusula penal es de efectos personales totalmente extraños al Registro de la Propiedad, a diferencia del pacto de *lex commissoria* del artículo 1.504 del Código Civil que es de efectos reales; 2) la obligación de indemnización resultante de la cláusula penal es totalmente diferente de pago de precio; 3) la indemnización de daños y perjuicios derivada de la cláusula penal se mueve bajo el principio de incumplimiento culpable; 4) se impone concretar y recapitular adecuadamente las diferencias entre el supuesto

del artículo 1.124 y el del artículo 1.504 para interpretar acertadamente el pacto de la *lex commissoria* en sus efectos registrales; 5) la naturaleza del pacto de la *lex commissoria* del artículo 1.504 y de la situación resultante exigen la devolución de cantidades y consiguiente consignación de las mismas, de reinscripción del dominio a favor del vendedor; 6) el artículo 1.504 manifiesta sus efectos desde la perspectiva de la autotutela que, como excepción dentro del sistema, impone una interpretación restrictiva; 7) la frase relativa a "las deducciones que en su caso procedan" de la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario no se refiere a la eficacia extrajudicial de la cláusula penal, como pretende el recurrente, y 8) que la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 17 de septiembre y de 1987 y 19 de enero y 2 y 4 de febrero de 1988, confirma la nota calificadora.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos contenidos en el informe de éste y en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1984, de Defensa de los Consumidores.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en ningún momento se ha pretendido que la cláusula penal esté cubierta por la condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil, por lo que está de más cualquier distinción entre ambas. Lo que se sostiene es que la cláusula penal debe constar también en el Registro. Si se inscribe el precio aplazado es inevitable inscribir la cláusula penal, porque forma parte del entramado jurídico de obligaciones personales y lo contrario puede inducir a error a terceros. Que no es cierto que se llegue a la no inscripción de la cláusula penal en virtud de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Todas las Resoluciones citadas por el Registrador, así como el auto, tratan de cláusulas penales en el momento de su efectividad, pero nunca se ha planteado ni resuelto directamente su inscribibilidad. Que la alegación de la Ley de Defensa de los Consumidores es totalmente improcedente y nada tiene que ver con el objeto del recurso. Que respecto a los intereses incluidos en el concepto de precio, es claro que no puede decirse que se trate de una consecuencia accesorio del precio, en base a lo establecido en el artículo 1.173 del Código Civil.

B) *Fundamentos de Derecho*.—Vistos los artículos 1.124, 1.255 y 1.504 del Código Civil; 11 de la Ley Hipotecaria; 59 y 175 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 17 de septiembre de 1987, 19 de enero y 2 y 4 de febrero de 1988.

1. La primera de las cuestiones planteadas en el presente recurso hace referencia a la posibilidad de extender la cobertura de la cláusula resolutoria, prevista al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, a los intereses estipulados como consecuencia del aplazamiento de parte del precio de la compraventa realizada. Sostiene el Registrador que puesto que el artículo 1.504 del Código Civil sólo contempla la estipulación resolutoria por falta de pago del precio, y el artículo 1.501 diferencia entre el concepto precio y el de intereses, aquella garantía no puede extenderse a la cobertura de estos últimos. Dicha conclusión no puede, sin embargo, aceptarse: a) El silencio del artículo 1.504 del Código Civil acerca de los intereses por sí solo no puede estimarse como prohibitivo cuando la regla general es precisamente la contraria, esto es, la de permisión de lo no

prohibido (art. 1.255 CC). *b)* Por otra parte, las normas legales se dictan en consideración a un contrato-tipo y como en la estructura típica de la compraventa el precio es la contraprestación exclusiva del comprador (art. 1.445 CC), es coherente la restricción del artículo 1.504 del Código Civil al impago del precio —máxime cuando en la previsión legal el aplazamiento por sí solo no se reputa retribuido (art. 1.501.1, en relación con el 1.755 CC)—; pero ello no quiere decir que las variaciones del concreto negocio celebrado respecto del tipo legal considerado no hayan de merecer la misma protección jurídica. Si alguna conclusión al respecto puede deducirse del artículo 1.504 del Código Civil —que, dictado para el contrato oneroso paradigmático, es aplicable a figuras afines, expresamente (arts. 1.541 CC y 11.II LH) o por analogía (cfr. art. 4.1.º CC)— es la de la licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales.

2. Cuando la compraventa se realiza pactando el aplazamiento del pago del precio y la retribución de los intereses, no quiebra por ello la unidad negocial de la operación concluida; no cabe hablar de un contrato de venta al contado seguido de un acuerdo accesorio desligado causalmente del anterior, por el que se conviene el aplazamiento del pago a cambio de un interés; el negocio es único y se halla trascendido en su globalidad por el elemento plazo; el plazo retribuido configura sustancialmente el equilibrio económico y jurídico de la operación y repercute sobre todos sus aspectos y consecuencias; no cabe entender que en la consideración de las partes el vendedor quedará compensado del sacrificio patrimonial que le supone desprenderse de la cosa por el pago del importe al contado, cualquiera que sea el momento en que se realice, y que el incumplimiento del resto es irrelevante a tal efecto; el sacrificio equilibrador del comprador viene definido en un doble aspecto cuantitativo y temporal: efectuar una serie de pagos sucesivos en las fechas fijadas, y el que en cada uno de éstos puedan distinguirse conceptualmente dos partes, capital e intereses, en función de la fijación del importe al contado, no enturbia el hecho de que sólo el pago total procura la satisfacción esperada por el vendedor como determinante de su voluntad negocial. Que la repercusión de la variación temporal introducida en la posición del comprador, respecto a la hipótesis de venta al contado, introduzca una obligación nueva junto a la típica, no determina necesariamente la accesoriedad y minusvaloración jurídica de aquélla; ello ni sería conforme con la voluntad de las partes en el negocio celebrado ni se armoniza con la significación económica del tiempo en las obligaciones pecuniarias en las que la modificación del vencimiento comporta generalmente la alteración del *quantum*.

3. El otro tema debatido hace referencia a la inscribibilidad de la cláusula penal prevista para el caso de resolución, la que es negada por el Registrador por tratarse de estipulaciones personales carentes de trascendencia real. La cuestión, sin embargo, dista de ser sencilla; dada la unidad negocial configurada en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real al simultáneo cumplimiento de cierto contenido obligacional, así como la posible actuación extrajudicial del supuesto y la hipotética aparición de terceros interesados, se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente sino en conjunción con las restantes; por ello, la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurar la no desnaturalización de la auto-

normación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales (arts. 1.255 CC; 2 y 9 LH, y 7 y 51 RH).

4. Dos consideraciones han de tenerse presentes: *a)* Cuando los bienes vendidos están sujetos a condición resolutoria explícita, el reconocimiento registral de la resolución operada extrajudicialmente y la consiguiente reinscripción a favor del vendedor presupone la previa o simultánea consignación de las cantidades que éste hubiera recibido del comprador por virtud del contrato resuelto (cfr. arts. 1.124 y 1.295 CC). *b)* Si los bienes recuperados se hallaban afectos a cargas o gravámenes constituidos en el tiempo intermedio, o si los bienes han pasado a un tercer adquirente, la resolución comportará que los derechos que antes de la resolución convergían sobre el bien rescatado pasen a recaer ahora, por subrogación real u objetiva, sobre las cantidades adeudadas, pues la adquisición de estos derechos sobre el bien no tenía otro condicionamiento que el estipulado para servir el interés a que responde el derecho potestativo del vendedor, si la acción resolutoria tuviera sólo su natural alcance personal, es lógico que las condiciones de la resolución hubieran de cumplirse en relación con la otra parte de la relación jurídica, el comprador, pero cuando a la posible acción resolutoria por pacto explícito se le confiere eficacia real, es lógico también que para la efectividad de ésta se tengan en cuenta los intereses de los que participan en la titularidad del bien, y que, satisfecho el interés del vendedor en el precio que éste devuelve y hechas las deducciones que procedan según el contrato, tengan prevalencia los que por la resolución quedan desprovistos del bien objeto de sus derechos, como se desprende del artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario y de otros muchos preceptos que regulan situaciones análogas. Lo que no cabe concluir es que el efecto subrogatorio se produzca respecto de todas las cantidades consignadas por el vendedor para obtener la reinscripción a su favor, la consignación global es únicamente presupuesto de la operatividad registral de la resolución, precisamente porque se realizó extrajudicialmente, pero no implica que pertenezcan al comprador en su integridad y de modo definitivo todas esas cantidades; por consecuencia de las previsiones contractuales estipuladas, debidamente actuadas judicialmente, el derecho del comprador puede quedar reducido por la misma ley del contrato a una parte de aquéllas, y será exclusivamente dicha parte la que quedará afectada a las cargas o gravámenes recayentes sobre el bien rescatado que deban extinguirse al operarse la resolución o la que, en otro caso se integrará indiferenciadamente en el patrimonio del comprador para servir de garantía a sus acreedores.

5. Ciertamente, como a efectos registrales es suficiente con la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor y ésta no quedará afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda legítimamente al comprador o a sus sucesores en la titularidad del bien rescatado, podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, respecto de los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble; éstos desconocerán si ese silencio registral implica la definitiva extensión de sus expectativas subrogatorias a todas las cantidades abonadas por el comprador o si, por el contrario, habrán de atenerse en cuanto a dicho extremo al concreto contenido contractual estipulado. Por todo ello, y habida cuenta de las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito (arts. 9.2.º

LH y 51.6.º RH), debe mantenerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias explícitas.

6. Los principios de determinación y de legalidad sí imponen, en cambio, que se reflejan con exactitud en la inscripción las fechas de todos los vencimientos mensuales y las cantidades que en cada vencimiento corresponde a principal y a intereses, datos que deben constar auténticamente, lo que no ocurriría al tiempo en que se formula la nota de calificación.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto presidencial y la nota del Registrador, salvo en cuanto acusan que, al tiempo de la calificación, no constaba en la escritura ni en otro documento auténtico las fechas de todos los vencimientos mensuales ni las cantidades que en cada vencimiento corresponde a principal y a intereses.

C) *Comentario.*—Estas tres resoluciones DGRN, que resuelven una serie de cuestiones sobre los intereses del precio aplazado y sobre las cláusulas penales en relación con el Registro, dejan también una serie de “cabos sueltos”, que han de merecer una crítica negativa en este primer encuentro espontáneo con tales resoluciones, sin perjuicio de que se haya de volver sobre ellas después de una mayor meditación acerca de los temas resueltos.

El resumen de la doctrina de las resoluciones es el siguiente:

A) Respecto a si puede pactarse condición resolutoria explícita en garantía no sólo del precio aplazado sino también de los intereses en base a los artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento Hipotecario, las resoluciones entienden que ello es factible. En este aspecto se revoca la nota calificadora y el auto presidencial que la había confirmado. Pero tampoco se atiende al argumento del Notario recurrente derivado del artículo 1.173 del Código Civil sobre imputación de pagos, que implicaba una confusión entre aspectos obligaciones de la imputación de pagos y aspectos reales de la condición resolutoria explícita. En cambio, se acepta la unidad negocial y causal de precio e intereses, no considerando como prestaciones accesorias estos últimos, y entendiendo aplicable a los mismos el artículo 1.504 por analogía. Pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1975 confirmó una sentencia de la Audiencia que interpretó que el artículo 1.504 del Código Civil no se aplica a los intereses, señalando que debe prevalecer la interpretación dada por los Tribunales de instancia sobre la particular e interesada de los litigantes, a menos que se pruebe que es absurda, ilógica o contraviene un precepto de ley, *lo que aquí no ha sucedido*.

Ahora bien, no es sólo el artículo 1.504 del Código Civil el que se refiere al precio aplazado, sino también el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y el artículo 59 del Reglamento Hipotecario. Hay que tener en cuenta que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario establece un procedimiento extrajudicial de reinscripción, de carácter automático, que es excepcional dentro del sistema y que algún autor ha dudado de su constitucionalidad (Mezquita del Cacho). Ante esta situación, no ya sólo del artículo 1.504 del Código Civil, sino del artículo 59 del Reglamento Hipotecario —aludido expresamente por el Registrador en su nota y en su informe— ¿es adecuado extender más allá de sus términos literales el procedimiento de reinscripción del artículo 59 del Reglamento Hipotecario? La ampliación de supuestos del artículo 1.504 del Código Civil puede ser discutible a la vista de la jurisprudencia existente sobre la correlación y unificación interpretativa —en varios aspectos— de los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil, que

permite al Juez determinar si procede o no la resolución del contrato. Pero hacer una interpretación extensiva del procedimiento del artículo 59 del Reglamento Hipotecario parece exagerado, pues deja fuera de la tutela judicial una serie de problemas que se plantean en toda Resolución de contratos, permitiendo la reinscripción por causas distintas de las previstas legalmente. Además, el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y el 59 del Reglamento Hipotecario cuando aluden al "precio", ¿han querido comprender también los intereses, cuando para la Ley Hipotecaria son conceptos totalmente diferentes? O sea que, aunque desde el punto de vista civil, el impago de intereses podría dar lugar a una Resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones, es más discutible permitir la reinscripción automática a favor del vendedor por el impago de intereses. Supóngase que el comprador consigna todas las cantidades del precio y decide no pagar los intereses. ¿Cabría en ese caso aplicar el procedimiento extrajudicial de reinscripción a favor del vendedor? No se discutía en el caso solamente el problema del artículo 1.504 del Código Civil, sino la aplicación del procedimiento extrajudicial del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, y en este aspecto, las resoluciones DGRN dejan este primer "cabo suelto", sin ninguna argumentación al respecto. Sobre todo teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1989, que considera que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario es de interpretación restrictiva. Por eso, algunos Registradores en la práctica inscribían la condición resolutoria en garantía del precio aplazado y de los intereses, pero con la modalidad de que respecto a estos últimos no se inscribía el procedimiento del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, con lo que, el vendedor habría de acudir a la vía judicial, que es el procedimiento normal para quien pretenda la resolución de un contrato. Recuérdese, por ejemplo, la resolución DGRN de 13 de febrero de 1923 en relación con la revocación de donaciones por supervenencia de hijos, que entiende que no basta acreditar el nacimiento del hijo para provocar la cancelación de la inscripción de donación, sino que, cuando el donatario se resista a devolver la cosa donada, hay que interponer la correspondiente demanda ante los Tribunales de Justicia.

Otro "cabo suelto" de las resoluciones DGRN que se comentan es el problema del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. El Registrador había señalado el defecto en la nota calificadora. El Notario alegó que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria no era aplicable porque la condición resolutoria no garantiza el pago sino la resolución del contrato. En el informe del Registrador se insiste en que la condición resolutoria es una garantía del pago y en que no se pueden sobrepasar los límites de garantía temporal que la Ley Hipotecaria señala para intereses respecto a terceros en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Pues bien, las resoluciones DGRN pasan en completo silencio este problema del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Esto deja abiertos una serie de interrogantes. Supóngase que en ejecución de hipoteca queda un sobrante para acreedores posteriores, y entre los titulares de asientos posteriores hay otra hipoteca en garantía del precio aplazado y una condición resolutoria, o viceversa en el orden de asientos. La pregunta es: ¿Qué cantidad debe entenderse consignada a favor de acreedores posteriores? En relación con la hipoteca en garantía del precio aplazado no hay duda: el principal, el tope de intereses respecto a terceros y las costas; en cambio, en relación con la condición resolutoria, ¿se ha de consignar la totalidad de los plazos comprensivos de precio e intereses, más allá de los cinco años? Si esto es así, ¿no se produce una desigualdad de trato entre acreedor hipotecario y titular de condición resolutoria, cuando ambos tratan de garantizar el pago del precio aplazado y de los intereses?

Por otra parte, la unidad negocial de la venta a plazos no tiene por qué significar que se apliquen las mismas normas al precio y a los intereses. Así, el artículo 1.966, número 3 del Código Civil aplica el plazo de prescripción de cinco años a prestaciones periódicas como pueden ser los intereses; y sin embargo, en relación con el precio, el plazo de prescripción es el general de quince años. Dicho sea en relación con algunos modelos de escrituras públicas en las que no ya sólo se pretende aplicar el artículo 1.504 del Código Civil a los intereses del precio aplazado, sino que se llega más lejos diciendo expresamente que la voluntad negocial configura como una sola obligación los intereses respecto al precio, pues tal unificación va contra el artículo 1.966, número 3 del Código Civil, al confundir ambos conceptos a efectos de prescripción y va contra el Fundamento de Derecho 6 de las presentes resoluciones, que confirman la nota de calificación en lo relativo a la necesidad de diferenciar principal e intereses en la inscripción. Hay que observar que las normas de prescripción son de orden público y en ese caso se infringen en cuanto permiten reclamar (o percibir) intereses prescritos.

B) Por lo que se refiere a la "cláusula penal" quedan también "cabos sueltos" en estas resoluciones. Por una parte, se da la razón al Notario recurrente en cuanto que se declara inscribible la cláusula penal que constaba redactada en la escritura. Pero por otra parte, se tiene en cuenta el razonamiento del Registrador, de acuerdo con anteriores resoluciones de la propia DGRN en el sentido de que, caso de resolución por la vía extrajudicial, deben consignarse todas las cantidades recibidas del comprador en virtud del contrato resuelto.

El primer "cabo suelto" es que según las resoluciones que se comentan —Fundamento 4, apartado a)—, en relación con la "resolución operada extrajudicialmente y la consiguiente reinscripción a favor del vendedor", deben consignarse "las cantidades que éste hubiera recibido del comprador por virtud del contrato resuelto (cfr. arts. 1.124 y 1.295 CC)". Sin embargo en la cláusula D) de la escritura, que se transcribe en los "Hechos", se dice que la certificación que se pacta para caso de resolución, se refiere únicamente "a la consignación de las cantidades recibidas a cuenta del precio". ¿Y los intereses? Si éstos forman una unidad con el precio y, sobre todo si son "cantidades recibidas en virtud del contrato resuelto", ¿no deberían también consignarse en caso de resolución extrajudicial? La contestación afirmativa es evidente desde la perspectiva de las resoluciones, pero entonces debería haberse rechazado la inscripción de la escritura por ese defecto. Esto habrá de tenerse en cuenta en las calificaciones de otras escrituras que se planteen en el futuro, pues es doctrina que resulta de las propias resoluciones.

Otro "cabo suelto" aparecer si se compara la doctrina de la resolución con las cláusulas D), E), F) de la escritura, que se transcribe en los "Hechos". Según esas cláusulas, el vendedor "en caso de resolución" no ha de consignar todas las cantidades, sino que se prevén las "deducciones de la regla siguiente" —apartado d)—. Pues bien, esto es contrario a la doctrina de las resoluciones, que hemos visto señala que caso de reinscripción en resolución extrajudicial han de consignarse las cantidades recibidas del comprador sin ninguna deducción —apartado a) del Fundamento 4—. Las deducciones han de ser las que se declaren en la vía judicial (Fundamento 5). Por tanto, una escritura que determina una resolución extrajudicial de modo distinto a lo previsto legalmente e incluso en contra de lo que las propias resoluciones DGRN establecen, no puede ser inscribible. La única solución será indicar en la escritura que todo lo establecido sobre la retención y la cláusula penal es en relación con la resolución por vía judicial en caso de que se confirme por los Tribunales, pues si es por la vía extrajudicial, la

consignación ha de ser de la totalidad de las cantidades. Al ser inexplicables las resoluciones en este “patinazo” más que “cabo suelto”, habrá que interpretar que el Registrador al que se refiere ese caso concreto ha de inscribir las tres escrituras a que se refieren esas tres resoluciones, expresando en el asiento que se practica la inscripción por así ordenarlo las resoluciones DGRN, pero en un caso futuro no se podrá practicar la inscripción de escrituras de idéntico modelo, por oponerse frontalmente a la doctrina de la propia DGRN manifestada claramente en esas resoluciones. Ello aparte de que el asiento registral, si lo hiciese constar, no guardaría silencio, sino una declaración terminante: que no hay que consignar todo (en contra de los preceptos legales y de las resoluciones), lo que podría inducir a un enorme confusiónismo a las partes y a los terceros, pues si del Registro resulta que no hay que consignar todo, creerán que no tienen derecho a ello, y además, aplicando estrictamente los principios registrales, el vendedor o su causahabiente (incluso cesionarios del derecho a resolver) podrían alegar que sólo les afecta lo que consta en el Registro, y como en el Registro estaría copiado literalmente el pacto de retención de cantidades de la cláusula penal, tratarían de resolver sin consignar todo, con lo cual se produce una “inevitable ambigüedad”, precisamente la que las resoluciones tratan de combatir (Fundamento 5 de las resoluciones). Además de la cláusula F) que también se transcribe en los “Hechos” supone una indeterminación total, pues alude a “gastos y honorarios en su caso y de cualquier tipo” que se devenguen por la resolución, así como de las “acciones correspondientes destinadas al desalojo de los ocupantes”. Esto va en contra del principio de determinación o especialidad. Ello aparte de la indefensión que supone el decir en la escritura que “las expresadas cantidades anteriores se deducirán en su caso, y *directamente* por la Caja de los importes consignados de conformidad con el apartado d) anterior”, lo cual contradice “de plano” la doctrina de las propias resoluciones que se comentan.

También hay que dejar en cuestión esa frase del apartado E) de la escritura, en el que se dice que “igualmente, quedarán a favor de la parte vendedora cuantas obras e instalaciones de carácter fijo haya introducido la parte compradora de la finca, sin tener que abonar por ello cantidad alguna”. ¿Es esto admisible? ¿No supone un posible enriquecimiento injusto? No va en contra de la normativa de la Compilación Catalana manifestada en la venta a carta de gracia, artículo 327.2.º Compilación? ¿Y contra el propio contenido de la resolución *ex tunc* que restituye las prestaciones al momento inicial?

C) Las resoluciones DGRN entienden, por otra parte, que “los principios de determinación y de legalidad si imponen, en cambio, que se reflejen con exactitud en la inscripción las fechas de todos los vencimientos mensuales y las cantidades que en cada vencimiento corresponden a principal y a intereses, datos que deben constar auténticamente, lo que no ocurría al tiempo en que se formula la nota de calificación”.

Por tanto, no serán inscribibles aquellas escrituras de compraventa con precio aplazado e intereses, en las que no se especifique la parte de intereses y de precio de cada plazo y las fechas de vencimientos. Esto lo exigía el Registrador porque entendía que había un distinto tratamiento entre precio e intereses, según la nota calificadora. Desde la perspectiva de las resoluciones DGRN no se comprende bien por qué exigen esa distribución y por qué confirman la nota calificadora en ese aspecto, si configuran como una unidad causal precio e intereses. No obstante, la solución es la adecuada, aunque sólo sea por respeto al adquirente como consumidor que ha de tener información suficiente de los intereses y del precio aplazado. Por cierto, que no hay en las resoluciones DGRN una refe-

rencia, aunque fuera mínima, al artículo 10 de la Ley en defensa de los consumidores, a pesar de haberse apoyado en él el auto presidencial. Cuando la distribución de las cantidades aparece en la propia escritura, nada hay que añadir. Pero cuando aparece en un cuadro de amortización de carácter privado que está unido a la escritura, surge la duda de si se ha cumplido el requisito fundamental de la lectura del documento público, pues de nada valdría señalar esa distribución de cantidades, si luego el comprador firma sin habérsele leído el documento, ni dado la oportunidad de leerlo. Como cuando se protocoliza, ya está firmado, y además, no es parte de la escritura pública, no parece esté cumplido el requisito de la lectura, por lo que habría que aplicar la Resolución DGRN de 31 diciembre de 1924, que desconfiaba de toda esa lista de documentos que se unen a las escrituras, y que corren el riesgo de no ser leídas, al quedar fuera de la formalidad de la escritura pública. Claro que este defecto de la lectura no se planteó en el presente recurso. Pero convendría ser objeto de meditación en el futuro.

PABLO VIDAL FRANCÉS

SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA.—COINCIDENCIA DEL NOMBRE CON OTRA SOCIEDAD ESPAÑOLA PREEXISTENTE. (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 1990.)

Supuesto de hecho.—1.º La Entidad mercantil Club Intersport, S.A. de nacionalidad extranjera otorga una escritura de creación una SUCURSAL en España el 11 de noviembre de 1987, ante el Notario de Barcelona don Miguel Verdager Montes y bajo la denominación "Club Intersport, S.A., Sucursal en España".

2.º La citada escritura se presenta a REGISTRACION el 24 de febrero de 1988, en el Registro Mercantil de Barcelona

3.º Calificado el documento, SE DENIEGA su inscripción por adolecer del defecto INSUBSANABLE de figurar ya inscrita en el mismo Registro otra Entidad bajo la denominación "Club Intersport, S.A." y contravenir el número 2 del artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (la nota de calificación es de fecha 26 de febrero de 1988).

4.º El Notario autorizante recurre la nota y alega en su recurso lo siguiente: a) que estamos ante una Sociedad extranjera que quiere crear una sucursal en España; b) que al añadirse a la denominación la frase "sucursal en España" ya se deduce que estamos ante una sociedad extranjera; c) que por el hecho de que una sociedad extranjera quiera ejercer el comercio en España no se le puede obligar a cambiar de denominación.

5.º La Dirección General revoca el acuerdo y la nota de calificación por las siguientes razones: a) Con la creación de una sucursal de sociedad extranjera no surge una nueva persona jurídica y, por ello, no son exigibles los mismos requisitos que para la creación de una nueva sociedad, como lo demuestra el artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 al guardar silencio sobre la necesidad de la certificación de denominación en la inscripción de sucursales; b) En los supuestos "NORMALES" no se dará lugar a una confusión de denominaciones al agregarse la frase "sucursal en España"; c) En último término, el Registro no es la Institución adecuada para combatir la posible confusión que se pueda originar en el tráfico jurídico por la existencia de sujetos con denominaciones similares.

Comentario.—El análisis del supuesto de hecho que provoca esta resolución nos obliga a plantearnos las siguientes cuestiones:

- 1.º Determinar la Ley aplicable al caso.
- 2.º Examinar si la exigencia del certificado de denominación de la sociedad es materia sujeta a la calificación por el Registrador Mercantil o, si por el contrario, escapa a ese control.
- 3.º Ambito de aplicación del artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956.

1. La cuestión de Derecho transitoria no plantea mayor problema en su resolución. En efecto, la DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA del vigente Reglamento del Registro mercantil aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, declara aplicable el Reglamento de 1956 al supuesto que nos ocupa y, a pesar de que ni la Ley de Reforma de 25 de julio ni el Texto Refundido de 22 de diciembre de 1990 se pronuncian sobre esta cuestión, es claro que por aplicación de la DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA del Código Civil, es también aplicable al supuesto que examinamos la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

Por todo ello, el supuesto de hecho hay que resolverlo al amparo de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley de 1951 en relación con el artículo 144 del Reglamento de 1956.

2. Del carácter imperativo del párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y de la *ratio* del artículo 144 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, así como de la Doctrina de la Dirección General y de opiniones de distintos autores, nos lleva a considerar como materia sujeta a calificación por el Registrador Mercantil el continente y contenido de la certificación de denominación social. El continente porque así lo exige, entre otras disposiciones, la Orden Ministerial de 28 de septiembre de 1986 relativa a la caducidad de las certificaciones, y del mismo modo hay que proceder con el contenido ya que, en otro caso, no tendría sentido lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley de 1951 ni lo señalado en la mencionada Orden.

Así lo ha sostenido la Dirección General en distintas resoluciones que se citan al final del comentario.

3.º El artículo 88 del Reglamento de 1956 en su párrafo segundo exige para que se pueda inscribir una sucursal de sociedad extranjera que en "la inscripción primera de estas sociedades se harán constar las circunstancias exigidas para las españolas".

Como vemos, el precepto se refiere a la inscripción primera de estas "SOCIEDADES", las extranjeras; el precepto señala claramente que lo que se inscribe no es la sucursal sino la sociedad. Esta matización es importante toda vez que se establece un régimen jurídico distinto para la inscripción de sucursales de sociedades nacionales y la inscripción de sucursales de sociedades extranjeras, y esta diferencia de trato se debe a que el problema que se planteó con este supuesto de hecho no a va acontecer nunca con una sucursal de sociedad española, toda vez que esta sociedad ya habrá obtenido con carácter previo la certificación de su denominación con la correspondiente calificación de ésta por parte del Registrador Mercantil. Por ello, entendemos que el precepto en cuestión emplea la frase "inscripción de la sociedad" extranjera y no la de "inscripción de la sucursal" de la sociedad extranjera. Y la inscripción de la sociedad extranjera deberá contener las mismas circunstancias que la inscripción de una sociedad nacional

española. A este contenido se refiere no sólo el artículo 88 del Reglamento sino también el párrafo último del artículo 21 del Código de Comercio (redacción anterior a la reforma introducida por la Ley de 25 de julio de 1989) cuando dice que "las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en España presentarán y anotarán en el Registro, además de sus Estatutos y de los DOCUMENTOS que SE FIJAN PARA LAS ESPAÑOLAS..." Pues bien, el contenido necesario de la hoja registral de las Sociedades Anónimas lo determina el artículo 100 del Reglamento de 1956 que en su circunstancia primera se refiere a la denominación o razón social. Esta circunstancia va a resultar de la escritura de constitución de la sociedad pero para su calificación hay que atender al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley de 1951 que impide que haya dos sociedades que adopten una denominación idéntica y la obligatoriedad de presentar la certificación del Registro General de Sociedades deriva del artículo 21 del Código de Comercio que, precisamente, se refiere a las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en España. Y es que este precepto es consecuencia necesaria del artículo 15 del propio Código que sujeta a la sociedad extranjera "...a las disposiciones de este Código en todo lo que concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español..." De aquí se desprende claramente que la LEY NACIONAL DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA SERA APLICABLE A SU CONSTITUCION Y CAPACIDAD PARA CONTRATAR, EN TANTO que LA LEY ESPAÑOLA SERA DE APLICACION A LA ACTIVIDAD MERCANTIL que DESARROLLE LA SOCIEDAD EXTRANJERA EN TERRITORIO ESPAÑOL, ACTIVIDAD ESTA que COMPRENDE, OBTIVAMENTE, LA CREACION DE SUCURSALES EN ESPAÑA. Por otra parte, en lo referente al argumento de que no se crea una persona jurídica, resulta claro que la sucursal ya sea de sociedad española o extranjera carece de personalidad jurídica propia, estamos ante organizaciones instrumentales de una persona jurídica, carentes de una verdadera autonomía jurídica propia, pero no es menos cierto que a la sucursal se le aplica toda la teoría de la representación mercantil y, por tanto, no se puede desconocer la teoría del mandato mercantil y dentro de ésta la "DOCTRINA DEL FACTOR APARENTE" que se acoge por los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio y, más en concreto, en el fundamental precepto del artículo 286 del propio Cuerpo legal. De igual modo, en refuerzo de la tesis que sostenemos, no hay que pasar por alto el modo en que el Legislador del 89 define a la sucursal; la conceptúa como "... todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión a través del cual se desarrollen total o parcialmente las actividades de la sociedad" (art. 259 del Reglamento del Registro Mercantil vigente). No nos parece congruente, por demás, que para obviar la aplicación del artículo 2.2 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, acudir a este argumento toda vez que el concepto doctrinal y legal de la sucursal no ha sufrido una modificación sustancial en nuestro ordenamiento; ello nos permite sostener que era y es el mismo que tuvo en cuenta el Legislador del 56 al dar redacción al artículo 88 del Reglamento e imponer para la inscripción de las sucursales de las sociedades extranjeras la necesidad de presentar a calificación por el Registrador Mercantil competente los "mismos DOCUMENTOS" que para la inscripción de las SOCIEDADES, que no sucursales, de nacionalidad española.

También resulta sugerente analizar el contenido del artículo 97 del Reglamento de 1956 que en su párrafo 1.º establece que "Las sucursales llevarán el mismo nombre de la sociedad, añadiéndose la palabra 'sucursal', y en su caso,

cualquier otra mención que las identifique". Este precepto consideramos que es una consecuencia lógica de la propia esencia de la sucursal, carecer de personalidad jurídica propia o distinta de la del principal. Carencia ésta que lleva al Legislador a imponer una identidad de denominación con el fin de transmitir al tercero que con el establecimiento secundario se relacione la circunstancia de que actúa con un mandatario del principal. Pues bien, para obviar el problema que se plantea en el supuesto de hecho que comentamos, cabría sostener que en vez de añadir la "mención distintiva" a la palabra "sucursal", es más lógico añadirla a la propia denominación social y así le sería aplicable a este supuesto toda la doctrina que acerca de la identidad de denominación ha elaborado el Centro Directivo (también es de señalar que la propuesta de Directiva 11 del Consejo de las Comunidades Europeas admite la posibilidad de que la sucursal utilice una denominación social distinta a la del establecimiento principal).

Por último, y sin entrar en considerar cuáles son los casos "normales" a que se refiere el Texto que comentamos, si que debemos detenernos en analizar lo referente a la "incompetencia" del Registro Mercantil para tutelar la posible confusión de denominaciones que pueda darse en el tráfico.

En este sentido, nombre comercial y denominación pueden aparecer subsumidos uno en otro o viceversa. El nombre comercial se define por el artículo 76.1 de la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988 como "... el signo o denominación que sirven para identificar a una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial y que distinguen su actividad de las actividades idénticas o similares", y añade el número 2 del mismo precepto que "podrán, especialmente, constituir nombres comerciales: a) las razones sociales, la denominación de las personas jurídicas"; como vemos, el nombre comercial y la denominación social puede, y de hecho así sucede en los más de los supuestos, coincidir por la razón lógica de que es distinta la finalidad que persiguen la Ley de Marcas y la de Sociedades Anónimas, y el régimen jurídico del nombre comercial es esencialmente distinto a la denominación social, contemplada ésta desde la perspectiva de la Ley de Anónimas. El número 2 del artículo 2 de esta última lo que persigue es que no se adopten dos denominaciones idénticas o susceptibles de confundir a dos empresarios sociales pero sólo en cuanto a su sustantivación o adjetivación y no en cuanto a la actividad que realicen. Esta es la nota que precisamente diferencia uno y otro concepto jurídico. Para la Ley de Anónimas es indiferente la actividad empresarial que realicen los sujetos, lo que persiguen es que no se dé identidad o similitud de denominaciones entre los mismos; en tanto que la Ley de Marcas se centra en proteger la actividad empresarial de otras idénticas o similares. Por ello podemos afirmar que, aunque nombre comercial y marcas sean idénticos, ni se produce aproximación ni distanciamiento entre ambos Registros porque el objeto y finalidad de uno y otro no son coincidentes.

FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
Registrador de la Propiedad y Mercantil

BIBLIOGRAFIA

- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, 13.ª edición.
BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª edición.
DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho mercantil*, 1971.

GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, 7.^a edición.

URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 13.^a edición.

ALEJO RUEDA MARTÍNEZ, José: *La sucursal*, 1990

CAMY, B. *Derecho mercantil registrable*, 1980

JURISPRUDENCIA

- Resolución de 16 de septiembre de 1958. Recoge criterio diferenciador entre nombre comercial y denominación.
- Resolución de 4 de diciembre de 1968. Establece criterios para obviar la confusión entre denominaciones.
- Resolución de 2 de septiembre de 1982. Reitera distinción entre nombre comercial y denominación.
- Resolución de 16 de julio de 1984. Determina criterios acerca de la identidad de denominaciones y la diferencia de éstas con el nombre comercial.
- Resoluciones de octubre de 1984 referentes a la seguridad que comunica el tráfico jurídico la certificación de denominaciones.

AUTOCONTRATACION.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN LA QUE UNA MISMA PERSONA ACTUA A LA VEZ EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD DEUDORA Y DE LA SOCIEDAD HIPOTECANTE. (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

A) *Hechos*.—El día 1 de julio de 1988 comparecen ante don E. C. V., Notario de Barcelona, don A. L. T. y don C. S. F. en representación de la sociedad A, y don J. B. C. en representación y como apoderado de las sociedades B y C para otorgar escritura pública de hipoteca cambiaria.

En virtud de las relaciones comerciales entre ambas, C reconoce adeudar 18.597.665 pesetas a la sociedad A, y para el pago de la misma le entrega determinadas letras de cambio que en ese mismo acto AVALA la sociedad B. Esta sociedad, en garantía del pago de los cambiales, constituye hipoteca sobre dos fincas de su propiedad a favor de A y de los futuros tenedores legítimos de las mismas por el importe de la totalidad de las letras que ascendía a la cantidad antes señalada, más 2.000.000 de pesetas para costas y gastos.

La sociedad A, actual tenedor de los cambiales acepta la hipoteca.

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona, siendo suspendida la inscripción del documento ya que don J. B. C. comparece a la vez en representación de B que es hipotecante por deuda ajena, y de la sociedad C que es deudora de A produciéndose un supuesto de AUTOCONTRATACION, sin que conste que la Junta General de Accionistas, órgano soberano de la sociedad, haya concedido facultades de autocontratación o haya ratificado la constitución de hipoteca. El defecto es subsanable mediante la aportación de la correspondiente escritura pública en que conste la ratificación de la Junta General de B.

Se practica anotación preventiva de suspensión por el defecto susanable antes señalado al haberlo solicitado la presentante.

El Notario interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y distingue:

A) El contrato. No existe un supuesto de autocontratación, pues aunque ambas están representadas en la escritura por la misma persona, la voluntad negocial de ambas compañías se dirige hacia una tercera con la que contratan, y no existen manifestaciones de voluntad contractual entre las sociedades deudoras.

B) El reconocimiento de deuda. El reconocimiento de deuda que se realiza en la escritura es totalmente independiente de la hipoteca que se constituye, ya que el primero garantiza la obligación reconocida en la escritura, mientras que el segundo garantiza la obligación cambiaria.

El Procurador de los Tribunales don J. J. P. C., en representación de A (acreedora hipotecaria), interpuso recurso gubernativo contra la calificación anterior citada y alega:

Que la relación jurídica que se pretende es un contrato en el cual son partes la sociedad acreedora del crédito hipotecario y la sociedad deudora del mismo, mientras que la tercera sociedad C, deudora principal del crédito, no tiene intervención alguna en la garantía real constituida. Que paralelamente existe por parte de C un reconocimiento de deuda a favor de A.

Que teniendo en cuenta los dos negocios examinados no existe autocontratación y ambos son independientes entre sí. Que según el recurrente, la doctrina exige para que exista autocontratación: 1) Poder de disposición de una persona sobre dos patrimonios; 2) Existencia de dichos dos patrimonios; 3) Declaración de voluntad que no dé lugar a dudas del *animus disponendi*; 4) Reconocimiento de dicha declaración de voluntad por parte de los representados de un modo tácito expreso o presunto. Dichas afirmaciones las complementa el recurrente con un amplio resumen de la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, así como por las sesiones plenarias de los Registradores Mercantiles de España de 20 de abril de 1988, en las que se llegó a la conclusión de no estar prohibida la autocontratación, el carácter restrictivo con el que debe interpretarse la autocontratación en la esfera mercantil, que queden a salvo los intereses contrapuestos y que se trate de actos de ejecución.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó que según la jurisprudencia y en base al derecho positivo existe autocontratación cuando un mismo titular actúa en una doble representación poniendo en relación dos patrimonios de forma que exista conflicto de intereses entre ambos; igualmente existe autocontratación si se detecta el conflicto de intereses por la actuación del representante de las titularidades de dos patrimonios.

Que en el supuesto recogido en la escritura el representante de las sociedades C y B no puede actuar con el equilibrio necesario, ya que si garantiza deudas de C beneficia a ésta, pero perjudica a B; pero si se decide a no garantizar la deuda de C perjudica a la propia sociedad deudora (C).

Que en cuanto a las sanciones previstas para el caso de autocontratación como un supuesto de falta de poder, existen dos posiciones doctrinales, una muy rígida que interpreta que existe nulidad absoluta por falta de consentimiento, y otra, seguida mayoritariamente, entiende necesario poder expreso concediendo facultades de autocontratación y que no exista conflicto de intereses; en caso contrario el acto ha de ser ratificado como si hubiese sido realizado sin facultades suficientes. Es por este motivo por lo que se considera este defecto como subsanable en la nota de calificación, siendo necesario para la subsanación del mismo ratificación de la Junta General de la sociedad hipotecante.

El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota en base a lo alegado por el Registrador en su informe.

El Notario recurrió el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que se debe diferenciar entre el autocontrato y el conflicto de intereses, pudiendo existir aquél sin conflicto de intereses, en cuyo caso es admitido por la doctrina y la jurisprudencia. Que la desventaja patrimonial se producirá cuando se constituya hipoteca por cuenta de otro. Que la desventaja patrimonial que sufre la sociedad hipotecante (B) también se hubiera producido aun cuando J. B. C. no hubiese concurrido en representación de C para reconocer la deuda a favor de A, y en tal caso no se puede hablar de autocontrato a pesar que la desventaja patrimonial para la sociedad hipotecante sería la misma.

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, añadiendo a sus anteriores alegaciones: Que parte de la doctrina considera que la representación no constituye ningún elemento esencial del autocontrato. Que los artículos 138 y 139 de la Ley Hipotecaria no son aplicables al supuesto de autos, por lo que parece superfluo exigir la ratificación de la Junta General de la sociedad hipotecante.

B) *Doctrina*.—Vistos los artículos 163, 221, 272.7, 299.1, 1.459 y 1.713 del Código Civil; 79, 82 y 83 de la Ley de Sociedades Anónimas; 12.II y 13.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 135, 136, 255, 266, 267 y 268 del Código de Comercio; la Sentencia de 23 de mayo de 1977, y las Resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 23 de enero de 1943, 4 de mayo de 1944, 9 de febrero de 1946, 26 de septiembre de 1951, 30 de junio de 1956, 30 de julio de 1976 y 1 de marzo de 1982.

1. En el presente recurso se debate en torno a la inscribibilidad de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena, habida cuenta que, según el título calificado, en el que se contienen tanto el reconocimiento de la deuda a garantizar como la constitución de dicha garantía, una misma persona actúa a la vez en representación de la sociedad deudora y de la sociedad hipotecante.

2. Ciertamente, en el supuesto debatido los datos enjuiciados no revelan necesariamente que exista autocontrato, como expresión referida a la hipótesis en que una persona por su sola actuación da origen a una sola relación contractual entre dos patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta; el actor, actuando en nombre de dos sujetos distintos, no procede a vincularlos entre sí de modo directo, sino a cada uno de ellos con un tercero; y si bien las relaciones así establecidas guardan una conexión de principalidad-accesoriedad, en la fase anterior al desenvolvimiento de la hipoteca puede no darse vínculo jurídico directo entre deudor e hipotecante. Téngase en cuenta que, por lo general, en la hipótesis de fianza y de hipoteca en garantía de una deuda ajena existe un triple negocio jurídico entre deudor y acreedor, entre fiador o hipotecante no deudor y acreedor, y entre deudor y fiador o hipotecante no deudor; pero este último no es ineludible, pues la fianza o hipoteca pueden establecerse con pleno desconocimiento del deudor (arts. 1.205 y 1.823.II, CC).

3. Ahora bien, no puede ignorarse que esta relación de subordinación y accesoriedad entre los dos negocios celebrados, recíprocamente dependientes y económicamente contrapuestos (es innegable tanto la repercusión de la prestación de la garantía en la concesión del crédito y en sus condiciones como el sacrificio patrimonial actual que la hipoteca implica para el propietario gravado, aun antes de su efectividad) provoca en el caso debatido una situación similar a

la que subyace en la figura del autocontrato *strictu sensu* y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, en ambos casos una sola persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas, no se asegura que en cada uno de ellos haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio del afectado; se incide con ello en la cuestión del ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado y, en este sentido, tanto el criterio de interpretación estricto que ha de regir en la materia (art. 1.713 CC) como la aplicación analógica de las soluciones legalmente previstas para casos similares (*vid.* arts. 221.2 CC y 267 CCom) imponen la necesidad de específica autorización para la inclusión en el poder conferido de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio representado (arts. 1.727 CC y 247 y 253 CCom), sin perjuicio de la posible sanción posterior si mediase la ratificación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota del Registrador.

C) *Comentario.*—1. *Antecedentes históricos.* Difícilmente se encuentran referencias a la autocontratación en el Derecho Romano al no producir efectos jurídicos en el representado la actuación del representante sin un acto que transmitiese los efectos que producidos en este último (representación indirecta), aunque algún sector doctrinal entiende que en el Derecho justiniano se dieron supuestos de representación directa.

El Código de las Siete Partidas hizo, aunque de un modo indirecto, alguna referencia al autocontrato; así, en la Ley IV, Título V, Partida 5, referida a la tutela, se prohibía a los tutores autocontratar salvo que lo hicieran con autorización judicial.

Se encuentran referencias muy parecidas a las de nuestro Código Civil en el Proyecto de 1851, concretamente en sus artículos 159 y 236 referentes a patria potestad y tutela.

No obstante, fueron los autores alemanes del siglo XIX los que elaboran la figura de la representación y, dentro de ella, el autocontrato. Así SAVIGNY, en el *Sistema del Derecho Romano actual*, y IHERING en su obra *Elaboración o participación en los negocios jurídicos ajenos*.

2. *Derecho comparado.* El Derecho alemán, en su parágrafo 181 del Título V del Libro I del BGB, establece: "Un representante no puede en tanto que otra cosa no le esté permitida celebrar en nombre del representado consigo mismo, en nombre propio o como representante de un tercero un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación". Esta prohibición contiene dos excepciones: cuando el negocio consista en el cumplimiento de una obligación o cuando el representante tiene autorización expresa para celebrar el autocontrato.

El Código Civil italiano de 1942 ha regulado el autocontrato dentro del capítulo de la representación en su artículo 1.395.

El Código Civil francés mantiene el mismo criterio del Código Civil español al no regular el autocontrato de una manera expresa, sino prohibiéndolo en algunos supuestos.

3. *Naturaleza jurídica.* Son mayoritarias las teorías que admiten la validez del autocontrato en nuestro ordenamiento jurídico; entre las más importantes destacamos las siguientes: a) Para ROCA SASTRE en el autocontrato no hay una única voluntad, sino una doble voluntad que emana de una misma persona; se trata de un verdadero contrato (1). b) DE CASTRO entiende el autocontrato como un acto unilateral, pero con unas características que le diferencian de los demás actos unilaterales (2). c) Para DÍEZ PICAZO el autocontrato es un negocio jurídico de carácter unilateral, pero se encuentra con dificultades para poder definir su carácter y estructuras al carecer nuestro ordenamiento jurídico de una regla general en orden a su admisibilidad.

4. *Supuestos de autocontratación en nuestro Derecho.* Ante la falta de una regulación unitaria del autocontrato en nuestro ordenamiento jurídico es necesario acudir a diferentes textos legales para encontrar supuestos de autocontratación: a) En el Código Civil en su artículo 163 referente a la patria potestad y el nombramiento del defensor judicial para el caso que exista conflicto de intereses, el artículo 221, donde se recogen una serie de prohibiciones que no puede realizar el tutor. b) En el Código de Comercio, el artículo 267.1 referente a la autoentrada del comisionista, y en los artículos 136 y 137 del Código de Comercio referentes al ejercicio del comercio por los socios de las sociedades colectivas y comanditarias. c) La Ley de Instituciones de Inversión Colectiva recoge de una manera evidente el conflicto de intereses; así, el artículo 6 de la Ley dispone: "Las personas o entidades que tengan encomendadas la gestión y administración de instituciones de inversión colectiva no podrán comprar ni vender para sí mismas, ni directamente ni por persona interpuesta, sus inversiones financieras ni ningún otro elemento de sus activos."

5. *Contenido del autocontrato.* Desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial puede el autocontrato estar configurado a través de una representación simple o a través de una doble representación. En el primero de los casos el compareciente actúa en nombre propio y en representación de un patrimonio ajeno; en el segundo, el representante tiene poder de disposición sobre dos patrimonios ajenos. En ambos casos nos encontramos ante un supuesto de autocontratación; así lo ha manifestado la gran mayoría de la doctrina (3) y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 23 de enero de 1943 y 26 de septiembre de 1951.

La doctrina del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, entre otras, Sentencia de 3 de noviembre de 1982 y Resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre de 1922, 4 de mayo de 1944 y 1 de febrero de 1980, exigen como requisitos para la eficacia del autocontrato los siguientes: a) Poder expreso para autocontratar; b) Que no exista conflicto de intereses.

En cuanto al segundo de los puntos arriba detallado, es el conflicto de intereses el fundamento básico de la prohibición de la autocontratación, pues es donde se produce con una mayor evidencia. Se puede definir el conflicto de intereses como aquella situación que produce un perjuicio para una parte en beneficio de la otra.

(1) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid 1948.

(2) F. DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, Madrid 1971.

(3) DÍAZ DE ENTRE-SOTO FORNS: *El autocontrato*, Tecnos, Madrid 1990.

Distingue la doctrina si el conflicto de intereses debe manifestarse como una posibilidad que se derivaría del negocio jurídico a realizar o como una lesión efectiva de alguno de los patrimonios de los representados. En esta línea, la doctrina del Tribunal Supremo y de la DGRN prohíben la autocontratación si existe un potencial peligro para alguno de los patrimonios de los representados.

Según DÍAZ DE ENTRE-SOTO FORN (4), no existe conflicto de intereses en los siguientes supuestos: 1) Las liberalidades puras; 2) El cumplimiento de una obligación contraída; 3) Contenido predeterminado o por la Ley o por la índole misma del negocio o por obra del representado.

En el supuesto de encontrarnos ante un autocontrato ineficaz parece poco adecuado hablar de nulidad radical, ya que no se produce una ausencia de voluntades como sería propio de la institución de la nulidad absoluta o radical. En la autocontratación no permitida hay pluralidad de voluntades, pero con defectos que le impiden una correcta conclusión del negocio jurídico. Según la doctrina mayoritaria, la solución más correcta sería la rescisión, pero esta figura no puede aplicarse a este supuesto al no estar regulado en el artículo 1.290 de nuestro Código Civil como supuesto de rescisión.

El autocontrato no permitido quedaría encuadrado dentro del instituto de la anulabilidad, siendo necesaria la impugnación por parte de la persona perjudicada o, en caso contrario, la ratificación expresa de todo aquello realizado por el representante en aparente conflicto con el perjudicado.

D) *Conclusión.*—De todo lo anteriormente expuesto se deduce que en el supuesto recogido en esta resolución existe autocontrato, con un evidente conflicto de intereses, ya que el representante de las sociedades B y C, aunque hipotequen por deuda ajena, puede ocasionar un perjuicio a B en beneficio de C. Por lo tanto es razonable la postura mantenida por el Registrador en su nota de calificación al exigir escritura de ratificación de la Junta General de la sociedad hipotecante por deuda ajena. De esta forma existiría certeza que no existe perjuicio para la sociedad hipotecante como consecuencia de la actividad de su representante.

FERNANDO ACEDO-RICO HENNING
Registrador de la Propiedad de Molina de Aragón

(4) Ver nota número 3.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

CONTRATO DE OBRA: SUBCONTRATA (NO HAY SOLIDARIDAD). INTERPRETACION DEL CONTRATO (DOCTRINA GENERAL). (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1989.)

La sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del órgano de primer grado jurisdiccional, parte de las siguientes bases fácticas: "Aguas de la Comarca de Pamplona" (en adelante, ACP-SA) adjudicó a "Coeder, S.A.", en junio de 1983, la realización de las obras de construcción de un colector comarcal, exigiendo la conformidad de las empresas que con ella habían de colaborar, comprometiéndose "Excavaciones y Obras Mel, S.L.", subcontratista de los trabajos de excavación y movimiento de tierras, a llevar a cabo estos trabajos, que no pudieron terminarse en el tiempo fijado por problemas de suministro y otros, ante lo que la adjudicataria solicitó, en enero de 1985, la prórroga del plazo de ejecución hasta el 31 de julio del propio año, accediendo ACPSA, previa conformidad, que exigía de los arrendatarios y colaboradores, entre ellos Mel, S.L., que ya entonces era acreedora de Coeder por diversas cantidades; ampliado el plazo en 11 de marzo de 1985, Mel y Coeder acuerdan por documento de la misma fecha y como garantía del pago de los trabajos de excavación y movimiento de tierras, el compromiso de endosar a Mel las certificaciones de la mencionada obra hasta la cantidad nominal de las facturas de tales trabajos, y de no poder hacer, por la parte que pudiera corresponder a la misma, la diferencia se ajustaría mediante entregas en metálico en el momento de efectuarse el cobro correspondiente, entregándose dicho documento a ACPSA el 21 de marzo siguiente, no obstante lo cual Coeder convino por las mismas fechas con otros subcontratistas el pago a ellos de determinadas certificaciones, lo que efectúa ACPSA, endosándole a Mel por valor de 6.500.000

pesetas, abonándole aparte Coeder 2.792.957 pesetas, sin que conste probado el importe de los trabajos realizados por Mel entre el 11 de marzo de 1985 y el fin de la obra, aunque reclama por ese periodo 10.071.902 pesetas; en 10 de septiembre de 1985, ACPSA y Coeder rescindieron el contrato de obra, abonando aquélla a ésta 28.795.177 pesetas por las últimas certificaciones de obra y liquidación final, revisión de precios, retenciones y facturas pendientes de pago, lo que se efectúa mediante la aceptación de cambiales que se endosan a acreedores de Coeder, no haciéndose responsable aquélla de las deudas de ésta con sus proveedores. Mel, S.L., demanda a ACPSA y a Coeder, S.A., solicitando que se las condene solidariamente al pago de los 15.031.750 pesetas que se le adeudan por la obra, intereses y costas; se declara en rebeldía a Coeder y ACPSA pide que se la absuelva por no ser deudora solidaria, no haber existido cesión de créditos y haber abonado lo debido a todos los acreedores conforme a lo convenido. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona, dando lugar en parte a la demanda, deniega el carácter solidario de la deuda, entiende que ACPSA sólo garantizaba los pagos de las obras realizadas desde el 11 de marzo de 1985 hasta la resolución del contrato y tras deducir los 6.500.000 pesetas abonados la condena a pagar lo que resulte en ejecución de Sentencia por las obras de excavación y movimiento de tierras realizados, conforme a los precios de contrato y hasta la suma de 10.071.902 pesetas, condenando a Coeder al abono de lo que faltara hasta los 15.031.750 pesetas, desestimando la demanda en el resto. Apela Mel en petición de que se estime la demanda en su totalidad y ACPSA solicita la confirmación de la Sentencia, cosa esta última que, cual se ha dicho, realiza la Audiencia por su resolución de 16 de febrero de 1987. Contra esta última sentencia interpone Mel, S.L., recurso de casación, siendo de destacar que ninguno de los cuatro motivos que alega denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (art. 1.692, n.º 4, LEC).

El primero, al amparo del número 5 del propio precepto procesal, acusa infracción de los artículos 1.254, 1.588, 1.555 y 1.599 del Código Civil, pues entiende la recurrente que al aceptar las sentencias de ambos grados como probado que "para la adjudicación de las citadas obras, que tuvo lugar definitivamente en junio de 1983, la demandada ACPSA exigía de los concursantes que constara la conformidad de aquellas empresas que habían de colaborar con la adjudicataria, apareciendo en autos el compromiso de la actora a realizar los trabajos de excavación y movimiento de tierras en el caso de que Coeder resultara adjudicataria... Coeder, S.A., solicitó en enero de 1985 la prórroga o ampliación del plazo de ejecución, a lo que accedió ACPSA previa conformidad de las empresas colaboradoras y suministradoras, entre ellas la actora..., que ya en aquellos momentos manifestaba ser acreedora de Coeder por los trabajos realizados para ella y no satisfechos en su momento...", entiende, repetimos, que existió desde el primer momento un contrato directo de arrendamiento de obra entre ACPSA y Mel, S.L., de donde deduce la obligación solidaria que pretende. El motivo tiene que desestimarse porque lo pactado fue una mera garantía que prestaba Mel frente a ACPSA, mas no un contrato bilateral o sinalagmático generante de obligaciones recíprocas, ya que el pago del importe de las obras habría de realizarse por ACPSA (propietaria) a Coeder (contratista) y por ésta a Mel, S.L. (subcontratista), siendo los precios diferentes en una y otra relación jurídica, sin que la solidaridad se determinase de modo expreso (art. 1.137 CC) ni concurra necesidad de salvaguardar el interés social que exige la jurisprudencia para estimar

en limitados casos la concurrencia de la llamada solidaridad impropia; de no ser así, no se entiende la denominación que se emplea de "colaboradoras de la adjudicataria"; por otra parte, conviene recordar que ambas sentencias (Juzgado y Audiencia) señalan que no se peticionó al amparo del artículo 1.597 del Código Civil y que la realidad de la cesión de crédito realizada por Coeder a Mel se acoge también en ambas resoluciones, una vez notificada a la deudora, siquiera los efectos que se le asignan no sean los propugnados por la parte.

Los tres motivos restantes, igualmente con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la LEC, se refieren a la interpretación de los contratos y tienen carácter subsidiario respecto del inicial. El segundo denuncia infracción del artículo 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil por acogerse la cesión de créditos sólo respecto a los trabajos realizados a partir de la firma del documento de 11 de marzo de 1985 y no aplicarse a los anteriores a ésta aún no abonados, señalando que el tan referido documento en las manifestaciones 2.ª y 3.ª se refiere a los "trabajos realizados", empleando otro tiempo de verbo cuando se quiere referir al futuro, cual en la manifestación 1.ª, que emplea la palabra "colaboradora", y en la 4.ª, que se refiere a "certificaciones a endosar", "pudiera corresponder" y "endosarán". El tercer motivo considera infringido el artículo 1.282 del Código Civil, poniendo de manifiesto el recurrente que el documento número 3 de los acompañados a la contestación a la demanda especifica unos pagos de servicios prestados a Hormigones Pamplona y Tubos Estanco, reconociendo las sentencias que en 15 de febrero del año 1985 (doc. n.º 4 de la contestación) la actora (hoy recurrente) había manifestado a ACPSA que Coeder le adeudaba trabajos ya realizados. El último motivo estima infringido el artículo 1.283 del Código Civil, pues para el recurrente el tan repetido documento de 11 de marzo de 1985 no contiene limitación alguna, ni en cuanto a referirse a los trabajos que se realicen en el futuro, ni a la cuantía por excavaciones y movimientos de tierras efectuados por la actora, de lo que debe responder el total de las certificaciones. Ninguno de los tres motivos puede prosperar, pues: a) La propia Audiencia, al acoger la valoración realizada por el Juzgado, dice que estudió concienzudamente el documento y los actos de las partes en relación con el mismo y que "el simple hecho de que se utilice la expresión "trabajos realizados" para referirse a los que afecta la tal cesión no quiere decir que esté tratando de los anteriores a la fecha del documento, sino a los realizados al momento de la liquidación posterior; pero a partir de tal acuerdo, que no tiene otro fin que el de garantizar al subcontratista el pago de sus trabajos por su adhesión a la continuación de los mismos y en relación con éstos"; b) El Juzgado aplica el artículo 1.285 del Código Civil, y al interpretar las cláusulas unas por otras para atribuir a las dudosas el sentido resultante de todas ellas, señala que la referencia a los trabajos realizados ha de conjurarse con el apartado primero, especificativo de cuáles son esos trabajos, no otros que los derivados de la colaboración convenida con Mel, S.L., en virtud del contrato suscrito en 11 de marzo de 1985, y con el apartado cuarto, "donde se habla de la parte que pudiera corresponder a Mel, S.L., en la certificación a endosar, lo que ha de interpretarse como inequívoca referencia a la partida excavación y movimiento de tierras de cada una de las certificaciones que habrían de emitirse a partir de dicho momento"; c) no contiene el mismo referencia a los trabajos anteriores a su fecha, no obstante datar la colaboración del año 1983, por lo que aplica con corrección el artículo 1.283 del Código Civil al excluirlos; d) respecto a la aplicación del artículo 1.282, se señala como el momento en que se acuerda la cesión coincide con las negociaciones para lograr una ampliación del plazo para ejecutar las obras; e) las órdenes o instrucciones que entonces

y después cursó Coeder a ACPSA para que se abonasen directamente trabajos a otros subcontratistas a cuenta de las certificaciones sólo se comprenden y armonizan partiendo de que la cesión de las mismas sólo era parcial, lo que concuerda con el apartado cuarto antes dicho y con la confesión del representante de Coeder; f) Las dudas que puedan originar la oscuridad y términos equívocos del documento de 11 de marzo de 1985 no pueden favorecer a quien las hubiere ocasionado (art. 1.288 CC), ni perjudicar a ACPSA, que para nada intervino en su redacción; y g) a los razonables argumentos que anteceden, que son en definitiva los de la Audiencia, al hacer suyos los del Juzgado, sólo puede añadirse que es doctrina reiterada y constante de esta Sala que la interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva de los Tribunales de instancia, a mantener en casación salvo que conduzca a exégesis desorbitadas, erróneas, ilógicas o que conculquen preceptos legales, debiendo ser mantenida incluso en aquellos supuestos en que quepa alguna duda acerca de la absoluta exactitud de la interpretación del juzgador.

R. de A.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. CARACTER CULPABILISTA DE ESTA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1989.)

La recurrida sentencia, tras sentar como antecedentes de hecho; 1) Que Agapito S., electricista de la Empresa Electricidad y Luz, S.L., fue requerido por la Empresa demandada Fomento de Obras y Construcciones, S.A., a fin de poner a punto una instalación que, debido a tener cambiados las fases de los conductores, impedían que fuera normal el giro de los motores; y 2) Que encontrándose dicho profesional realizando tal operación, en presencia del encargado señor D. S., codemandado, al actuar en el cuadro general con una llave de carraca para aflojar las tuercas de los bornes de las mangueras, resultó muerto por electrocución; y al no dar o tener por demostrado, contrariamente a lo declarado por la apelada sentencia, que el suceso o accidente se hubiera producido por el negligente proceder del encargado señor D. S. ni por persona dependiente de la empresa demandada, y sí, por el contrario, que la muerte del operario por electrocución fue debida al fallo humano de la propia víctima que supuso el no haber cortado previamente el paso de la corriente al punto en el que había de actuar bloqueado los interruptores, y sin quedar demostrado que análoga y eficientemente el lamentable suceso letal provino de la negligencia profesional, acusadísima carencia de previsión y de cautela, imputables en exclusiva a la propia víctima, exonerando de responsabilidad aquiliana a los demandados los absuelve de la demanda contra ellos formulada.

El primer motivo del recurso, al amparo de la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, que se deduce consistir al no apreciar la Sentencia que "el encargado, Salvador D. S., tenía dada la corriente, sin avisar al Sr. S., para funcionar los ascensores", y para su demostración cita el documento del relato técnico de los hechos del Director del Gabinete de Trabajo, que lleva fecha 24 de febrero de 1984, como el informe pericial de don Luis P. F. Ingeniero Técnico; el informe pericial es doctrina de esta Sala, aparte de que no cabe catalogarlo como documento, no es válido a fines de evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba, puesto que al quedar al libre criterio del Juzgador o Tribunal de

Instancia sin más sujeción que las reglas de la sana crítica; mas, por otro lado, como no hay por parte de la Sala una expresa referencia al resultado de dicha prueba, entonces, examinada la misma, hace referencia a la utilización de la llave de carraca para aflojar las tuercas; que lo normal fuera dejar sin servicio el cuadro general, y la posible manipulación de los interruptores mientras el trabajador electricista se hallaba realizando su labor, por lo que no sólo es conforme con la apreciación probatoria del Juzgador, sino que además no cabe extenderlos a otras cuestiones de hecho que le resultan extrañas; respecto al que se dice relato técnico de los hechos del Director del Gabinete de Trabajo de 24 de febrero de 1984, corresponde a un documento obrante en el testimonio de las diligencias previas, número 307/84, incoadas por el fallecimiento de Agapito S., cuya remisión y unión a los Autos es conforme a la prueba propuesta por la parte demandante, integrado en unas actuaciones llevadas a cabo por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene del Trabajo, firmado por un técnico, si bien con el visto bueno del Director del Gabinete, de dicha fecha en el que bajo el enunciado: Descripción del accidente, se dice ser debido a consecuencia de un contacto eléctrico directo de una o las dos manos del accidentado con un conductor de tensión, al tocar éste uno de los terminales de una de las fases de entrada en cuadro general, sin que estuviere cortada la corriente en el interruptor general de la acometida de fuerza; en consecuencia, aun siendo dicha información merecedora de todo respeto, en verdad no contradicen las declaraciones de la recurrida Sentencia, no evidenciando error alguno probatorio por parte del Juzgador, y muy en particular cuanto respecta a la participación en los hechos del encargado, señor D. S., le es atribuida por la recurrente; y como aparte de la referencia o cita de dichos documentos no cabe tomar en consideración la alegada apreciación que del conjunto de la prueba hace el propio recurrente, el motivo ha de ser desestimado.

El segundo de los motivos, que hay que entender amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por la que se dice inaplicación, de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y la jurisprudencia sobre inversión de la carga probatoria y responsabilidad objetiva, al concurrir las dos figuras de la culpa aquiliana y la responsabilidad objetiva; y como precisamente en el segundo de los fundamentos de Derecho de la recurrida Sentencia, con notorio acierto, partiendo de los antecedentes que quedaron recogidos, se razona que la evolución experimentada por el principio subjetivista en la esfera de la culpa extracontractual hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva, lo que en modo alguno viene permitiendo, es la exclusión del básico principio de la responsabilidad por culpa, cuya exigencia precisa de un acto dañoso antijurídico, imputable a culpa o negligencia del agente, partiendo siempre del postulado de que la culpa de la víctima excediera al agente cuando es el único fundamento del resultado, y demostrado que la muerte del operario por electrocución fue debida al fallo humano de la propia víctima, que supuso no haber cortado previamente el paso de la corriente, elemental medida de cuidado y prevención, de lo que concluye que los demandados deben quedar exonerados de la responsabilidad aquiliana exigida en la demanda, es indudable que aunque no se hace referencia a precepto alguno, implícitamente se está recogiendo cuanto disponen los invocados preceptos en su doble vertiente, exigencias y exoneración, por lo que no cabe entender que hayan sido inaplicados y con carácter general infringidos, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

OBLIGACIONES DE HACER: IMPOSIBILIDAD LEGAL SOBREVENIDA. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1988.)

El primer motivo de este escueto e infundado recurso está formulado con amparo procesal en el número 4 del artículo 1.692, y en él se denuncia error en la apreciación de la prueba con base en el documento número 5 de los que se aportaron con la demanda. Motivo que claramente tiene que claudicar, pues el documento de que se trata y base de este motivo fue correctamente valorado por el Tribunal de Apelación en la Sentencia recurrida y la frase que en él figura, referente al reintegro de una de aquellas cantidades precisamente al demandante señor H. (y no al recurrente) para el caso de "incapacidad total en el trabajo", no es aplicable el caso de Autos, donde no se ha producido en realidad el supuesto propiamente dicho de incapacidad del profesional masajista señor H., sino que lo acontecido supone y significa más bien un caso de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación a que se refiere el artículo 1.184 del Código Civil, pues tal como resulta de los Autos, llegado el demandante y hoy recurrido a la isla de Tenerife procedente de su país, Suiza, dispuesto a trabajar en su profesión de masajista o fisioterapeuta, previa solicitud a la autoridad competente del oportuno permiso, la Delegación Provincial de Santa Cruz de Tenerife del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le denegó aquel permiso al no estar inscrito el solicitante en el Colegio Profesional correspondiente ni poseer el título necesario para ejercer su actividad de masajista.

El recurrente, sin fundamento alguno, alega también en este motivo de manera indebida e improcedente la supuesta infracción del artículo 1.256 del Código Civil, que en modo alguno se ha producido en el supuesto de Autos, en el cual la imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de la ya referida autorización administrativa para el ejercicio de su profesión obliga ciertamente a la devolución de las cantidades reclamadas por el señor H. y recogidas expresamente en la Sentencia recurrida, no sólo por aplicación del ya mencionado artículo 1.984 del Código Civil, sino también porque la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos y la prohibición del abuso en su ejercicio (art. 7 CC) impiden claramente las retenciones de las cantidades que el recurrente pretende, lo que vendría a significar además un manifiesto e injusto enriquecimiento sin causa.

El segundo motivo, difícilmente comprensible, está también condenado al fracaso, pues en él la parte recurrente, tras alegar con base procesal en el número 5 del artículo 1.692 infracción de la jurisprudencia aplicable al caso, cita sólo parte de una Sentencia relativa a la norma o criterio hermenéutico contenido en el párrafo 1 del artículo 1.281 del Código Civil (que ni siquiera menciona el recurrente), alegaciones que nada tienen que ver con el caso debatido, en el que —repetimos— la imposibilidad sobrevenida de cumplir su profesión de masajista al serle denegados al señor Roland Hofer los permisos y autorizaciones administrativas necesarias para el cumplimiento de aquellos servicios, le exime y libera al citado señor del cumplimiento de esas obligaciones cuya realización resulta así legal y físicamente imposible, sin que pueda achacársele a quien así se ve impedido de cumplir lo convenido, ningún género de culpa o negligencia en la concurrencia de la repetida imposibilidad sobrevenida que viene a extinguir la obligación de que se trata.

COMUNIDAD DE BIENES. EXCLUSION DE UN COMUNERO DEL REGIMEN DE PRESTACION DE SERVICIOS CONVENIDO. RENDICION DE CUENTAS. EXTINCION DE LA COMUNIDAD: DIVISION DE LA COSA COMUN (ADJUDICACION A UN COMUNERO: ES ACTO DE DISPOSICION Y NO DE ADMINISTRACION.) (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1988.)

Estamos en presencia de dos recursos de casación formulados contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, con fecha 2 de marzo de 1987. Comenzando por el examen del interpuesto por don Bernardo, doña Irene, doña Priscila y doña Palmira L. P., procede desestimar el primero de los motivos de este recurso formulado al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida aplicación indebida del artículo 394 del Código Civil, sobre régimen de uso de la cosa común e infracción del artículo 398 del mismo Código, en cuanto establece el régimen de administración de tales bienes comunitarios y que afecta a la exclusión de la comunera doña Eloína L. P. del régimen de prestación de servicios convenido, por entender los relacionados recurrentes que, en contra de lo apreciado en la sentencia recurrida, se dieron irregularidades posibilitadoras de tal exclusión.

En realidad, lo que dicho motivo plantea implica y supone hacer supuesto de la cuestión, lo que resulta improcedente en casación, dado que la Sala sentenciadora de instancia, al tratar de tal aspecto, expresamente establece como apreciaciones fácticas que la exclusión de doña Eloína L. P. fue debida única y exclusivamente a actos unilaterales de los otros comuneros, don Bernardo, doña Irene, doña Priscila y doña Palmira L. P., ahora recurrentes, pretextando unas desavenencias familiares y unas irregularidades sin entidad suficiente para ello y sin apoyo en lo pactado en el documento entre todos ellos concertado el 28 de diciembre de 1973. Y sabido es que tales apreciaciones fácticas son vinculantes en casación al no haber sido desvirtuadas por el cauce o vía del error en la apreciación de la prueba con base en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procedimiento y ordinal correspondiente al que no han acudido los relacionados recurrentes.

Tampoco es de acoger el motivo segundo de este recurso amparado también en el número 5 del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se alega interpretación errónea del artículo 395 del Código Civil, en cuanto al alcance que deba darse a la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común como consecuencia de haberse tenido que suplir la prestación personal de la actora por la circunstancia de haber sido excluida doña Eloína L. P. del régimen de prestación de servicios convenido con los demás comuneros: don Bernardo, doña Irene, doña Priscila y doña Palmira L. P.

El motivo debe declinar por las siguientes razones: a) en primer lugar, porque, como se ha indicado en el fundamento anterior relativo a que tal exclusión fue debida única y exclusivamente a actos unilaterales de los demás hermanos pretextando unas desavenencias y unas irregularidades sin entidad suficiente y sin apoyo en lo pactado en el documento de 28 de diciembre de 1973, ello determina que no pueda establecerse a cargo de aquélla lo que es consecuencia de exclusión que no se reconoce sea debida a una convivencia que no sea correcta, cual considera el repetido documento; b) en segundo lugar, porque es lo cierto que la circunstancia de haber dejado de trabajar la referida doña Eloína en la comunidad de que se trata no generaría abono de gastos con base al artículo 395 del Código Civil, sino simplemente conduciría a que el que dejare de realizar el trabajo, siéndole imputable tal extremo, sólo podría pedir de los beneficios ad-

quiridos por la comunidad una parte inferior a los demás miembros que sigan trabajando, en la cuantía proporcional con el trabajo que hubiere dejado de hacer, tal como expresamente se convino y puntualizó en el repetido documento suscrito por todos los hermanos el 28 de diciembre de 1973.

También ha de ser desestimado el tercer motivo de este recurso en el que los hermanos don Bernardo, doña Irene, doña Priscila y doña Palmira L. P. sostienen, como fundamento procesal en el número 5 del artículo 1.692, interpretación errónea del alcance del derecho a la tutela jurisdiccional que se deriva de los artículos 524 y 360, en relación con los artículos 1.457 y 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.100 del Código Civil, entendiendo dichos recurrentes que debió ser precisada convenientemente por los Juzgadores de instancia, con la debida precisión y claridad, la rendición de cuentas decretada y no establecerla con referencia al momento de ejecución de Sentencia. Procede la desestimación del motivo toda vez que la Sentencia recurrida no adolece de esa pretendida falta de claridad y precisión ni incurre en la exigencia indefinida de las mencionadas cuentas que los recurrentes alegan en este tercer motivo de su recurso, pues la Sentencia de la Audiencia, en concordancia con el pedimento primero del suplico de la demanda inicial y en cuanto acepta tal particular de la Sentencia del Juzgado, al fijar que tal liquidación se llevará a cabo hasta que se pida la ejecución de la Sentencia, está revelando precisión y claridad, bastando al efecto que cualquiera de las partes solicite la referida ejecución, y más en cuanto que nada impide que después de dictada Sentencia afectante a la disolución de una Comunidad, la liquidación de sus cuentas se supedita al tiempo en que esa liquidación ha de llevarse efectivamente a cabo.

Por el contrario, procede estimar los cinco motivos de casación, íntimamente relacionados entre sí, en que se ampara el recurso interpuesto por doña Eloína L. P. y que esta parte formuló al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando, respectivamente, interpretación errónea del artículo 398, infracción de los artículos 1.288, 1.283, 1.285 e interpretación errónea del artículo 404, todos ellos del Código Civil. Se trata en esencia de la forma en que ha de llevarse a cabo la extinción o cesación de la comunidad cuestionada, instada por los demandados reconvinentes en el pronunciamiento tercero de la reconvención por ellos ejercitada, puesto que, reconocido por la Sala sentenciadora de instancia que hay que partir de que todos los litigantes están conformes con la cesación de la comunidad, así como que los bienes hasta ahora poseídos en común no se pueden dividir, está fuera de toda duda tanto la pertinencia de la *actio communi dividundo* como la necesidad de adoptar las medidas oportunas para que se proceda a la cesación de la posesión en común sin necesidad de dividir los bienes, al ser la gasolinera integrante de la referida comunidad un bien esencialmente indivisible. Y si bien en el supuesto de indivisibilidad el artículo 404 del Código Civil permite que los comuneros puedan convenir que se adjudique el bien a uno de ellos indemnizando a los demás, es igualmente cierto, en contra de lo apreciado por la Sala de Instancia, que el reiterado documento de 28 de diciembre de 1973 por el que se rige la expresada comunidad en manera alguna conduce a que la extinción de aquélla deba hacerse, como establece la resolución recurrida, adjudicando los bienes que la integran al comunero que sea designado por la comunidad, indemnizando a los demás conforme a la participación de cada uno y en la forma que se fije en fase de ejecución de sentencia, siguiendo la normativa que para los actos de administración y mejor disfrute previene el artículo 398 del Código Civil, sino a tenor de lo establecido en el artículo 404 del mismo Código, es decir, adjudicando a cual-

quiera o cualesquiera de los comuneros tales bienes en comunidad esencialmente indivisible si lo convinieren todos ellos, con indemnización a los demás o, en su defecto, vendiendo tales bienes y repartiendo el precio resultante, efectuando la venta mediante la correspondiente subasta a realizar entre los precitados comuneros demandante y demandados y sin intervención de extraños o terceros. Todo ello teniendo en cuenta como base inicial de licitación el valor que fije a los tan repetidos bienes comunales y obras un Perito, tal como se estableció al ser creada la comunidad en el documento tantas veces citado de 28 de diciembre de 1973, pues el contenido del mismo claramente revela que lo querido por sus otorgantes en ese extremo fue que los indicados bienes que integran la comunidad no salieran del ámbito familiar. Y sin perjuicio, claro está, de que si el remate no llegare a alcanzar tal valor fijado por Perito, se adjudique al mejor postor de entre los comuneros, con la correspondiente indemnización a los demás, pues lo contrario vendría a significar mantener permanentemente una relación de comunidad no querida por sus miembros y convertida así en indefinida, lo que no es procedente en Derecho.

En consecuencia, al ser estimados los motivos en que se ampara este segundo recurso de casación, interpuesto por doña Eloína, y de conformidad con lo prevenido en el número 3 del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede modificar la Sentencia recurrida en los términos que determina el precedente fundamento de Derecho.

Mantener lo establecido por la Sentencia de apelación en tal extremo supondría, de una parte, el conferir facultades de mera administración del artículo 398 del Código Civil con base en el módulo de mayoría de los partícipes a un supuesto que en realidad implica y supone verdadero gesto de disposición (y no de administración) al tratarse de adjudicación a uno o varios de los comuneros, con exclusión de los demás; y de otro lado, de seguir mantener ese criterio de mayorías que la Sentencia recurrida acoge, quedaría al libre criterio de unos comuneros el valor de la adjudicación, en posible perjuicio económico de los demás.

La modalidad en que ha de ser llevada a cabo la extinción o cesación de la comunidad interesada por los reconvinentes en los términos expresados en el cuarto de los precedentes fundamentos de Derecho no supone falta de congruencia, sino pleno y sustancial acomodo a lo pedido, puesto que se trata de aspectos complementarios de la propia extinción o cesación de dicha comunidad para que la misma pueda tener adecuada efectividad.

R. de A.

ERROR DE HECHO: NO EXISTE. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1989.)

En el primero de los motivos instrumentados tiene su radicación procesal en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, por estimar quien impugna que en la Sentencia recurrida se incide en error en la apreciación de la prueba que "se basa en documentos que obran en Autos que demuestran la equivocación del Juzgador y no resultan contradichos por otros elementos probatorios", documentos que son "los contratos de arrendamiento de 1 de septiembre de 1977 y de 12 de mayo de 1981..., en relación y concomitancia con los documentos TRES y CUATRO del propio escrito de demanda referentes a tener acreditado la existencia de una reserva de aparcamiento en el local objeto del contrato de arrendamiento".

El motivo resulta de imposible estimación por una razón fundamental: la de que los referidos documentos no sólo demuestran la equivocación del Juzgador, sino que, además, tampoco resultan contradichos por otros elementos probatorios; y no acontece una cosa así, no porque en ellos no se constase lo que en la motivación se indica, sino porque efectivamente acreditado, ello no tiene efecto alguno en la resolución impugnada, en la cual lo que efectivamente se resalta es la ausencia de culpa en el demandado. Así, para resolver justa y jurídicamente la cuestión planteada por el recurrente, tanto en ésta como en las restantes motivaciones se hace necesario partir de que, según el Tribunal *a quo*, "el apelante sólo ha replanteado su disenso a la Sentencia recurrida con base en la primera" reclamación, o sea, la relativa a su pretensión de un resarcimiento por vía del artículo 1.101, en relación con los 1.453, 1.554, 1.560 y 1555.2 del Código Civil y 9 de la LAU, con base en la atribución de una culpabilidad a quien se estima agente productor del perjuicio, pretensión la interesada, que exige acreditar la existencia de esa conducta culpable que no aparece de los documentos ofrecidos como fundamento de la motivación, dado que lo por ellos acreditado es la existencia de unos contratos de arrendamiento y la "reserva para el aparcamiento de vehículo"; y no es posible probar dicha culpa, porque como se declara en la Sentencia de Primera Instancia cuyos considerandos son aceptados expresamente por la aquí impugnada, y en lo que al demandado-recurrido se refiere, "no es posible imputar las consecuencias perjudiciales que en la demanda se acusan, porque al adquirir el bien no se hallaba de manifiesto ni material ni jurídicamente la tan repetida reserva" (se está refiriendo a la del garaje).

El mismo repudio merece la motivación tercera, que como la que se acaba de estudiar, tiene su apoyo en el mismo ordinal 4 del citado artículo 1.692 de la Ley Procesal, siendo los documentos que se señalan como apoyo del error los 1 a 4 y 5 al 38 del escrito de demanda, a medio de los cuales se pretende acreditar la equivocación del Juzgador de Instancia al no admitir la existencia de incumplimiento por parte del demandado, desestimación que tiene la misma explicación que la precedente, en cuanto una cosa es que el arrendatario no haya podido usar y disfrutar del inmueble arrendado como corresponde según la Ley a tal negocio jurídico y otra que esa imposibilidad sea obra de la conducta del arrendador, lo cual, como se indicó ya en el anterior fundamento, es lo acontecido en el supuesto aquí contemplado.

En cuanto al motivo segundo, con sustento procesal en el número 5 del mismo precepto que los anteriores, denuncia la no aplicación de los artículos 1.554 en relación con los 1.555-2.º, 1.560, 1.553 y 1.502 del Código Civil, así como de los 1.091 y 1.124 del Código Civil y la del 1.902 del mismo cuerpo legal, este último por interpretación errónea y aplicación indebida. El perecimiento de esta motivación es una consecuencia ineludible de los razonamientos que se han dejado expuestos en los precedentes fundamentos, ya que acreditada la no concurrencia por culpa o negligencia en el demandado, la inaplicación de los preceptos que se señalan como no aplicados fluye inevitablemente. En cuanto a la también denunciada no aplicación, interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, independientemente de este cúmulo de infracciones que parecen señalarse con la idea de que esta Sala opte por la que más conveniente estime, es lo cierto que por lo explicado en el segundo de estos fundamentos dicho precepto no ha podido ser infringido.

RESPONSABILIDAD CIVIL.—DETERMINACION DE LOS DAÑOS.—LOS PELIGROS “LATENTES”.—ADOPCION DE MEDIDAS CORRECTORAS POR LOS TRIBUNALES CIVILES.—DAÑOS CONTINUADOS O DURADEROS. PRESCRIPCION.—COMPENSACION DE CULPAS (NO EXISTE). (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1989.)

En el recurso interpuesto por los que en los Autos fueron demandantes, articulado con cuatro motivos, denuncian, sus dos primeras, bajo el amparo de la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción del artículo 359 de dicha Ley Procesal; se dice en el primero, que la recurrida sentencia “incide en neta incongruencia por *minus petita* al establecer condena a una cantidad determinada —3.770.475 ptas.— como correspondiente a los daños y perjuicios ocasionados entre 1981 y 1985”, cuando en el hecho cuarto de la demanda se reclamaba los diez años anteriores a la demanda; mientras en el segundo se acusa a la sentencia de no efectuar pronunciamiento alguno en orden al riesgo notorio de que se les produzca (a los actores) en el futuro graves dolencias”, que como concepto indemnizable, fue señalado en la demanda; si por incongruencia hemos de entender la discrepancia o falta de adecuación entre las pretensiones deducidas por las partes y la resolución acordada por el Juzgador, en síntesis, entre suplico de la demanda y fallo de la sentencia, fácil es colegir de la confrontación de uno con otro, que no existe, tales incongruencias y así es de ver que conforme a la primera de las pretensiones lo era la condena a la demandada a abonar a los actores la cantidad de 8.238.460 pesetas como indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, ante la que la recurrida sentencia condena a la empresa demandada (ENSIDESA) a abonar a los actores 3.770.475 pesetas, y si bien es cierto que al cuantificarse en la recurrida sentencia el importe de las diversas partidas: pérdidas en frutales, disminución de la leche, disminución del valor de los animales, deterioros en cubiertas, cuyas sumas integran dicha cantidad, se hace referencia a los años 1981 a 1985, referidos al informe del Perito señor Alvarez Alonso y se afirma corresponden al período al que se contrae la reclamación si como entiende la parte, la indemnización reclamada lo es referida a los diez años anteriores a la demanda, es lo cierto que en todo caso puede existir un error en la apreciación de la prueba o cualquier otro vicio pero lo que no cabe nunca es calificar de incongruente a la recurrida sentencia; al igual que en relación al segundo de los motivos, puesto que si la cantidad reclamada 8.238.460 pesetas, corresponde a la suma de la correspondiente a los daños y perjuicios en la producción agrícola y pecuaria, daños en tejados y cubiertas de las edificaciones, como en cuanto a las personas se refiere por la producción de afecciones respiratorias en especial al hijo de corta edad de don José Manuel G. B. así como a la actora doña Sira B. G. de edad avanzada y conforme se razona en la recurrida sentencia nada se ha probado respecto a que doña Sira B. G. y el menor de edad José Manuel G. A. sufran padecimiento achacable a la polución ambiental existente, para después del fallo señalar como cuantía a indemnizar por la demandada la de aquellos 3.770.475 pesetas referida solamente a aquellos daños antes especificados, es evidente que ante el suplico de la demanda no tenía que hacer una expresa referencia a los conceptos desestimados bastando solamente aquel global señalamiento, por lo que tampoco en este particular al que se remite el motivo quepa decir que la sentencia sea incongruente, haciendo todo ello decaer dichos dos primeros motivos del recurso.

El motivo tercero, amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia, en su expresión literal, el haberse producido

en la sentencia un evidente error en la apreciación de la prueba, al entender no acreditado la producción de perjuicios a las personas de los demandantes, y resulta sin embargo demostrado por los documentos que, sin contradicción alguna de otros medios de pruebas, existen en Autos que acreditan directamente la existencia de esos perjuicios personales; entonces resulta evidente que si bien el recurrente nos dice en qué consiste el error, lo hace evidenciar de su particular apreciación probatoria, contraria a la que llega el Juzgado, puesto que los documentos en los que se va apoyando han sido tenidos en cuenta por dicho juzgado, ya sí se dice que la propia sentencia recoge la existencia (al folio 211 de los Autos) del informe del Organismo competente sobre límites reglamentarios, igualmente se recoge la situación de la finca según reconocimiento judicial practicado por la Sala, la misma sentencia recoge la incidencia perjudicial de dichas inmisiones en la vida vegetal como en la animal, intensa polución producida por la demandada a la que obliga a la adopción de medidas correctoras, con referencia final a toda la prueba documental existente en Autos, esto es el recurrente efectúa por sí una apreciación probatoria paralela a la realizada por el Juzgado y sentado su particular resumen probatorio llega a la conclusión con la que encabeza el motivo y como tal proceder no puede prevalecer sobre la conclusión sentada por el Juzgado el motivo ha de ser desestimado.

El motivo cuarto, último del recurso, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, argumentando que dándose por probado la existencia de una contaminación ambiental masiva e intensa que afectó gravemente a las fincas y viviendas de los actores y produjo gravísimas afecciones gástricas y respiratorias al ganado vacuno, sienta con ello una situación de peligro latente también para las vidas humanas por el riesgo notorio de producir graves dolencias a las personas y ello integra un perjuicio, al menos de orden moral, que debió haber sido considerado y valorado, mas tal aspecto de la cuestión, que no deja de presentar cierto interés, al no haber sido planteado en su momento procesal oportuno, se nos presenta en este extraordinario recurso de casación, como cuestión nueva y por ello vedada de acceso al mismo, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Desestimados los cuatro motivos con los que se articula este primer recurso, procede declarar no haber lugar al mismo con imposición de las costas, que le sean propias, a la parte recurrente por preceptiva del artículo 1.715 de la Ley Procesal Civil.

El primero de los motivos del recurso planteado por la que fuera demandada en los Autos. Ensidesa, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de los artículos 533.1.º de la expresada Ley Procesal y 15 de la Ley 38/72 de 22 de diciembre, sobre la falta de jurisdicción de los Tribunales Civiles "para la imposición de medidas técnicas necesarias para que dejen de producirse los daños y perjuicios que se dicen ocasionados", por lo que en verdad resulta equivocado el cauce procesal elegido ya que lo debió ser el de la causa segunda del mencionado artículo 1.692, se especifica que la falta de jurisdicción lo es a los efectos de la imposición de aquellas medidas técnicas a que se hizo referencia por lo que parece centrarse en cuanto al pedimento segundo de la demanda, referente a la condena a la demandada a llevar a cabo las medidas que técnicamente sean necesarias para que dejen de producirse los daños y perjuicios litigiosos, así estimado en la recurrida sentencia, excepción ésta que al ser planteada en la contestación a la demanda fue desestimada en la sentencia de primera instancia, al entender el Juzgador que basándose la acción ejercitada en los artículos 1.902 y 1.908 del

Código Civil como acción de resarcimiento de daños y perjuicios debidos a culpa extracontractual, su conocimiento es propio de la jurisdicción civil y desestimación que confirma la sentencia recurrida, la que siguiendo doctrina de esta Sala señala como, cuanto se recoge en las disposiciones administrativas: Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, Ley sobre Protección Ambiental, Decreto de 6 de febrero de 1965 sobre adopción de medidas protectoras, se están refiriendo a estados generales de perturbación del medio ambiente con graves situaciones para la población situada en determinadas zonas que por su generalidad están contemplando intereses públicos, lo que no puede equipararse a la lesión patrimonial por inmisiones dañosas en propiedades determinadas, cuyos titulares demandan el pertinente resarcimiento y el consiguiente remedio a la actividad ocasionadora del menoscabo, cuestiones éstas que son de la exclusiva competencia de los Tribunales de orden civil, y es que en verdad importa evitarse o aclararse el equívoco de creer, tal como lo entiende el recurrente, que porque a la Administración y en relación a aquel interés público corresponda ordenar y controlar la adopción de medidas protectoras, se trata en todos sus aspectos de materia propia del Derecho administrativo y ciertamente que le interesa en aquellos aspectos generales, pero independientemente cuando afecta a derechos subjetivos privados pierde aquel carácter para entrar de plano en el campo propio del Derecho civil, artículo 590 del Código Civil y no menos 1.908 del propio Código, y que de incurrir en responsabilidad, se hará efectiva bajo el dictado de la legislación civil, sin olvidar que el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquéllos contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin a ambos aspectos competencia de la jurisdicción del orden civil y si esto es así, no cabe decir que el Juzgador haya infringido lo precitado en el artículo 533 de la Ley Procesal Civil y artículo 15 de la Ley 38/72, de 22 de diciembre, haciendo decaer el motivo.

El segundo de los motivos, bajo el amparo de la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se afirma que la recurrida sentencia falta a la congruencia al dar más de lo pedido por la parte actora en el particular relativo a los daños que se dice ocasionados por pérdidas en la producción lechera y por detrimento en el precio de venta del ganado, pues dichos conceptos el actor los valora, en el hecho cuarto de la demanda en 550.000 pesetas anuales, conforme al informe pericial que aporta como documento 14 y sin embargo la sentencia concede por los mismos conceptos, con fundamento en el informe pericial realizado para mejor proveer 542.500 pesetas, para el año 1981 y 723.000 pesetas para cada uno de los que van de 1982 a 1985 ambos inclusive, mas si se tiene en cuenta que lo que hace el actor en el hecho cuarto de la demanda es sacar una medida anual para después totalizarla en relación a los diez años, como período de tiempo al que se extiende la reclamación fijándola en 5.000.000 de pesetas por los conceptos que se señalan, mientras que la recurrida sentencia cuantifica los daños, conforme se hizo referencia al examinar los dos primeros motivos del recurso interpuesto por los actores, en 3.770.475 pesetas, importe al que condena a la demandada, y al ser inferior a la que se reclama por aquéllos, no cabe decir que la sentencia sea incongruente por dar más de lo pedido, siendo el motivo desestimado.

Los motivos cuarto y sexto, se amparan en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dice en el primero de ellos que se denuncia error en la apreciación de la prueba, basando el motivo en los documentos que obran en autos, que después se especificarán "por lo que se refiere a la apreciación y declaración en los fundamentos jurídicos de la recurrida de la existencia de relación de causalidad entre los daños que se dicen producidos y la conducta de mi representada en lo referente a las emisiones que se producen en las instalaciones de Hornos de Cal y Acería L-D-II", mientras se afirma en el último que "se postula la casación de la recurrida sentencia, por apreciación errónea de la prueba practicada basado en los siguientes documentos que demuestran la equivocación del Juzgador", relacionándose en efecto una serie de documentos: Informes, planos, documentos del 5 al 27 y del 36 al 49, certificaciones, particulares para hacer la declaración de que "las razones del presente motivo son las mismas que, por lo que se refiere a la relación de causalidad, se articulan en el motivo cuarto del presente recurso", en este orden es reiterada la doctrina de esta Sala sobre que el nexo o relación de causalidad es tema de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, y es que en realidad cuanto se refiere a la existencia del daño o perjuicio, como a la acción u omisión, son cuestiones fácticas a tratar por la vía procesal del número 4.º, mas el nexo o relación de causalidad queda como se indica al criterio de la Sala sentenciadora si bien y como precisa de un juicio o comparación de ideas para establecer la relación de causa o efecto, para lo que ha de acudir a las reglas del criterio humano que no son otras que las de la lógica y recta razón, y puede resultar tratable, en todo caso, por la más amplia vía del número quinto, por lo que al declarar la recurrida sentencia que "los demandantes prueban por medio de información testifical la existencia de unos daños realmente existentes en el Caserío El Cardoso, separada de terrenos de la factoría demandada por la carretera que conduce a Candás y en donde se hayan (*sic*) emplazados los Hornos de Cal y la Acería L-D-II, informando la Consejería del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente del Principado de Asturias, que las emisiones de los mencionados Hornos están por encima de los límites fijados, y aunque en los informes periciales existen evidentes contradicciones el del veterinario don Lucio Ignacio Carlegio Goñi, manteniendo la misma línea que los testigos, antes mencionados, uno también veterinario y el otro perito agrícola (que cuantifican los daños que atribuyen a las emisiones de partículas contaminantes por parte de Ensidesa), y asimismo el Ingeniero Técnico-Agrícola don José Antonio Alvarez Alonso, señala como la naturaleza química del polvo sedimentado evidencia que el mismo procede de los hornos de cal de Ensidesa y no de la acería, más próxima a la finca y no aprecia la existencia de otras instalaciones ajenas a dicha factoría a las que pudiera atribuirse, en todo o en parte la inmisión de los humos cuyos daños son objeto de reclamación", para terminar condenando a la empresa Ensidesa, a que abone a los actores la cantidad a la que se hizo anterior referencia, por lo que queda necesariamente sentado aquella relación de causa a efecto que la Sala sentenciadora aprecia y que no cabe decir sea ilógica o falta de razón, ambos motivos han de perecer.

El tercero de los motivos, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.968-2.º, 1.969 y 1.973 en relación con el 1.902 y 1.908 del Código Civil y doctrina legal contenida en las sentencias que se citan, se trata de combatir la declaración de la recurrida sentencia en cuanto se rechaza la excepción de prescripción acogida en la sentencia de primera instancia, en cuanto a los daños que tengan mayor antigüedad al año de presentación de la demanda, mas como la cuestión se

centra en la conclusión a la que llega el Juzgador *a quo* de que, cual sucede en la situación de la que se deriva la pretensión deducida en autos, de que la sucesión de actos, provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de actividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios, no puede decirse, mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico, que empieza a correr el plazo del año para la prescripción, al no resultar alterada tal situación, así contemplada en la recurrida sentencia, no puede decirse hayan sido infringidos los mencionados preceptos debiendo ser desestimado este tercer motivo.

El motivo quinto, último por examinar, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de artículos de tan diverso contenido como los 1.902 y 1.908-2.º en relación con el 1.101 y 1.104-1.º del Código Civil, los 1.214, 1.240, 1.242, 1.243 y 1.253 también del Código Civil y 633 y 659 de la Ley Procesal con lo que en verdad se produce con cierta confusión, a lo que contribuye el que se afirme que se apoya este motivo en las razones ya expuestas en el motivo anterior (motivo que por la vía del núm. 4.º se combatía la relación de causalidad) centrándose el motivo en la crítica de la prueba de reconocimiento judicial, pericial, de presunciones, mas no para poner de relieve algún error de Derecho, sino para valorarlas según su propio criterio, terminando con una referencia a la conducta de los actores a los que hace partícipes en la cadena causal determinando la aplicación de la doctrina sobre compensación de culpa y como nada de ello puede prosperar aquel particular criterio probatorio puesto que no cabe hacerlo prevalecer sobre el del Juzgador y la existencia de culpa en los actores y en su caso compensación por cuestión nueva determinan la desestimación de este último motivo.

R. de A.

**INTERPRETACION DEL CONTRATO. ACTOS PROPIOS (CUESTION NUEVA).
ERROR DE HECHO. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1989.)**

Contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca que, desestimando la demanda formulada por don Luis J. F. y estimando la reconvencción deducida por don Miguel B. B., condena al primero a pagar al segundo la cantidad de tres millones quinientas mil pesetas más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la reconvencción; el referido señor J. F. interpone este recurso de casación, que articula a través de dos motivos.

Por el primero de dichos motivos, con sede procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en Autos, que demuestran la equivocación de la Sala juzgadora, sin resultar contradiños por otros elementos probatorios", cuyo motivo ha de fenecer, porque la esencia institucional y teleológica del mismo radica en la cita del documento o documentos concretos y determinados que, por sí solos y sin necesidad de deducciones, ni de formulación de hipótesis, evidencien el error que se dice denunciar, cuya cita concreta no hace el recurrente, sino que con referencia indiscriminada a los diversos documentos privados y escrituras públicas obrantes en Autos, todos los cuales ya han sido valorados y tenidos en cuenta por la Sala de Instan-

cia, lo que, en realidad, pretende es que este Tribunal realice un nuevo proceso valorativo de la prueba, olvidando, por un lado, que la casación no es una tercera instancia, sino simplemente un recurso extraordinario encaminado a determinar si, dados unos hechos, es o no correcta la solución jurídica adoptada por los juzgadores de la instancia, y, por otro, que carecen de idoneidad para servir de soporte a este motivo aquellos documentos que, como ocurre en el presente caso, ya han sido apreciados y tenidos en cuenta por la Sala de apelación en su valoración conjunta de la prueba practicada, de la que, con criterio imparcial, objetivo y ponderado, que ha de prevalecer sobre el subjetivo, parcial e interesado que el recurrente trata de imponer a través de este motivo, ha alcanzado la conclusión de que de los tres documentos privados de fecha 6 de febrero de 1984 (uno de reconocimiento de deuda y dos de venta de solares), que no han sido desvirtuados por las posteriores escrituras públicas de venta, como luego se dirá al estudiar el motivo siguiente, y teniendo en cuenta los pagos que aparece probado realizó el señor B. B. al señor J. F., resulta que pagó más de tres millones quinientas mil pesetas, que son las que, con estimación de la reconvencción, la Sentencia recurrida condena al señor J. a que pague o devuelva al señor B..

No mejor suerte ha de corresponder al segundo y último motivo, articulado por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que el recurrente denuncia infracción "del artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil y doctrina legal que lo interpreta", pues al no plantear la cuestión debatida problema alguno de interpretación contractual, la Sentencia recurrida no ha tenido que realizar ninguna actividad exegética, por lo que no ha podido incidir en infracción del precepto que invoca el recurrente ni de ningún otro de los que regulan la expresada actividad, sino que partiendo de la incuestionada existencia de los tres ya citados documentos privados de fecha 6 de febrero de 1984, en uno de los cuales el señor B. B. reconoce adeudar al señor J. F. dos millones de pesetas y por medio de los otros dos el señor J. vende al señor B., respectivamente, los solares números 10 y 19, aunque luego éste fue sustituido, de mutuo acuerdo entre las partes por el solar número 9, de menor extensión éste en doscientos metros cuadrados que el inicialmente vendido por el precio de siete millones de pesetas el número 10, y de seis millones de pesetas el número 9, todo lo cual arroja un total de deuda del señor B. al señor J. de quince millones de pesetas, y considerando probado, como ya se ha dicho al examinar el motivo anterior, que el señor B. ha pagado al señor J. por los expresados conceptos dieciocho millones quinientas mil pesetas, la Sentencia recurrida, desestimando la demanda y estimando la reconvencción, condena al señor J. a que abone o devuelva al señor B. tres millones quinientas mil pesetas que éste había pagado de más a aquél por los referidos conceptos, sin que sea dable alegar o sostener ahora, como pretende hacer el recurrente por medio de este motivo, que los dos referidos solares no fueron vendidos por él al señor B. a través de dichos documentos privados, sino que lo han sido por otras personas a través de las escrituras públicas que obran unidas a los Autos, pues dicha extemporánea alegación, además de contravenir directa y frontalmente la doctrina de los actos propios, ya que el señor J. tiene reconocida expresamente en el proceso del que este recurso dimana (véase su escrito de contestación a la reconvencción y el resultado de su confesión judicial) la autenticidad y certeza de los citados documentos privados de venta, y además de suponer el intento de introducir por medio de este motivo una cuestión nueva no debatida en el proceso y, por tanto, rechazable en esta vía casacional, la misma no se corresponde con la realidad, pues aparece probada, como así lo declara la Sala de

Instancia, la certeza de tales ventas por el señor J. al señor B., por medio de los referidos documentos privados, si bien luego las escrituras públicas de venta, como tan frecuente es en la práctica para evitar los gastos de las transmisiones intermedias, fueron otorgadas, como vendedores, por quienes figuraban como titulares escriturados y registrales de los solares vendidos, como lo prueban los otros documentos privados, aportados por el propio recurrente señor J. a los Autos, por los que las personas de nacionalidad extranjera que inicialmente habían adquirido por documento privado dichos solares o parcelas, autorizan a EXTUMESA ("Explotaciones Turísticas Mediterráneas, S.A.") para que pueda otorgar escritura pública de venta de dichos solares "a favor de don Luis J.F. o persona o entidad jurídica que éste designe, manifestando que de dicho señor J. he sido reembolsado de todos mis derechos sobre el citado solar, estando totalmente saldado y liquidado" (folios 43 y 71 de los Autos).

R. de A.

CONTRATOS ATÍPICOS. "REFORMATIO IN PEIUS". INTERPRETACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1988.)

Se articula el recurso con cinco motivos en los que, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se expresa la causa, de los cinco enumerados en el artículo 1.692 de la propia Ley, en las que se amparan, pues aunque el recurrente en el encabezamiento del escrito de recurso cita el número 5 del expresado artículo 1.692, lo es, a su entender, en cuanto justifica la procedencia de su interposición, por lo que supliendo la Sala tal laguna es de especificar que los cuatro primeros lo son al amparo de la causa quinta y el último, por ser de orden procesal, lo debe ser al amparo de la causa tercera del precitado artículo 1.692 y en su razón de examen previo a sus anteriores.

Se denuncia en el quinto de los motivos "la infracción por inaplicación del principio general del Derecho procesal *non reformatio in peius*, que dice que la Sentencia recurrida ha reformado en perjuicio del recurrente, único apelante, la Sentencia apelada, ya que ésta establecía el derecho de Bindesa a recibir la indemnización económica por el simple hecho de la rescisión del contrato, mientras que la ahora recurrida limita y restringe tal derecho ya que la supedita a la justificación, con ejecución de Sentencia de la entrega por Bindesa de los elementos de juego que formaban parte de la Sala; entendía el Juzgador de Primera Instancia que "cumplido el plazo de los cinco años y llegado en su caso la resolución del contrato, se establece en la cláusula quinta un derecho a una compensación económica a favor de Bindesa, y así en el fallo se conceda a la actora al pago de la compensación por la cantidad que en su día se justifique"; apelada la Sentencia por la entidad demandada, Bingos de Sagunto, S.A. (Bindesa), y al no serlo por la actora Casino Recreativo y Cultural de Altos Hornos del Mediterráneo, es de ver si dicha condena es en efecto reformada en perjuicio de dicho único apelante; en la Sentencia de apelación, en el primero de sus fundamentos de Derecho se hace referencia a que al no formular apelación la parte actora y, consiguientemente, aquietarse con "la condena a indemnizar a Bingos de Sagunto, S.A. (en adelante, Bindesa) con la cantidad que se determine por las inversiones que esta realizó", recogiendo en el fallo: "Declarando firme por no impug-

nada la condena al Casino Recreativo y Cultural de Productores de Altos Hornos del Mediterráneo a pagar a Bingos de Sagunto, S.A., la indemnización a que se refiere el fundamento de Derecho sexto de esta Sentencia, y ello en los términos allí especificados"; fundamento sexto en el que se razona que esta condena a abonar a Bindesa la indemnización a que se refiere la cláusula 5.^a está en conexión con la obligación de Bindesa de entregar las instalaciones de juego propios de la sala, cuya indemnización lo sería con arreglo a los criterios de valoración fijados en la cláusula 5.^a; y si en verdad así planteado no parece sino que en efecto aquella condena es reformada en perjuicio del único apelante, es lo cierto que si se tiene en cuenta que la misma viene determinada por la cláusula 5.^a del contrato, era como razonado por el Juzgador de Primera Instancia, lo que hace el de apelación es aclararla al ponerla en relación con dicha cláusula, sin que por lo tanto pueda decirse que es reformada en perjuicio del apelante, pues lo que no cabe entender es que por el simple hecho de quedar resuelto el contrato correspondiere a Bindesa dicha indemnización, cual en efecto parece ser de la lectura del fallo de primera instancia, no obstante justificase en el correspondiente considerando que hay que conjuntarlo con dicho extremo del fallo, que "llegado, en su caso, la resolución del contrato se establece en la cláusula 5.^a su derecho a una compensación económica a favor de Bindesa, lo que, como igualmente se razona, es innegable que Bindesa ha hecho inversiones en la sala de bingo, que según lo pactado deben indemnizarse; y si esto es así no cabe entender que el Tribunal de apelación al ordenar en sentido en que debe ser tenida dicha condena haya perjudicado al apelante, que de otro modo se vería enriquecido injustamente; por lo que el motivo ha de ser desestimado.

El motivo primero denuncia la infracción, se dice, por aplicación indebida de los artículos 1.281, 1.282, 1.283, 1.284 y 1.285 del Código Civil en cuanto y en relación con la cláusula segunda del contrato, el Juzgador se ha atendido a su primer párrafo para deducir el estar sometido a un término final o resolutorio, prescindiendo de su párrafo segundo, con lo que infringe el artículo 1.285 del Código Civil, puesto que de éste se deduce que no es término contractual, sino una fecha señalada para que el Casino pueda optar por la gestión de la sala con sus propios medios; igualmente concreta otro por error interpretativo en relación con la cláusula quinta al entender que la indemnización económica no lo es por la resolución del contrato y cese de su gestión, sino como contraprestación debida por el Casino por las instalaciones propias de Bindesa; y aparte de que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia cuyo criterio ha de prevalecer en casación, salvo sea absurda o se infrinjan notoriamente algunas de las normas legales de hermenéutica contractual establecidas en nuestro Código Civil, si es racional ha de aceptarse, aun cuando cupiese alguna duda sobre su exactitud, y si por ello el motivo había de ser desestimado cabe añadir que como el propio recurrente reconoce respecto al primer párrafo de la cláusula segunda de sus propios términos no aparece otra cosa que llegado el plazo determinado en el contrato éste queda resuelto, mientras que en su segundo párrafo se establecen dos supuestos: el de que de seguir el juego en esta entidad, léase Casino, en arrendamiento, se otorga a Bindesa una opción preferente "a continuar con la llevanza de la gestión del juego del bingo en la misma, siempre y cuando iguale la mejor oferta formal que pudiera presentarse a esta Entidad", y la de que sea el mismo Casino el que lleva el juego del bingo con sus propios medios, supuestos ambos que presuponen la resolución del contrato, por lo que ante la claridad de los términos de uno y otro párrafo el Juzgador no infringió el artículo 1.285 del Código Civil único que se denuncia en

el desarrollo del motivo, no obstante aquella relación del enunciado del motivo; cabe decir otro tanto respecto de la cláusula quinta, porque si la indemnización que se reconoce para caso de que al finalizar el contrato otro empieza o la propia entidad se hiciere cargo del juego, lo es atención "a todo lo invertido según factura"; luego carecería de lógica el que si lo aportado no quedara en la sala de juego procediera tal indemnización por el simple hecho de la finalización del plazo determinado en el contrato, tal y como lo entiende el Juzgador en su haber interpretativo; por todo ello este primer motivo ha de ser desestimado.

El motivo segundo denuncia la infracción por aplicación errónea del artículo 1.100 del Código Civil en cuanto la Sentencia declara que la obligación de Bindsa de entregar las instalaciones del juego propias de la sala y la obligación del Casino de indemnizar a Bindsa por dichas instalaciones no son en efecto recíprocas, pero no de cumplimiento simultáneo; y si bien es cierto que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas deben llevarse a cabo de modo simultáneo, como en efecto se deduce no ya de su propia esencia, sino del apartado último del artículo 1.100 del Código Civil, así lo es, salvo que la Ley o el contrato mismo determine otra cosa; y como el Juzgador entiende, interpretando la cláusula quinta del contrato, que para que la compensación económica tenga lugar preciso se hace que "el Casino se haya hecho cargo de la llevanza del juego", no cabe decir se haya infringido dicho precepto; y como el tercero de los motivos, al denunciar la infracción del artículo 1.124 del Código Civil, pues parte de que la obligación de Bindsa de entregar al Casino unidad de empresa y negocio que significa la sala de bingo y la de éste de entregar a aquélla el importe de la compensación económica por cesar en su gestión son recíprocas "y por tanto de cumplimiento simultáneo, Bindsa estaba en su derecho de exigir el pago de la expresada indemnización", tampoco hay infracción del invocado precepto, por lo que ambos motivos han de ser desestimados.

El motivo cuarto, último por examinar, denuncia la infracción que se dice por inaplicación del artículo 1.255 del Código Civil, entendiendo el recurrente que no obstante establecer la recurrida Sentencia que el contrato de 7 de junio de 1979 es un contrato atípico, dado que el del Casino no se limita a arrendar la sala de juego, sino que también contrató con Bindsa la instalación de los elementos necesarios para el montaje de dicha sala, después desdobra el contrato atípico en dos: uno, de arrendamiento de local de negocio, y otro, de compraventa, de los elementos necesarios para el funcionamiento de la sala de bingo y conceder un derecho de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la no entrega del local", pero no por aquellos que traen causa de la no entrega de los anteriormente citados elementos para el juego; sabido es que el artículo 1.255 del Código Civil proclama el principio de la autonomía de la voluntad, con sus límites naturales: legal, moral, orden público; y así, dentro de estos límites pueden celebrarse contratos con las más diversa variedad, llegándose a los denominados atípicos, esto es, no regulados específicamente en el Código Civil, los que deben juzgarse por analogía de los tipos regulados más afines, lo que en cuanto a su interpretación y ejecución han de dar un amplio margen al arbitrio judicial, de tal modo que al entender el Juzgador de instancia, en relación al pedimento séptimo del suplico de la demanda: condenar a Bindsa al pago de los daños y perjuicios causados al actor con su actuación temeraria hasta la efectiva compensación de los derechos de éste; que esta condena genérica ha de ser matizada en el sentido de distinguir aquellos daños motivados por la entrega de locales, estimada procedente, mientras lo son improcedentes respecto a los derivados de aquellos elementos necesarios para gestionar directamente el juego; ni por ello se ataca

a la esencia del contrato en su condición de atípico, ni en principio al artículo 1.255 del Código Civil, aparte de ser éste un extremo que le es favorable al recurrente, por lo que en cierto modo no cabe entender dónde exista interés en el motivo; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

R. de A.

ALBACEA: CALCULO DE HONORARIOS. BASES DEL CALCULO. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1989.)

En el primer motivo del recurso se utiliza la vía del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC para denunciar un error en la apreciación de la prueba, que más adelante, en el desarrollo del motivo, se califica “de naturaleza puramente aritmética” y que tiene su base documental deductiva en los informes periciales. Conocida, y estrictamente respetada, es la doctrina de esta Sala que reserva a la exclusiva competencia de los Tribunales de Instancia la valoración de la prueba pericial como fundada en las reglas de la sana crítica, no sometidas a normas establecidas (art. 632 de la LEC); pero esto no impide poder subsanar ese criterio valorativo cuando notoria y palmariamente se aprecie una desviación en esas reglas ponderativas no constatadas, y en especial cuando, como en el presente caso, el error no está en la valoración probatoria que íntegramente se respeta, sino en la omisión de un dato o concepto que figura en el dictamen aceptado en la instancia. La parte demandante estima en su escrito inicial que el valor total, según tasación, del patrimonio hereditario asciende a la suma de 234.816.516 pesetas, de cuya cifra deduce 73.200.000 pesetas, que acepta como valor de los legados ordenados en el testamento y que estima no deben formar parte de los bienes cuya administración se le encomendó, resultando en definitiva un valor básico para fijar la retribución de 161.616.516 pesetas. La parte demandada impugna la señalada valoración de los bienes, y el Juzgado, para mejor proveer, encarga una nueva tasación de los mismos, que es aceptada y ponderada en la Sentencia, y que asciende a 209.534.346 pesetas, cantidad íntegra que al no deducirsele el valor de los legados es superior a la cantidad líquida fijada en la demanda, por lo que resulta obligado para el Juzgado aceptar el importe de los honorarios postulados, en aras de la obligada congruencia. El error simplemente ha consistido en no restar del importe global de los bienes hereditarios, fijado en el informe pericial acordado por el Juzgado, la cantidad, aceptada como acto propio por el demandante, en el concepto de deducible aprecio de los legados, con lo que aritméticamente quedaría establecido el valor básico para fijar la retribución que se reclama por el concepto de administración, base que debe fijarse en la suma de 136.334.436 pesetas. En el único sentido de entender reducida la cantidad de 16.161.551 pesetas que se fijó en la Sentencia recurrida, a la más correcta de 13.633.443 pesetas que ahora se rectifica, debe entenderse admitido este motivo primero.

Los motivos segundo y tercero plantean, por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley Procesal, una violación de los artículos 675 y 908 del Código Civil, en cuanto la parte entiende que la resolución recurrida ha interpretado torcidamente la voluntad de la testadora en el concreto punto de la fijación de las bases para el cálculo de las retribuciones señaladas a los administradores;

esta disposición testamentaria literalmente señala con la fuerza del artículo 1.096 de la LEC: "así como señalando una retribución por el encargo de administración, en cuantía del 10 por 100 del caudal administrado". Conviene dejar constatada la circunstancia de que en el testamento que nos ocupa la testadora encomienda en exclusiva a los Albaceas-Contadores-Partidores todas las operaciones, gestiones sucesorias y particionales de su herencia, dándoles las más amplias facultades posibles, con prohibición y sanción expresa de acudir a los Tribunales y constituyendo la administración de los bienes una de las innumerables facultades que la testadora les confiere, o si se prefiere, desbordando esta administración el campo que le es propio en aras de la confianza que la testadora en ellos deposita. La parte recurrente, no obstante el amplio esfuerzo que realiza, no logra desvirtuar o refutar el correcto proceso hermeneutico que se realiza en las dos Sentencias de Instancia (la de primer grado expresamente ratificada en la apelación), pues ya se entienda que la voluntad de la testadora fue recompensar todo el trabajo, esfuerzo, dedicación y confianza que su encargo representó para los demandantes, o incluso en el supuesto de ceñirse a la pura literalidad del término "cuantía... del caudal administrado", no es posible desconocer en esta vía casacional que en la Sentencia recurrida aparecen como hechos probados, no combatidos y por tanto intocables, la circunstancia de haberse extendido la función administradora de los Contadores a la totalidad de los bienes de la señora P. C., bienes de los que tomaran posesión a su fallecimiento, realizando respecto a los mismos toda clase de actos de gestión, hasta que, finalizado el plazo de seis años de actuación, rindieran cuentas y entregaran la administración; y no cabe ahora argumentar sobre "la renta bruta generada por los bienes administrados" o sobre "retribución en función del flujo de ingresos, rendimientos o utilidades", como se hace en el recurso, cuando en el testamento se fija simplemente "el 10 por 100 del caudal administrado". Por las razones expuestas, deben perecer estos dos motivos.

R. de A.

CONTRATO DE COMPRAVENTA: DE VINO, SIENDO COMPRADOR EL SEMPA, PARA ULTERIOR DESTILACION.—PRODUCTO DEFECTUOSO: GASTOS DE LA NUEVA DESTILACION.—JURISDICCION COMPETENTE.—CARGA DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1989).

La entidad demandada y aquí recurrente cooperativa del Campo y Caja Rural de Camporrobles contrató con el SEMPA, organismo oficial, la compraventa de dos partidas de vino, que como colaborador ofertaba al FORPA, en forma de alcohol destilado, fijándose como precio del vino ofertado en el que correspondiera a los litros de alcohol resultantes de su destilación, a razón de 144,67 pesetas litro de alcohol, en cuyo precio se hallaba incluido el correspondiente al transporte del vino hasta la fábrica alcoholera, el impuesto de tráfico de las empresas y los gastos de transformación del vino en alcohol, gastos los últimamente citados que habían de ser satisfechos por la cooperativa elaborada a la fábrica alcoholera que efectuara la operación de transformación al precio fijado administrativamente de 14,40 pesetas por litro de alcohol obtenido.

La cooperativa contrató, a su elección, la operación de transformación del

vino en alcohol con el aquí actor don Justo M. G., titular de una fábrica alcoholera radicada en Madrigueras (Albacete), fábrica a la que el servicio del SEMPA había concedido la condición de "Adherida" al efecto de poder llevar a cabo la transformación dicha en lo referente a las partidas de vino por el mismo adquiridas, limitándose las obligaciones de la fábrica alcoholera a las que se derivaban de la correcta ejecución de la obra que le había sido encomendada y entrega al SEMPA, por cuenta de la cooperativa, de los litros de alcohol resultantes en la cuantía fijada.

Efectuada en la fábrica alcoholera del señor M. G. la destilación del vino de la cooperativa, la entidad SEMPA se negó a recibir el alcohol resultante en razón a que no reunía las características adecuadas por contener cloropirrina, sustancia cuyo empleo estaba prohibido o no autorizada en el proceso de "elaboración del vino", lo que determinó que para eliminarla hubiera de procederse por la fábrica a una nueva destilación con el consiguiente gasto de la operación conllevó y perjuicio derivado de la merma de la cantidad de litros de alcohol primeramente obtenidos que la nueva operación originó. Por tales conceptos el actor reclama, como indemnización de daños y perjuicios, la suma de 4.985.969 pesetas, a cuyo pago, con rectificación de un pequeño error material, la sentencia de la Audiencia, revocando la dictada por el Juzgado, condena a la cooperativa, que interpone recurso de casación contra la misma, articulándolo a través de tres motivos que, en razón a su contenido, han de ser analizados por el orden consignado al formularlos.

En el primer motivo del recurso se aduce textualmente "Incompetencia del procedimiento, en base al artículo 1.692, número 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil", con lo que se refiere de manera indudable al amparo procesal que autoriza su formulación, lo que en manera alguna resulta de los alegatos que le sirven de fundamento, según los que el contrato que liga a las partes aquí litigantes es de naturaleza administrativa, por estar celebrado con la Administración, "tal como es el SEMPA", y tener como finalidad un servicio público cual es la comercialización por dicho organismo del vino en forma de alcohol, lo que determina tal y como reza el artículo 3.º de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia de la jurisdicción dicha. El motivo que erróneamente se deduce por la vía del ordinal 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser la adecuada para hacerlo la que ofrecía el número 1.º del propio artículo, ha de ser desestimado, por cuanto las relaciones jurídicas que mediaron entre los aquí litigantes o sea la contratación por la cooperativa demandada con el titular de la fábrica alcoholera, encomendando a éste la transformación del vino en alcohol, y pese a que el alcohol obtenido haya de ser entregado, por cuenta de la cooperativa, a un organismo oficial, tenía carácter privado, como lo demuestra el hecho de que el SEMPA paga a la cooperativa un precio por litro de alcohol resultante de la destilación del vino, pero que es a ésta a la que corresponde pagar, entre otros gastos, los originados por la transformación del vino en alcohol, operación de transformación que puede contratar con fábrica alcoholera de su elección a la que el SEMPA le haya concedido la condición de "adherida" y sin que ni la necesidad de ostentar dicha condición en relación a los alcoholes adquiridos por el organismo oficial, ni la de que el precio a pagar por el elaborador del vino al fabricante del alcohol esté normado en el caso concreto por disposición administrativa, tengan virtualidad suficiente para que una convención concertada entre particulares adquiera naturaleza administrativa y que las incidencias que en orden al cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, que no afecten en sus consecuencias al organismo

oficial, queden sometidas para su decisión a los organismos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce el segundo motivo del recurso, acusando a la sentencia de la Audiencia de haber incidido en error en la apreciación de la prueba, señalando al hilo de los alegatos que le sirven de desarrollo y como supuestamente demostrativos de tal error los documentos aportados con la demanda, contestación y en período probatorio, verificando una "interpretación" de su contenido para contraponerla a la que la Sala sentenciadora en la instancia extrae como consecuencia de lo que estima acreditado "por medio de las pruebas de documentos y testifical" según expresa en el segundo de sus fundamentos de derecho, tratando de "fijar" como hecho cierto a los efectos de la resolución del recurso el que vendría determinado por la circunstancia de que el vino entregado por la cooperativa a la fábrica alcoholera para su transformación en alcohol no contenía "cloropicrina" y era apto para el consumo según acreditaban los dos certificados de análisis químico practicado a las correspondientes muestras en la Estación de Viticultura y Enológica de Requena, razón por la que la existencia del producto dicho en los 621.578 litros de alcohol producidos en la alcoholera, entre los que estaban comprendidos los 226.738 que procedían de la destilación del vino entregado por la Cooperativa demandada, no había sido debida a causa que procediera del vino elaborado por ésta. El motivo ha de ser desestimado por cuanto y aun prescindiendo de que lo que se pretende con el mismo es mediante una crítica general de la apreciación probatoria que la Sala de apelación verifica, convertir la casación en una tercera instancia como resulta de la simpla lectura de los extensos alegatos que sirven de desarrollo al motivo, la realidad es, como pone de relieve la sentencia en el quinto de sus fundamentos de derecho, que en los Autos fue probado documentalmente que cuando la Estación Enológica de Requena efectuó el análisis de las muestras del vino ofertado por la cooperativa al SEMPA "no contaba con los medios técnicos necesarios para detectar la llamada cloropicrina en el análisis de las muestras de vino y alcoholes que los elaboradores y fabricantes le sometían", como así lo certifica el jefe del laboratorio de la meritada Estación, y como por demás existen otras pruebas que acreditan que muestras extraídas de vinos procedentes de la cooperativa y entregado a la fábrica alcoholera acusaron al ser analizadas la existencia de cloropicrina, no puede menos de concluirse que, en primer lugar, al fundamentar el motivo no se cumple la exigencia de la norma que lo autoriza de que los documentos que le sirven de apoyo "no resulten contradichos por otros elementos probatorios" y, en segundo lugar, la de que demuestran por sí, sin necesidad de deducciones o hipótesis, la equivocación del Juzgador al valorar las pruebas, o sea que estén adornados de la cualidad de literosuficientes al efecto de demostrar lo que el recurrente pretende, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala.

En el tercer motivo del recurso, con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aduce la infracción por la sentencia impugnada del artículo 1.214 del Código Civil; de los artículos 336 y 342 del Código de Comercio y del 1.490 del Código Civil y, por último, de los artículos "1.558 y siguientes del Código Civil". Prescindiendo de la incorrecta formulación del motivo en cuanto acusa la vulneración de preceptos legales de distinta índole y por causas diversas, lo que hubiera requerido articular por separado dos motivos, la realidad es que los alegatos que le sirven de desarrollo no justifican que la resolución impugnada infringiera la normativa legal que en

el mismo se cita habida cuenta de que: a) no invirtió el principio de la carga de la prueba que el artículo 1.214 del Código Civil consagra, atribuyendo a la entidad recurrente la obligación de acreditar lo que no le correspondía, y si por el contrario verificó una apreciación de la practicada a instancia de ambas partes, apreciación que, en principio, incluso puede resultar desfavorable para la parte que propuso la prueba, sin que de ser así ello signifique vulneración de la norma dicha, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, y b) la calificación de las relaciones jurídicas que mediaron entre las partes como arrendamiento de obra que la sentencia recurrida establece en el tercero de sus fundamentos de derecho, ha de estimarse acertada, según, además, resulta de lo consignado en el segundo de los fundamentos de derecho de esta resolución, lo que conlleva que la aplicación en lo pertinente de la preceptiva contenida en los artículos 1.558 y siguientes del Código Civil relativos al arrendamiento de obras no fuera impertinente y, por ende, la imposibilidad de subsumir los hechos enjuiciados en lo dispuesto en el artículo 1.490 del propio Código y 336 y 342 del Código de Comercio. En definitiva y por tanto lo expuesto procede la desestimación del motivo.

R. de A.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—RESCISION POR FRAUDE.—CARACTER SUBSIDIARIO DE LA RESCISION. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989.)

Promovida por el Banco Industrial del Mediterráneo ante el Juzgado de 1.^a Instancia, número 3, de Sevilla demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don José Felipe C. M. y doña Rosa María P. S., sobre rescisión de capitulaciones matrimoniales y otros extremos, con fecha 6 de febrero de 1987 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 15 de enero de 1985, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que el único requisito exigido por la jurisprudencia que el Juez entiende incumplido y que impide que prospere la acción rescisoria ejercitada es el relativo a no haberse probado en Autos la inexistencia de bienes suficientes, con exclusión del inmueble contra el que se dirige el procedimiento, para hacer trabas sobre ellos, en orden al cumplimiento del crédito contraído con el Banco; B) Que si es cierto que ni la entrega de metálico al marido demandado ni su situación de funcionario en activo como comandante del Ejército del Aire se acreditan con suficiencia por la esposa demanda, no lo es menos que quien tiene que probar la existencia de bienes no es el Banco acreedor, ya que, según la teoría de la carga de la prueba en el proceso civil, la carga de probar un hecho subjetivo no puede en modo alguno determinar efectos perjudiciales para quien no tiene la carga de soportarlos.

El primero de los motivos del recurso se ampara en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, alegando la existencia de algunos documentos, que designa, como un poder otorgado por el demandado don José Felipe C. M., un pase otorgado por la base aérea en la que se afirma prestaba el

mismo sus servicios como capitán, y expedido en favor de su esposa; una cartilla de la Seguridad Social de las Fuerzas Aéreas, y, finalmente la sentencia de separación, de todos los cuales se pretende obtener la evidencia de que el aludido demandado tiene el carácter de militar en activo, motivo que, sin embargo debe ser desestimado por la obvia razón de que ninguno de los documentos designados figura en Autos, ni original ni por testimonio, por lo que, en modo alguno, puede deducirse nada de ellos, quedando ayuno de prueba el hecho que la recurrente pretende hallarse acreditado, en contradicción con lo afirmado por la resolución recurrida, que, atribuyendo a los demandados la carga de la prueba de la existencia de otros bienes con los cuales pudiera obtenerse el cobro del crédito que ostenta la actora, concluye la inexistencia de material probatorio suficiente que lleve a la convicción de tal existencia de tales bienes.

Mejor fortuna merecerá sin embargo el motivo segundo en el que, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de los artículos 1.291-3, 1.294, 1.281 y 1.289, así como 1.261, y 71, todos ellos del Código Civil, motivo que habrá de ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera: Que exigiendo el artículo 1.291 del Código Civil en su número 3 para que pueda decretarse la rescisión de un contrato en fraude de acreedores que éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba, la jurisprudencia de esta Sala dictada en interpretación de tal precepto tiene declarado que la acción rescisoria es siempre subsidiaria y sólo puede ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro medio o recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (S. de 14 de febrero de 1963), conclusión que, por lo demás, no hace sino confirmar el tenor literal del precepto del artículo 1.284 del Código Civil que expresamente reconoce el carácter subsidiario de la acción revisoria, la que, según dice, "no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio"; Segunda: Que en el supuesto que nos ocupa, habiéndose dirigido la acción con la finalidad de rescindir un contrato de capitulaciones matrimoniales en el que se acordó la adjudicación de un inmueble que tenía carácter ganancial a la esposa del demandado, que es la que hoy recurre, no tuvo en cuenta la actora que, como paradójicamente reconoce la resolución recurrida, aunque sin obtener de ello la conclusión obligada, es reiterada doctrina de esta Sala la de que la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, como consecuencia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas vigente matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, pues si mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con bienes que se le hubiesen adjudicado, toda vez que existe una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados; Tercera: Que, como consecuencia de ello, ha de subrayarse que la actora disponía, con carácter previo al ejercicio de la presente acción rescisoria, de otro recurso legal: el de dirigir su acción ordinaria contra los demandados, en la seguridad de que la masa de bienes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuviesen después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída, máxime cuando no consta, ni aún ha sido alegado en momento alguno por la actora que tal crédito no recayese sobre la sociedad de gananciales, y al no haberlo hecho así, se ha incumplido la exigencia de la subsidiariedad de la acción revisoria, que imponen los artículos 1.291-3 y 1.294 del Código Civil, que han sido infringidos, lo que conduce a la estimación de este segundo motivo y consiguiente casación de la

sentencia, habiendo de confirmarse la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia en la que se desestimó la demanda y absolvió a los demandados.

R. de A.

CONTRATO DE OBRA.—VICIOS EN LA CONSTRUCCION.—FALTA DE ESTUDIO GEOLOGICO.—CUESTION NUEVA.—OBRAS NO PACTADAS PERO CONOCIDAS POR EL DUEÑO.—COMPENSACION DE CULPAS.—DETERMINACION DE LOS DAÑOS (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989.)

El primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que el recurrente don Juan E. O. fundamenta, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo que la sentencia recurrida infringe, por inaplicación, siendo aplicable en su criterio el artículo 1.591 en relación con el artículo 4.1, del Código Civil y las sentencias de este Tribunal de 9 de mayo y 30 de septiembre de 1983 y 5 de marzo de 1984, tiende, cual su desarrollo revela, a que se reconozca en el juicio de que se trata causa excepcional, por apreciación de litis-consorcio pasivo, al no haber sido demandada la entidad "Empresa Ingeniería Hidráulica, Obras y Proyectos, S.A.", en anagrama "INHOP", que confeccionó el proyecto, planos y memoria, con los demás documentos necesarios a los cuales habría de adaptarse la actividad de la construcción de las obras de asentamiento de las instalaciones de machaqueo que constituyen el fondo del asunto del pleito de que se trata, lo que es de rechazar, porque, como certeramente reconoce la resolución impugnada, en el II de sus fundamentos jurídicos, si ciertamente el mencionado proyecto fue realizado por la referida entidad, también lo es que en él expresamente se prevenía, en su pliego de condiciones, que la dirección de las obras habría de recaer sobre un técnico superior con titulación de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sin establecer en manera alguna que asumía esa actividad directora, ni tan siquiera quién había de ser designado al respecto, y como quiera que las obras cuestionadas fueron llevadas a cabo sin respetar las personas a quien el citado Proyecto venía destinado, claro es que para decidir las cuestiones objeto de controversia no se precisa la traída al proceso entablado a la meritada entidad "Empresa Ingeniería Hidráulica Obras y Proyectos, S.A.", en anagrama "INHOP", dado que su actividad vino limitada a la confección del referido proyecto que le había sido encomendado, y no a realizar, cual el recurrente alega, un estudio previo del suelo, ni comprobar si la obra de que se trata fue llevada a cabo en el lugar considerado en su trabajo realizado, por ser estos aspectos que no le incumbían al corresponder comprobarlo al técnico superior con titulación de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos expresamente prevenido en el invocado pliego de condiciones y del que se prescindió tanto por el promotor de la obra demandado como por el contratista demandante.

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, que el mencionado recurrente don Juan E. O. formula, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendida interpretación errónea del artículo 1.214, en relación con los artículos 1.091, 1.225, 1.256 y 1.278 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa de ellos que se cita, por entender que la partida de excavaciones en cualquier clase de terreno que aparece en la invocada memoria y mediciones que forman parte del contrato en

cuestión se incluyen con duplicidad en la sentencia recurrida, al comprenderse también tal concepto de excavaciones en la demanda inicial como obra realizada al margen del presupuesto general de la misma, pues aun prescindiendo de que el problema referente a la interpretación de preceptos sustantivos como los expresados no tiene su cauce o vía reguladora por el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civiles, sino por el número 5.º del mismo precepto, y considerando también que la cuestión alegada en este motivo no ha sido formalmente planteada en el curso del juicio de que se trata, al no haberse hecho referencia a ella expresamente en los escritos rectores del proceso, y concretamente en los de contestación a la demanda y reconvención formulada por el peticionado don Juan E. O., por lo que tiene la consideración de cuestión nueva de improcedente planteamiento en casación, al significar vulneración de los principios de audiencia bilateral y congruencia, al tratar de resolver sobre cuestión que no ha sido adecuadamente conocida por la parte contraria impidiéndole articular la prueba que estimase correspondiente, suponiendo indefensión de la entidad demandante, ahora recurrente, que iría en contra del tenor literal del artículo 24 de la Constitución Española, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras y como más recientes, de 10 de junio de 1985, 28 de enero, 16 de mayo y 27 de noviembre de 1986 y 14 de diciembre de 1987, es asimismo de tener en cuenta que la resolución impugnada en contra de lo alegado por el tan recurrido recurrente, ninguna referencia concreta hace al abono de cantidades afectantes al concepto de excavaciones, sino simplemente a cantidad global, fijada en definitiva en la suma de trece millones novecientas cincuenta y ocho mil seiscientos sesenta y seis pesetas, resultante de deducir de las obras cuestionadas al precio pagado por las tareas verificadas por la empresa "Geotécnica" y la mitad del valor del perjuicio apreciado producido al referido demandado, ahora recurrente, como consecuencia de las obras cuestionadas; aparte que aunque se pretendiese incardinar el motivo que se examina en error en la apreciación de la prueba a que se contrae el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se ampara el recurrente al formulario, siempre decaería al no hacerse cita en él de documento adecuado al respecto demostrativo de la equivocación del Juzgador, cual exige dicho precepto y el párrafo segundo del artículo 1.701 del meritado ordenamiento procesal civil.

Tampoco es de acoger el motivo tercero, que, con amparo en el número 5.º del referido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se trata de fundamentar en infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.593 del Código Civil e infracción de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de 7 de diciembre de 1959, 8 de febrero de 1960 y 4 de abril de 1981, toda vez que si, como el recurrente pone de manifiesto, tal precepto sanciona que para poder aumentar el precio de una obra encargada al contratista a precio alzado, con relación al correspondiente plano, se requiere la autorización del propietario, este supuesto posibilitador de incremento se da en el presente caso, al afirmar terminantemente la Sala sentenciadora de instancia, en el II de sus fundamentos jurídicos, estableciéndolo como presupuesto fáctico, vinculante en casación al quedar incólume en ella por no haber sido desvirtuado, ni intentado hacerlo, por el cauce o vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que "si bien se introdujo un considerable incremento en su composición" sobre lo proyectado —refiérese a la obra objeto de controversia— fue "con el consentimiento del demandado, que de modo permanente estuvo al tanto de la construcción e intervino activamente en ella"; y si a tal fin sean de considerar apreciaciones que con apoyo en aspectos de prueba aportados al proceso hace el tan

mencionado recurrente, para llegar a entender que tal consentimiento no se ha producido, ya que con ello lo que intenta es hacer una nueva valoración de la prueba en casación, emanante de sus apreciaciones subjetivas sobre ella en tendencia a desvirtuar la objetiva efectuada por el Tribunal *a quo*, con evidente olvido de que, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponente, entre otras y como más recientes, las Sentencias de 9 de abril de 1984, 12 de abril de 1985, 24 de febrero de 1986 y 30 de junio de 1987, el objeto del recurso de casación viene determinado por apreciar si dados unos hechos, que han quedado incólumes, se dan también unas determinadas consecuencias jurídicas, al no ser aquel recurso una tercera instancia, no posibilitando, en consecuencia, el desvirtuar la apreciación probatoria hecha por el órgano jurisdiccional de instancia, con base en lo que aprecia el recurrente.

En trance de pronunciarse sobre los motivos cuarto, quinto y sexto, formulados los tres al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y respectivamente por inaplicación del artículo 1.101 del Código Civil y sentencias que lo interpretan que se cita, infracción, también por inaplicación, del contenido del artículo 1.106 del mismo Cuerpo legal sustantivo, así como jurisprudencia enunciada, e infracción, igualmente por aducida inaplicación, del artículo 1.106 del mencionado Código y la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de que se hace relación, es de tener en cuenta que la sentencia recurrida, en su II fundamento jurídico, tratando de indemnización de daños y perjuicios solicitada a medio de reconvencción, por el demandado-reconviniente, ahora recurrente, don Juan E. O., como consecuencia de las obras realizadas por la entidad demandada-reconvenida "Construcciones Murias, S.A.", establece como hechos que han quedado incólumes en casación, y por tanto son vinculantes en tal extraordinario recurso, al no haber sido desvirtuados, ni tan siquiera pretendido, con apoyo en errónea apreciación de la prueba que autoriza el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las deficiencias apreciadas en dichas obras, cuando se encontraban prácticamente concluidas, determinantes de síntomas que hacían prever la carencia de estabilidad de las mismas y que dieron origen a la intervención de la entidad "Geotécnica" para consolidarlas en evitación del peligro observado, "se debió a que no fue realizado un estudio geotécnico previo al emplazamiento, que se llevó a cabo en una vaguada cuando estaba previsto que se hiciera en una ladera según el proyecto inicial, así como a la falta de realización de un orden longitudinal, también proyectado, que dio lugar a la formación de bolsones de agua que motivó desplazamientos y asentamientos, y a la falta de control de las aguas del manantial situado a la cabeza de la explotación, mientras que las excavaciones no fueron realizadas con las precauciones que una ubicación tan precaria exigía", "lo que en definitiva se hubiese evitado si al frente de la dirección de las obras se hubiese colocado a un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, como el proyecto indica —folio 404—, prescripción que no fue respetada", creando "un supuesto de culpa compartida por las dos partes del contrato, cuyas consecuencias deben ser soportadas por cada una de ellas por partes iguales, de acuerdo con la facultad moderadora que ofrece el inciso último del artículo 1.103, "pues que la sociedad constructora, conocedora de las reglas más elementales que deben guiar sus actuaciones, en modo alguno debió aceptar el comienzo y ejecución de las obras sin la presencia del Ingeniero que el proyecto indicaba, y no debió tampoco adaptar los estudios realizados en el tan citado Proyecto para un determinado lugar de ubicación de la planta a otro distinto", y "a su vez el dueño de la obra debió proporcionar un director para la misma siguiendo las adverten-

cias del proyecto, y en todo caso así era necesario que lo hiciera si deseara modificar el punto de emplazamiento", creándose con todo ello "la acción negligente y concertada de los dos litigantes", que "generó la inestabilidad de la planta y exigió las medidas correctoras expuestas".

Las apreciaciones fácticas expuestas en el precedente fundamento de derecho conducen a la desestimación de los relacionados motivos cuarto, quinto y sexto, puesto que la sentencia recurrida, en contra de lo apreciado por el recurrente don Juan E. O., en modo alguno infringe, por dejarlos de aplicar, los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil, sino que, por el contrario, hace aplicación de ellos al reconocer indemnización por daños y perjuicios a cargo de la entidad demandante-reconvenida "Construcciones Murias, S.A." y en favor del demandado-reconviniente don Juan E. O., con relación al perjuicio que la Sala sentenciadora estima sufrido por el segundo, si bien con limitación cuantitativa por apreciar haber quedado absolutamente falto de prueba de determinados pagos y beneficios dejados de obtener como consecuencia de la imposibilidad de cumplir determinados contratos de suministro de material, y reducirse ese aspecto indemnizatorio al precio pagado por las tareas verificadas por la empresa "Geotécnica" y proporcionada al módulo de una mitad por estimar el referido Tribunal *a quo* que la responsabilidad generante de dichos perjuicios emana de culpa compartida entre la tan citada entidad demandante "Construcciones Murias, S.A." y el demandado don Juan E. O., quedando en consecuencia la base fundamentadora de los expresados motivos cuarto, quinto y sexto en meras apreciaciones valorativas de la prueba practica tratando de desvirtuar con ellas la llevada a cabo por la Sala Sentenciadora de instancia, lo que, como queda indicado en el precedente fundamento de Derecho tercero, no es procedente efectuar en casación, toda vez que el hacerlo significaría convertirlo, de forma improcedente, en una tercera instancia.

R. de A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCION DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL.—COMPRAVENTA Y PROMESA DE COMPRAR Y VENDER.
(SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1988.)

Procede desestimar los tres primeros motivos en que fundamenta el recurrente don José Roque H.S., el recurso de casación de que se trata, y que ampara en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error en la apreciación de la prueba por la Sala sentenciadora de instancia, tratando de deducirlo dicho recurrente, respectivamente, de la carta del día 27 de junio de 1984 dirigida por el Letrado de aquél al señor T., que obra al folio 11, ofrecimiento de la señal de 250.000 pesetas de requerimiento notarial, obrante al folio 12 de los autos, y documento número 16 de los mismos autos, de requerimiento al demandado para que otorgara las escrituras públicas y cumpliera lo pactado en el documento de compraventa de que se hace mención, porque los referidos documentos lo único que ponen de manifiesto es simplemente lo que expresan, es decir, que en 27 de julio de 1984 quien se designaba actuar en nombre del mencionado demandante, ahora recurrente, consideraba vigente el contrato en cuestión, así como que quien se designó apoderado del demandado, ahora recurrido, dispuso en 10 de agosto de 1984 notificar y requerir al expresado demandante, cual fue efectuado, para que de conformidad con lo prevenido en los artículos 1.124, 1.504 y concordantes del Código Civil, y ante el incumpli-

miento por parte del requerido de las obligaciones asumidas en el contrato de 20 de marzo de 1975 —objeto de la controversia entablada—, lo considera resuelto y terminado, con el ofrecimiento de devolución de la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas, en su día entregadas en concepto de arras, toda vez que no era desecho del aludido demandado hacer uso del derecho que decía tener de retener dicha suma, y que mediante requerimiento instado el 30 de agosto de 1984 por don Luis B.M., alegando carácter de mandatario verbal del meritado demandante, se expresaba el deseo de éste de que, en el plazo de veinte días, le fuese otorgada escritura pública del solar a que se hacer referencia, de acuerdo con el contrato que en 20 de marzo de 1975 había convenido con el demandado, todo lo cual en manera alguna es eficiente para desvirtuar, en el aspecto probatorio, las apreciaciones fácticas contenidas en la sentencia recurrida de que don José Roque H.S., después de solicitar aplazamiento al 1 de julio de 1975 para cumplir su obligación esencial de pagar el precio, no efectuó posteriormente acto alguno ni manifestó voluntad de cumplimiento del contrato en cuestión hasta después de ser notificado notarialmente el demandado que daba por resuelto el contrato, ni desvanece el aserto, que también contiene la referida sentencia recurrida, de no ofrecimiento, ni menos consignación del precio que conforme al contrato se había obligado el tan citado demandante a pagar casi diez años antes, con revelación en consecuencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

La no acogida de los examinados motivos primero, segundo y tercero conduce a igual solución en cuanto al cuarto, formulado, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción de los artículos 1.451 del Código Civil y 343 del Código de Comercio, y jurisprudencia que se cita, puesto que, aparte la contradicción que supone el ampararse en preceptos referentes uno a la promesa de vender o comprar —art. 1.451 CC— y otra al contrato de compraventa mercantil —art. 343 CCom— cuando se trata de una relación jurídica de naturaleza civil, así como el apoyar dicho motivo en promesa de venta y compra cuando el recurrente lo vino considerando como compraventa en la fundamentación de la demanda ejercitada y que determinó el juicio de que se trata, es lo cierto que, en todo caso, la aplicación tanto de tales preceptos como la doctrina jurisprudencial, a que se alude en el mencionado motivo cuarto, ahora examinado, parte del supuesto de existencia de un contrato con vida actual, y por tanto no tienen adecuada aplicación cuando, como en el presente caso ocurre, ha perdido virtualidad por haberse producido su resolución con fundamento en incumplimiento por parte del precitado demandante determinante de sanción resolutoria formulada por el demandado al amparo del genérico artículo 1.124 y del específico 1.504, ambos del Código Civil

R. de A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD.—PLAZO PARA EMITIR EL LAUDO (COMPUTO).—NEGATIVA DE UN ARBITRO A FIRMAR EL LAUDO.—NO RESOLUCIÓN DE CUESTION SOMETIDA A ARBITRAJE. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1989.)

Un orden lógico exige examinar el segundo de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata en prioridad con relación a los demás formulados, puesto que si fuese admisible, y en consecuencia se estimase, como en

dicho primer motivo se fundamenta, que el laudo de equidad en cuestión fue emitido fuera del plazo fijado, claro es que conduciría a la casación de aquel cualquiera que fueran las consecuencias que hubieran de producir en cuanto a los motivos primero, tercero, cuarto y quinto.

Establecido en la correspondiente escritura de compromiso que el laudo de que se trata habría de dictarse en el plazo de dos meses naturales a contar desde el día 5 de marzo de 1987, o, en su caso, desde la fecha de aceptación del último de los árbitros designados, unido a que ésta última aceptación se produjo el 10 del referido mes de mayo siguiente conduce a la acogida del indicado primer motivo en que se apoya el recurso de nulidad interpuesto por la "Sociedad Cooperativa Limitada Residencial Rey Alfonso", que ésta, al amparo del número 2.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta en entender que los árbitros han dictado el mencionado laudo fuera del plazo señalado en el compromiso, con infracción del número 4.º del artículo 17 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, en relación con el artículo 5 del Código Civil, porque, como ya he tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencia de 24 de septiembre de 1984, por ser el plazo fijado en arbitraje de equidad para la emisión del correspondiente laudo de naturaleza sustantiva, y no procesal, al no tener su origen o punto de partida en una situación de esa naturaleza, sino la voluntad de los compromitentes, y en su caso, en la aceptación del árbitro conforme el artículo 24 de la precitada Ley de 22 de diciembre de 1953, ha de aplicársele, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.4 de la misma Ley lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil, o sea, por tratarse de meses, computando de fecha a fecha, sin inclusión de los días inhábiles, con lo que en el supuesto contemplado su vencimiento se produjo el 10 de mayo de 1987, y por ello la emisión del tan repetido laudo ya transcurrido el período de tiempo concedido por haberlo sido al día siguiente del indicado vencimiento, careciendo en consecuencia de eficacia, puesto que tratándose de un plazo determinante de preclusión lo actuado después de transcurrido carece de valor legal.

La acogida del examinado motivo segundo ya hace innecesario el pronunciamiento sobre los primero, tercero, cuarto y quinto, pero, en todo caso, su consideración también conduciría a la carencia de eficacia del referido laudo, dado que, de una parte, si ciertamente no sería de estimar el motivo primero, formulado, al amparo del número primero del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada violación del artículo 12, en relación los 21 y 22 y último párrafo del 29 de la tan mencionada Ley de 22 de diciembre de 1953, puesto que, en contra de lo apreciado por el recurrente, la emisión del laudo en cuestión fue llevada a cabo no solamente por dos de los árbitros designados —don Julián G. C. y don José A. G.— sino también por el tercero también designado —don Julio B. S.— dado que aunque aparecían firmándolo los dos primeros, sin embargo fue emitido por los tres, por mayoría determinada por el voto conforme de dichos don Julián G. C. y don José A. G. y disconformidad con éstos del referido don Julio B. S., como lo revela la siguiente circunstancia de que los tres hayan acudido el 11 de mayo de 1987, en el que el laudo fue dictado ante el Notario de Zamora don José María Labernia Cabeza, a fines de protocolización del laudo cuestionado, poniendo de manifiesto que fue dictado por los tres, si bien no lo suscribió el meritado árbitro don Julio B. S., pues una cosa es no conformidad con lo acordado, por mayoría, por dos de los tres árbitros designados, y otra negativa a firmar el resultado de tal acuerdo mayoritario, pues el no entenderlo así llevaría al absurdo de apreciar que se pudiese dejar de dar cumplimiento al arbitraje encomendado, después de la decisión de los árbitros, por

el simple hecho de que uno de ellos se negase a firmar el acuerdo resultante; de otra parte, serían de acoger los motivos tercero, cuarto y quinto, respectivamente formulados los dos primeros al amparo del número 4.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el tercero al del número 3.º del mismo precepto, por infracción, también respectivamente, del segundo párrafo del artículo 29 de la repetida Ley de 22 de diciembre de 1983, porque, bajo un aspecto, no constando en el laudo de que se viene haciendo mención que se hubiese dado por los árbitros o las partes la oportunidad de ser oídas, limitándose a la emisión de aquél "atendiendo a la literatura (*sic*) del Acta Notarial", o sea en la encomienda del arbitraje, como tampoco se le concediese a las partes oportunidad de presentar las pruebas que estimasen necesarias, sino simplemente requiriéndolas, dentro del plazo de dos días que se les concedió, para la aportación de determinados documentos, es claramente significativo de que los árbitros no han dado adecuado cumplimiento a lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 29 de la indicada Ley de 22 de diciembre de 1953, comprensiva de las normas reguladoras del arbitraje de derecho privado, que impone el dar los árbitros a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimasen necesarias, y que incumplidas generan indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución Española, y bajo otro aspecto siendo una de las cuestiones encomendadas a decidir por los árbitros que si como consecuencia de acordar "la razón o sin razón de las resoluciones contractuales" acordadas por la "Sociedad Cooperativa Limitada Rey Alfonso" —decidiéndolo el laudo en el sentido de "sin razón de tales resoluciones contractuales"— "si alguna de las partes tiene que indemnizar a la otra o ambas entre sí, en su caso, y en qué cuantía; debiendo señalar en este supuesto el plazo concreto dentro del cual tal indemnización habrá de ser satisfecha", claro es que al decidir los árbitros que las indemnizaciones a realizar el contrato, con asignación de cantidad de 3.779.600 pesetas, sería "en cantidad a pactar en mutua resolución ante Notario o reclamada judicialmente por la contrata en atención al beneficio industrial devengado de los derechos recogidos en contrato y gastos originados a la contrata", estableciendo que "no arbitramos sobre esta cantidad que se pueden reclamar por indemnizaciones en completa libertad para que puedan reclamarlas como juzguen pertinente", indudablemente que en el laudo de que se trata han omitido los árbitros que lo dictaron cumplimentar el encargo encomendado, pues que no han fijado en aquél la exacta cuantía a indemnizar —como establecía el compromiso correspondiente, incidiendo en consecuencia en la causa de nulidad en tal extremo a tenor de lo prevenido en el número 3.º del artículo 1.773, en relación con el 1.736, de la LEC.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (NO EXISTE).—RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS VARIOS CAUSANTES DEL DAÑO.—"CULPA IN VIGILANDO". (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1988).

La sentencia recurrida, confirmando la apelada dictada en primera instancia, condena al demandado, actual recurrente, don Luciano S. F. a indemnizar a los demandantes en la cantidad de seis millones de pesetas, en concepto de daños y perjuicios a consecuencia del fallecimiento de su hijo don Antonio R. F. Los

hechos que sirvieron de base a dicha sentencia para su fallo condenatorio fueron esencialmente los siguientes: a) El citado fallecimiento ocurrió en día 21 de agosto de 1984, al manipular la víctima un cable de alta tensión, que no había sido desconectado previamente, cuando se hallaba realizando trabajos de desmontaje de una pista de coches de choque, denominada "Auto-Sport", propiedad del ahora recurrente, y que con motivo de las fiestas patronales se encontraba allí instalada. b) La instalación eléctrica había sido verificada por la entidad Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. c) El demandado recurrente no adoptó las medidas necesarias para evitar el accidente, ya que encargó a la víctima y demás empleados las labores de desmontaje de la pista, sin antes haber avisado a la sociedad eléctrica para que procediese al desenganche de la red, y no sólo eso, sino que además se ausentó del lugar a otros quehaceres cuando la víctima realizaba la labor encargada. d) Por tanto, el fallecido manipuló el cable conductor de la energía eléctrica desde la caja de protección de la red hasta la pista sin que fuera desconectado en origen por la Hidroeléctrica del Cantábrico, como era preceptivo; a la que, como ya se dice, no consta, ni siquiera lo alega el recurrente, que se diera oportuno aviso para ello. e) En definitiva, y así se afirma después de apreciar la prueba practicada en Autos, la conducta del recurrente fue decisiva para la producción del evento dañoso, dándose entre ella y el daño ocasionado suficiente relación de causalidad.

Frente a esta resultancia fáctica, fracasa el primero de los motivos, apoyado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender el recurrente que ha habido error en la apreciación de la prueba documental. El fracaso del motivo se debe en primer lugar a que se trata de documentos los alegados (comunicación al Juzgado de Hidroeléctrica del Cantábrico e informe emitido por el Servicio de Industria de la Consejería de Industria y Comercio del Principado de Asturias) que fueron tenidos en cuenta por la Sala de Instancia, y por consiguiente ha de prevalecer la apreciación que de los mismos hizo dicha Sala sobre la parcial que hace el recurrente. En segundo lugar y sobre todo, nada deriva de los mismos documentos en contra de la culpabilidad del recurrente en la causación del suceso indiscriminado, pues la citada entidad Hidroeléctrica se limitó en su día a conectar la corriente al servicio solicitado por el recurrente, que se sirvió de dicha fuerza eléctrica mientras lo tuvo por conveniente, y la misma entidad no tuvo intervención alguna en la desconexión de la misma corriente que trataba de realizar indebidamente, y con consentimiento del señor S.F. su dependiente fallecido por electrocución. Procede, por tanto, la desestimación de este motivo por no acreditarse error alguno en la resultancia probatoria que recoge la sentencia impugnada, reflejada en el anterior fundamento de Derecho.

El segundo de los motivos parte del hecho no probado de que la entidad Hidroeléctrica interviniese activa o pasivamente en el accidente que costó la vida a don Antonio R.F., por lo que decae igualmente, en cuanto que la expresada compañía no fue avisada para desconectar la corriente de la instalación de coches infantiles, sino que la actividad de desconexión fue asumida por el recurrente, al que afecta al menos una evidente culpa *in vigilando*, pues se desprecupó de la tarea que en su beneficio llevaba a efecto el operario que resultó víctima de la negligencia del empresario. No cabe, en definitiva, hablar en forma alguna de litis consorcio pasivo necesario entre personas con actividades autónomas y totalmente independientes entre sí, cuya audiencia bilateral en la misma litis no viene indicada, ni afecta la resolución que recaiga a otras personas distintas de las que han sido parte en la litis, ni hay en este supuesto posibilidad de

sentencias contradictorias dados los hechos que se estimaron probados, ni concurren los demás requisitos que esta Sala en sentencia, entre otras muchas, de 13 de junio de 1987 ha exigido para la concurrencia de la expresada excepción de litis consorcio, que se alegó en el motivo segundo con base en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley en el concepto de no aplicación de la doctrina que consagra dicha excepción. Todo ello aparte de que como esta Sala ha declarado (SS. entre otras, de 28 de mayo de 1982 y 1 de julio de 1983) en los caso en que se estima (supuesto que no es el de esta litis) solidaridad obligacional entre los sujetos a quienes alcanza responsabilidad por acto ilícito culposo, con pluralidad de sujetos pasivos y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor que es por entero de la obligación de reparar los daños, excluye toda posibilidad de oponer y apreciar la existencia de situaciones litis consorciales necesarias.

El motivo tercero, por el mismo cauce procesal que en el anterior, alega infracción de ley por el concepto de violación por no aplicación del artículo 1.137 del Código Civil, en relación con el artículo 1.902 del mismo Código. Motivo que ha de seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores porque parte de hechos no probados, cuales son que la entidad Hidroeléctrica del Cantábrico y el recurrente hayan operado vinculados solidariamente, cuando no ha sido así, ya que dicha entidad industrial no tuvo participación alguna en el accidente, pues se reitera que no había sido notificada para desconectar la línea de corriente eléctrica que venía utilizando el demandado recurrente para su instalación de coches infantiles, y se probó que tal desconexión intentó llevarla a efecto un dependiente del recurrente que resultó electrocutado. En definitiva, falta el necesario supuesto de hecho para poder aplicar la solidaridad de la obligación de indemnizar en la forma que pretende el recurso.

Por último, con carácter subsidiario de los tres motivos anteriores, se alega el cuarto, también con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "por infracción de ley en el concepto de violación (no aplicación) de los artículos 1.091, 1.101 y 1.214 del Código Civil y de la aplicación indebida del artículo 1.092 del mismo Código civil". El motivo decae también en cuanto se sustenta sobre el hecho no acreditado de implicar a la Compañía Hidroeléctrica del Cantábrico en el accidente que originó la muerte del hijo de los demandantes. El supuesto de hecho de que se ha partido por la Sala *a quo*, ineficazmente combatido en el recurso, ha sido el de una relación extracontractual entre los demandantes y el demandado, relación sin conexión normal con el contrato laboral del fallecido con su patrono, y que refleja con precisión el presupuesto de hecho del artículo 1.902 del Código Civil, aquí a través de la omisión del recurrente que dio lugar por su negligencia y clara culpa *in vigilando* al fallecimiento inculminado. No hay, pues, base fáctica para una aplicación de las normas de Derecho contractual que el motivo invoca ni para estimar infringido el artículo 1.214 del Código Civil, sobre todo después que la Sala de apelación se apoyó en los hechos probados que se resumen en el primero de estos fundamentos de Derecho, resultantes de la actividad probatoria de las partes desplegada en la fase correspondiente.

CONTRATO DE OBRA: VICIOS EN LA CONSTRUCCION.—RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL CONTRATISTA, SIN PERJUICIO DE OTRAS RESPONSABILIDADES. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988.)

Declarada, por la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Albacete de 26 de noviembre de 1986 al confirmar la apelada procedente del Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de los de dicha Capital, la responsabilidad solidaria de los técnicos y de la constructora intervinientes en la obra que, bajo el expediente AB-VS-151/72, se llevó a cabo en la Avenida de Isabel la Católica, número 20 de la repetida ciudad, por los desperfectos y daños acusados en el inmueble, responsabilidad que la Sala sentenciadora estableció con dicho carácter de solidaria, atendida a la imposibilidad de fijar el grado de ella atribuible a cada una de los condenados y a la participación de todos, desde sus distintas funciones, en la causación de los defectos puestos de manifiesto en el edificio, contra dicha resolución se alza la entidad "Gutiérrez y Valiente, S.A.", a cuyo cargo corrió la construcción, articulando cuatro motivos de casación al amparo el primero del número 4.^a del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los otros tres bajo el número 5.^o de este precepto en denuncia, respectivamente, de error en la apreciación de la prueba por el Juzgador y en infracción por el mismo del artículo 1.591 y 1.596 en relación con el 1.214 del Código Civil, todos.

La pretendida exoneración de responsabilidad que la mercantil constructora busca, a partir de la denunciada errónea apreciación de la prueba, no puede ser acogida, con el consiguiente pericimimiento del motivo articulado en primer lugar, si se observa que bajo la rúbrica "Desarrollo" del mismo, la empresa recurrente lo que, en suma, cuestiona es la apreciación que, en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia, se hace de la pericial y confesión prestada por el promotor de la casa, enfrentando la conclusión que el Tribunal sienta, en uso de la libertad crítica de los artículos 532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.242 concordantes del Código Civil, con deducciones extraídas de otros medios de prueba reveladores, según su tesis, de la ignorancia en que estaba respecto de los desperfectos existentes y de la intervención de otra empresa en su reparación, afirmaciones que ni desmienten su propia responsabilidad ni, sobre todo, son el directo contenido de documento literosuficiente apto para la casación para lo que, como con tanta reiteración se ha declarado, ha de poner de manifiesto, por sí mismo, lo contrario de lo que la sentencia dice, amén de no estar en contradicción con otros elementos probatorios tal y como sucede en el caso presente en el que, la Sala sentenciadora y antes el Juez de 1.^a Instancia, luego de acreditada la ruina funconal de una parte de la cubierta del edificio y la imposibilidad de determinar si, a tal estado, se llegó por vicio de construcción, incluyendo el posible uso de materiales inadecuados o de mala calidad, o por defectuosa dirección, según resulta de reiteradas pericias prestadas en expedientes administrativos y singularmente en Autos, hace la declaración de responsabilidad solidaria que la doctrina legal (SS. de 18 y 27 de enero, 9 de marzo y 17 de mayo de 1988 por no citar sino algunas entre las recientes) interpretadora del artículo 1.591 del Código Civil, tiene establecida no sólo para los casos de acreditada concurrencia en el resultado, sino también para aquellos otros en que no haya sido posible individualizar la responsabilidad o la cuota de responsabilidad correspondiente a cada uno de los partícipes en la construcción, por los vicios que pudieron tener su origen en la acción u omisión de cualquiera o de todos ellos, sin que por tanto sea necesario el acreditamiento por parte del dueño de la

realidad de la conducta reproachable del contratista, como pretende la parte recurrente en los motivos segundo y cuarto para que éste deba asumir su responsabilidad ni le exonere de ella la defectuosa dirección o la falta de vigilancia por parte de los técnicos intervinientes en la construcción —motivo tercero— porque lo decisivo sigue siendo que acreditados todos los defectos constructivos y no siendo posible establecer si la causación de ellos se debió exclusivamente a negligencia de los técnicos o de la constructora, la responsabilidad decenal del artículo 1.591 les alcanza solidariamente a todos ellos, según constante doctrina en cuyo seguimiento claudican los restantes motivos de casación articulados.

R. de A.

CONTRATO DE OBRA.—DEFICIENCIAS EN LA CONSTRUCCION.—LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (NO EXISTE).—PETICION ALTERNATIVA EN EL SUPPLICO.—ERROR DE HECHO. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1988.)

La sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Pamplona, que al revocar parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los Tudela añadió, al pronunciamiento que en ésta se contenía en punto a la obligación del demandado de pagar a los actores 388.000 pesetas en concepto de indemnización por determinadas omisiones y deficiencias advertidas en el edificio construido por aquel para éstos, así como a subsanar las diferencias de calidad expuestas en determinados apartados del dictamen pericial prestado en Autos por el técnico Señor Pérez Aznar, la condena también al propio demandado a abonar, a los mismos actores, la suma de 1.030.318 pesetas, por diferencia de valor entre la construcción convenida y la realmente edificada, resoluciones condenatorias completadas por el Juzgador con la que, por apreciación, en lo menester, de la acción reconveccional establece a cargo de los actores, dueños del edificio y beneficio del demandado constructor, por importe de 1.268.999 pesetas por las mejoras efectuadas en la casa, la Sentencia cuyo complejo pronunciamiento es manifiesto, se impugna por ambas partes litigantes entablando frente a ella sendos recursos de casación denunciado, el de los actores, en tres motivos, al amparo dos de ellos del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del número 5 del mismo precepto el 3.º, error en la apreciación de la prueba por el Juzgador e infracción del párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil en relación con el 1.091 del mismo Ordenamiento y, el articulado por el demandado reconviniendo, denunciado en siete motivos bajos los números 3.º, 4.º y 5.º del citado artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la violación de la doctrina legal contenida en las Sentencias que cita relativas al litisconsorcio pasivo necesario tema del ordinal 4.º que expone como primero a examinar, seguido de una supuesta infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —ordinal 1.º— y acusación de error en la apreciación de la prueba en los motivos 2.º y 3.º y por último infracción de la normativa contenida en los artículos 1.445, 1.446 y 1.447 del Código Civil en el ordinal 5.º, aplicación indebida del artículo 1.098 del propio Código en el 6.º e inaplicación de los artículos 1.195 y 1.196 de este mismo Ordenamiento en el motivo que cierra el recurso.

Los supuestos errores de hecho en la apreciación de la prueba por el Tribunal, denunciados en el recurso de los actores, dueños de la obra, se presentan con caracteres iniciales que los hacen inviables ya que en los dos motivos, que a ello

se orientan, no solamente se falta a la precisión que el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quiere a través de una razonable puntualización del extremo en que consista el error conectado con el particular en que el documento por sí sólo, esto es, sin interpretaciones subjetivas ni conjugación con otros medios de prueba lo ponga de manifiesto (SS. 11 y 19 febrero y 30 de junio 1988), sino que en los mismos se traen a examen dictámenes periciales e incluso, en el segundo de ellos, manifestaciones testificales en apoyo de la tesis de error, en clara contradicción con el sentido del número 4.º del artículo 1.692 que los aboca al pericimimiento, como reitera una doctrina legal de la que son muestra reciente las Sentencias de 17 de marzo, 12 de abril, 15 y 30 de junio de 1988. Y en la misma situación de inapreciabilidad el otro motivo del recurso en examen en el que se acusa la infracción en la instancia del artículo 1.281 en relación con el 1.091 del Código Civil, relativos al deber de estar al sentido literal de las cláusulas del contrato y al cumplimiento de lo convenido, omitiendo, la parte recurrente, que la estimación de la reconvencción por la Sala sentenciadora, que el motivo combate obedeció a la existencia de unas mejoras constructivas, pericial y testificalmente puestas de relieve, "interesadas por el dueño de la obra y ordenadas por la Dirección Técnica" según el texto de la Sentencia que movida por tales probanzas, valoradas conforme a reglas de crítica, legalmente atribuidas al Juzgador de instancia, hizo aplicación al caso de lo previsto por el artículo 1.593 del Código Civil.

Planteado como primer motivo no obstante su colocación como ordinal 4.º del recurso establecido por el constructor, el tema de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, puesto de manifiesto, dice el recurrente, en la vista de apelación cuyo acogimiento, no obstante, se pretende en atención a su apreciabilidad incluso de oficio, con la consecuencia de abstenerse el órgano jurisdiccional de entrar en el fondo de la controversia, por falta de un requisito determinante de la incorrecta constitución de la relación jurídica procesal, tal motivo fundado en que la condena impuesta al recurrente de indemnizar determinadas omisiones y deficiencias en el inmueble construido, concretamente referidas a la instalación eléctrica y construcción de una chimenea, colocación de un alféizar, frentes de armarios, persianas, modelos de sanitarios, etc., afecta al Arquitecto director de la obra que, de conformidad, dice, en general, con la propiedad, ordenó los cambios y que por tanto debió ser traído al proceso, suscita una cuestión de responsabilidad, la del director de la obra, meramente supuesta ya que, aparte que ya fueron apreciados en la instancia los cambios constructivos ordenados por los técnicos a efectos de la reconvencción, las resoluciones impugnadas se refieren a omisiones y deficiencias pericialmente acreditados en lo conuido por el demandado o por terceros a quienes este subcontrato parte la obra (fundamentos IV y V de la Sentencia de Primera Instancia) sin implicación, en ello, de la dirección salvo en el particular de la determinación errónea de la superficie del solar sobre el que se construyó, extremo éste marginal a las citadas deficiencias, cuya eventual incidencia en el mayor coste de ejecución podrá ser objeto, si se acredita, de responsabilidad fuera de este proceso y de la Sentencia aquí impugnada, cuyo fallo indemnizatorio, con base en las repetidas omisiones y deficiencias, sólo podría tener reflejo —necesario para el éxito del litisconsorcio postulado— sobre la dirección, aceptando de antemano ya que se produjeron en seguimiento de concretas instrucciones impartidas por el Arquitecto, circunstancia ésta que no aparece acreditada en Autos.

No mejor destino es el de la supuesta incongruencia que el demandado denuncia bajo el ordinal 1.º de su recurso, por entender que, pedida en la demanda

la condena a subsanar algunas deficiencias de calidad en materiales mediante la retirada de los empleados y colocación de los previstos en el proyecto constructivo y Anexo al mismo o, alternativamente, por indemnización del menor valor de lo puesto, la cantidad de 380.043 pesetas, la omisión en la Sentencia condenatoria de esta suma que como solución alternativa se suplicaba en la demanda infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conclusión inaceptable ya que si bien es verdad que así aparece bajo el suplico de la demanda, también lo es que la alternativa venía supeditada, según el texto literal del propio escrito de demanda, a la circunstancia "de que su reemplazo (el de los materiales de peor calidad empleados) sea imposible o de costo desmesurado en relación con la ventaja que reporta", expresión que transcribe la Sentencia *a quo*, y por acogimiento la de apelación, para imponer las obras de reemplazo "al no haber acreditado que la subsanación solicitada sea de imposible realización o de costes desmesurados...", con lo que se accede a la verdadera pretensión deducida en la demanda, ya que, independientemente de cualquier error terminológico en la calificación de los subsidiario como alternativo o al revés, lo cierto es, como nitidamente resulta de lo dicho, que la pretensión de los demandantes en cuanto declaración de voluntad por la que reclaman del órgano jurisdiccional una determinada actuación únicamente quedaba satisfecha en la forma en que lo ha sido por el Juzgador de instancia que acomodó su decisión al contenido de la pretensión, haciendo coincidir lo resuelto con la voluntad expresada por la parte actora en la demanda, entendida ésta como acto de iniciación procesal que contiene y delimita positiva y negativamente una pretensión.

R. de A.

PERSONA JURIDICA: "EL LEVANTAMIENTO DEL VELO".—SOLIDARIDAD DE OBLIGACIONES MERCANTILES. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1989.)

La impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Bilbao que, aceptando íntegramente la apelada, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de dicha capital, condenó a la mercantil demandada, "A. Pérez y Cía., S.A.", a abonar a la actora 17.409.226 pesetas, se lleva a cabo por la deudora condenada, articulando cuatro motivos de casación en los que, bajo el amparo del número 5.º del artículo 1.692, se acusa al Tribunal sentenciador de haber infringido los artículos 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 1.223, 1.114 y 1.830 del Código Civil, siendo de observar desde el principio, a efectos de la claudicación del motivo inicial, que no habiéndose cuestionado la situación de hecho fijada en primera instancia, a la que la de apelación se remite y de la que resulta no sólo que el firmante de la carta de afianzamiento, en nombre de la recurrente, en que la actora apoyó su reclamación, era empleado de la sociedad recurrente en cuyo nombre prestó la garantía desde más de veinte años atrás, y Consejero y Director Apoderado de la misma en Bilbao, en el instante de suscribir el afianzamiento, sino además que el poder utilizado por el firmante otorgado el 19 de junio de 1968 incluía, en origen, entre las facultades de administración y gestión de los asuntos de la poderdante al lado de la suscripción de documentos de giro y solicitud de garantías, la de constituir fianzas y depósitos, lo que patentiza la improcedencia de resistir la prestada en este caso, so color de que no se refería a la gestión de asuntos

propios de la sociedad, argumento tanto más inatendible cuanto que, como el Juzgador de instancia hace notar, no puede afirmarse la ajeneidad de la demandada a la deuda garantizada, y sí, por el contrario, que siendo la garante titular de la totalidad de las acciones de la anónima deudora principal, los negocios de ésta no eran en absoluto extraños a aquella otra, "cuyos asuntos y patrimonio, insiste con meridiano acierto y decisivo razonamiento el Juzgado inicial, eran gobernados, administrados y dirigidos" por la recurrente. De suerte que más bien se está en presencia de dos anónimas cuya apariencia formal no puede ocultar la realidad de una única pertenencia, circunstancia ésta contemplada en la doctrina científica y jurisprudencial (S. 4 marzo 1988) para entender que ha de penetrarse en el sustrato personal de las entidades en tal situación y, "levantando el velo", impedir que, al socaire de una forma legal que las dota de independencia, se incida fraudulentamente (art. 6.4 CC) en los intereses de terceros burlando su buena fe o se posibilite un uso antisocial del derecho (art. 7.2 CC).

Los razonamientos precedentes, de aplicación a los restantes motivos del recurso, en cuanto que las infracciones legales en ellos denunciadas tienen el soporte común de la dualidad deudor principal-fiador, no obstan al examen individualizado de los mismos, reiterando la claudicación de todos ellos. Así los desarrollados en segundo y tercer lugar, en los que se viene a cuestionar la eficacia de la carta de afianzamiento expedida en nombre de la recurrente, por entender esta entidad que la expresión en el documento de que los efectos pendientes de pago serían satisfechos "en el momento en que se cobre la exportación del buque 'San Floro'" supone un obstáculo —desde la personalidad y desde la condición— a la acción ejercitada, ya que la sociedad demandada no cobró cantidad alguna de dicha exportación, aporta un razonamiento inatendible, no sólo por la falta de independencia social de que se ha hablado, sino también en consideración a que, a su través, se pretende un acotamiento del sentido propio y literal de lo convenido, que sólo habla del cobro, sin más, del buque exportado, parte de cuyo precio —el 15 por 100, suficiente a cubrir la deuda garantizada— había sido abonado, según consta documentalmente, mucho antes de que la sociedad acreedora entablase su acción para el cobro de la suma afianzada, según contrato cuya naturaleza mercantil, por lo demás, no es discutible (arts. 439 y 440 CCom) una vez patente su constitución por escrito y su destino, afirmando sin contradicción a garantizar el cumplimiento de un contrato mercantil lo que sería bastante para declarar la irrelevancia de la tesis que se mantiene en el 4.º y último motivo del recurso relativo a la omisión del beneficio de excusión, en mérito del principio general de solidaridad que informa las obligaciones mercantiles (SS. 7 diciembre 1968, 25 abril 1969 y 10 abril 1970).

R. de A.

SEGURO MARITIMO: PRESCRIPCION.—RIESGOS NO CUBIERTOS.—RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD EN LA OTRA PARTE: VINCULA A QUIEN LA HACE. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1989.)

La Sentencia aquí recurrida, confirmatoria de la de primer grado, condena a la Compañía aseguradora "Banco Vitalicio de España, S.A.", a que abone a "Industrias Afrasa, S.A.", la suma de cincuenta y cuatro mil treinta y dos (54.032) dólares USA o su valor en pesetas en la fecha del siniestro, más los intereses al

20 por 100 desde esa fecha, para lo cual se basa en los siguientes hechos: 1.º Mediante dos distintas pólizas, las expresadas entidades tenían concertados sendos seguros para el transporte, por vía marítima, desde Valencia al puerto de Keelung (Taiwan), de un total de catorce mil ochocientos litros de insecticida (Dimetoato, 44%), envasados en frascos de aluminio, de un litro de capacidad cada uno, que "Industrias Afrasa, S.A.", había vendido a "Yellow River Enterprise Co., Ltd.". 2.º El transporte se realizó en dos buques (uno de los cuales, al que corresponde la primera póliza, porteó 2.800 litros, y el otro, al que corresponde la segunda, 12.000 litros de dicho insecticida), que salieron del puerto de Valencia en 29 de junio y 15 de julio de 1984, respectivamente, y llegaron al de Keelung (Taiwan) en 25 de julio y 16 de agosto de 1984, también respectivamente. 3.º A la arribada de dichos buques al puerto de destino, la expresada mercancía llegó deteriorada en su totalidad, habiendo sido la causa de ello la descomposición o reacción química que como consecuencia de la excesiva temperatura a que estuvo sometido durante el largo viaje transoceánico en pleno verano había sufrido el dimetoato (que es un compuesto organofosforado), habiendo los productos de dicha descomposición o reacción química erosionado el aluminio de los frascos, en los que se produjeron pequeños orificios por donde se derramó el líquido.

Sobre la doble base de que el daño de la mercancía transportada fue conocido cuando los dos buques llegaron al puerto de destino (el 25 de julio y el 26 de agosto de 1984, respectivamente, como ya se ha dicho) y de que la demanda iniciadora del proceso del que este recurso dimana fue presentada el 23 de septiembre de 1986, la entidad demandada, ahora recurrente, adujo en la instancia la excepción de prescripción de la acción, por entender que había transcurrido el plazo de dos años que el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 establece para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de daños. La sentencia aquí recurrida, coincidente con la de primer grado, desestimó dicha excepción, por estimar que el referido plazo de dos años ha de contarse, como *dies a quo*, no desde que ocurrió o fue conocido el daño, sino desde que la aseguradora comunicó a la asegurada la no aceptación del siniestro. A combatir dicho pronunciamiento desestimatorio de la aducida excepción de prescripción de la acción se orientan los motivos primero y segundo, con sede procesal los dos en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de los cuales y diciendo denunciar "infracción del artículo 1.969 del Código Civil en relación con el artículo 1.932 del mismo cuerpo legal, por interpretación errónea" (en el primero) e "infracción del artículo 944 del Código de Comercio por el concepto de violación" (en el segundo), la recurrente "Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros", sostiene, en esencia, que el expresado plazo de dos años ha de computarse desde que ocurrió o fue conocido el siniestro y que dicho plazo prescriptivo no es susceptible de ser interrumpido por reclamación extrajudicial del acreedor. Todo el alegato sobre el que aparecen montados los dos referidos motivos, como en su momento lo fue la aducida excepción de prescripción de la acción, tiene su apoyatura en un craso error de origen que a los juzgadores de la instancia ha pasado inadvertido y que ha de producir el ineludible fenecimiento de los meritados motivos, cual es el de sostener que el seguro marítimo se halla sometido a la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, cuando lo cierto es que, salvo la aplicación supletoria que a ésta pueda corresponder, la normativa específica reguladora del mismo es la contenida en los artículos 737 a 805 y 954 del Código de Comercio, que no han sido derogados por dicha Ley (véase el párr. 2.º de su DF), estableciendo el últimos de los citados artículos que las acciones nacidas de los

seguros marítimos prescriben por el transcurso de tres años (no de dos) desde la fecha del siniestro que diere lugar a ellas, por lo que si el daño objeto de litis, como ya se ha dicho, fue conocido el 25 de julio y el 26 de agosto de 1984 y la demanda iniciadora del proceso fue presentada el 23 de septiembre de 1986, cuando sólo habían transcurrido entre dichas fechas dos años y dos meses, huelga todo otro tipo de argumentación para desestimar los dos expresados motivos, pues aun cuando en la instancia no ha sido cuestionada la aplicabilidad a este supuesto de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, esta Sala tiene la facultad y el deber de aplicar la normativa que legalmente sea la que proceda (*iura novit curia*).

A combatir el pronunciamiento de la Sentencia recurrida, que desestima la también aducida en la instancia excepción de falta de legitimación activa en la actora "Industrias Afrasa, S.A.", se orientan los motivos tercero, cuarto y quinto, uno de ellos (el cuarto) con sede procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los otros dos en el ordinal quinto del mismo precepto, motivos que han de ser examinados y resueltos conjuntamente, al ser el mismo, aunque desde distintas perspectivas, el ya dicho designio impugnatorio de los tres, a través de los cuales y diciendo denunciar "infracción del artículo 1.225 del Código Civil" (en el tercero), "error en la apreciación de la prueba basado en los documentos 5 y 6 del escrito de contestación a la demanda" (en el cuarto) e infracción de la doctrina de esta Sala, contenida en las sentencias que cita, acerca de la naturaleza y efectos de la venta CIF (en el quinto), la entidad recurrente viene, en síntesis, a sostener que versando el litigioso seguro de transporte marítimo sobre una mercancía que fue vendida bajo la modalidad de venta CIF, es sólo el comprador de dicha mercancía el que se halla legitimado para ejercitar las acciones derivadas del expresado contrato de seguro. Los tres referidos motivos han de fenecer, ya que cualquiera que sea la forma de compraventa (que en este caso concreto, efectivamente, fue CIF) bajo la que se vendió la mercancía asegurada, lo que solamente afectará, como norma general, al ámbito de las relaciones internas entre vendedor y comprador, lo cierto es, por un lado, como dice la Sentencia recurrida, que el seguro marítimo de la expresada mercancía fue concertado con la aseguradora, aquí recurrente, por la propia entidad vendedora ("Industrias Afrasa, S.A.") "por cuenta propia o de quien pertenezca", cuya forma de contratación no le priva de interés jurídico en la efectividad del seguro concertado (con independencia del destino que hubiera de dar a la indemnización reclamada, a virtud de las relaciones internas entre ella —la vendedora— y la compradora de la mercancía), y, por otro, que la entidad aseguradora, aquí recurrente, tiene extrajudicialmente reconocida la personalidad de la vendedora para reclamar dicha indemnización, como lo prueban las negociaciones o relaciones que con ella mantuvo encaminadas a ese fin y las comunicaciones que le dirigió con fechas 6 y 23 de noviembre de 1984, participándole que rechazaba el siniestro por tratarse de un riesgo excluido del seguro, pero sin negarle o desconocer su personalidad (folios 171 y 172 de los Autos), siendo doctrina consolidada de esta Sala la de que no puede impugnar la personalidad o la legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida (SS. 17 mayo 1934, 30 junio 1958, 22 diciembre 1973, 20 junio 1974, 2 abril 1986, 5 octubre 1987, entre otras).

Distinto tratamiento que a los cinco anteriores ha de corresponder al motivo sexto y último, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que la recurrente textualmente denuncia "infracción del artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro en relación con el artículo

1.091 del Código Civil, por el concepto de violación, al no tener en cuenta la Sala de Instancia los límites y exclusiones pactados en los contratos de seguro de autos". Después de salvar la errónea cita que la recurrente hace del artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, pues como ya hemos dicho en el fundamento jurídico segundo, el seguro marítimo no se halla sometido a la normativa de dicha Ley, salvo la ya dicha aplicación supletoria que le pueda corresponder, el expresado motivo ha de ser estimado por las consideraciones siguientes: 1.^a Si según lo normado con carácter general por el artículo 1.091 del Código Civil las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos y como aplicación concreta de ese principio general al seguro marítimo, el Código de Comercio, en sus artículos 755, párrafo último, y 756, párrafo primero, admite que los contratantes pueden excluir en la póliza del seguro los riesgos que tengan por conveniente, es evidente que la obligación indemnizatoria no se extiende a aquellos riesgos que, por así haberlo pactado las partes en la póliza correspondiente, quedan excluidos de la cobertura del seguro marítimo entre ellas concertado. 2.^a La cláusula 4.4 del "Institute Cargo Clauses (A)", por el que se rigen los contratos de seguro marítimo a que se refiere este recurso, declara expresamente, como riesgo excluido de la cobertura del mismo, "la pérdida, el daño o el gasto causados por vicio inherente o por la naturaleza de los bienes objeto del seguro" y, asimismo, el artículo 2.5.4 de las condiciones generales de dichos contratos de seguro concertados entre las partes aquí litigantes, declara también, como riesgos excluidos, "la fermentación, germinación, generación espontánea y corrupción debidas a la naturaleza o vicio propio de la mercancía asegurada, influencia de temperatura..." 3.^a Como ya se ha dicho en el fundamento primero, en el proceso a que se refiere este recurso aparece probado, y así lo declaran las sentencias de ambas instancias, que el deterioro total del insecticida transportado fue debido exclusivamente a la descomposición o reacción química que el dimitoato (que es un componente organofosforado) había sufrido como consecuencia de la muy elevada temperatura ambiente a que, en plena estación estival, estuvo sometido durante el largo viaje transoceánico hasta llegar al puerto de Keelung (Taiwan). Siendo ello así, es evidente que se trata de un riesgo excluido de la cobertura de los seguros aquí cuestionados, ya que el daño fue debido exclusivamente a la propia naturaleza del producto transportado, al ser sometido el mismo a tan elevada temperatura ambiente durante tan largo período de tiempo, lo que solamente es imputable a la imprevisión de la cargadora entidad "Industrias Afrasa, S.A.", que, por un lado, sabiendo que dicho riesgo, por así tenerlo pactado, se hallaba excluido de los seguros concertados, y, por otro, conociendo o debiendo conocer, en cuanto fabricante del producto, que la composición química del mismo no podía soportar, sin descomponerse, la elevada temperatura ambiente a que forzosamente debería estar sometido, dada la estación climatológica en que se verificó el transporte transoceánico, no contrató dicho transporte con las elementales condiciones de refrigeración que ineludiblemente exigía la propia naturaleza del producto químico transportado. Al no haberlo entendido así la Sentencia recurrida, la que, pese a tratarse, como ya se ha dicho, de un riesgo excluido de la cobertura de los seguros concertados, condena a la entidad aseguradora a pagar la indemnización de dicho daño, es patente que ha infringido los artículos 1.091 del Código Civil y 755 y 756 del Código de Comercio, por lo que, como antes se dijo, procede la estimación de este motivo.

OBLIGACIONES DE HACER.—DEBE DARSE LUGAR AL DEUDOR AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO (A SU CARGO).—RESPONSABILIDAD DECENAL Y PLAZO DE GARANTÍA. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1989.)

El primer motivo, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción, por no aplicación, del artículo 1.591 del Código Civil. Como afirma la resolución recurrida, el origen y eje de la cuestión debatida se encuentra en la cláusula tercera del convenio suscrito entre "Iberpistas, S.A." y "Utotrabe" el 27 de octubre de 1977 (folio 171). En efecto, habiendo surgido discrepancias entre ambas entidades para la liquidación de sus relaciones contractuales, se sometieron a un arbitraje de equidad resuelto mediante laudo de 14 de septiembre de 1977 (folio 11). Como consecuencia del mismo, con fecha 27 de octubre de 1977 las partes suscribieron el ya aludido documento de finiquito, cuya estipulación tercera es del siguiente tenor literal: "3.º Se exceptúa del finiquito anterior las obligaciones de "Utotrabe" con Iberpistas, S.A.", establecidas en el capítulo del pliego general de condiciones que bajo el título *Plazo de garantía* literalmente dice: El plazo de garantía será de cinco años a partir de la fecha de la terminación total de las obras o de su entrega parcial al servicio si así lo interesa la sociedad concesionaria. Durante el plazo de garantía, *el contratista deberá corregir a su costa* cualquier defecto o avería imputable a vicio de construcción. Igualmente queda exceptuado del finiquito, y por consiguiente obligatorio para "Utotrabe", lo establecido en el apartado 3.º, GARANTÍA DE LAS OBRAS, de las aclaraciones a la oferta de "Utotrabe", que textualmente dice: "La aparición de deformaciones o 'roderas' en el pavimento durante el plazo de garantía se considerarán expresamente como vicio de construcción a los efectos previstos en el pliego de condiciones (pág. 30), siendo *obligación del contratista repararlas a su cargo*". Como consecuencia de las excepciones anteriores queda subsistente el compromiso irrevocable contraído por Credit Lyonnais en cartas de 7 de abril de 1973 y 5 de agosto de 1974 de constituir fianza a favor de "Iberpistas, S.A.", cuando ésta lo solicite, en la cuantía que en las referidas cartas se indica. De acuerdo con lo establecido en tal convenio, Credit Lyonnais, con fecha 28 de noviembre de 1977, constituyó fianza a favor de "Iberpistas, S.A.", por el importe del cuatro por ciento del presupuesto de tales obras y para responder del cumplimiento por parte del adjudicatario, "Utrobe, Empresarios Agrupados" de sus obligaciones contractuales, por un importe máximo de 37.467.975,82 pesetas, que estaría en vigor hasta la recepción definitiva de las obras, "es decir, hasta el 28 de diciembre de 1981, en cuyo momento se considerará automáticamente cancelada a todos los efectos". "Iberpistas, S.A.", en base a los estudios *por ella encargados, sin intervención ni conocimiento del contratista*, a "Geotecnia y Cimientos, S.A.", cuyo informe, *fechado el 3 de marzo de 1982, es decir, en fecha posterior al plazo de vigencia de la fianza*, estima probados los defectos exceptuados del ya citado finiquito, que concreta la suma de 43.504.905 pesetas. Tras un acto de conciliación celebrado el 7 de enero de 1982 —sin efecto en cuanto a Credit Lyonnais y *desistido respecto a "Utotrabe"*—, *reclama por primera vez a ésta y también a Credit Lyonnais, en acto de conciliación celebrado el 30 de abril de 1982*, la expresada suma de 43.504.905 pesetas (a Credit Lyonnais, sólo por el importe máximo afianzado de 37.467.975,82 ptas.).

La Sentencia de Primera Instancia acoge la caducidad de la acción indemnizatoria, por entender que ésta debió ejercitarse antes del 28 de diciembre de

1981, ya que la entrega de las obras tuvo lugar el 27 de diciembre de 1976, criterio que la Sala de apelación razonablemente no comparte, por cuanto las partes no tuvieron intención de establecer plazo alguno de prescripción o caducidad de acciones, sino simplemente un plazo de garantía. La responsabilidad decenal impuesta por el artículo 1.591 del Código Civil —en el caso de autor reducida por voluntad de las partes a la quinquenal— de acuerdo con la mejor doctrina, ha de entenderse que no constituye un plazo de prescripción ni de caducidad, sino el término final de una relación de derecho sustancial, por lo que no es susceptible de suspensión ni de interrupción. Dicho plazo, que en el pliego general de condiciones las partes calificaron correctamente de GARANTIA, no afecta al tiempo en que deba interponerse la demanda, de suerte que si los defectos previstos se producen *dentro* del repetido plazo, es entonces cuando nace la obligación por parte de “Utotrabe” de “repararlos a su cargo” o “corregir a su costa”; y como quiera que la acción que nace de tal obligación no tiene señalado plazo especial, éste será el de quince años que con carácter general establece el artículo 1.964 del Código Civil (SS. 11 octubre 1974 y 5 diciembre 1981). Ahora bien, del suplico de la demanda se evidencia que el actor pretende, tras la declaración de incumplimiento, *la condena a una obligación de dar*—pago de una suma de dinero— que nunca asumió “Utotrabe”, la cual, como queda dicho, se comprometió exclusivamente a virtud del repetido convenio de aplicación preferente en el supuesto litigioso, a “reparar a su cargo” o “corregir a su costa” los defectos *que se advirtieran o pusieran de manifiesto durante el plazo de garantía* y que, obviamente, se le hubiese hecho saber, pero no a pagar los daños y perjuicios que unilateralmente fija “Iberpistas, S.A.”, por el concepto de reparaciones llevadas a cabo por otra sociedad. En las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (*acción de cumplimiento*), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del *incumplimiento imputable*, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente, aun contra la voluntad del deudor; así, el artículo 1.098 del Código Civil dispone que “si el obligado a hacer alguna cosa *no la hiciere*, se mandará ejecutar a su costa”. Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego *nemo factum cogi potest* y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar, pero para que nazca esta acción de resarcimiento es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (art. 1.101 CC). Como expresa la Sentencia recurrida, para conocer la actitud del deudor y obra en consecuencia ha de ser requerido a actuar; y en el caso de Autos, ni extraprocésal ni procesalmente se ha invitado a “Utotrabe” a reparar, sino que la demandada efectuó las obras correctoras que estimó pertinentes, privando a la demandada de comprobar la veracidad e importancia de las deficiencias acusadas y del derecho, “que derecho es a cumplir lo que contractualmente convino, con el eventual ahorro resultante de la utilización de sus propios medios personales y materiales”; a lo que ha de añadirse la incertidumbre que la conducta de “Iberpistas” ha propiciado en orden a conocer y probar la verdadera entidad de los desperfectos y persona o entidad responsable de los mismos, acreditando si aquellos se produjeron antes o después del plazo de garantía, con los consiguientes requerimientos a “Utotrabe”; todo lo cual impone la desestimación del motivo.

Como obligada consecuencia de lo expuesto, también ha de rechazarse el segundo motivo, en el que por igual vía que el anterior se denuncia infracción,

por no aplicación del artículo 1.822, párrafo primero, del Código Civil. Es el propio recurrente quien afirma que si “se ve casada la Sentencia condenando a ‘Utotrabe’ a la indemnización de los daños causados, el precepto que se cita como infringido en este motivo ordenará correlativamente a condenar a Credit Lyonnays, en su concepto de fiador, al pago de las cantidades resultantes, en el supuesto de que ‘Utotrabe’ no abone tales sumas”, por lo que al no prosperar la condena que la actora postula, es evidente que la Sentencia no incurre en la infracción denunciada en el presente motivo.

R. de A.

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: NECESIDAD DE DAR A LAS PARTES OPORTUNIDAD DE FORMULAR ALEGACIONES SOBRE ELLAS. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1989.)

Los tres primeros motivos del recurso se formulan al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que rigen los actos y garantías procesales cuando, como en este caso sucede, se ha producido indefensión para la parte”; se refieren los tres motivos, y por ello han de examinarse conjuntamente, a las infracciones procesales cometidas por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ciudad Real en la práctica de dos pruebas periciales acordadas como diligencias para mejor proveer al amparo del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como se encuentra regulado por la reforma operada en dicho texto legal en 6 de agosto de 1984 y que fueron denunciadas como motivo de nulidad de actuaciones en el acto de la vista del recurso de apelación sustanciado ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial; tales infracciones consisten, según la recurrente, en la inobservancia del artículo 616 de la citada Ley Procesal sobre designación de peritos (motivo primero), de los artículos 627 y 628 del mismo texto legal atinentes a la emisión del dictamen de los peritos con citación e intervención de las partes (motivo segundo) y del artículo 342 de repetida Ley sobre alegaciones de las partes acerca del alcance o importancia de las diligencias practicadas. Examinadas las actuaciones por esta Sala, se observa que el Juzgado, por providencia de 25 de marzo de 1985, notificada al siguiente día a los Procuradores personados, se acordó la práctica de la prueba pericial solicitada por ambas partes que no había sido practicada, como diligencia para mejor proveer y con suspensión del término para dictar Sentencia; fueron designados Peritos don Pedro Aranguez Ruiz, Ingeniero de Minas, y don Miguel Poveda Ciorraga, Ingeniero Industrial, quienes aceptaron sus cargos en 11 y 14 de mayo de este año, respectivamente; sin previo señalamiento y notificación a las partes y sin su asistencia, el día 26 de junio siguiente el Perito señor Aranguez presentó en el Juzgado su informe por escrito, ratificándose en él, y así lo hizo igualmente el perito señor Poveda el día 12 de septiembre del mismo año; sin mediar providencia alguna sobre las diligencias practicadas para mejor proveer, el Juzgado dictó Sentencia en 14 de octubre de 1985; en el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia ahora recurrida se estudian las alegaciones de la parte demandada apelante sobre la nulidad de actuaciones por incumplimiento del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien en el acta de la vista no se hacen constar estas alegaciones por el fedatario judicial.

La facultad concedida al Juzgador por el artículo 340 de la Ley Procesal Civil para acordar la práctica de diligencias para mejor proveer, como actos de instrucción realizados por el órgano jurisdiccional para formar su propia convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo, lo que no obsta para que, una vez acordadas tales diligencias, haya de someterse su práctica a la regulación legal, dando intervención en ellas, a partir de la vigencia de la reforma llevada a cabo por la Ley de 6 de agosto de 1984, a las partes, de acuerdo con el párrafo último del artículo 340 citado, y, una vez practicadas, han de serles puestas de manifiesto por tres días para que aleguen por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia, según ordena el artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; comprobadas por la Sala, como se recoge en anterior fundamento, las omisiones procesales denunciadas en los tres motivos que se examinan y que el recurrente careció de términos hábiles para oponerse a las mismas hasta el momento de la vista del recurso de apelación en que solicitó de la Sala *a quo* la nulidad de actuaciones, se pone de manifiesto que en la práctica de estas pruebas periciales acordadas para mejor proveer se han conculcado los artículos 340 y 342 de la Ley Procesal, así como los artículos 616, 627 y 628 de la misma reguladoras de esa clase de pruebas, ya que no se dio intervención en ellas a las partes ni se les dio oportunidad procesal para formular las alegaciones a que se refiere el artículo 342, lo que ha causado a la parte recurrente una clara indefensión, que da lugar a la estimación de estos tres primeros motivos del recurso por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y las que rigen los actos y garantías procesales que han producido indefensión para la parte, como requiere el artículo 1.692, número 3.º, al final, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SS. 10 julio 1986 y 9 mayo 1988), y habiéndose pedido la subsanación de la falta en el primer término hábil en que ello fue posible, a tenor del citado artículo 1.692. Admitidos estos tres motivos del recurso, se hace innecesario entrar en el examen de los restantes, ya que versando estos motivos sobre actos y garantías procesales ha de darse cumplimiento a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 1.715 de la repetida Ley a cuyo tenor “se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta”; en consecuencia, procede anular las actuaciones desde la providencia de 25 de marzo de 1985, inclusive, en que se acordaron las diligencias para mejor proveer, que debe ser modificada para acomodarla a la Ley (arts. 340, párrafo último, y 342 de la LEC).

R. de A.

CESION DE PARTICIPACION DE LOTERIA, QUE RESULTA PREMIADA.—DECLARACION “JOCANDI CAUSA”.—CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1989.)

Por demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara, don Carlos R. G. reclamó de don Manuel S. G. el pago del premio de una participación de lotería de 1.000 pesetas en el número 55.793, comprada al mismo con anterioridad, que resultó agraciado en el sorteo de 21 de diciembre de 1984, quedando el décimo en poder de dicho demandado, que no discute la cuantía correspondiente de 4.805.000 pesetas, pero niega la venta de tal participación y su firma en el documento privado que acompaña el actor para acreditarlo,

aunque reconoce que estuvo bebiendo en un bar y después en su casa, sita en la calle Almodóvar, donde “el señor R. estuvo enseñando al señor S. una serie de papeletas con *comics* y chistes, algunos de los cuales simulaban recibos de lotería, rifas inexistentes y otros documentos..., al mismo tiempo que rellenaban y firmaban algunos de manera alegre..., pero sin intención alguna de que tuvieran alguna validez aquellas bromas que se gastaban mutuamente...”, “por lo que pudo suceder que durante aquel rato... el señor R. se quedara con alguno de los que habían escrito en tono jocoso...”; y... “aun en el supuesto que tampoco admite el señor S., porque no lo recuerda, de que hubiera firmado y rellenado la papeleta absurda que presenta el demandante..., se trataría en ese supuesto de una declaración *iocandi causa*...” La tan aludida participación dice así: “N.º 55.793 LOTERIA NACIONAL.—EL GACHO QUE EXIBE EL PRESENTE AFORO LA CANTIDAD DE MIL LEGAÑAS PA QUE SE ENDIÑE LA “TOSTA” U SEASE UNA PASTA MUGANSA PA EN EL CASO DE QUE LOS GUARISMOS INDICAOS AL FRONTIS SEAN AGRACIADOS EN EL SORTE DE LA LOTE DEL DIA 21 DE DICIEMBRE DE 1984. SON MIL CHULAS”. Y al final “AUTOGRAFO” con la firma debajo. El Juzgado, por Sentencia de 3 de octubre de 1985, desestimó la demanda, con base a la negativa del demandado y el resultado de la prueba pericial caligráfica, para la que se señalaron como indubitados la firma que estampase el demandado al prestar confesión y el cuerpo de escritura que formase, por no aclararse debidamente que fuese la misma firma, “aunque parece existir mayor similitud entre la firma de la participación y la firma puesta por el demandado al ser emplazado”. La Audiencia Territorial revocó la Sentencia recurrida y estimó la pretensión de la actora-apelante al recoger la estancia en el dominio de la calle Almodóvar, que el demandado confesó, respecto al documento de la participación, “que las palabras obrantes en el mismo se parecen un poco a su letra, parecido éste que se traduce en identidad si se compara la firma del citado documento estampado bajo la palabra ‘autógrafo’ y la firma de don Manuel S. G. obrante en la diligencia de emplazamiento (folio 17)”.

Contra esta última Sentencia, de 17 de julio de 1987, se interpuso recurso de casación, con base en un único motivo, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la LEC, por entender el recurrente que al concederse fuerza probatoria al documento presentado para fundamentar la reclamación se contradicen los preceptos del ordenamiento jurídico establecedores de los principios dispositivos y de aportación de parte, “lo que constituye un error de derecho” que ha de denunciarse por tal vía, infringiéndose el artículo 1.214 del Código Civil, cuya cita “puede viabilizar el recurso cuando se alegue y se demuestre que el Juzgador de instancia ha desconocido las reglas del mismo sobre atribución a cada parte de la carga de la prueba invirtiendo el *onus probandi*, pues, sigue diciendo, no se ataca la valoración de la prueba utilizando el conjunto global de los medios aportados, sino, en contradicción con ellos, basarse en el emplazamiento, que no figura en la pieza de prueba, supliendo la Sala la iniciativa de la parte actora. El motivo tiene que ser desestimado porque: a) El viejo principio de que lo que no está en los Autos no está en el mundo implica, a *sensu contrario*, que todo lo que obra en Autos puede y debe ser valorado por el Juzgador, figure o no en los ramos de prueba, cuando no hay duda sobre su realidad; b) Aunque se afirma que no se ataca la valoración conjunta de la prueba, es precisamente eso lo que está haciendo y lo que tuvo en cuenta el Tribunal de Instancia, sin que se cite una norma de hermenéutica jurídica infringida, dado que no lo es el artículo 1.214 del Código Civil, precepto no apto, por su carácter genérico, para amparar un recurso de casación al no referirse a un medio concreto de prueba ni regular

su eficacia, por lo que sólo es operante cuando el Tribunal *a quo* ha desconocido la correcta distribución de la carga demostrativa (SS. 7 febrero y 6 junio 1981, 5 abril 1982, 16 y 26 diciembre 1983 y 3 diciembre 1984, citadas todas en la de 24 julio 1986 y 30 septiembre de 1986); c) El artículo 1.214, con su redacción simplista y aparente acierto, no resuelve el problema de la prueba y hubo de ser completado con la doctrina del *onus probandi*, en su recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenía la carga de la misma, si bien la carga probatoria que impone se torna innecesaria respecto de los hechos que aparecen acreditados; y para ellos no importa ya discriminar si los ha aportado el actor o el demandado (SS. 14 febrero 1949, 29 noviembre 1950, 2 febrero 1952, 20 junio y 30 diciembre 1954, y 23 septiembre 1986), pudiendo incluso completar la prueba los órganos jurisdiccionales (diligencias para mejor proveer) o valorar la existente, cual se ha dicho, tomando en cuenta para ello cuantos datos obren en Autos, de forma que lo pretendido por el recurrente es imponer su propio criterio sobre el del Juzgador, sin respetar la potestad de éste en la determinación de los hechos; y d) Tanto el artículo 609 de la LEC, que respecto al cotejo de letras faculta al Juez para hacer por sí mismo la comprobación después de oír a los Peritos revisores, como el artículo 632 del propio texto legal, establecen que los Tribunales apreciarán esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no definidas en el ordenamiento jurídico, por lo que siendo racionales y lógicas las consecuencias a que llega la Audiencia, no siendo necesario para ello "poseer conocimientos científicos ni prácticos dadas las notorias identidades que se pueden observar a simple vista entre ambas firmas" y la espontaneidad con la que hubo de plasmarse la estampada en la diligencia de emplazamiento (las actuaciones judiciales se equiparan a escrituras públicas y solemnes, S. 5 julio 1911), es claro que, como sigue afirmando, no infringió precepto formal alguno, cosa que hace en cambio el recurrente al citar dentro del mismo motivo los artículos 1.091, 1.261 y 1.790 del Código Civil, que no pueden resultar vulnerados si se parte de la base fáctica sentada por la Sala de instancia, pues la entrega de una participación de lotería implica un contrato de cesión de derechos, realizada en el caso que nos ocupa por precio; en nuestra legislación, a partir del ordenamiento de Alcalá, que inspira el vigente Código Civil, los contratos se perfeccionan y son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1.278); la existencia o inexistencia del consentimiento, objeto y causa, y, en definitiva, la del contrato, constituyen cuestiones de hecho que ha de apreciar el Juzgador de instancia, y su criterio sólo puede combatirse al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, al menos en cuanto a los hechos que le sirvieron como soporte; no cabe sostener que el consentimiento se dio por motivos distintos de los que aparecen claramente expresados en el contrato, pues si existieran otros se habrían también consignado; el consentimiento manifestado en forma jocosa no vicia su existencia ni la del objeto y la causa cuando éstos resultan claros de aquella expresión y no cabe dudar de su validez, es decir, que el consentimiento *iocandi causa* sólo revela la existencia del contrato cuando de él se desprende la falta de objeto cierto que sea materia del mismo o la falta de causa de la obligación que se establezca, nada de lo cual se da en el presente caso, en el que el buen humor en la forma, como muestra de alegría y complacencia, e incluso de la duda o esperanza sobre la buena suerte que haya de acompañar a los contratantes en el juego de la lotería en nada empuja a la seriedad del contrato.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL.—CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.—RELACION DE CAUSALIDAD (NO EXISTE). (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1989.)

Promovido por don Antonio M.O. ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farners demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Narciso P.C., la Compañía de Seguros Generales Lepanto, S.A.; don Ramón F.J., la Compañía de Seguros "Les Assurances Nationales IARD" y la Compañía de Seguros "Winterthur" sobre reclamación de daños por responsabilidad extracontractual, con fecha 18 de noviembre de 1986 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 15 de marzo de 1985, se desestimaba la demanda y absolvía de ella a los demandados, Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos probados: *a)* Que la esposa del actor —Manuela F.C.— viajaba como usuaria en el autobús Pegaso, matrícula GE-7692-A, que conducido por Luis L.G., siendo propiedad del demandado, Ramón F.J., y estando asegurado por la entidad demandada, "Les Assurances Nationales IARD", circulaba por la carretera de Blanes a Sant Feliú de Guíxols, en sentido inverso, a una velocidad aproximada de unos 20 kilómetros/hora; *b)* Que la señora F., con motivo de haber observado que en el cruce existente en las proximidades del lugar y en el otro lado de la calzada se hallaba detenido uno de los autocares que hace la línea Blanes a Lloret de Mar y que era el que habitualmente utilizaba para su traslado al lugar de trabajo, pidió de forma insistente al conductor del autobús que se detuviera y le permitiera bajar del mismo para no perder aquél, ya que, en su caso contrario, llegaría con retraso; *c)* Que el conductor del autobús, acto seguido, penetró en el arcén y detuvo el vehículo, en un lugar donde no tiene parada obligatoria, para que descendiera la referida viajera; *d)* Que al reanudar la marcha el mentado autobús Pegaso la ya entonces peatón cruzó oblicuamente la calzada, siguiendo idéntica trayectoria que el autobús, por detrás de éste, para intentar llegar al lugar donde se encontraba detenido el autocar mencionado; *e)* Que el vehículo del cual la señora F. había descendido, al llegar al cruce, mientras la indicada peatón seguía corriendo detrás del mismo, se detuvo ante la señal de stop; *f)* Que en este momento la referida señora se introdujo a la vía opuesta, en el preciso instante que por la misma llegaba el autocar Setra, matrícula B-1490-C, que conducido por Francisco J.M., siendo propiedad del demandado Narciso P.C. y estando asegurado por la sociedad asimismo demandada "Compañía de Seguros Generales Lepanto, S.A.", le alcanzó de lleno con la parte delantera izquierda del susodicho vehículo, falleciendo aquélla en el acto; *g)* Que el conductor del mentado autocar no pudo observar que de detrás del autobús Pegaso saliera la peatón de referencia, que cruzaba la carretera apresuradamente y sin cerciorarse de si en sentido contrario circulaba algún vehículo; y *h)* Que dicho conductor iba circulando correctamente por su carril y a una velocidad inferior a la establecida como límite en el sitio donde ocurrió el atropello.

El primero de los motivos del recurso se formula al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos que obran en Autos y demuestran la equivocación sin hallarse contradichos por otros elementos probatorios, designándose por el recurrente como tal documento el testimonio de particulares expedido por el Secretario del Juzgado de Distrito de Santa Coloma de Farners relativo al juicio de faltas seguido en tal órgano jurisdiccional como

consecuencia del accidente en el que se originó el fallecimiento de la esposa del hoy recurrente y que concluyó con Sentencia absolutoria, testimonio del que, según lo alegado en el presente motivo, se desprende el error en que incurrió el Juzgador de apelación al valorar los hechos, motivo éste que no podrá prosperar si tenemos en cuenta que, como da ya a entender en el cuerpo del mismo la parte que lo introduce, carece en su conjunto de litisuficiencia para acreditar lo pretendido en ella, lo que le obliga solicitar que se tenga en cuenta la declaración de determinados testigos, en cuanto cree que favorece su postura, desoyendo otros testimonios menos favorables a ella y que, en todo caso, constituyen medios de prueba tan válidos como aquellos en los que se apoya el motivo que, al contradecir así frontalmente el precepto del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser expresamente rechazado.

La desestimación del primer motivo comporta la inmutabilidad de los fundamentos fácticos sobre los que reposa la solución recurrida y convierte en imposible la prosperidad de los motivos segundo y tercero, que al amparo ya del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegan la existencia de sendas infracciones; en el segundo del artículo 1.º del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor y el Decreto legislativo 28-6-1986 respecto de la presunción de culpa del conductor de tales mecanismos, así como de la doctrina que los interpreta y en el tercero de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, puesto que si con relación al primero cabe decir que la doctrina jurisprudencial sentada en torno a la reparación indemnizatoria de los daños causados por vehículos de motor, aun admitiendo la doctrina de la responsabilidad por riesgo, le atribuye únicamente como efecto el de la inversión de la carga de la prueba, que en modo alguno impide el que la Sala de Instancia, en ocasiones como la presente en que está acreditado en Autos la ausencia en los demandados que intervinieron en el accidente de una conducta viaria tal que pueda ser calificada de negligente, llegue a concluir la imposibilidad de hacer recaer sobre los tales demandados la obligación de reparar tales daños; con relación al motivo tercero debe igualmente concluirse que no cabe sustentar con éxito una denuncia de inaplicación del mecanismo reparador de daños de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, los hechos sobre los que debe fundarse la acción reparatoria no permiten apreciar el cumplimiento de los requisitos a que la doctrina jurisprudencial interpretativa de los preceptos citados subordina la prosperidad de las acciones de exigencia de responsabilidad extracontractual, máxime cuando no cabe apreciar que la detención en el arcén de la carretera del autobús en que viajaba la víctima siquiera pudiera integrar una infracción de carácter administrativo de la que podría responder su conductor se halle unido por un nexo causal suficiente como para originar la responsabilidad del mismo al accidente sufrido por la misma cuando saliendo por detrás del mismo con la finalidad de cruzar la carretera, vino a interferir en el camino seguido por el otro autobús, cuyo conductor no tuvo ocasión de prever su presencia ni evitar el arrollamiento de la misma que ocasionó su inmediato fallecimiento.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: EVOLUCION EXPERIMENTADA EN LA APRECIACION DEL ELEMENTO CULPA, PERO SIN ELIMINAR EL PRINCIPIO CULPABILISTA.—FALTA DE RELACION DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1989.)

La base fáctica del presente recurso de casación vino constituida, sustancialmente, sobre el siguiente particular: que hacia las 14,00 horas del 6 de diciembre de 1984 y en ocasión de circular a velocidad moderada por la carretera nacional 634, en sentido de Guetaria a Zumaya, el autobús de marca Pegaso y matrícula BI-5248-B, propiedad de la empresa de "Transportes Pesa, S.A." y conducido por don José Ignacio Osa Martija, al servicio de la misma, al llegar a la altura del punto kilométrico 26,300, término municipal de Zumaya, el referido vehículo derrapó primeramente a la izquierda y después a la derecha, lo que originó que fuera a golpear contra el petril de piedra existente en dicho lugar y se precipitara a continuación al fondo del acantilado que, bordeando la carretera, descendía hasta el mar, produciéndose la muerte del mencionado conductor y de los tres ocupantes que viajaban en el Autocar, siendo de añadir que la calzada de la carretera se encontraba mojada por las salpicaduras del oleaje, que los neumáticos del vehículo se encontraban en buen estado, que la fecha de su matriculación fue el 13 de julio de 1972 y que la de su última inspección técnica tuvo lugar en 12 de noviembre de 1984, con resultado favorable.

Sobre la base fáctica relacionada, doña Carmen U. O. y don José-Martín, doña Josefa-Joaquina, don José-Francisco, don José-Javier, doña Miren-Harbil y doña María-Belén O. U., en el concepto respectivo de viuda e hijos del fallecido conductor, promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra la empresa "Transportes Pesa, S.A." en el Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia, el que, por Sentencia de 3 de junio de 1987, condenó a la sociedad demandada al pago de la cantidad de seis millones de pesetas a los actores, con los intereses previstos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e imposición de las costas a aquélla, cuya resolución, en trámite de recurso de apelación, fue revocada por la dictada en 16 de enero de 1988 por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Pamplona, en la que, con desestimación de la demanda, absolvió a la entidad demandada de las pretensiones contra ellas deducidas, sin condena en costas en ninguna de las instancias, y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por la parte actora, con fundamento en un único motivo al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, en relación con las Sentencias de 6 de mayo de 1983, 9 de abril de 1963, 18 de noviembre de 1980 y 24 de marzo de 1953. Respecto a dicho motivo son de hacer las siguientes consideraciones: ser cierto que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad según lo impone el artículo 1.902 del Código, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial, a partir de la Sentencia de 10 de julio de 1943, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi subjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el

cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado: pero, sin embargo, la evolución de objetivizar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo. Las precedentes consideraciones están en línea con la doctrina establecida en las Sentencias citadas en el motivo, a las que habría que adicionar, entre otras muchas, las de fecha 28 de febrero de 1950, 23 de diciembre de 1952, 24 de marzo de 1953, 8 de abril de 1958, 30 de junio de 1959, 9 de abril de 1963, 15 de junio de 1967, 14 de marzo de 1968, 14 de octubre de 1969, 11 de marzo de 1971, 10 y 29 de mayo de 1972, 9 de marzo y 17 de noviembre de 1973, 1 y 9 de junio de 1975, 30 de junio de 1976, 31 de enero y 27 de mayo de 1978, 27 de abril de 1981, 27 de mayo, 4 de octubre y 20 de diciembre de 1982, 29 de marzo, 25 de abril, 6 y 17 de mayo y 13 de diciembre de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 y 19 de febrero de 1987.

La proyección al motivo de las consideraciones que anteceden son determinantes de su inviabilidad en cuanto que no cabe la posibilidad de atribuir un mínimo de culpabilidad a la sociedad demandada que, en conjunción con la noción de riesgo, hubiera originado, en relación de causalidad, el resultado dañoso, ya que la circunstancia de que el vehículo, dadas las fechas de matriculación y producción del accidente, hubiese rebasado en algo más de un año el coeficiente máximo de amortización prevenido en la Orden de 21 de diciembre de 1968, es un dato notoriamente insuficiente en orden a acreditar, de por sí, un deficiente estado en el Autobús, especialmente, cuando fue objeto de inspecciones periódicas y la última, practicada en fechas próximas al siniestro, había resultado favorable, y ello, sin poder olvidar el buen estado de conservación que ofrecían los neumáticos, todo lo cual, descarta la intervención de la empresa en la salida de aquél de la calzada, cuya fase inicial, el derrape o deslizamiento, bien pudo deberse a diversas causas, entre ellas, la influencia del oleaje sobre la calzada de la carretera, y esto así, lleva a concluir que el Tribunal *a quo* no interpretó erróneamente los preceptos legales y doctrina jurisprudencial citadas en el motivo, lo que supone, como ya dijo, el fracaso del mismo.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: AUSENCIA DE CULPA DE LA DEMANDADA.
(SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

En el suplico de la demanda origen de la litis de que trae causa este recurso de casación se insta la declaración de que los daños y perjuicios sufridos por la

demandante, doña Bibiana N. A., como consecuencia del incendio ocurrido el día 6 de octubre de 1985, fueron originados por culpa o negligencia del demandado al producirse el incendio en la chimenea de la casa de su propiedad y condenando al demandado a la correspondiente indemnización. La parte demandada, don Juan I. V., se opuso, y formuló reconvencción pidiendo indemnización de los daños causados por el incendio que se debió, en su criterio, a culpa de la demandante. Ambas sentencias de instancia estimaron la demanda, apreciando la culpa del demandado como causante del incendio. Antes de pasar al estudio y resolución sobre los tres motivos de que se integra este recurso de casación, interesa dejar sentado que los hechos básicos del fallo estimatorio de la sentencia recurrida fueron los siguientes: a) Las casas vivienda de ambos litigantes son contiguas, separadas por una pared medianera; la del demandado tiene junto a esta pared su cocina, mientras la vivienda de la demandante la tiene en el lado opuesto junto a la pared que no es medianera; ambas con salida de humos al tejado común a través de su tubería. b) El 5 de octubre de 1985 el demandado encendió su chimenea a las diez horas, la que funcionó mal, saliendo humo anormal, por lo que la apagó, volviéndola a encender más tarde “y quedando con fuego a la noche, y sobre las 6,15 horas del día 6 se produjo un incendio, pasando el fuego al tejado común, y ardiendo totalmente las dos viviendas, produciéndose a la actora unos daños tasados en más de nueve millones de pesetas”. c) Consta el defectuoso funcionamiento de la chimenea del demandado, falta de las reparaciones necesarias, máxime cuando la pared sobre que apoya la chimenea es medianera y, al parecer, también necesitada de reparaciones; no hay constancia, en cambio, de que la chimenea de la demandante requiera reparaciones, ni tampoco si al ocurrir el incendio estaba encendida, a pesar de que esto es afirmado, sin prueba convincente obtenida en la instancia, por el demandado. d) Señala el Tribunal de Instancia [fundamento de Derecho 4.º, ap. b)] que “de la prueba testifical de Autos y del atestado de la Guardia Civil se deduce que el fuego se inició según los primeros testigos que lo vieron en el centro del tejado, lugar que corresponde a la pared en que está emplazada la chimenea del demandado, pues la de la actora está situada en la pared opuesta, en la que no se inició, según esos vestigios, el incendio”. e) No obstante obtener el origen del incendio a través de pruebas directas, como la testifical y su equivalente el atestado y diligencias sumariales, la Sala *a quo* afirma, más bien corrobora, por deducciones presuntivas, la procedencia del fuego y subsiguiente responsabilidad de los hechos de Autos, con base en conducta negligente del demandado.

Los hechos expuestos no han sido adecuadamente impugnados en el recurso, toda vez que los tres motivos de que consta se apoyan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primero de ellos se acusa la infracción del artículo 1.253 del Código Civil y de las doctrinas que cita de esta Sala. Dado el cauce por el que se formula el motivo, éste no impugna el hecho base de la presunción, sino el enlace entre ese hecho básico probado y la conclusión de que el incendio se originó en la cocina del ahora recurrente. Partiendo de los hechos acreditados, que se han consignado, hay prueba directa del lugar en que se observaron los indicios del incendio, que fue en lugar de la vivienda del recurrente, extendiéndose después el fuego a la colindante. Para destruir esta conclusión presuntiva hay que demostrar que el Juez ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, una vía o camino erróneo no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio (SS. 5 noviembre 1981, 26 marzo 1982, 25 febrero 1983 y 11 febrero 1984); además, la determinación de dicho nexo lógico y directo constituye un juicio de valor que está reservado a los Tribunales y que

hay que respetar en tanto no se acredite su irrazonabilidad (SS. 7 y 10 marzo y 14 julio 1983). Frente a esta doctrina, la parte recurrente afirma que la pared entre ambas viviendas es medianera, cuya circunstancia no ha sido básica para establecer la presunción de culpa del recurrente, que también la demandante y actual recurrida tuvo encendida su cocina, hecho sobre el que nada se acredita ni se tuvo como probado por el Tribunal de apelación, y que también a estaba obligada a contribuir a reparar la pared medianera. Pero estos hechos y afirmaciones jurídicas no están lógicos y buen criterio al Tribunal de apelación, ni impelen a poder sostener con fundamento que se siguió un criterio erróneo para establecer de unos hechos básicos (lugar de salida del humo y señal del incendio, cocina del demandado encendida el día anterior por la noche, hora en que comenzó el fuego, salida anormal de humo el mismo día anterior); observaciones que no pudieron hacerse, ni otras equivalentes, respecto de la conducta de la recurrida. Por todo ello este motivo debe ser rechazado.

El segundo de los motivos denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala que se citan. Parte el motivo del hecho, no acogido como decisivo por la Sala de instancia, de que la pared era medianera y en malas condiciones, olvidando que esta circunstancia no ha sido la decisiva para apreciar culpable la conducta del recurrente, sino a lo más circunstancia marginal y accesorio, pues la causa principal y determinante de manera exclusiva del incendio fue indudablemente el fuego encendido en la cocina del demandado y no la situación más o menos defectuosa de la pared medianera. Parte también el motivo de la conclusión no acreditada de que la demandante y recurrida creó también el riesgo de incendio, lo que según se deja indicado no aparece probado en la fase correspondiente de la instancia, ni apreciado por el Tribunal *a quo*. Todo ello conduce asimismo a la desestimación de este segundo motivo, en cuanto el artículo 1.902 del Código Civil fue rectamente aplicado en la sentencia recurrida.

Por último, el motivo tercero acusa la infracción de las leyes 370 y 376 de la Compilación de Navarra, del artículo 392, párrafo 1, del Código Civil, de los artículos 389, párrafo 1, 575, 1.907 y 1.902, todos ellos del Código Civil y de la doctrina de la sentencia de esta Sala que cita. En definitiva, se alega la infracción en un solo motivo de siete preceptos legales, algunos de los cuales constan de varios párrafos, sin indicarse cuál es el infringido, todo lo que revela un defecto formal de formulación de este motivo, lo que da como consecuencia mezcla de criterios sobre la medianería, con las normas sobre vecindad y sobre responsabilidad extracontractual. Y, sobre todo, ese conglomerado de supuestas infracciones tan heterogéneas no consigue anular la apreciación de la prueba verificada por la Sala de instancia, ni la consecuencia obtenida de culpabilidad en contra del demandado recurrente y consiguiente responsabilidad extracontractual al amparo de la Ley 488.2, de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra y artículo 1.902 del Código Civil. En definitiva, este motivo también ha de ser rechazado y con él la totalidad del recurso.

R. de A.

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA. LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1989).

El único motivo del presente recurso denuncia, por el cauce del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error en la apreciación de la

prueba basado en documentos obrantes en Autos y a tal efecto señala: 1) Documentos aportados con la demanda, folios 1 a 408 ambos inclusive, todos ellos relacionados entre sí y que forman un todo puestos en relación con la prueba de libros que obra en Autos a los folios 480 a 491 ambos inclusive; 2) Documentos aportados con la contestación a la demanda bajo los números 2 a 12 obrantes a los folios 590 a 599 ambos inclusive, igualmente puestos en relación con la prueba de libros que obra en Autos a los folios 480 a 491 ambos inclusive. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil llevada a cabo por la Ley 34/84, de 6 de agosto, si bien flexibilizó el rigor formalista de su anterior redacción, no por ello ha convertido la casación en una tercera instancia en la que el Tribunal pueda realizar un nuevo examen y valoración de todos los elementos de convicción aportados a las actuaciones sino que, cuando se utiliza la vía procesal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, su contenido se limita a resolver si los documentos que se invocan en su apoyo demuestran, en efecto, la equivocación del Juzgador, exigiéndose para ello que los invocados tengan el concepto de documentos en el sentido de que constaten un hecho, acto o negocio jurídico producido con independencia de las actuaciones judiciales a las que han sido incorporados como uno de los medios de prueba que autorizan los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la citada Ley de Enjuiciamiento; que los documentos no hayan sido tenidos en cuenta e interpretados por el Tribunal de instancia y que en sí mismos contengan datos reveladores del supuesto error sin necesidad de ser sometidos a deducciones o interpretaciones. Esta constante doctrina jurisprudencial lleva indefectiblemente a la desestimación del motivo ya que lo en realidad pretendido por el recurrente es una nueva valoración de la prueba practicada en Autos, consistente, fundamentalmente, en la documental citada en apoyo del motivo, sustituyendo la apreciación objetiva del Tribunal *a quo* por la suya, de carácter subjetivo y parcial, con olvido de que los invocados documentos han sido examinados y valorados en sus justos términos por aquél como resulta de la lectura del fundamento de Derecho tercero de su sentencia en que expresamente se cita la prueba de libros; por otra parte, como ya recoge la sentencia recurrida, los meritados documentos carecen de la literosuficiencia requerida para fundar en ellos este motivo casacional ya que el listado confeccionado por ordenador en el que se refleja el estado de la cuenta abierta a don José Luis M. sólo pone de manifiesto los suministros hechos a éste y su importe, pero no si fueron o no satisfechos ni la fecha ni forma en que, en su caso, se hizo el pago, lo cual sólo se desprende de la diligencia judicial de prueba de libros y de las anotaciones manuales realizadas en el listado, sin que consten los datos contables o documentales que justifiquen tales anotaciones; es decir, de tales documentos no se patentiza, sin necesidad de acudir a interpretaciones o deducciones, como las contenidas en el desarrollo del motivo al relacionar entre sí todos los documentos invocados, el error acusado.

R. de A.

RESOLUCION DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL: NO APLICABLE A "CONTRATO UNILATERAL".—FRUSTRACION DEL FIN DEL CONTRATO.
(SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

Como antecedentes necesarios para la resolución de este recurso de casación, han de tenerse en cuenta los siguientes: A) Doña María Dolores B.P. y don Epifanio D.F., en documento privado de fecha 25 de junio de 1985, concertaron

un contrato de opción de compra sobre un piso y plaza de garage propiedad de la primera sitios en la calle Teodora Lamadrid, 52-60, de Barcelona, estableciendo como precio de la futura compraventa el de 8.700.000 pesetas, pagaderas al contado el día del ejercicio de la opción; como prima de la opción se fijó la cantidad de 500.000 pesetas que la concedente recibió en el momento de la firma del contrato; el plazo para el ejercicio de la opción concluía el quince de noviembre de 1985. B) en 17 de agosto de 1985, doña Dolores B. comunicó, por medio de telegrama, a don Epifanio D. la rescisión unilateral del contrato de opción de compra al amparo de la cláusula VIII del mismo con devolución de la cantidad de 500.000 pesetas. C) El mismo día 17 de agosto, el señor D. remitió a la señora B. una carta por conducto notarial por la que le notificaba su voluntad de ejercitar la opción dentro del plazo concedido y que, en caso de incumplimiento por su parte, procedería judicialmente de inmediato, ejercitando la acción de cumplimiento de la obligación así como la de indemnización de daños y perjuicios. D) En 20 de agosto de 1985, don Enrique M.G., en representación de su esposa doña Dolores B., consignó notariamente para su ofrecimiento a don Epifanio D. la cantidad de quinientas mil pesetas, que no fue aceptada por este último. E) Don Epifanio D.F. formuló demanda de juicio de menor cuantía contra doña Dolores B.L. en cuyo suplico interesaba la condena de la demanda al cumplimiento del contrato de opción de compra y al otorgamiento de escritura pública de venta, subsidiariamente, que fuese condenada a satisfacerle la cantidad de un millón trescientas mil pesetas con los intereses legales desde la interposición de la demanda. F) Vendidos por escritura pública de 10 de septiembre del repetido año el piso y plaza de garage objeto del contrato de opción a un tercero, la Sala tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia que condenaba a la demandada señora B.P. a satisfacer a don Epifanio D. la cantidad de un millón trescientas mil pesetas más los intereses legales de dicha cantidad desde la interpelación judicial.

El motivo primero del recurso, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba por cuanto, afirma, "lo mismo el Juez de Primera Instancia que la Sala de Apelación estiman, sin razonamiento alguno, que los gastos de depósito de muebles y de transporte de los mismos realizados por el actor ascendieron a la suma de trescientas mil pesetas que se alegaba en la demanda" y se aducen en apoyo de esta impugnación dos documentos producidos por la entidad "Trallero" y aportados por el actor con su escrito de proposición de prueba, de los que resulta que la única suma efectivamente pagada es la sesenta y una mil quinientas pesetas. El motivo ha de prosperar pues del documento "C" de los aportados por el actor con su escrito de proposición de prueba, compuesto de "carta de porte" y "factura", expedidos por la empresa "Trallero", se pone de manifiesto que la cantidad pagada por el actor en concepto de transporte y almacenaje de sus muebles asciende a 61.500 pesetas, lo que a falta de toda otra prueba sobre el montaje de dichos gastos implica la anunciada estimación del motivo examinado al haber de rectificarse en el fallo de la sentencia recurrida la suma a cuyo pago ha sido condenada la demandada, reduciéndola a la que, sin necesidad de interpretaciones ni deducciones, resulta de los invocados documentos acreditativos del error padecido por el Tribunal *a quo* y que no aparecen contradichos por otros elementos probatorios.

En el segundo motivo del recurso, por el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se denuncia infracción del artículo 1.124

del Código Civil y se alega que “para que sea aplicable la condición resolutoria tácita del artículo 1.124, según constante jurisprudencia, es preciso que quien invoca dicha condición haya cumplido por su parte con la obligación propia. Y de los Autos aparece con claridad que el actor señor D. no cumplió por su parte con la obligación que le imponía el contrato para exigir el cumplimiento a la otra”; se apoya este motivo casacional en la invocación que se hace en el tercer fundamento de Derecho de la resolución combatida, del artículo 1.124 del Código Civil al decir que “ante la imposibilidad de cumplir lo pactado, puede la otra parte pedir la resolución e indemnización de los daños y perjuicios que autoriza el artículo 1.124 del Código Civil, como correctamente se decide en la sentencia impugnada”. El motivo ha de decaer por cuanto la sentencia del Tribunal *a quo*, confirmatoria del fallo de la primera instancia que transcribe en sus antecedentes de hecho, en modo alguno declara resuelto el contrato de opción de compra de 25 de junio de 1985 que vinculaba a los litigantes sino que, de acuerdo con el suplico de la demanda inicial, establece una indemnización pecuniaria sustitutiva del cumplimiento del contrato instado judicialmente que, por la conducta de la hoy recurrente enajenando los bienes objeto de la opción a un tercero, devino imposible durante la tramitación del juicio; en ningún momento de la litis ha sido objeto de controversia la acción resolutoria del contrato de opción por aplicación de la llamada condición resolutoria tácita regulada en el artículo 1.124 del Código Civil, condición resolutoria tácita inaplicable al contrato de opción de compra en litigio por su naturaleza de contrato unilateral, en este caso concreto, y ello se pone de manifiesto no sólo en los términos en que quedó planteado el litigio a través de los escritos de demanda y de contestación a la misma, sino también del fallo de la sentencia del Juzgado y de su fundamentación jurídica, ambos aceptados por la sentencia ahora recurrida, y de la propia argumentación de esta última; así de la lectura conjunta de sus dos fundamentos de derecho numerados bajo el ordinal tercero se patentiza, no obstante la transcrita referencia al artículo 1.124 cuya aplicación atribuye incorrectamente al Juzgado, que la indemnización de daños y perjuicios que establece lo es con carácter subsidiario ante la imposibilidad del cumplimiento del contrato de opción solicitada por el actor en el suplico de su escrito inicial, imposibilidad sobrevenida a la interposición de la demanda y causada por la conducta de la recurrente. Es decir, demandado judicialmente el cumplimiento del contrato de opción, ante la manifestada voluntad de la optataria de no acceder a ello, es claro que era improcedente la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil en cuanto regula la condición resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas y, en consecuencia, tal precepto no ha podido ser infringido por la Sala sentenciadora en los términos que se dicen en el motivo examinado. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que las cuestiones afectantes al cumplimiento o incumplimiento de los contratos son cuestiones de hecho cuya apreciación es de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia sólo revisable en casación por la vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no atribuido por la Sala *a quo* incumplimiento alguno de las obligaciones que pesaban sobre el actor recurrido, también por esa razón, sería rechazable el motivo.

En el motivo tercero, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción por la Sentencia de instancia de los artículos 1.124 y 1.454 del Código Civil y ha de ser examinado conjuntamente con el cuarto en que, por el mismo cauce procesal, se denuncia infracción del artículo 1.124 citado al haber sido aplicado a supuestos de daño emergente no probado ni acreditado siquiera indiciariamente. Además de lo dicho en el anterior

fundamento de esta resolución de la inaplicabilidad del artículo 1.124 del Código Civil para resolver la cuestión sometida a debate, ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina de esta Sala (SS., entre otras, de 22 abril y 21 noviembre 1983, 23 enero, 5 mayo y 25 octubre 1986 y 9 julio 1987) de que las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicio lo son de hecho y corresponde su conocimiento a los Tribunales de instancia, cuya facultad para señalar, según las circunstancias del caso el montante indemnizatorio no está sometido a la censura de la casación. De otra parte, es asimismo doctrina jurisprudencial recogida en Sentencias de 9 de mayo y 27 de junio de 1984 y 5 de junio de 1985, que la doctrina de que el sólo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar, no excluye la idea de que el incumplimiento constituya *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1.258 del Código Civil al decir que el contrato obliga “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir *in re ipsa* el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración factiblemente valorable, sin más prueba que la propia omisión, según casos y circunstancias. Doctrina de plena aplicación al presente caso en que por la conducta de la hoy recurrente se frustró el fin perseguido con el contrato de opción de compra que resultó de imposible cumplimiento por ese actuar contrario a la buena fe que ha de presidir la actuación de los contratantes y que justifica la sanción reparadora de los daños y perjuicios acordada por la Sala de instancia, no resultando conculcados los preceptos del Código Civil citados en los motivos de examen, siendo así que al aplicar analógicamente el artículo 1.454 del Código Civil, el Tribunal *a quo* no hace sino fijar en el correcto uso de su facultad soberana, la indemnización que estima pertinente, acudiendo para el señalamiento de su cuantía al módulo que representa el citado artículo, de la misma forma que podía haber acudido a cualquier otro parámetro, sin que por esa aplicación analógica que se hace en la sentencia pueda reputarse como violado el citado artículo 1.454 del Código Civil; todo lo cual lleva a la desestimación de los motivos tercero y cuarto del recurso, sin perjuicio de las consecuencias que la acogida del primer motivo ha de tener en la fijación del *quantum* indemnizatorio.

R. de A.

ARRENDAMIENTOS URBANOS.—RETRACTO DEL INQUILINO: NO PROCEDE POR LA SOLA CONSTITUCION DEL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL POR PARTE DE LOS ADQUIRENTES DE LA TOTALIDAD DE LA CASA.
(SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1989.)

Para el adecuado estudio y subsiguiente resolución del presente recurso se estima imprescindible hacer sucinta, pero suficiente, relación de los antecedentes configuradores de la cuestión litigiosa, que son los siguientes: a) La casa marcada con el número veintiséis de la calle Sagasta, de Madrid, cuyo propietario fue don

José G. C., constaba, y consta, de una planta sótano y seis plantas en alta, y cada una de ésta tenía, y tiene, dos viviendas o pisos (uno a la derecha y otro a la izquierda), que venían siendo arrendados. *b)* Siendo propietario de dicha casa el señor G. C., mediante contrato de arrendamiento celebrado con él, con fecha 1 de enero de 1957, don Pascual T. I. pasó a ser arrendatario del piso cuarto izquierda de la referida casa. *c)* En fecha que no consta en Autos, pero, desde luego, cuanto todavía era propietario de la casa el señor G. C., falleció don Pascual T. I., y su hija, doña María del Rosario T. P., por subrogación en los derechos y obligaciones de su padre en el mencionado arrendamiento, pasó a ser la arrendataria del referido piso cuarto izquierda. *d)* Mediante escritura pública de fecha 30 de noviembre de 1972, don José G. C. vendió la referida casa (con sus viviendas o pisos arrendados a diversas personas) a los dos matrimonios formados por don Elías P. M. y a su esposa, doña María del Carmen M. C., y por don Vicente P. M. y su esposa, doña Manuela R. D., quienes adquirieron dicha casa para sus respectivas sociedades conyugales, por mitad y *pro indiviso*, después de cuya venta doña María del Rosario T. P. continuó siendo la arrendataria del expresado piso cuarto izquierda. *e)* Mediante escritura pública de fecha 19 de enero de 1984, los dos matrimonios copropietarios (don Elías P. M. y su esposa, y don Vicente P. M. y la suya) constituyeron la referida casa en régimen de propiedad horizontal, estando la misma integrada por quince departamentos independientes, tres en la planta sótano y doce en las seis plantas en alto, a razón de dos en cada una de éstas (uno a la derecha y otro a la izquierda), todos cuyos quince departamentos, como fincas separadas e independientes, se los adjudicaron los dos referidos matrimonios para sus respectivas sociedades conyugales, en la misma forma y proporción anteriormente dicha, o sea, por mitad y *pro indiviso*, y doña María del Rosario T. P. continuó siendo la arrendataria del ya dicho departamento, vivienda o piso cuarto izquierda. *f)* Mediante escritura pública de fecha 30 de julio de 1984 los dos referidos matrimonios (don Elías y don Vicente P. M. y sus respectivas esposas) vendieron el piso tercero izquierda, del que eran copropietarios en la proporción ya dicha, a don Primitivo P. R. y doña Carlota N. A.

Por entender doña María del Rosario T. P. que, como consecuencia de las que acaban de decirse, constitución de la casa en régimen de propiedad horizontal y posterior venta del piso tercero izquierda, había nacido en favor de ella un derecho de retracto arrendaticio urbano con respecto al piso cuarto izquierda del que venía siendo arrendataria, en octubre de 1985 promovió el proceso correspondiente contra los dos matrimonios copropietarios del mismo (don Elías y don Vicente P. M. y sus respectivas esposas), en el que ejerció la referida acción de retracto con respecto a dicho piso cuarto izquierda, siendo continuado el expresado proceso, en calidad de actora, por haber fallecido, durante la tramitación del mismo, doña María del Rosario T. P., por su hija doña María Inmaculada C. T., por afirmar ésta que era la sucesora de su madre en el arrendamiento de dicho piso. En el proceso, en grado de apelación, la Sala Tercera de lo Civil de la (entonces) Audiencia Territorial de Madrid dictó Sentencia de fecha 19 de noviembre de 1987 por la que, confirmando íntegramente la del Juez de Primera Instancia, desestimó la acción de retracto ejercitada. Contra dicha Sentencia de la Audiencia, doña María Inmaculada C. T. interpone el presente recurso de casación a través de cinco motivos, el primero de los cuales aparece articulado por el cauce procesal del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los cuatro restantes por el del ordinal 5.º del mismo precepto.

Prescindiendo de los conceptos y consideraciones de índole jurídica que, aducidos en el motivo primero, extravasan los límites institucionales del mismo,

el cual, en cuanto formulado por el cauce del ordinal cuarto ya dicho, sólo permite la denuncia del concreto error de hecho (*quaestio facti*) que la Sentencia impugnada pueda haber padecido al apreciar la prueba, siempre que dicho error aparezca claramente evidenciado por documentos obrantes en Autos sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, con plena abstracción de consideraciones de índole jurídica que han de quedar reservadas para los motivos adecuados para ello; la primera cuestión que nos plantea el presente recurso es la de descubrir cuál sea el concreto error de hecho que la recurrente pretende denunciar a través de este motivo, pareciendo deducirse que, dentro del confuso y anfibológico desarrollo que hace del mismo, dicha recurrente trata de poner de manifiesto, no uno, sino tres errores de hecho que, al parecer, son los siguientes: no haber la Sala de apelación considerado probado que los dos matrimonios demandados, aquí recurridos, además del piso tercero izquierda de la casa, han vendido también el sexto derecha de la misma; haber estimado producida la caducidad de la acción de retracto ejercitada, y haber considerado probado que los propietarios del piso cuarto izquierda (que es objeto del retracto aquí ejercitado) son los dos matrimonios demandados, cuando solamente lo es, dice la recurrente, el matrimonio formado por don Elías P. M. y doña María del Carmen M. C. Pese a la defectuosa formulación del motivo, al involucrar confusa y asistemáticamente en el mismo tres supuestos errores de hecho distintos, con cita indiscriminada de una serie de documentos, sin precisar concretamente cuáles son los que evidencian de forma individualizada cada uno de los errores que dice denunciar, lo que, en su momento, podría haber sido causa de la inadmisión del motivo y ahora podría serlo, sin más, de su desestimación; no obstante ello, en evitación de que el derecho fundamental que la recurrente, como cualquier otro ciudadano tiene a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de nuestra Constitución), pudiera verse afectado o disminuido como consecuencia del expresado defecto formal, aunque sólo a ella es imputable el mismo, serán tomados en consideración y examinados esos tres supuestos errores de hecho, separadamente uno de otro, como si de tres submotivos, dentro de único motivo, se tratara.

El primero de los aludidos errores de hecho parece hacerlo consistir la recurrente, como ya se ha dicho, en que la Sentencia recurrida sólo considera probado que los dos matrimonios demandados, aquí recurridos, han vendido el piso tercero izquierda de la casa, cuando, en realidad, también han vendido el sexto derecha. El motivo (o mejor, submotivo), en lo que a dicho error se refiere, ha de ser desestimado por superfluo, pues la Sentencia recurrida, sin negar que los demandados hayan vendido también el piso sexto derecha, aunque sólo afirma expresamente como vendido el tercero izquierda, lo que viene a sostener es que la venta que los demandados hayan podido hacer de uno o de varios pisos distintos del que se trata de retraer carece en absoluto de relevancia para el nacimiento de la acción de retracto con respecto a un piso (el cuarto izquierda) diferente del vendido o vendidos, por lo cual, aunque aparezca, como aparece, probado que los demandados han vendido también el piso sexto derecha, que la Sentencia no niega, aunque tampoco lo afirma, por lo que más que ante un error de hecho probatorio nos encontraríamos ante un supuesto de posible integración del *factum* por esta Sala, ello es totalmente innecesario, pues para la resolución del tema de si la venta por los demandados de algún piso de la casa (distinto del que se trata de retraer) es o no elemento determinante o constitutivo del nacimiento en favor de la actora, aquí recurrente, de la acción de retracto respecto del piso de que es arrendataria (el cuarto izquierda), lo que será examinado al

estudiar los motivos siguientes, resulta totalmente indiferente que los vendidos (distintos, se repite, del que se trata de retraer) sean uno o más de uno.

Si bien la Sentencia de primer grado, por un, tal vez, no bien entendido concepto de la congruencia, no sólo razona y resuelve la no existencia en este supuesto litigioso de derecho de retracto alguno en favor de la actora, ahora recurrente, sino también pronunciándose sobre la excepción aducida por los demandados, declara caducada la acción de retracto ejercitada cuando el primer pronunciamiento impedía o, al menos, hacía totalmente innecesario el segundo, o a la inversa, como quiera que la Sentencia de apelación, que es la aquí recurrida, aunque parece aceptar, sin más, los razonamientos del Juez acerca de la caducidad, lo que verdaderamente estudia, con detallado y profuso razonamiento, es el tema de fondo relativo a la existencia o no de derecho de retracto en favor de la actora, que resuelve en sentido negativo, parece aconsejable, según las normas de la más estricta y elemental lógica jurídica, que el estudio relativo a esa hipotética caducidad de la acción, que la recurrente somete a la censura de esta Sala a través del mismo primer motivo, con la denuncia del segundo de los ya dichos tres supuestos errores de hecho que engloba en el mismo, debe ser pospuesto, como así lo hacemos, a la resolución del punto o tema verdaderamente angular o básico sobre el que descansa toda la estructura de este supuesto litigioso, cual es el atinente a la existencia o no, en el caso que no ocupa, de derecho de retracto en favor de la actora, aquí recurrente, que igualmente se somete a la consideración de esta Sala a través de algunos de los motivos siguientes, pues si este esencial tema hubiera de ser resuelto de la misma forma negativa en que lo han hecho las contestes Sentencias de la instancia, carecería totalmente de sentido jurídico el entrar a resolver sobre si se había producido o no la caducidad de una acción que ni siquiera había nacido.

El tercero de los supuestos errores de hecho que, dentro todavía del motivo primero, la recurrente parece querer denunciar es, como ya se ha dicho, el de que el piso litigioso (cuarto izquierda) no pertenece a los dos matrimonios demandados, como entiende la Sentencia recurrida, sino solamente a don Elías P. M. y su esposa, para evidenciar cuyo error, dentro de la indiscriminada mezcla de documentos que invoca en el motivo, parece citar, al objeto indicado, los siguientes: “cinco recibos de la merced arrendaticia del piso objeto de litis, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1985 y enero, febrero y marzo de 1986, donde en todos ellos, firmados por el Administrador de los demandados, figura en la parte superior y con la misma impresión mecánica que el resto de los recibos don Elías P. M.”, y la confesión judicial prestada por éste, en la que reconoce que “las obras realizadas en la casa las ha sufragado él, puesto de acuerdo con los vecinos, realizando él personalmente todas las gestiones al efecto”. El referido motivo (mejor, submotivo), en lo referente al expresado error, ha de claudicar por su total y palmaria inconsistencia, pues, aparte de tratar de suscitar con el mismo una cuestión nueva no debatida en la litis, aparece plenamente probado en los Autos, mediante la certificación del Registro de la Propiedad, en el que consta la inscripción actualmente vigente de la escritura pública de fecha 19 de enero de 1984 por la que se constituyó la casa en régimen de propiedad horizontal, que el piso litigioso (el cuarto izquierda), como todos los demás de la casa (salvo los que posteriormente han sido vendidos: el tercero izquierda y el sexto derecha) pertenece, por mitad y *pro indiviso*, a las sociedades conyugales formadas por don Elías y don Vicente P. M. y sus respectivas esposas, sin que, como no puede ser más obvio, unos recibos de renta expedidos por el Administrador colegiado señor Silvano Carro, en cuyo encabe-

zamiento, para identificarlos y distinguirlos de los correspondientes a otras casas por él administradas, pone simplemente "Eliás P. M./Sagasta, 26" o la manifestación hecha por don Eliás P. M. en confesión judicial (que tampoco tiene el carácter de documento al objeto de este motivo), en el sentido de que gestionó directamente y pagó los gastos de las obras de reparación y pintura de la casa, puedan en modo alguno tener la eficacia que pretende atribuirles la recurrente para contradecir o desvirtuar la expresada titularidad dominical del piso litigioso.

El derecho de retracto arrendaticio urbano, como cualquier otro retracto legal, en cuanto atributivo de una facultad de subrogación, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar de un tercer adquirente, presupone y exige ineludible y esencialmente, como acto constitutivo u originador de su nacimiento en favor del retrayente, la realización de un acto de transmisión onerosa (compra o dación en pago, dice el art. 1.521 CC; venta o cesión solutoria, afirma el art. 47.1 en relación con el 48.1 LAU) de la cosa (vivienda arrendada, en este caso concreto) por su propietario a un tercero, hallándose legalmente equiparada a tal forma de transmisión, a los efectos del retracto arrendaticio que nos ocupa, la adjudicación que de la vivienda arrendada, en el supuesto de que la misma perteneciera a varios copropietarios, se haga a uno de los condueños, por consecuencia de división de cosa común, según establece el párrafo tres del citado artículo 47 de la Ley Arrendaticia, salvo las excepciones que el mismo contempla y que aquí no interesan. En el presente supuesto litigioso, pese al elogiable esfuerzo dialéctico que la recurrente hace para tratar de demostrar lo contrario, no se ha producido tal acto transmisivo a título oneroso de la vivienda arrendada (piso cuarto izquierda), ni siquiera en la expresada forma analógica de adjudicación de la misma a uno de sus condueños como consecuencia de división de cosa común, pues toda la casa de la que forma parte el referido piso cuarto izquierda pertenecía, por mitad y *pro indiviso*, a las sociedades conyugales formadas por los dos matrimonios demandados, y al construir éstos después dicha casa en régimen de propiedad horizontal (que es otra forma, aunque especial, de comunidad o cotitularidad) no han hecho adjudicación concreta e individualizada del referido piso a ninguno de sus expresados condóminos, que el mismo (como todos los demás de la casa) siguió y sigue perteneciendo a las dos expresadas sociedades conyugales, en proindivisión y en la misma proporción ya dicha, por lo que no se ha producido cambio alguno, ni siquiera cuantitativo, en la titularidad dominical del repetido piso cuarto izquierda, sin que, por otra parte, el hecho de que dichos copropietarios hayan vendido después dos pisos (el tercero izquierda y el sexto derecha) distintos del que aquí se trata de retraer y respecto de los cuales, obviamente, la recurrente no era, ni es, arrendataria, pueda tener la más mínima incidencia en el nacimiento de ese hipotético e inexistente derecho de retracto que la recurrente pretende ostentar con relación al piso cuarto izquierda.

Los razonamientos que acaban de exponerse en el fundamento anterior son suficientes para producir el fenecimiento de los motivos segundo, cuarto y quinto, todos ellos con sede procesal en el número cinco del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por los que la recurrente denuncia infracción del artículo 47.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en el segundo), infracción de la doctrina de esta Sala contenida en las numerosas Sentencias que cita (en el cuarto) e infracción del artículo 3 del Código Civil en relación con la interpretación del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en el quinto), ya que la Sentencia recurrida, al declarar, en plena coincidencia con la de primer grado, que en este supuesto litigioso no ha nacido en favor de la actora, aquí recurrente,

derecho de retracto alguno con respecto al piso cuarto izquierda del que es arrendataria, no ha incurrido en ninguna infracción de los artículos invocados, sino que los ha interpretado y aplicado correctamente, así como tampoco de la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias que cita la recurrente, las cuales se refieren a supuestos distintos del aquí contemplado. La desestimación de los expresados motivos hace innecesario el estudio, que pospusimos para este momento, si era procedente, del segundo de los errores de hecho que la recurrente denunció en su motivo primero, así como también del motivo tercero, por el que, por vía del ordinal quinto, denuncia infracción del artículo 48.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, referentes los dos (aquel error de hecho y este motivo tercero), aunque desde perspectivas distintas, al mismo tema de la caducidad de la acción de retracto ejercitada, ya que, como se dijo en el fundamento de Derecho quinto, carece de todo sentido jurídico el plantearse el tema de si se ha producido o no la caducidad de una acción nonata.

R. de A.

ARBITRAJE: LIMITES DE LA DECISION ARBITRAL.—CONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1989.)

Para una mejor comprensión del presente recurso, se sintetizan algunos de sus antecedentes: a) Naviera Astro, S.A., propietaria-armadora del buque "Manuel Yilera", otorgó contrato de fletamento, en 25 de mayo de 1970, con Unión de Siderúrgicas Asturianas, más tarde absorbida por Empresa Nacional Siderúrgica, S.A. (ENSIDESA), estableciéndose, entre otras, las siguientes cláusulas: 6.^a "Los fletadores pagarán, en concepto de fletes a los armadores, el equivalente en U.S. dólar 2.65 en su paridad actual con el oro por tonelada de P.M., al vencimiento de cada período de treinta días, contados de acuerdo con la cláusula primera de este contrato, hasta la devolución del buque a los armadores". 30. "Si como consecuencia de disposiciones oficiales de los organismos competentes o convenios colectivos posteriores a este contrato se elevasen por cualquier concepto las actuales percepciones de los Oficiales y tripulación del buque, estos aumentos se repercutirán sobre los fletadores, incrementando el tipo de alquiler establecido. También se tendrá en consideración cualquier aumento producido por circunstancias no previstas en este contrato, pero siempre que fuese de efectiva aplicación en los demás buques de la flota española que realicen tráfico similar. Sin embargo, no se podrá repercutir la posible fluctuación en alza del mercado de fletes, ya que el tipo de flete en sí, estipulado en este contrato, se considera fijo durante su vigencia". 23. "Las cuestiones o diferencias que surjan entre las partes con motivo de la interpretación o cumplimiento de esta póliza serán sometidas a arbitraje de equidad en Madrid, de acuerdo con las normas aprobadas por la Ley de 22 de diciembre de 1953, renunciando las partes, expresamente, a otros fueros y jurisdicciones". b) Surgidas diferencias en cuanto a la interpretación y cumplimiento de la cláusula 6.^a y diferentes *addendums (sic)* firmados por las partes, Naviera Astro, S.A., después de múltiples intentos fallidos, solicita, en juicio ordinario de mayor cuantía, la formalización judicial del compromiso, con el suplico que figura en los fundamentos de hecho de esta resolución, contestando Ensidesa con la petición de que se dicte Sentencia "desestimando la demanda y absolviendo de la misma a mi mandante". c) El Juzgado

dictó Sentencia acogiendo íntegramente la pretensión actora. *d)* Recurre Ensidesa, pero no asiste al acto de la vista de la apelación. *e)* La Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en Sentencia de 30 de noviembre de 1987, razona que “la incongruencia del apelante impide a la Sala conocer los motivos que le impulsaron a la apelación, pero analizadas las actuaciones se advierte que el Juez ha aplicado atinadamente el derecho a los hechos del caso”, por lo que desestima la apelación y confirma la Sentencia del Juzgado. *f)* Ensidesa interpone recurso de casación.

El motivo único se formula “por infracción de Ley y de doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Por infracción del artículo 359 de la LEC impugnado en concepto de abuso en el ejercicio de la jurisdicción”. Ya en el desarrollo expresa lo siguiente, que por su importancia copiamos de modo literal, con la única modificación de las erróneas fechas de las Sentencias: “La parte dispositiva de la Sentencia de Primera Instancia de 10 de enero de 1985, —confirmada en todos sus términos expresados considerandos y fallo por la de la Audiencia Territorial de 30 de noviembre de 1987— en su apartado *c)* establece la controversia que ha de ser objeto de consideración por el Tribunal Arbitral, en los subapartados *a)* y *b)* del citado epígrafe, resume respectivamente las diferentes posiciones sostenidas por las partes NAVIERA ASTRO y ENSIDESA, señalando respecto de esta última que “estima que la cláusula 6.^a, párrafo primero, de la Póliza de Fletamento ha sido correctamente aplicada, confirmando dicha recta aplicación del cumplimiento de los *addendums* posteriores y la percepción por NAVIERA ASTRO, sin protesta ni reserva alguna, el flete contractual, por lo que no ha lugar a liquidación adicional” Consecuentemente con las mencionadas posiciones, y en concreto con la de ENSIDESA, referenciada en el subapartado *c)* del epígrafe, fija la Sentencia el *dubium* de la controversia en “si procede una liquidación complementaria final del flete, habida cuanta de la paridad del dólar/oro, o si no procede tal liquidación porque con los abonos producidos como consecuencia de la cumplimentación de los sucesivos *addendums* se ha tenido en cuenta, en todo momento, la cláusula 6.^a, párrafo 1.^o, de la Póliza de Fletamento”. Así las cosas, entendemos —con los máximos respetos para los Tribunales de Instancia— que se ha producido un error trascendente y fundamental que incide en el fondo de la cuestión, predeterminado el laudo arbitral con grave lesión para los intereses de mi representada (porque la posición mantenida por ENSIDESA a lo largo del procedimiento es que la cláusula 6.^a, párrafo primero, de la Póliza de Fletamento fue novada a lo largo y en todos y cada uno de los *addendums* al contrato, a partir del tercero, *addendums* cumplidos puntualmente con los respectivos abonos de ENSIDESA a NAVIERA ASTRO, sin protesta ni reserva de ninguna especie, porque se fijaron en cantidades concretas y determinadas los fletes correspondientes a cada período). Es claro, por tanto, que involuntariamente —de ahí el error que denunciemos— el Juzgador de instancia entra en el fallo de la Sentencia en una cuestión de fondo, como es la vigencia o no de la cláusula, que deben resolver los árbitros, cuestión que por otra parte en la que el propio Juzgador no quiere entrar, como lo expresa en el tercer considerando a su final, en el que se dice “sin que en el presente procedimiento tenga cabida la discusión sobre la novación de la primitiva u originaria Póliza de Fletamento por los *addendums* posteriores, pues dichas cuestiones son las que deben resolverse en y con el arbitraje de equidad”. La simple lectura de cuanto se lleva expuesto revela el confusionismo del motivo sobre su pertenencia y fundamentación, que es obligación insoslayable del recurrente, cual se desprende de la simple lectura del

artículo 1.707, párrafo tercero, de la LEC, pues que, al incardinarse en el número 1.º del artículo 1.692, acusa a la Sentencia recurrida de haber incidido en “abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción”, pareciendo que la recurrente se refiere a que se conoció indebidamente de algo que correspondía al Tribunal arbitral, implicando ello la validez del compromiso por sometimiento de la cuestión litigiosa al arbitraje, siendo así que en todo momento se opuso a su formalización judicial, al pedir simplemente la absolución y desestimación de la demanda, sin ningún otro aditamento o petición alternativa o subsidiaria; pero al considerar infringido el artículo 359 de la LEC, por incongruencia se está olvidando que el cauce adecuado para denunciarla es el número 3.º del artículo 1.692 y no sus números 1.º ó 5.º, según ha establecido constante y reiterada jurisprudencia (SS., por ejemplo, 14 febrero y 22 marzo, 20 abril, 30 mayo y 20 junio, todas de 1986; o 24 abril, 11 y 21 mayo, 16 junio, 16 noviembre y 12 diciembre, todas de 1987); por otra parte, no se ha vulnerado el principio de contradicción ni el derecho de defensa, pues quien hoy recurre pudo pedir en su contestación lo que estimase oportuno para la concreción del *dubio* y no lo hizo, cual se ha dicho, ni pidió aclaración sobre lo que se considerase oscuro o que se supliese cualquier omisión sobre punto discutido en el litigio, como autoriza el artículo 363 de la LEC, ni formuló tales peticiones en la apelación que interpuso, a cuya vista ni siquiera asistió, todo lo cual revela una búsqueda intencionada de retrasar la administración de justicia en lugar de colaborar a su rapidez, que no es sólo obligación de los Tribunales, sino de todos los españoles y, por supuesto, de los Abogados en ejercicio; además, no puede existir *extra petita* cuando se acoge literalmente la demanda y con ello se desestima la pretensión impugnatoria de absolución, pues aquella sólo se da cuando en el fallo se introduce algo no pedido por los litigantes y no cuando se respetan la base fáctica y los suplicos de los escritos rectores del proceso. Ahora bien, como la Sentencia tampoco está obligada a mantener un ajuste literal y riguroso a las pretensiones de las partes, debiendo resolver los problemas conexos y accesorios y aplicar el derecho pertinente, sin necesidad de sometimiento al alegado por la mismas (pueden establecerse aquellos extremos que, sin alterar la esencia de la pretensión la decidan adecuadamente guardando acatamiento a la sustancia de lo solicitado: S. 11 mayo 1989, que cita las de 14 junio 1984, 23 marzo y 9 diciembre 1985, 9 junio y 19 diciembre 1986, 1 abril y 16 julio 1987, 8 marzo y 21 abril 1988), pues lo que importa es que los fallos tengan virtualidad suficiente para dejar resueltos todos los extremos y problemas planteados, que fueron materia y objeto de debate; por ello, aclarado por el Juzgador, cual recoge el recurrente, que en el procedimiento de formalización judicial no tenía cabida discutir sobre la posible novación de la primitiva u originaria Póliza de Fletamento por los *addendums* posteriores, “pues dichas cuestiones son las que deben resolverse en y con el arbitraje de equidad”, es llano que, con mayor razón en un arbitraje de tal clase no podría achacarse nulidad al laudo que resolviese sobre tales extremos, implícitamente sometidos a su decisión, lo que puede aclararse ahora sin que implique acogimiento del recurso (es jurisprudencia que lo que puede ser motivo de simple aclaración no puede fundamentar este extraordinario recurso).

EJECUCION DE SENTENCIA EXTRANJERA: CONDICIONES PARA LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1989).

De entre los presupuestos fácticos a destacar en el presente recurso de casación son los siguientes: 1) Por Auto de 4 de abril de 1978, la Sala Primera del Tribunal Supremo acordó dar cumplimiento a la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de París, de fecha 4 de marzo de 1974, en el procedimiento promovido por la sociedad "Becco Matter y Compañía" contra don Enrique B. F. y la entidad mercantil "Chupa Chups, S.A.", por la que se condenaba a dichos demandados "al pago de 500.000 francos franceses, con los intereses del tipo legal, a partir del día de la demanda judicial, y de 125.000 francos franceses en concepto de daños y perjuicios, con el interés legal a partir de la fecha del fallo", acordándose, así mismo, comunicar la resolución a la Audiencia Territorial de Barcelona para que curse orden al Juzgado de Primera Instancia que correspondiera al domicilio de los demandados, a fin de que tenga efecto lo ordenado.

2) Ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona, al que correspondió la ejecución de la sentencia extranjera, compareció el apoderado de "Chupa-Chups" para consignar la cantidad de 10.835.754 pesetas, importe al que ascendía, según el escrito de "Becco Matter" solicitando el *exequatur*, el débito de su representada y del señor B. F., disponiéndose en providencia de 12 de diciembre de 1978, el ingreso de esa suma en la cuenta provisional de consignaciones del Juzgado.

3) En 7 de febrero de 1979, "Becco Matter" interesó del Juzgado para que requiera a la contraparte hiciese efectivos los intereses calculados al 13 por 100 desde el 1 de abril de 1977 al 12 de diciembre de 1978, ascendentes al contravalor en pesetas de 1.631. 976 así como los pertinentes hasta el completo pago, ya que la consignación efectuada comprendía los devengados hasta el 1 de abril de 1977, y en virtud de ello, el apoderado de los condenados, mediante comparecencia de 23 de marzo de 1979, consignó la cantidad de 745.787'19 pesetas, manifestando que la entrega se hacía en concepto de intereses legales al 4 por 100 a tenor de la Ley española, devengados desde la solicitud de ejecución de Sentencia en el Tribunal Supremo hasta el 12 de diciembre de 1973, con referencia a 10.835.754, así como los devengados sobre aquellos intereses, desde el 13 de diciembre de 1978 hasta la fecha, con lo que quedaba cumplido en exceso el Auto de 4 de abril de 1978 y la sentencia dictada en Francia.

4) En 27 de marzo y 15 de mayo de 1979, "Becco Matter" solicitó del Juzgado se requiriese a la contraparte hiciese entrega de los intereses adeudados en la cuantía indicada en el escrito de 7 de febrero anterior, e independientemente, que el Juzgado pusiese a su disposición las cifras consignadas, siendo lo acordando en providencia de 23 de mayo, transferir a "Becco Mater" la cantidad de 11.581.541 pesetas y elevar lo actuado a esta Sala, la que, en 27 de febrero de 1980, archivó la carta-orden cumplimentada, previo pase a la Inspección del Timbre.

5) En 2 de marzo de 1981, "Becco Mater" se dirigió a esta Sala para que ordenase al Juzgado de Barcelona requerir a "Chupa Chups" y al señor B. respecto al abono de 8.341.450 pesetas, más sus intereses legales, al 14 por 100, desde la fecha indicada hasta la de su completo pago, petición que reiteró al Juzgado, en escrito de 14 de abril de 1983, al tiempo de presentarle la carta-orden a él librada por la Sala del Tribunal Supremo en 25 de mayo de 1982, por

lo que, por providencia de 29 de junio de 1984, de conformidad el artículo 958 en relación con los 921 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se accedió requirir a los condenados en los términos dichos.

6) Por escrito de 30 de agosto de 1984, "Chupa Chups" y el señor B. comparecieron en el procedimiento e interpusieron recurso de reposición contra la providencia de 29 de junio, el que, impugnada por la adversa, fue desestimado por Auto de 10 de septiembre siguiente.

7) La expresada parte, por escrito de 17 de septiembre promovió incidente de nulidad de actuaciones y de las providencias dictadas en cumplimiento de la carta-orden del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982, e interpuso, por otrosí, recurso de apelación contra el Auto de 10 de septiembre, siendo proveído por el Juzgado, en 25 de septiembre, en el sentido de no haber lugar al mentado incidente y de admitir, en un solo efecto, el recurso de apelación.

8) La misma parte, por escrito de 2 de octubre, interpuso recurso de apelación en cuanto a la inadmisibilidad de nulidad de actuaciones, y el Juzgado, por providencia del 4 le tuvo por admitido en un solo efecto.

9) A instancia de "Becco Mater" el Juzgado, por providencia de 30 de abril de 1985, acordó proceder el embargo de bienes de los demandados-condenados en cuantía a cubrir la suma de 8.391.450 pesetas, más la de 5.367.000 pesetas para intereses y costas, y para evitar su práctica, los condenados consignaron, mediante talón conformado, la cantidad de 13.758.450 pesetas, que fue ingresada en la Caja General de Depósitos, en 5 de febrero de 1986, una vez que la Sala del Tribunal Supremo rehusó hacerse cargo de la misma, dado que subsistían en el Juzgado, pendientes de resolución o apelación, las actuaciones.

10) La Audiencia de Barcelona, por Auto de 15 de abril de 1986, desestimó el recurso de apelación interpuesto por "Chupa Chups" y el señor B. contra el Auto de 10 de septiembre de 1984, confirmando dicha resolución, la cual, había sido dictada en el recurso de reposición formalizado contra la providencia de 29 de junio, que tuvo por objeto requerir a aquéllos a satisfacer a la contraparte la cantidad de 8.341.450 pesetas, con sus intereses.

11) El Juzgado, en providencia de 31 de mayo, decidió remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, significándole que la cantidad consignada se hallaba ingresada en la Caja general de Depósitos, a resultas de lo que acordase, siendo recurrida en reposición por "Becco Mater" en escrito de 5 de junio, recurso que, impugnado por el contrario, fue desestimado por Auto de 25 de junio no habiendo lugar a reponer la providencia en cuestión.

12) La Sala Primera del Tribunal Supremo, en relación con el incidente de nulidad de actuaciones promovido por "Chupa Chups" y el señor B. en 17 de septiembre de 1984, dictó Auto de 10 de julio de 1986 por el que razona la imposibilidad de acoger tal pretensión y establecía estar a lo acordado por la Sala en la providencia de 17 de junio de 1985 (a consecuencia de la cual, se devolvieron las actuaciones al juzgado y el talón bancario por importe de 13.758.450 pts.), procediendo en 20 de octubre de 1986 a librar carta-orden al Juzgado, adjuntándole la de 25 de mayo de 1982, en unión de testimonio del precitado Auto de 10 de julio, para cumplimiento de lo en él acordado.

13) En 7 de noviembre de 1986, "Becco Mater" solicitó del Juzgado que, de la suma consignada, se le hiciese pago de 13.258.450 pesetas, importe del principal y de los intereses, continuando la consignación de las restantes 500.000 pesetas, mientras no se practicase la oportuna tasación de costas, a cuya petición se opusieron "Chupa Chups" y el señor B. en escritos de 17 del mismo mes y 8 de enero de 1987, en los que interesaron, por el contrario, la devolución de la

consignación de los 13.758.450 pesetas, por haber quedado cumplimentada la carta-orden del Tribunal Supremo y ejecutada en su totalidad la sentencia francesa, en 1979; el Juzgado, a la vista de los dispares criterios existentes entre las partes respecto a la suma a recibir por la actora, en providencia de 24 de enero de 1987, estimó procedente la práctica de una pericial contable a fin de concretar "cuál sea la suma que traducida en pesetas y teniendo en cuenta el cambio oficial del franco francés en los distintos períodos, la fecha e importes de las consignaciones efectuadas por los demandados y que deban entregarse a la actora".

14) Contra la indicada providencia de 24 de enero, "Becco Mater" interpuso recurso de reposición por medio de escrito de 29 de enero, que fue impugnado por la adversa por el de fecha 5 de febrero, y por Auto del siguiente 2 de marzo, el Juzgado desestimó la impugnación, sin dar lugar a reponer la resolución, y

15) El referido Auto de 2 de marzo de 1987 fue recurrido en apelación por "Becco Mater", recurso que se admitió en ambos efectos y elevadas las actuaciones a la Sala tercera de lo Civil de la Excma. Audiencia Territorial de Barcelona, ante la que comparecieron las partes, dicha Sala, por Auto de 19 de febrero de 1988, procedió a revocar la providencia de 24 de enero de 1987 y el Auto de 2 de marzo del propio año, resolutorio de la reposición, dejando ambas resoluciones sin efecto y ordenó al Juzgado que prosiguiese la ejecución de la sentencia ejecutoria extranjera por los trámites establecidos en los artículos 921 y 1.481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estándose a lo acordado en el Auto de la misma Sala de 15 de abril de 1986, sin hacer mención de las costas en la alzada. Y es el meritado Auto de 19 de febrero en el que se recurre en casación por la sociedad "Chupa Chups" y don Enrique B.F., a través de dos motivos a tenor de los números 2.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dada la naturaleza de la resolución sometida a recurso: Auto de una Audiencia Territorial resolutorio de una apelación interpuesta contra el dictado por un Juzgado de Primera Instancia en el trámite de un recurso de reposición contra proveído del mismo, recaído en ejecución de sentencia extranjera, ello determina la procedencia de estudiar con carácter previo al del fondo del recurso, la cuestión relativa a su admisibilidad, toda vez que cabe plantearla de oficio por afectar a normas procesales de contenido imperativo, y sin que al efecto suponga ningún impedimento la circunstancia de haber sido declarada, en el momento procesal oportuno, la admisión del recurso, en cuanto que es doctrina reiterada de la Sala la de: "que los motivos legales en que pueda fundarse la inadmisión de un recurso, son pertinentes, al resolver en el fondo, para desestimarlos, a pesar de su inicial admisión, pues las razones de aquélla son suficientes, de resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados" (SS. de 17 junio 1919, 19 febrero 1921, 27 noviembre 1922, 3 enero y 5 febrero 1934, 21 febrero 1942, 14 diciembre 1946, 4 junio 1947, 14 junio 1955, 30 septiembre 1985 y 2 febrero 1986).

Siguiendo con la cuestión previa planteada, es de decir, en primer término, que la resolución inicial de la que devino el presente recurso, la providencia del Juzgado de 24 de enero de 1987, no imposibilitó la continuación de la ejecución de la sentencia de que se trataba, como tampoco lo hiciera la precedentemente inmediata del recurso, el Auto de la Audiencia de 19 de febrero de 1988, con lo cual, no concurre el elemento de "definitivo" que los artículos 1.687, 1.689 y 1.690 de la Ley Procesal configuran de esencial en punto a la admisión a trámite para la casación. Tampoco cabe incluir las citadas resoluciones entre las definidas en los números 1.º al 4.º del artículo 1.687 del Texto Procesal, ni siquiera en

las reseñadas en el número 2.º, puesto que no resuelven puntos sustanciales no controvertidos, no decididos o contrarios a lo ejecutoriado, y por la que respecta a las que se refiere el 5.º, no se encuentra en el conjunto de disposiciones reguladoras de los recursos contra las resoluciones judiciales, de la segunda instancia y de la ejecución de sentencias nacionales o extranjeras, ninguna que permite acceder a la casación en el caso que nos ocupa, y de aquí, que haya que concluir que el recurso formalizado por la sociedad "Chupa Chups" y don Enrique B. F. no debiera haberse admitido a trámite, por lo que en esta fase procede su conversión en causa de desestimación.

Con independencia de lo acabado de exponer, los dos motivos del recurso no puede prosperar. Así, el primero, porque basado en el ordinal 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "incompetencia o inadecuación del procedimiento", alega la infracción del artículo 376, "contra las providencias de los jueces de Primera Instancia no se dará otro recurso que el de reposición", lo cual, no supone supuesto alguno de los denunciados, sino, más bien, uno de los relativos al "quebramiento" que contempla el ordinal 3.º, con lo que el recurso tenía que haberse reconducido por tal ordinal, pero es que, además, el actual recurrente al ser emplazado y comparecer ante la Audiencia en la sustanciación de la apelación contra el Auto resolviendo la reposición formulada a la providencia del Juzgado, no sólo no invocó nulidad de actuaciones o exteriorizó protesta al respecto sino que explícitamente se adhirió a la apelación sobre un punto determinado, basta ver el otro si de su escrito de 25 de mayo.

El segundo de los motivos, al amparo del ordinal 5.º, denuncia las infracciones de los artículos 921 y 932 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por indebida aplicación y no aplicación, respectivamente, infracciones que no tienen razón de ser. La del 1.921, porque dicha norma hace referencia al supuesto de una condena al pago de cantidad líquida y determinada, contemplando, así mismo, los particulares relativos a intereses y deuda en moneda extranjera, lo que conlleva su correcta y ajustada aplicación al caso de autos, completada con la del artículo 1.481, ambos señalados en la resolución recurrida, la que, al propio tiempo, se remitió a lo acordado en Auto de 15 de abril de 1986, por consiguiente la observancia de las aludidas normas no cabe sustituirla por la del 1.932, sobre todo, cuando el supuesto que regula (condena de cantidad ilíquida) es totalmente distinto. Y la del 1.932, aparte de lo ya explicado, porque no es viable la argumentación de que permitiría oír a la parte demandada, a diferencia del 1.921, pues la aplicación de éste no impide tal oportunidad, piénsese por ejemplo, en el juego de los recursos, ello sin considerar que a lo largo de las dilatadas diligencias de ejecución, y una y otra parte dispusieron de sobrada oportunidad al respecto y la aprovecharon con demasía; y, tampoco es válido el razonamiento de ser necesario resolver las cuestiones acerca de la convertibilidad de la moneda extranjera en la nacional y del interés a pagar por la mora, el español o el francés, ya que esas cuestiones en nada afectarían a la liquidez de la suma objeto de condena.

R. de A.

OBLIGACION DEL COMISIONISTA: LE INCUMBE A EL LA PRUEBA DE LOS MOVIMIENTOS ECONOMICOS DE SU GESTION. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: SIGNIFICADO. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1989.)

La sentencia recurrida, dictada por la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona en 25 de enero de 1988, revoca la del Juzgado de Primera Instancia de Tremp y, acogiendo parcialmente la demanda formulada por la cooperativa del Campo de Isona y Comarca contra los desconocidos herederos o herencia yacente de don Miguel T.B., condena a la heredera, aceptante a beneficio de inventario, doña Montserrat T.B. al pago de 6.200.141 pesetas en la forma que con más detalle se recoge en el fallo, sentando para ello, en cuanto aquí interesa: que el señor T. era el único gestor de la cooperativa hasta la campaña 1980/1981, a virtud de un contrato de comisión mercantil con mandato expreso, comprando la almendra, por cuenta de dicha cooperativa, a los socios que lo deseaban transportándola y vendiéndola principalmente en Reus y Lérida; en la campaña 80/81 la Junta Rectora acordó que todos los ingresos y pagos se efectuasen a través de una cuenta abierta en Banca Catalana, disponiéndose de los fondos mediante talones firmados, al menos, por dos de los cuatro titulares; en la siguiente campaña (81/82) cambia de nuevo el sistema, creando la cooperativa una sección de crédito, en la que tendrían los socios que abrir un cuenta corriente, para pagar por ella el precio de la almendra, siendo el señor T. el "alma" de la cooperativa, comprando, vendiendo y supervisando —sino anotando personal y directamente— toda la contabilidad de la sección, hasta que en el balance de la última campaña se detecta un déficit de 9.661.141 pesetas y, realizada una auditoria, comprobado que el tan aludido señor operaba mediante una cuenta corriente, la número 1.000.288.75, abierta en la Sucursal de Tremp de "Banca Catalana" a su propio nombre y al de su esposa, donde había ingresado 67.235.131 pesetas, procedentes de la cuenta de la sección de crédito de la cooperativa, extendido diversos cheques para pagar a los agricultores, se considera que él es quien ha de probar el destino dado a las cantidades de que disponía, pues que la cooperativa realizaba los pagos conforme a lo que él mismo indicaba, si bien no quedó probado en Autos la cantidad que había salido de dicha cuenta particular, ni el destino dado a los cheques librados contra la misma y utilizados supuestamente para pagar a agricultores que habían vendido almendras a la cooperativa, pero así lo incierto de las manifestaciones del señor T., al declarar como querellado, de que la cuenta quedaría siempre a cero, al tratarse de una puente, pues que entre el 28 de noviembre de 1981 y el 8 de noviembre de 1982 arrojó un saldo positivo de 1.839.808,50 pesetas. Por todo ello y aunque los peritos contables no pudieron pronunciarse sobre la corrección y legitimidad de las partidas, al no encontrar soporte documental, ni corresponderles, verifica la Audiencia la condena, previo descuento de los gastos de transporte (3.461.000 pts.), que, por el conjunto probatorio, estimó correspondían a la cooperativa, al ser el señor T. un comisionista que percibía un porcentaje sobre kilogramo vendido.

Conviene dejar constancia desde ahora de que es doctrina reiterada y constante de esta Sala (SS., entre otras muchas, de 14 marzo, 16 mayo, 17 y 28 septiembre, 11 y 30 octubre, 5 y 28 diciembre, todas de 1984; 22 febrero, 29 y 30 abril, 10 y 24 mayo, 13 y 17 julio, 15 octubre, 8 y 14 noviembre, todas de 1985; o las de 24 enero, 6 y 24 febrero, 8 marzo, 30 abril, 9 mayo y 6 junio 1986; 30 abril, 15 junio, 16 julio, 30 octubre, 11 y 30 noviembre 1987) que, dada la especial y

extraordinaria naturaleza del recurso de casación, no puede basarse en argumentos que desconozcan los hechos establecidos por la sentencia de instancia, si no han sido desvirtuados en forma adecuada y combatidos con éxito, lo que implica que el error de hecho en la apreciación de la prueba ha de ampararse en el número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, con designación del documento obrante en Autos que lo demuestre, y el de Derecho en el número 5.º del propio precepto, citando la norma valorativa de prueba que se considera infringida.

El primer motivo se formula al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la LEC y denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 1.900 del Código Civil, al partir la sentencia recurrida de que la carga de la prueba le correspondía de forma absoluta a la hoy recurrente, cumpliendo el actor con acreditar el trasvase a la cuenta corriente del demandado de los 67.235.131 pesetas. Sin entrar en la discusión científica sobre la teoría del cuasi contrato, ni en el análisis que de su concepto contiene el Código Civil, el pago o cobro de lo indebido (diferente enfoque de un mismo hecho jurídico), requiere la existencia de dos personas diferentes, la que paga y la que recibe sin que exista razón jurídica para ello; pero olvida el recurrente que la Sala de Instancia parte de la existencia de los contratos de comisión mercantil y mandato expreso entre la cooperativa y el señor T., realizándose las liquidaciones a los vendedores siguiendo sus instrucciones verbales, que era irregular la utilización de una cuenta corriente particular (a nombre del señor T. y esposa) e incierto que la misma funcionase como cuenta puente que quedase siempre a cero, de donde resulta la improcedencia de aplicar el concepto de cuasi contrato, la obligación de rendir cuentas y la inexistencia de dos personas, la que entrega y la que recibe, ya que todo procedía de la sola voluntad del señor T., extremo que legitimó la apertura de actuaciones penales para depurar su conducta, sin que quedase justificado en Autos el destino que tuvieron los cheques librados contra la cuenta particular "utilizados supuestamente para pagar a agricultores que vendieron almendras a la Cooperativa", prueba que tenía que tener a su disposición el señor T., pero que no aportó, con independencia de que la cooperativa llevase mal su contabilidad, extremo igualmente cierto y que puede infringir el artículo 40 de la Ley 52/74, de 19 de diciembre, desarrollado por el artículo 70 del Real Decreto 2710/78, de 16 de diciembre, reguladores del Régimen Jurídico de las cooperativas (cual se denuncia en el segundo motivo), pero que no puede modificar el acertado criterio de la Audiencia al exigir la prueba a quien tiene la obligación de rendir cuentas como gestor, comisionista y mandatario y que, en un orden natural de las cosas, debe tenerla a su alcance, porque lo que tampoco se ha acreditado en modo alguno, aunque de ello quiera partir la recurrente, contradiciendo la apreciación del órgano jurisdiccional, es de que se acordó el pago a través de esa cuenta particular a aquellos agricultores que no quisieran abrir otra a su nombre en la sección de créditos de la cooperativa, y que se convino que el señor T. les adelantase el importe, todo lo cual hace decaer ambos motivos, al no ser de aplicación al caso los preceptos que se considera infringidos.

El motivo tercero, al amparo del número 5.º del artículo 1.691 de la LEC, insiste prácticamente en lo mismo, pues considera infringidos los artículos 1.242 y 1.243 del Código Civil, consignando que la sentencia impugnada parte, como hechos probados, de que el señor T. "anotaba personal y directamente la contabilidad de la cooperativa en relación con sus operaciones (fundamento de Derecho 2.º), que este señor era el único que conocía a quién correspondían los adeudos ya que la cooperativa se limitaba a realizar el pago en cumplimiento de lo indicado por él (fundamento de Derecho 3.º) y que las liquidaciones se efec-

tuaban siguiendo instrucciones verbales del T. (fundamento de Derecho 5.º)", entendiendo el recurrente que tales hechos se sientan de modo exclusivo sobre la base de lo manifestado por los contables de la cooperativa a los peritos que emitieron sus informes en el pleito. Nuevamente hay que recordar que se infringe la técnica casacional, pues la Sala de Instancia, cual se ha venido exponiendo, valora muchas otras circunstancias que resultaría ocioso repetir y también es doctrina de este Tribunal Supremo que ninguno de dichos preceptos, ni el artículo 632 de la LEC, tienen el carácter de normas valorativas de prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez, sin que le vincule el informe del perito (SS., p. ej., de 9 octubre 1981, 19 octubre 1982 ó 13 mayo 1983), siendo la función de éste de mero auxiliar, ilustradora sobre las dichas circunstancias del caso, pero sin fuerza vinculante (S. de 30 marzo 1984), lo que hace decaer no sólo este motivo, que no ataca los hechos en forma adecuadas, sino también el siguiente, que, con idéntico amparo procesal, estima infringido el artículo 1.253 por exigirse prueba al demandado, cuando es lo cierto que así lo aconsejan las relaciones jurídicas existentes entre las partes, su obligación de rendir cuentas, la anómala utilización de la cuenta corriente con titularidad del matrimonio, el no saberse a qué agricultores se pagó a través de la misma, y tener la disposición de tal prueba el demandado, quien, no obstante, no lo aportó; en definitiva, lo que se intenta es un nuevo examen de la totalidad del pleito y una nueva valoración, incluidas las presunciones que ahora quiere utilizar el recurrente, haciendo supuesto de la cuestión por partir de hechos diferentes.

Igual resultado desestimatorio ha de alcanzar el motivo último, al considerar violado el artículo 24 de la Constitución, establecedor de la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, porque el mandato, cual se viene diciendo con harta frecuencia, hace relación a un juicio contradictorio, en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, utilizar la prueba pertinente y obtener una sentencia razonada, como ha ocurrido en ambas instancias, pero no a una sentencia favorable, pues siempre ha de desestimarse la pretensión de uno de los contendientes, al ser sus posiciones jurídicas contrapuestas. El no entenderlo así implica considerar la casación como una tercera instancia, cosa que en modo alguno es, aunque se haya suavizado el rigor formalista anterior, cual se deduce de la simple exposición de motivos de la Ley 34/84, reformadora de la de Enjuiciamiento Civil; y esto, claro es, sin perjuicio de que la recurrente pueda acudir al amparo que anuncia.

R. de A.

ASOCIACION DE CUENTAS EN PARTICULAR: RENDICION DE CUENTAS.—NO ES SOCIEDAD DEL TERCERO CON EL PARTICIPE. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1989.)

Para la mejor comprensión de las razones, motivos y consecuencias del presente recurso, se hace preciso señalar los que constituyen sus presupuestos de hecho, bien al estar admitidos por ambas partes contendientes bien porque su manifestación fáctica los hace irrefutables. Tales fundamentos son los siguientes, conforme se declara en la sentencia impugnada, al admitir los marcados por el Juzgador de Instancia: 1) "Que con fecha 1 de abril de 1972, entre don José M. F.

y don Meyer M.B. se celebró un contrato de cuenta en participación, para la adquisición, manipulación, comercialización y venta de tripa de cordero cabrío"; 2) "Que la aportación del señor M.B., aparte de su gestión personal al negocio, al igual que la del señor M.F., era de un 50 por 100, comprometiéndose este último a facilitar la industria para su manipulación y comercialización y venta-estipulación"; 3) "Que con fecha 20 de marzo de 1972 y por tanto anterior al contrato antes indicado señor M.B. y con Ramón F. suscribieron un contrato para la explotación y desarrollo de venta de tripa de cordero cabrío, que giraría bajo la denominación de Tripasur, y en virtud del cual el señor M.B. se comprometía una vez que celebrare contrato con el señor M.F. (lo que tuvo lugar el 1 de abril de 1972, cláusula adicional) a ceder a favor del señor F. un 50 por 100 de la parte que al mismo correspondía —estipulación 2.ª—"; 4) "Que con arreglo al párrafo 2.º de la estipulación 4.ª del contrato de fecha 1 de abril de 1972, debería realizarse con una periodicidad trimestral o inferior, si ambas partes lo consideraban oportuno, un balance detallado, especificándose en el mismo las pérdidas o ganancias"; 5) "Que el contrato celebrado entre el señor M.F. y el señor M.B., fue denunciado en 13 de enero de 1976".

Entrando en el estudio de las cinco motivaciones que integran este recurso, ha de comenzarse diciendo que las mismas se descomponen casacionalmente hablando en dos grupos: el de la primera, que se construye sobre el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos y las cuatro restantes que lo están al amparo del número 5.º de dicho precepto, girando en realidad las cinco sobre lo que constituye el tema esencial de la litis: el de la relación que pueda existir entre el contrato celebrado entre el difunto don José M.F. y el actor y hoy recurrente don Meyer M.B. el 1 de abril de 1972, al que se ha hecho referencia en el apartado 1) del precedente fundamento y el que previamente a éste, o sea, el 20 de marzo de 1972, habían celebrado los dos actores y hoy recurrentes, el citado señor M.B. y don Salomón F.C.

Así centrado el tema, se entra en el examen de la primera motivación, que cual se ha indicado se ampara en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, "... pues la sentencia recurrida ha incurrido en error, al apreciar la prueba, el que resultase del contrato de 1 de abril de 1972, con su cláusula adicional de igual fecha y la de 25 de septiembre de 1972, por la que uno de los contratantes, cede a un tercero con el *conocimiento y asentimiento del otro*, el 80 por 100 de sus derechos, quedando este tercero incorporado al contrato inicial, con igualdad de derechos y obligaciones del socio cedente. Al no reconocerlo así, la sentencia recurrida, ha incurrido en el error denunciado, el que evidencia la equivocación del juzgador de instancia, no estando contradicha por otros medios probatorios..."

El motivo es de imposible estimación, dado que lo en él expuesto y por ello lo que a través del mismo se está haciendo, no es denunciar un error en la apreciación de la prueba y sí una discrepancia exegética respecto de los contratos que en él se indican y han quedado expuestos en el primero de estos fundamentos; entre lo declarado por el Tribunal *a quo* y la interpretación que los recurrentes ofrecen, olvidando con ello que como es doctrina constante de esta Sala, en materia de interpretación contractual predomina la realizada por el Juzgador a menos que se acredite su ilogicidad, que sea contradictoria o que vulnere un precepto legal, lo que aquí no sucede, máxime si se tiene en cuenta que del estudio de dicha sentencia resulta que la Sala *a quo* ha estudiado detenidamente los dos contratos juntamente con el resto de las pruebas, las cuales ha apreciado

conforme a las reglas de la sana crítica, y por lo tanto, lo que se está realizando en el presente motivo es algo proscrito en casación: supuesto de la cuestión.

Las restantes motivaciones —segunda a quinta— que van a ser objeto de estudio conjunto dada su razón de ser, todas, cual ha quedado dicho, ubicadas en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncian las siguientes infracciones: *la segunda*, la inaplicación del artículo 1.281 del Código Civil; *la tercera*, la inaplicación de los artículos 1.254 en relación con los 1.255, 1.257, 1.258 y 1.278 del mismo Cuerpo legal; *la cuarta*; la inaplicación del artículo 1.256 de dicho Texto sustantivo y *la quinta*, la no aplicación del artículo 1.229 en relación con el 1.526 y 1.528 de referido Código y la jurisprudencia que cita a tenor de la cual, “cualquiera de los contratantes puede hacerse sustituir, total o parcialmente en las relaciones de un contrato sinalagmático con tal de que la otra parte lo acepte”.

Ninguna de estas motivaciones es de aceptación casacional, por cuanto: a) El hecho de que en la interpretación de los contratos deban tenese en cuenta, según doctrina de esta Sala, dos fases o momentos que si bien íntimamente ligados son distintos: la que pudiera llamarse fase previa en la cual se fijan los hechos; y aquella que consiste en aplicar a éstos lo prevenido en los artículos 1.280 y siguientes del Código Civil, ha conducido a que sentados aquéllos el Tribunal sentenciador con la mirada puesta en los mismos, haya hecho uso de la tesis que a través de estas cuatro motivaciones se pretende defender, convierte en una logomaquia la tesis del recurrente que pugna con la jurídicamente adecuada que suministra el Tribunal *a quo* puesto que como en el tercer considerando de la impugnada sentencia se declara: “... al no haber tenido ninguna intervención el causante de los demandados en el contrato celebrado entre ambos demandantes, limitándose, como consta en la cláusula añadida al contrato aportado a los folios 5 y 6, a consentir que en la parte del señor M. B. participara también el señor F., era a aquél, y no a éste, al único a quien estaba obligado a rendir cuentas...”; b) A su vez y en cuanto a lo también alegado en estas motivaciones —concretamente en la 5.ª— respecto a la infracción del artículo 1.229 en relación con los 1.526 y 1.527 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que señala, en orden a la posibilidad de admitir la sustitución de cualesquiera de los contratantes, es de señalar que de ello no es de admitir en este caso por cuanto como se señala en el mismo considerando de la sentencia impugnada; “... lo aquí presentado no es que el primitivo contratante —Sr. M. B.— sustituyera en sus derechos al señor F., sino, antes bien, que, subsistiendo en su integridad la relación contractual existente entre aquél y el causante de los demandados, celebró por su parte un nuevo contrato con el último, interesándole en los negocios que, por su parte, iba a celebrar con dicho causante, consistiéndose por este último, no una cesión de los derechos de la persona con quien contrataba, sino esa asociación celebrada entre los dos actores, a la cual era extraño, y como aparece de un lado, del hecho indudable de que, si la voluntad de las partes hubiera sido que el contrato se perfeccionara, no exclusivamente entre los señores M. F. y M. B., sino entre ambos y, además, el señor F., así se hubiera convenido, sin necesidad de acudir a esa cláusula posterior, máxime teniendo en cuenta que el contrato M. F. y, de otro, de haber querido que ese contrato de cuentas en participación o de sociedad mercantil irregular se celebrara entre los tres, y no entre los dos primeros... se hubiere hecho constar claramente la participación de cada uno de los demandantes...”

VICIOS OCULTOS: NO LO CONSTITUYEN LAS MODIFICACIONES DEL REGIMEN URBANISTICO DE LAS FINCAS ESTABLECIDAS DESPUES DE LA VENTA. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1989.)

Elementos fácticos esenciales del presente recurso fueron el contrato privado de compraventa y el acta notarial de depósito de determinadas letras de cambio, ambos de fecha 9 de julio de 1970. En el primero intervinieron, de una parte, don Francisco P. C. y don Nicasio P. G., que actuaron, de modo respectivo, en nombre y representación de la entidad mercantil "S.A. Nicasio Pérez", como Consejero Delegado, y como Director Gerente de la misma y, además, en su propio nombre y derecho como fiador solidario, y de otra, don Max M. B., don Juan A. F., don Rafael P. E., don Lázaro R. E. y la entidad "Setrisa, S.A.", actuando el señor M., en nombre y representación de la también entidad "Financiera Centauro, S.A." y en el suyo propio, como fiador solidario de las obligaciones asumidas por ella, y los restantes, en su calidad de socios integrantes de dicha entidad y como fiadores solidarios, teniendo el contrato por objeto la transmisión de dos fincas o solares situados en Madrid y ubicados frente a la calle Boix y Morer, descritas como parcelas 3 y 4, pertenecientes a "S.A. Nicasio Pérez", y su adquisición por "Financiera Centauro, S.A." o quien de ella trajera causa, y conviniéndose el abono de parte del precio en forma aplazada, quedando documentado en letras de cambio. Y el segundo, el acta de depósito número 1.718 se extendió por el Notario de Madrid, don Francisco Lucas Fernández, ante el que comparecieron don Francisco P. C. y don Max M. B., que actuaron en las representaciones ya indicadas, para hacer entrega de veintiseis letras de cambio, con vencimiento en blanco a establecer, en su día, conforme a las condiciones del depósito, libradas por "S.A. Nicasio Pérez" y aceptadas por "Financiera Centauro, S.A.", avaladas, asimismo, por el representante legal de "SETRISA, S.A." y los señores R. E., A. F., P. E. y M. B., encontrándose, entre ellas, las relacionadas así: 1) clase 1.^a, número 70.198, por importe de 2.500.000 pesetas; 12) clase 1.^a, número 70.209, por 6.538.344 pesetas; 13) clase 1.^a, número 70.210, por 6.538.344, 14) clase 8.^a, número 2.524.999, por 40.625 pesetas; y 26) clase 1.^a, número 070.214, por 1.912.465 pesetas. Para dar cumplimiento a la precitada acta de depósito se extendió por el mismo Notario, otra con número 241 en 29 de enero de 1971 a instancia, también, de los señores P. C. y M. B., en la que se hizo constar, entre diversas manifestaciones: que se hace entrega al señor P. C., para ser recibidas por la sociedad que representa, las letras señaladas con los números 2 al 10 y 15 al 25; que quedaban aún en poder del Notario, las reseñadas bajo los números 1 y 14 y 13 y 26, para su entrega, según proceda, una vez cumplidas las condiciones sexta y séptima del acta 1.718; y que se ha constituido un nuevo depósito con las cambiales señaladas con los números 11 y 12, en las condiciones figuradas en el apartado séptimo del acta 241, y por lo que respecta a la número 12, por acta notarial número 920, de 27 de marzo de 1972, resultó acreditada su entrega al señor P. C. y recepción por la sociedad que representa.

En el juicio declarativo de mayor cuantía promovido por la compañía "S.A. Nicasio Pérez" contra "Financiera Centauro, S.A.", "Inmobiliaria Alderaban, S.A.", "SETRISA, S.A." y los señores M. B., A. F., P. E. y R. E., y seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid, por Sentencia de 13 de marzo de 1985 se estimó parcialmente la demanda, condenándose a los demandados a abonar conjunta y solidariamente a la parte actora la suma de 2.775.829 pesetas, más intereses legales, absolviendo a la parte demandada del resto de los pedimentos

instados en su contra, sin hacer imposición de las costas. En el trámite de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la anterior resolución, la Sala primera de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Madrid, por la suya de 30 de septiembre de 1987, con desestimación del formalizado por los demandados y estimación parcial del de la actora, confirmó en todos sus extremos la sentencia impugnada y la completó en el sentido de condenar a los demandados a que abonen a la sociedad actora los intereses correspondientes a la cantidad de 2.775.829 pesetas desde la fecha de la dictada en primera instancia, de acuerdo con las bases sentadas en el fundamento de Derecho séptimo y para lo cual, en fase de ejecución se actuará lo procedente, sin declaración expresa respecto de las costas del recurso de la sociedad actora, y con imposición de las ocasionadas por la interposición del suyo a los demandados. Y es esta segunda sentencia la que se recurre en casación por la compañía "Inmobiliaria Aldebaran, S.A.", a través de dos motivos amparados en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primer motivo del recurso se acoge, como se decía, al ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal para alegar la infracción de los artículos 1.484, 1.485 y 1.486 del Código Civil, en relación con los 1.091, 1.256 y 1.285 del mismo texto legal. Dicho motivo hace referencia a las letras de cambio reseñadas con los números 13 y 26 en el acta notarial de depósito de 9 de julio de 1970, por importes respectivos de 6.538.344 y 1.912.465 pesetas, las que, a tenor de las estipulaciones 11 a 15, ambas inclusive, del contrato de compraventa de la fecha expresada, venían a garantizar, en síntesis, la inscripción registral del exceso de cabida de las fincas transmitidas, la edificabilidad de las mismas en 23.407 metros cuadrados sobre rasante y la regularización a practicar en orden a la compensación que resulte entre el precio establecido en el contrato y la superficie edificable sobre rasante que se otorgase en las licencias municipales. El recurrente considera cumplido el particular relativo a la inscripción, no así, los otros dos, toda vez que la edificabilidad concedida fue inferior a la convenida y se promovieron procedimientos judiciales que desembocaron en la declaración de nulidad de la licencia de obras del edificio número 7 de la calle Boix y Morer y en la anulación del Plan Parcial de ordenación de la manzana formada por las calles Cea Bermúdez, Vallehermoso, Islas Filipinas y Boix y Morer, girando en torno a tales presupuestos la argumentación del motivo y la denuncia de los supuestos preceptos infringidos. La inviabilidad del motivo deviene de la imposibilidad de encajar o incluir los presupuestos antedichos dentro del concepto de vicio o defecto oculto que determina la aplicación del artículo 1.484 y sus posteriores correlativos, cosa que es impensable desde el punto de vista de significación etimológica, pues ni la menor edificabilidad concedida, ni las incidencias surgidas sobre la licencia de obras y plan de ordenación, permiten su configuración cual vicio interno del objeto vendido, al que están ineludiblemente ligados los supuestos de impropiedad para el uso o disminución del mismo, máxime, cuando aquellas circunstancias acaecieron con posterioridad a la contratación y fueron ajenas a la naturaleza física de las fincas vendidas. Por otro lado, el análisis de las estipulaciones 2.ª y 15 del contrato revelan que la superficie edificable a que se alude, 23.407 metros cuadrados, no fue estimada como mínima o invariable sino "a resultas de la edificabilidad que se autorice" y, por eso, se convino la regularización del precio, por el juego proporcional entre la definitiva edificación otorgada en las licencias y el precio estipulado de 3.960 pesetas, el metro cuadrado edificable, bases éstas de la regularización que fueron a las que se atuvo el Juzgador de instancia en el tercer considerando de su sentencia, en aras de una

interpretación correcta y acorde con las cláusulas del contrato, y cuya solución se encontraba en línea, precisamente, con las disposiciones de los artículos 1.471 y 1.486 del Código; y por lo que respecta a los procedimientos a que se hizo mención, no es dable olvidar que la entidad "S.A. Nicasio Pérez", actora-recorrida, no fue parte en ellos, por lo que sus efectos y consecuencias no cabe proyectarlas, directa e inmediatamente, a la validez y eficacia del contrato de 9 de julio de 1970, pero es que además, excederían de las previsiones estipuladas, y de aquí, que las consideraciones que anteceden vengan a reafirmar la inviabilidad de este primer motivo.

El segundo de los motivos, último formulado, se acoge, así mismo, al ordinal 5.º para invocar infracción de los artículos 1.214, 1.281 y 1.285 del Código Civil, y se encuentra en íntima conexión con el precedente en cuanto que se refiere a la letra número 26, representativa de los intereses por aplazamiento del pago de la cambial de que depende, la de número 13, lo que conlleva, consiguientemente, que deba correr la misma suerte que el primero, su desestimación, haciendo innecesario, en realidad, ningún otro razonamiento. No obstante lo acabado de decir, el fracaso del motivo deriva, además, de la fundamentación fáctica incorrecta del recurrente, reproduciendo en este punto la que adoptó el Juzgado en el cuarto considerando de su sentencia, puesto que vincula la cambial número 26 al particular concerniente al pago de la plusvalía, postura que, como acertadamente señaló la Audiencia en el séptimo fundamento de la sentencia, no es defendible, toda vez que el análisis de las estipulaciones 4.ª, 5.ª, 7.ª, 9.ª, 10, 11, 12 y 15 del contrato de compraventa suscrito entre las partes, así como el de las condiciones del acta de depósito con igual fecha a la del contrato, no permiten condicionar la letra 26 al abono del mentado arbitrio, y, por el contrario, la lectura de tales cláusulas, cuyos términos son tan claros que no dejan duda sobre la intencionalidad de su contenido, evidencia que la repetida letra se encontraba supeditada respecto a su eficacia y evolución a la de número 13, todo lo cual, conduce a la conclusión sentada al principio: el fracaso del motivo, al no existir por el Tribunal *a quo* vulneración de los artículos denunciados en el recurso.

R. de A.

SOCIEDAD LIMITADA: APORTACION DE CAPITAL NO ACREDITADA.—CARACTER DEL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1989.)

Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se articula el primer motivo del recurso "por haber incidido la sentencia recurrida en error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial con infracción por violación en su aspecto negativo, por inaplicación del párrafo primero del artículo 1.232 del Código Civil", error consistente en la afirmación de la sentencia de instancia de que "de las pruebas practicadas se deduce precisamente que la sociedad no ha recibido aportaciones reales a lo largo del tiempo", poniéndose de manifiesto tal error por las contestaciones afirmativas dadas por el representante legal de la sociedad demandada al absolver la primera y segunda de las posiciones formuladas. De la escueta fundamentación de la sentencia aquí recurrida y de la que sirve de apoyo al fallo de Primera Instancia, acogida por el Tribunal *a quo*, no resulta haber sido conculcado el párrafo primero del artículo

1.232 del Código Civil, expresivo de que “la confesión hace prueba contra su autor” puesto que los hechos reconocidos por la demandada al contestar a las posiciones primera y segunda se refieren a la efectiva aportación del capital social en el momento de la constitución de la sociedad y al llevarse a efecto la primera ampliación de aquél, pero no contienen reconocimiento alguno sobre la real y efectiva aportación del capital reflejada en la ampliación realizada en veintidós de diciembre de 1982 y es de tener en cuenta que en el segundo de los fundamentos de Derecho de la sentencia del Juzgado, aceptado por la de apelación, se dice que “las aportaciones anteriores siguen en la sociedad al menos nominalmente”, en concordancia con lo confesado por la demandada al absolver las repetidas posiciones; del desarrollo del motivo surge que lo en realidad pretendido es sustituir la valoración probatoria de la Sala por la propia del recurrente tratando de deducir de la existencia de esas aportaciones iniciales otras posteriores que la sentencia recurrida no estima probadas e impugnando las conclusiones del informe pericial practicado en autos; por todo ello, debe rechazarse este primer motivo del recurso.

El segundo motivo se interpone por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “en cuanto la sentencia recurrida ha incidido en error de hecho, conforme resulta de los documentos obrantes a los folios 112, 122 a 127, 129 a 130, 132 a 135, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”. En primer lugar ha de señalarse que en el primer párrafo del desarrollo del motivo se atribuyen a la sentencia de instancia unas conclusiones fácticas no contenidas en la misma y que son las que se tratan de impugnar a través de una parcial valoración de gran parte de la prueba documental obrante en los autos puestas en relación con el informe pericial emitido a petición de la parte demandada, con olvido de la reiterada doctrina de esta Sala —SS., entre otras, de 17 y 21 junio 1986, 26 junio 1987 y 25 enero 1988— de que “por mucho que sea la flexibilidad que después de la Reforma de 6 de agosto de 1984 haya introducido el apartado 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el vigor formal de la casación, no puede llegarse a que en este recurso extraordinario el Tribunal reconsidere determinados elementos de convicción obrantes en el proceso y en la instancia ya ponderados para, con una nueva interpretación de los mismos, injustificado por no haber incurrido en ilegalidad o notoria falta de lógica la sentencia de instancia, sentar conclusiones fácticas contrarias a las de la sentencia recurrida y acomodadas a la tesis de la parte recurrente que interesadamente hace aquella invocación de nueva exégesis parcial”, exégesis parcial que, en el presente caso, se dirige a combatir el informe pericial citado y ello aduciendo una serie de documentos carentes de la exigida literosuficiencia bastante para demostrar el error atribuido al Juzgador de instancia pues afirmando por la sentencia combatida que “don Gregorio E. C. ha recibido todos su derechos en la sociedad particular que tenía formada con su padre, don Higinio E. S., y su hermano don Pablo E. C., percibiendo su último cobro de finiquito el 14 de junio de 1984”, tal afirmación fáctica, fundamentadora del fallo, no resulta desvirtuada ni contradicha por los documentos citados en apoyo del motivo, contradicción que el recurrente pretende deducir de los mismos a través de una serie de deducciones, interpretaciones e hipótesis que obtiene de su confrontación con el repetido informe pericial; razones que conducen a la desestimación del motivo.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—PROCEDE SU ADMISION, YA QUE NO SE DEMUESTRA QUE LAS FINCAS TENGAN UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE CORRESPONDE A LAS DE SU MISMA CALIDAD Y CULTIVO EN LA ZONA, SIN QUE BASTE QUE DOS DE ELLAS PUEDAN SUPERAR ESE VALOR, YA QUE SE TRATA DE FINCAS QUE CONSTITUYEN UNA UNIDAD CONFIGURADA POR TODAS LAS QUE LA INTEGRAN. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1988.)

Tanto el Juzgado número 2 de Oviedo como la Audiencia desestimaron la demanda.

Tiene éxito el recurso de casación. El informe pericial demuestra que en la zona donde radican las fincas no hay instalaciones turísticas ni industriales, así como tampoco se trata de zonas montañosas atractivas, es decir, que se trata de zona rural, y las circunstancias especiales como la cercanía a Oviedo o las buenas comunicaciones son comunes a toda la zona central de la provincia, es decir, que el valor es meramente agrícola, lo que excluye la posibilidad de no aplicación de la LAR por no tener un valor en venta superior al doble del precio que corresponde normalmente a las de su misma calidad y cultivo. Siendo las circunstancias que pudieran determinar un mayor atractivo comunes a toda la zona central de la provincia de Oviedo y no privativas de este caserío, no se dan las razones para excluir la aplicación de la norma arrendaticia, pues no basta que dos de las fincas pudieran tener un valor superior, ya que el vínculo arrendaticio comprende varias fincas que constituyen una unidad configurada por todos los que la integran. Siendo el arrendamiento anterior al Código Civil, tiene la actual arrendataria facultad de acceder a la propiedad, conforme el artículo 98 de la LAR. Aunque la arrendataria tiene más de sesenta años, ella, con ayuda de sus hijos y nietos que conviven con ella, cultiva las fincas, teniendo la cualidad de profesional de la agricultura, conforme al artículo 16 LAR, ya que no se evidencia que tenga otra profesión que no sea la agricultura, sin que tampoco obste a ello su cualidad de pensionista, conforme a los mismos preceptos arrendaticios.

DESAHUCIO.—*SI SE HAN CONSIGNADO EFECTIVAMENTE LAS RENTAS DEBIDAS ANTES DEL AUTO QUE RESUELVE LA APELACION, PARECE EXCESIVO HACER UNA INTERPRETACION LITERAL DEL PRECEPTO QUE EXIGE LA CONSIGNACION DE LAS MISMAS AL TIEMPO DE INTERPONERSE EL RECURSO.* (SENTENCIA DE 6 JUNIO DE 1988.)

El Juzgado de Antequera admite la demanda por extinción de plazo contractual, confirmando la Audiencia.

Prospera la casación. La Audiencia entiende que al interponerse el recurso de casación no se acredita por el recurrente estar al corriente en el pago de las rentas, sin que tal omisión deba entenderse subsanada con la presentación posterior, después de vencido el plazo para recurrir, de una certificación expresiva de que se habían consignado las rentas del año corriente. Es doctrina de esta Sala que es natural que se exija el pago de las rentas, pero si consta al Juzgador que dicho abono ha tenido lugar, parece excesivo el someterse a una interpretación literal cuando no existe abuso. Al tiempo de dictarse el auto recurrido, ya constaba la consignación de las rentas hechas por los recurrentes, por lo que ya no había perjuicio económico para el arrendador, que es lo que trata de evitar dicho precepto. Se produce un perjuicio procesal al impedir el acceso al recurso de apelación contra la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales de que nos habla el artículo 24 de la Constitución española que, recogido en el artículo 113 LOPJ, se traduce en la inadmisión de motivos formales subsanables. En consecuencia, procede tener por admitido el recurso de apelación, reponiendo las actuaciones al estado anterior al auto.

EXTINCION DE APARCERIA.—*SEGUN LA COSTUMBRE DE LA ZONA, EL AÑO AGRICOLA TERMINA EL 30 DE JULIO Y NO AL FINALIZAR EL AÑO NATURAL.* (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1988.)

El Juzgado de Berja y la Audiencia de Granada declararon resuelto el contrato.

No triunfa la casación. El contrato era de aparcería para cultivo de hortalizas en invernadero entre los propietarios cedentes del terreno y el aparcero cultivador, ya que al tratarse de un contrato verbal, sin concretar el plazo de duración, se aplicó el artículo 109 LAR, teniéndolo como extinguido por el transcurso de un ciclo o rotación de cultivo, teniendo en cuenta el informe de la Cámara Local Agraria que indica que el año agrícola termina el 30 de julio generalmente en la zona, por lo que mediante el documento indicado el Tribunal se informó de una costumbre, siguiendo las pautas del régimen del contrato que establece la LAR en su artículo 106 y la interpreta según su naturaleza, haciendo prevalecer la fecha de extinción del ciclo sobre el año natural, de forma razonable, ya que desde el comienzo hasta el 30 de julio existían posibilidades de desarrollo de aquellas labores agrícolas que conducen a la obtención de la cosecha, sin que se demuestre que en el contrato se contemplaron otras cosechas que hubieran podido producirse de julio a enero. Por tanto, debe entenderse concluido el contrato por expiración del plazo contractual, conforme al artículo 117 en relación con el artículo 109 LAR.

RESOLUCION DE CONTRATO.—*SIENDO EL CONTRATO ANTERIOR A LA VIGENTE LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, TIENE EL ARRENDATARIO DERECHO A LA PRORROGA DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA, SIN QUE OBSTE AL CARACTER DE CULTIVADOR PERSONAL EL QUE EXPLOTE UNA PEQUEÑA GASOLINERA.* (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1988.)

El Juzgado de Coria desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó parcialmente la anterior, admitiendo la resolución en cuanto a una de las fincas arrendadas.

Prospera la casación. El arrendamiento se encontraba en vigor al promulgarse la vigente LAR, por lo que ha de considerarse al arrendatario como cultivador personal, lo que confiere al arrendatario derecho a la prórroga hasta el límite de veinticinco años (Disposición Transitoria 1.ª), sin que obste a ello que el arrendatario de fincas rústicas se dedique también a la explotación de una pequeña gasolinera, ya que esto no impide el carácter legal de cultivador personal del artículo 16 LAR, ya que puede hacerse con la ayuda de familiares, ya que no se basa en una dedicación exclusiva a las actividades de carácter agrícola, sino de manera preferente, lo que significa compatibilidad con otra actividad y, simplemente, con la ocupación efectiva y directa de la explotación, que no niega radicalmente la sentencia en cuestión.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—*PROCEDE LA RESOLUCIÓN POR TRATARSE DE UN ARRENDAMIENTO PECUARIO QUE TIENE UNA DURACION DE TRES AÑOS SIN PRORROGA FORZOSA ALGUNA.* (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988.)

Tanto el Juzgado número 2 de Algeciras como la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda.

Se desestima la casación. Los juzgadores, tanto en Primera Instancia como en apelación, declaran la naturaleza ganadera o pecuaria del contrato y su resolución por fin del plazo. El recurrente entiende que debía durar seis años, prorrogables por otros seis, por entender que era agrícola. Es doctrina reiterada que la interpretación de los contratos es materia reservada a los Tribunales de Instancia, salvo que se demuestre que es ilógica o contraria a la Ley, lo que no ocurre en este caso. Tanto el documento como la prueba practicada demuestran que las fincas no han sido destinadas nunca al cultivo agrícola, sino al pasto para el ganado de su propiedad. El plazo de duración, por tanto, es el de tres años, sin prórroga forzosa alguna y sin que sea de aplicación el artículo 2 de la Ley de 28 de junio de 1940, coincidente con el apartado d) del artículo 9 y el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento de 1959, que se refieren a los arrendamientos de fincas de aprovechamiento agrícola y no tiene relación con este supuesto litigioso.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—*ES LIBRE LA APRECIACION DE LA PRUEBA PERICIAL CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA. SE TIENE EN CUENTA NO EL VALOR EN VENTA, SINO EL VALOR REAL, CONFORME A LOS CRITERIOS DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA.* (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988.)

El Juzgado número 2 de San Sebastián admitió el acceso a la propiedad y la Audiencia rebajó el precio fijado por aquél.

No tiene éxito la casación. El arrendatario solicitó el acceso a la propiedad conforme a la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de 1980, concediéndolo el Juez por el precio de once millones, que redujo la Audiencia a nueve millones doscientas ochenta y nueve mil trescientas pesetas. El recurrente alega que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta el informe de un Ingeniero Agrónomo, como prueba pericial, olvidando que la doctrina mantenida por esta Sala es la de que la prueba pericial no tiene carácter de medio probatorio de alcance documental, ya que, según el artículo 632 LEC, es de estimación discrecional, según las reglas de la sana crítica, sin eficacia para fundar un recurso de casación; y fue a tenor de la libertad de apreciación preconizada en dicho precepto la razón por la que el Tribunal *a quo* acogió la valoración efectuada por el perito nombrado en el pleito, habida cuenta de las discrepancias existentes entre las valoraciones de los diversos informes extrajudiciales. Tampoco se puede tener en cuenta el motivo que alega que no fija la sentencia el justiprecio en el valor real de las fincas, dadas las expectativas urbanísticas de las mismas, y sí en el valor rural o agrícola. Nada consta en Autos sobre el valor en venta de terrenos de iguales características ubicados en la misma zona, ya que no se ha practicado prueba concreta sobre cuál pudiera ser ese valor efectivo de las fincas análogas a la litigiosa. La Sala considera que se ha tenido en cuenta no sólo el mero aspecto agrícola, sino el valor real de los terrenos, considerando su emplazamiento, configuración, calificación urbanística y fiscal, topografía y rendimientos a la que adicionó la correspondiente a la edificación, sustituyendo, dentro de los diversos criterios de la Ley de Expropiación, el valor en venta por el real, aplicando la medida correctora del artículo 43 de dicha Ley, lo que acredita el correcto proceder de la Sala de Instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

REVISION DE RENTA.—LOS REALES DECRETOS DE 1978 Y DE 1980 LIMITAN, POR RAZONES DE CARACTER ECONOMICO, LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, MITIGANDO LOS AUMENTOS DE RENTA QUE EN OTRO CASO PUDIERAN HABERSE PRODUCIDO. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1988.)

El Juzgado número 9 de Madrid admitió parcialmente la demanda y rechazó la reconvencción, declarando válida la cláusula adicional del contrato de 1961 y fijando la renta con efectos desde el 1 de enero de 1981. La Audiencia revocó en parte, desestimando tanto la demanda como la reconvencción.

No prospera la casación. En 1961 se fijó la renta del local relacionada con el precio de la butaca a tres pesetas y pactando que si la empresa explotadora eleva el precio de la butaca deberá producirse automáticamente el aumento en la misma proporción de la renta debida a la propiedad. En consecuencia, se han venido realizando una serie de revisiones, hasta que en 1979 se opuso el arrendatario a la elevación proporcional de la renta por estimar que en virtud de los Reales Decretos de 1978 solamente procede la elevación del catorce por ciento y que sólo podría ser renovada cuando aumente el precio de las entradas, solicitando además la nulidad de la cláusula adicional del contrato de 1961, antes referida. Aunque estos Reales Decretos han de ser interpretados con criterio

restrictivo, también es verdad que dados los claros términos de dichas normas, nos llevan a la conclusión a la que llega la Sala de Instancia de que en ellos se contempla una limitación de la renta que no debe agotar sus efectos en el periodo en ellos señalado, sino que alcanza un carácter permanente, sin que quepa, una vez transcurrido el plazo de su vigencia, completar su revisión hacia el futuro con las cantidades que, de no haberse dictado tales Decretos, hubieran correspondido en concepto de elevación de renta, lo que corrobora después el Real Decreto 15/1980, de 26 de diciembre, para los locales de negocio, que descarta también la revisión retroactiva de la renta de dichos locales. Estas normas limitan la autonomía de la voluntad, establecida por el artículo 1.255 CC y establecen unos mecanismos especiales para llevar a cabo la revisión de las rentas que, por razones de carácter económico, mitigan la cuantía de los aumentos que en otro caso pudieran haberse producido.

***RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTE PRESUNCION DE CESION IN-
CONSENTIDA POR EL SOLO HECHO DE LA INTRODUCCION EN LA RELA-
CION ARRENDATICA DE UNA PERSONA EXTRAÑA AL CONTRATO.
(SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1988.)***

El Juzgado número 15 de Madrid estimó la excepción de falta de personalidad de los demandados, rechazando la demanda. En cambio, la Audiencia declaró resuelto el arrendamiento por cesión ilegal del local del negocio arrendado.

La casación es admitida parcialmente. Una de las empleadas del primitivo arrendamiento, al poner fin éste a la relación arrendaticia, concierta en 1974 un nuevo contrato de arrendamiento, pero éste no puede considerarse traspaso, pues no reúne los requisitos del artículo 32 LAU ni guarda relación con el contrato anteriormente extinguido. Permanece dicha señora como titular arrendaticia hasta diciembre de 1981, en que conviene con otra la titularidad de la empresa, quedando aquélla como empleada de la segunda, todo ello sin conocimiento de la dueña y sin que se hiciera nuevo contrato. Reiterada jurisprudencia de esta Sala mantiene la presunción de la cesión incontestada por el solo hecho de la introducción en la relación arrendaticia de una persona extraña al contrato, confirmándolo además porque el cambio de titularidad del negocio ha sido pleno, pasando la persona asalariada a figurar como dueña a todos los efectos, incluso fiscales, ostentando la anterior la condición de empleada de la primera, todo ello al margen de la arrendadora. Procede la casación en cuanto que al mantenerse la excepción de falta de legitimación pasiva de seis de los demandados las costas deben correr a cargo de la parte demandante, sin perjuicio de que cada una de las demás partes abonen los gastos causados a su instancia y los comunes por mitad.

***DESAHUCIO.—ES AJUSTADO A DERECHO EL EMPLAZAMIENTO DEL DEMAN-
DADO HECHO EN EL PISO ARRENDADO, SIN QUE SE HAYA JUSTIFICADO
QUE EL DEMANDANTE CONOCIERA OTRO DOMICILIO DEL ARRENDATA-
RIO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1988.)***

Se dicta sentencia por el Juzgado de Distrito número 32 de Madrid declarando el lanzamiento del inquilino por falta de pago de los recibos de alquiler, ya que éstos eran presentados al cobro en el piso arrendado, habiéndose ausentado el

inquilino y, según él, lo había hecho saber al propietario, que a pesar de ello siguió pasando los recibos a aquel domicilio.

No prospera la revisión interpuesta. Aunque no había caducado el plazo por no haber pasado el plazo de tres meses desde el conocimiento del procedimiento, la realidad es que el arrendatario declaró ser emigrante a Venezuela por razones de trabajo, entendiendo que existen las justas causas a que alude el artículo 62 LAU, y para acreditarlo acompaña certificado del agregado laboral de la Embajada de España en Caracas, aunque en realidad se trata de un simple escrito hecho por el gerente de la empresa donde trabaja, con el visto bueno del agregado laboral, que no cumple con lo que se exige en el Decreto de 13 de marzo de 1969 a los indicados efectos, sin que se haya probado tampoco la notificación a la recurrida ni esa razón pueda ser comprendida entre dichas "justas causas" de excepción a la prórroga; por otra parte, el comportamiento de la actora al señalar como domicilio del demandado el piso que había habitado a los efectos de su emplazamiento es ajustado a Derecho, puesto que no se sabe que conociera otra dirección del demandado, publicándose los edictos en la forma prevista por la Ley, sin que se obstaculice por la demandante el conocimiento por el demandado de la existencia de dicho juicio y que por su sola negligencia no conoció debidamente, por lo que no puede hablarse de maquinación fraudulenta atribuible a la parte actora.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—SE TRATA DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, YA QUE SE CEDIO EL USO Y GOCE DE UN CONJUNTO DE ELEMENTOS DIVERSOS DESTINADOS A UNA EXPLOTACION INDUSTRIAL ESTABLECIDA CON ANTERIORIDAD POR LA ENTIDAD ARRENDADORA. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1988.)

El Juzgado número 2 de Bilbao estimó la demanda, declarando resuelto el contrato por pérdida de la cosa arrendada, lo que confirma la Audiencia.

No tiene éxito la casación. La naturaleza del contrato no depende de las declaraciones de las partes, sino de su propia constitución y sustancia, de modo que incumbe al Juez y no a las partes decidir la legislación aplicable, por lo que ningún valor habría que darle a las declaraciones del contrato de enero de 1953, del que se obtienen conclusiones contradictorias, llegando la Sala a la conclusión de que el arrendamiento fue de industria, ya que se cedió el uso y goce de un conjunto de elementos diversos destinados a una explotación industrial establecida con anterioridad por la entidad arrendadora, aunque ésta no se utilizase en el momento del contrato en su propia finca, formando un todo con ésta, que es lo que resulta del presente caso, y así se observa en el inventario de bienes que se entregaron juntos, que constituían una unidad susceptible de ser explotados inmediatamente. Afirmación y calificación jurídica llevada a cabo por la Sala de Instancia, en plena concordancia con la reiterada jurisprudencia de la Sala, en orden a la conocida distinción entre arrendamiento de industria y de local de negocio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS INCONSENTIDAS CONSISTENTES EN LEVANTAR UNOS COBERTIZOS QUE AMPLIAN LA SUPERFICIE DEL LOCAL ARRENDADO CONSTITUYEN LA CAUSA DE RESOLUCION DEL ARTICULO 114 L.A.U. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1988.)

El Juzgado número 1 de Palma de Mallorca declaró resuelto el contrato, confirmándose en la apelación.

No prospera la casación. La configuración es la disposición de las distintas partes que componen un cuerpo y le dan su especial figura a la que se ha calificado como la causa 7.^a del artículo 114 LAU, es decir, un supuesto de variación de la misma calificado como contingente y circunstancial, de modo que no se admite un concepto abstracto y general, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes para determinar si, dada la naturaleza de la cosa arrendada y sus particularidades, ha llegado a producirse o no una alteración del local arrendado por las obras realizadas. Estas obras consistieron en levantar un cobertizo que amplía la superficie primitiva del local y otros dos cobertizos en la zona de la terraza. Ambas inciden en la causa de resolución prevista en la LAU, habida cuenta del cambio sensible y evidente en la configuración del local y la construcción duradera y estable de las obras realizadas, sin que la posibilidad de devolución al estado anterior incidan en la causa de resolución.

REVISION DE RENTA.—EL CONVENIO INICIAL DE REVISION DE RENTA FUE SUSPENDIDO TEMPORALMENTE EN SU APLICACION POR HABER CONVENIDO, ARRENDADOR Y ARRENDATARIO, UNA LIMITACION TEMPORAL MEDIANTE OTRO MODULO CONCERTADO ENTRE ELLOS SIN SOMETIMIENTO AL INICIALMENTE PACTADO. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1988.)

El Juzgado número 4 de Castellón estimó parcialmente la demanda, modificando parcialmente la Audiencia de Valencia.

No prospera la casación. Arrendador y arrendatario habían adoptado por un pacto entre ellos que la renta se revalorizaría en diferente cuantía a la fijada por los índices de precios de consumo del INE, conducentes a que mediante las adaptaciones sucesivas se alcanzase la última revisión, que fijó la renta en 12.080 pesetas. El plazo de caducidad de tres meses no es aplicable en relación con la cláusula negocial estabilizadora, sin que se busquen efectos de retroactividad y se inste para el futuro, como establece la Sentencia de 13 de diciembre de 1986 en virtud del carácter convencional que da vida a la cláusula pactada para la actualización de la renta, por lo que es aplicable desde el 8 de marzo de 1985 en que la parte arrendadora, en acto de conciliación preparatorio de la demanda, ejercitaba la facultad de revisar la renta en cuestión. No existe retroactividad de las revisiones pactadas con relación a la época anterior a la que reconoce la sentencia recurrida, ya que el convenio inicial fue suspendido temporalmente en su aplicación por haber convenido el arrendador y el arrendatario esa limitación temporal mediante otro módulo concertado entre ellos, sin sometimiento al inicialmente pactado. La Sala sentenciadora respeta el artículo 1.091 CC que da a los contratos fuerza de Ley, ya que el arrendatario ha de pagar el precio resultante de lo convenido con el inicial arrendador a través de las vicisitudes de las convenciones establecidas entre ambos, de conformidad con lo pactado.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA. DERECHO A ALIMENTOS. DERECHO TRANSITORIO. ARTICULOS 121 Y 141 COMPILACION ARAGONESA: DISPOSICION TRANSITORIA 12 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1990.)

La aceptación de la herencia es un acto personalísimo y unilateral, dependiente de la sola voluntad del llamado a la herencia sin que necesite de la voluntad concurrente de otra persona para su efectividad

La renuncia a los derechos hereditarios se rige por la legislación vigente al tiempo del fallecimiento de los causantes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar a ninguno de los recursos de casación interpuestos por ambas partes litigantes, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que se deducen claramente los hechos correspondientes:

Primero. En la demanda formulada en nombre y representación de doña Ana María A. L. y de sus hijas menores de edad, doña Virginia, doña Verónica y doña Sara G. A., contra don Pedro G. P., se formulan diversas peticiones atinentes a que se declare a las citadas menores herederas abintestato de su padre, don Domingo G. P., con reserva a su viuda, doña Ana María A. L., del usufructo de viudedad; que las actoras aceptan la herencia de su difunto padre y esposo, debiendo procederse al otorgamiento de su escritura de aceptación de herencia y partición de bienes; se declare igualmente la nulidad de pleno derecho de la escritura pública de renuncia gratuita, pura y simplemente a las herencias testadas o intestadas de sus padres, otorgada por don Domingo G. P. en 29 de enero de 1986, no teniendo ningún valor ni efecto en cuanto "tal renuncia —además de por sí— la efectúa el otorgante de forma que no le sustituyan en la porción correspondiente en las aludidas herencias, sus hijos o ulteriores descendientes"; se declare la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por doña Asunción P. G. el 8 de septiembre de 1973 y, subsidiariamente, el señalamiento de alimentos a favor de las demandantes menores de edad a tenor del artículo 121 de la compilación civil aragonesa; como consecuencia y efecto de las anteriores declaraciones procede la apertura de las testamentarias de don Pedro G. A., fallecido abintestato el 16 de enero de 1973, y de doña Asunción P. G., fallecida el 29 de diciembre de 1984, otorgando los documentos públicos y privados para

ello; igualmente, procede declarar que el negocio de hostelería “Mesón Rancho Grande” y “Viejo Mesón” pertenecían en pleno dominio y *pro indiviso* y por mitades e iguales partes a don Domingo G. P. y a su esposa, doña Ana María A. L., con los efectos correspondientes a su inclusión en el caudal hereditario de aquél y al derecho expectante de viudedad de la actora; que el demandado, por sí o alternativamente, con cargo a las obligaciones de las herencias de don Pedro G. A. y doña Asunción P. G., ha de satisfacer las cantidades que reclama doña Ana María A. en concepto de pensión establecida en el convenio regulador de los efectos de separación matrimonial producida entre ella y su difunto esposo, se condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y a que indemnice a las actoras por los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se fijará en ejecución de Sentencia. El Juzgado de Primera Instancia de Jaca dictó Sentencia en la que se declara: ‘a) Que Virginia, Verónica y Sara G. A. son herederas abintestato por terceras e iguales partes de su padre don Domingo G. P., con reserva del usufructo de viudedad a favor de su esposa, doña Ana María A. L. b) Que es nula de pleno derecho la manifestación de don Domingo G. P. realizada en la escritura pública otorgada ante el Notario don José Antonio Beramendi Erice el 29 de enero de 1986 de que ‘tal renuncia la ejecuta el otorgante de forma que no le sustituyan en la porción correspondiente en las aludidas herencias sus hijos o ulteriores descendientes’, y en su consecuencia debo declarar, y declaro, que las demandantes Virginia, Verónica y Sara G. A. sustituyen a su padre en la porción que le hubiera podido corresponder en las herencias de sus abuelos, don Pedro G. A. y doña Asunción P. G.; y c) Que el negocio de hostería ‘Mesón Rancho Grande’ y ‘Viejo Mesón’ pertenecía en pleno dominio a don Domingo G. P. y a su esposa, doña Ana María A. L., en *pro indiviso* y por mitades e iguales partes. Y debo absolver, y absuelvo, al demandado don Pedro G. P. del resto de los pedimentos de los recursos instados en su contra en el suplico de su demanda”. Recurrida esta resolución, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó Sentencia comprensiva del siguiente fallo: “Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Pedro G. P. y desestimado totalmente el formulado por adhesión por la representación de doña Ana María A. L. y sus hijas Virginia, Verónica y Sara G. A., revocamos la Sentencia dictada en 31 de julio de 1987 por el señor Juez de Primera Instancia de Jaca en los aludidos Autos y en su virtud dejamos sin efecto la declaración del apartado c) contenida en el fallo transcrito, a cuya declaración no damos lugar y de la que absolvemos al demandado don Pedro G. P., manteniendo el resto de pronunciamientos absolutorios y de costas de la Sentencia apelada”. Contra esta Sentencia recurren en casación ambas partes litigantes.

Segundo. El motivo primero del recurso interpuesto por la parte actora se acoge al ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error en la apreciación de la prueba; el motivo de impugnación recogido en el citado número del artículo 1.692 tiene por objeto la denuncia del error sufrido por el Juzgador de instancia al formular afirmaciones o negaciones de hecho conducentes al fallo pronunciado y que se pone de manifiesto a través de documentos aportados en legal forma a los Autos; por ello se exige para su viabilidad la designación del documento o documentos que por sí mismos y sin necesidad de acudir a interpretaciones, deducciones o hipótesis sirven de apoyo al motivo con expresión del particular concreto del documento que evidencie el error imputado al Juzgador, no siendo admisible la alegación indiscriminada de todos o la mayor parte de los documentos aportados a los Autos para obtener de su examen

conjunto un particular o interesado criterio que trate de sustituir al más objetivo e imparcial del propio del Tribunal *a quo*, ya que, como con reiteración ha dicho esta Sala, el recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia que permita a este Tribunal Supremo un nuevo examen de todas las pruebas aportadas a los Autos, razones que conducen a la desestimación de este primer motivo en el que se hace por la recurrente nueva apreciación de la abundante prueba documental que, según se expresa en el desarrollo del motivo, "en su conjunto patentizan una equivocación objetiva del Tribunal de Instancia", con alusión, incluso, a las pruebas de confesión y testifical para demostrar el pretendido error de hecho, cuando es sabido que tales pruebas no son hábiles para fundar en ellas un recurso de casación por la vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil. Igual suerte desestimatoria ha de correr el segundo de los motivos amparado en el número 5.º del artículo 1.692, en que se alega infracción por inaplicación del artículo 1.253 del Código Civil pretendiendo destruir así la valoración del Juzgador acerca del material probatorio del que ha extraído su convicción sobre la realidad de los hechos, partiendo la recurrente de los que ella da como probados en el primero de los motivos que ha sido rechazado; es doctrina de esta Sala la de que el artículo 1.253 del Código Civil faculta o autoriza, mas no obliga, al Juez a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el Juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los Autos, no resulta infringido dicho precepto (SS., entre otras, de 3 diciembre 1988 y 3 junio y 7 julio 1989); por ello, sentado en el segundo considerando de la Sentencia recurrida que "sí se infiere de la estimación conjunta de las probanzas testifical y documental antedichas que los negocios eran propiedad de los padres de don Domingo G.", no aparece violado, ni positiva ni negativamente, el artículo 1.253 del Código Civil, lo que impide pueda prosperar este motivo de impugnación.

Tercero. El motivo tercero se ha formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que permite la impugnación en esta vía casacional de las resoluciones judiciales susceptibles de ello por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", lo que determina la exigencia, impuesta por el artículo 1.707, párrafo primero, de la propia Ley, de que sean citadas "las normas de ordenamiento", cita que se omite por la otra parte recurrente en este motivo y que impide entrar en su examen; no obstante, aun admitiendo que la infracción denunciada es la de la jurisprudencia de esta Sala acerca de la acción de petición de herencia, dada la cita que se hace al final del desarrollo del motivo de la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 1953, en relación con las personas legitimadas activa y pasivamente, así como la finalidad perseguida con su ejercicio, y la referencia que igualmente se hace a la Sentencia de 18 de mayo de 1932, procede la desestimación del motivo. Solicitado en el pedimento segundo del suplico de la demanda que se declara que "Virginia, Verónica y Sara G. A., juntamente con su madre, doña Ana María A. L., acepten la herencia de los bienes dejados por su difunto padre y esposo, respectivamente, don Domingo G. P., debiendo procederse previamente al otorgamiento de la oportuna escritura de aceptación de herencia y partición en la que figure la adjudicación de bienes en pago de su haber legal de gananciales por disolución de la sociedad conyugal, a inventariar los bienes de la herencia y sus cargas, todo lo cual habrá de acreditarse en periodo probatorio o

en el de ejecución de sentencia", son plenamente asumibles los razonamientos en que, tanto el Juez de Primera Instancia como la Sala de Apelación fundan su fallo desestimatorio de tal pretensión, pues siendo la aceptación de herencia un acto personalísimo y unilateral, dependiente de la sola voluntad del llamado a la herencia sin que necesite de la voluntad concurrente de otra persona para su efectividad, es claro que el ejercicio de esa facultad no puede ser reclamado ante los Tribunales por quien ha de emitir esa declaración de voluntad frente a otra persona, sea o no llamado a la herencia; igualmente, la partición judicial de la herencia sólo puede solicitarse frente a quien ostente la condición de heredero, condición que no tiene el demandado don Pedro G.P. respecto de su hermano don Domingo, padre y esposo de las actoras; por otra parte, en contra de lo que se afirma en el motivo, en el transcrito pedimento segundo del suplico de la demanda no se ejercita acción de petición de herencia frente al demandado, pues como dice la Sentencia de esta Sala de 7 de enero de 1966, "aun cuando la *actio petitio hereditatis*, implícitamente reconocida en los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código Civil, por su carácter universal y finalidad dirigida primordialmente a la obtención del reconocimiento de la cualidad del heredero, difiere de la reivindicatoria regulada en el artículo 348 del mismo cuerpo legal, no por eso deja de servir de vehículo para que las personas activamente legitimadas por ella puedan conseguir en beneficio de la masa común la restitución de todos o parte de los bienes que compongan el caudal relicto perteneciente al causante, cuya posesión a título sucesorio o sin derecho alguno retenga en su poder el demandado", petición de restitución frente al demandado que no se contiene en el repetido pedimento, por lo que en su desestimación por la Sentencia recurrida no resulta infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias que se citan en el motivo.

Cuarto. El motivo cuarto, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción "por interpretación errónea de los artículos 119, 120, 122 y, alternativamente, el artículo 121 de la compilación civil aragonesa, aprobada por Ley de Cortes de 21 de mayo de 1985"; entiende la parte recurrente que las menores Virginia, Verónica y Sara G.A., nietas de don Pedro G.A. y doña Asunción P.G., se encuentran en el supuesto del artículo 120, por cuanto no habiendo sido favorecidas en vida de los causantes ni en la sucesión intestada del abuelo, don Pedro, carecen de "mediación de persona capaz para heredar" que era su padre, don Domingo G.P."; tesis inaceptable pues se funda en una incorrecta equiparación entre la renuncia a la herencia y la incapacidad para suceder. El derecho de alimentos que reconoce el artículo 121 de la compilación de Aragón se otorga a favor "de los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar", requisito que no concurre en las codemandantes, Virginia, Verónica y Sara G.A., entre las cuales y sus abuelos, Pedro G.A. y Asunción P.G., se interponía al momento del fallecimiento de cada uno de éstos, al cual ha de entenderse para calificar la capacidad del heredero o legatario, según el artículo 758 del Código Civil, el padre de aquéllas, don Domingo G.P., sin que resulte acreditado en Autos que el mismo se hallaba incurso en alguna de las causas de indignidad constitutivas de incapacidad para suceder recogidas en el artículo 756 de dicho Código, no pudiendo identificarse la incapacidad para suceder con la renuncia a la herencia por quien ha sido llamado a ella; no ha infringido la Sentencia de Instancia los preceptos alegados en el motivo que debe ser rechazado. De igual manera procede desestimar el séptimo motivo, en que, con el mismo amparo procesal, se denuncia infracción del artículo 1.902 del

Código Civil; referido este motivo a impugnar el pronunciamiento desestimatorio del pedimento 7.º del suplico de la demanda en el sentido de que se declarase al demandado obligado a pagar a la actora Ana Maria A. la cantidad que reclama prodecente del impago por su esposo Domingo G. de la pensión mensual fijada a favor de la recurrente en el convenio regulador de su separación matrimonial, es clara la inaplicación al caso del artículo 1.902 del Código Civil regulador de las obligaciones derivadas de culpa extracontractual.

Quinto. Entrando en el examen del recurso interpuesto por don Pedro G. P., procede el estudio conjunto de los tres motivos en que se articula, todos acogidos al número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sosteniéndose en ellos que era aplicable al caso litigioso el artículo 141 de la Compilación de Derecho civil de Aragón en la redacción dada al mismo por la Ley autonómica de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985, vigente al tiempo de la renuncia cuya validez es controvertida, y no, como declara la Sala *a quo*, el texto de la Compilación de 8 de abril de 1967. Se plantea así una cuestión de Derecho intertemporal que habrá de resolverse aplicando las disposiciones transitorias del Código Civil en virtud de las sucesivas remisiones que se hacen en las disposiciones transitorias 4.ª de la Ley de 1985 y 12.ª de la compilación de 1967; tratándose de la renuncia de los derechos que a don Domingo G. P. le correspondían en las herencias causadas por sus padres, don Pedro G. A., fallecido el 16 de enero de 1973, y doña Asunción P. C., fallecida en 29 de diciembre de 1984, es aplicable a tal renuncia de derechos hereditarios la legislación vigente al tiempo del fallecimiento del causante por aplicación de la disposición transitoria número 12 del Código Civil, según la cual "los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código; se regirán por la legislación anterior", criterio seguido igualmente por la Disposición Transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a cuyo tenor "las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después por la nueva legislación; y así lo viene declarando desde antiguo esta Sala, que en Sentencia de 9 de marzo de 1987 dijo que "los derechos hereditarios han de regirse por la legislación del tiempo del fallecimiento del causante, y estimándolo así la Sala sentenciadora se ajusta a la regla transitoria doce del Código Civil", reiterando las Sentencias de 24 de junio de 1897 y 5 de junio de 1917 que "el principio de irretroactividad de la Ley nueva sólo rige para los derechos nacidos bajo el imperio de la antigua; y notorio es que los derechos hereditarios no nacen hasta la defunción de la persona de cuya defunción se trate"; más modernamente se mantiene esta doctrina en Sentencias de 22 de diciembre de 1973 y 13 de abril de 1984; estableciendo esta última que "los derechos a la herencia de don Juan B. C. habrán de regularse con arreglo a la legislación vigente a su muerte, acaecida el día 7 de mayo de 1951, todo ello, también, conforme a la preceptiva contenida en los artículos 657 y 661 del Código Civil", criterio igualmente mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 13 de junio de 1979. Por ello la renuncia a los derechos hereditarios hecha por don Domingo G. P. ha de regirse por la compilación de Derecho civil de Aragón en su redacción de 8 de abril de 1967, vigente al tiempo del fallecimiento de los causantes y determinante de los efectos de tal renuncia y, consiguientemente, del destino del caudal hereditario; y al entenderlo así el Tribunal de Instancia no infringió las normas legales que se citan en los motivos, no obstante aplicarse la Disposición Transitoria 4.ª y no la 12 del Código Civil, lo que lleva a la desestimación de los mismos.

RESERVA LINEAL.—ARTICULO 811 DEL CODIGO CIVIL. TRANSMISION DE DERECHOS POR EL RESERVATARIO. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1991).

El derecho de reserva se actúa automáticamente, una vez fallecido el reservista, en favor de los reservatarios que lo sean en ese determinado momento, por lo que, incorporados los bienes reservados al patrimonio del reservatario, se transmiten a los herederos de éste siguiendo las reglas ordinarias de la sucesión, sin que ello implique desvirtuación alguna del sentido troncal de esta reserva, toda vez que la misma se respeta hasta el límite parental del tercer grado, que es su extensión legal, y resulta indiferente, a efectos de la reserva hereditaria, a qué personas transmite libremente los bienes quien los adquirió en virtud de aquélla.

Reitera la doctrina de la Sentencia de 21 de diciembre de 1989, con precedentes en las de 14 de junio de 1945 y 8 de junio de 1954.

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA "SI SINE LIBERIS DECESSERIT" EN CATALUÑA. ARTÍCULOS 131 Y 133 DE LA COMPILACION CATALANA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1991.)

Está en la propia condición de *si sines liberis decesserit* que se refiere a la inexistencia de hijos generados por la persona a quien se impone, sin que puedan equipararse a ellos los adoptivos.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vilanova y Geltrú, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

El señor C. C. dispuso, en la cláusula segunda de su testamento otorgado en 9 de diciembre de 1952, lo siguiente: "Lega a su hijo Jaime C. R., en pago de sus derechos legitimarios y en cuanto excediere como liberalidad, una pieza de tierra..., propiedad del testador, y ordena el testador que en el caso de tener hijos su expresado hijo pueda, éste su hijo, disponer libremente de la finca legada, y en caso de no tenerlos pasará la dicha finca al heredero nombrado en este testamento, o caso de premorir éste, a los herederos del mismo en la forma por él dispuesta, reservándose, no obstante, a la viuda de su hijo Jaime el usufructo vitalicio del inmueble legado mientras se conserve viuda", y la demandante —hoy recurrente— doña Ana M. P., viuda y heredera de don Jaime C. R., sostiene que la referida disposición testamentaria viola lo establecido en el artículo 131.2.º de la Compilación, según el cual "el legado dispuesto en concepto de legítima o imputable a ella, que no sea legado simple de legítima, deberá consistir en bienes de exclusiva, plena y libre propiedad, salvo el caso de no haberlos en la herencia, sin contar, a este solo objeto, los bienes muebles de uso doméstico. El incumplimiento de este precepto facultará al legitimario para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponda", en relación con el artículo 133 de la misma, conforme al que "el causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas. No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta, con la expresa prevención de que si el legitimario

no acepta dichas limitaciones se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, facultará a aquél para optar entre aceptar dicha disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya sólo la legítima libre de ellas. La aceptación de la disposición implica la de las cargas o limitaciones impuestas”.

Es evidente que el legado impuesto por don José C. C. en pago de los derechos legitimarios de su hijo don Jaime no infringe el artículo 131.2.º de la Compilación invocada por la señora M. P., pues ni siquiera se ha puesto en duda que la “pieza de tierra” objeto de aquél no fuera un bien de “exclusiva, plena y libre propiedad” del causante; sí resulta aplicable al caso, por el contrario, el artículo 133 antes transcrito, por cuanto es obvio que don José C. C. impuso una limitación sobre la legítima de su hijo don Jaime para el caso de que éste no tuviera hijos (“pasará la dicha finca al heredero nombrado en este testamento”), lo que infringe, en principio, la prohibición contenida en el precepto citado. Sin embargo, el mismo artículo 133 establece un régimen excepcional para el supuesto de que la disposición por causa de muerte se otorgue por un valor superior a la legítima, por lo que, en definitiva, habrá de estudiarse si en el caso que nos ocupa se cumplen o no los requisitos exigidos para la validez de aquélla.

En primer lugar, ha de señalarse que del testamento de don José C. C. se infiere ya que el valor de la finca legada superaba al de la legítima de su hijo don Jaime, lo que resulta de la frase “y en cuanto excediere como liberalidad” y también de la cláusula séptima del mismo expresiva de que “...si alguno de los legatarios infringiere esta prohibición se entenderán anulados el legado que anteriormente se le han acordado (*sic*) y reducida la participación del mismo, en la herencia del testador, a la legítima estricta, que, para tal caso, le lega”, debiendo advertirse que la Sentencia recurrida parte de la certeza de este hecho y que no se probó nada en contrario. Establece asimismo el artículo 133 que la disposición testamentaria deberá prevenir expresamente que si el legitimario no acepta la limitación “se reducirá su derecho estrictamente a la legítima”, circunstancia también concurrente dados los términos de la cláusula séptima, aunque ha de reconocerse que no son absolutamente claros, mas ello se explica por tratarse de un testamento anterior a la Compilación de 1960, que rige una sucesión abierta con posterioridad a la que, en cualquier caso, serían aplicables las previsiones de las Disposiciones Transitorias 6.ª de la Compilación y 2.ª y 12 del Código Civil, a más de que la duda deberá resolverse conforme a la voluntad del testador (art. 675 CC) que es evidente y no contradice ni el Derecho anterior a la Compilación ni lo previsto precisamente en el artículo 133 de ésta. Por último, la recurrente argumenta negando que don Jaime C. R. aceptara la disposición testamentaria de que se trata, a cuyo respecto bastará poner de manifiesto la contradicción que supone pretender en el proceso que la finca legada en pago de legítima no puede estar gravada con carga de ninguna clase y que se haga entrega de la misma y luego negar que se haya aceptado la disposición testamentaria para así obviar sus limitaciones; ha de recordarse también que sobre la impugnación de este extremo versaba el motivo primero del recurso que fue inadmitido.

Partiendo del hecho de que los esposos don Jaime C. R. y doña Ana M. adoptaron plenamente en el año 1976 a un menor, alega la recurrente que se cumplió la condición de tener hijos, ya que, desde la promulgación de la Constitución de 1978, su artículo 14 proclamó la igualdad de los españoles ante la Ley y excluyó cualquier discriminación por razón de nacimiento, de donde infiere que los hijos adoptivos deben equipararse, para purgar la condición *si sine liberis decesserit*, a los procreados por el fiduciario, de donde se seguiría que el Tribunal *a quo* infringió el ordenamiento jurídico al estimar lo contrario. Esta tesis debe recha-

zarse porque: a) No se están discutiendo ahora derechos del hijo adoptivo, que eventualmente pudiera ser discriminado en contra de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, sino de sus adoptantes; b) Está en la propia naturaleza de la condición *si sine liberis decesserit* que se refiera a la inexistencia de hijos generados por la persona a quien se impone —no otro puede ser el sentido de la frase “tener hijos” no asimilable a adoptar—, y c) La Compilación de 1960, aplicable a la sucesión del señor C. C., disponía que “únicamente se considerarán hijos puestos en condición los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio del fiduciario, a menos que el testador disponga otra cosa” (art. 174, *in fine*) y, además, el fallecimiento de aquél se produjo con anterioridad a la vigencia de la Constitución, cuyo artículo 14 no sólo es inaplicable al caso por la razón antes expuesta sino también porque la regulación de las sustituciones fideicomisarias siempre —incluso con posterioridad a las modificaciones introducidas en la Compilación de 1960 por la Ley del Parlamento Catalán de 20 de marzo de 1984— ha dejado a salvo la voluntad del testador, y la propia recurrente reconoce —como no podía ser de otra manera— que aquél no pudo referirse a la existencia de hijos adoptivos.

LEGADO DE COSA AJENA.—ARTICULOS 813, 864 Y 1.056 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1991.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Maplica y González-Elípe, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el hijo mejorado, demandado y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Sevilla que había revocado y confirmado en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia del Valverde del Camino, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

Fundamentos de derecho.—Don José L. A. otorgó testamento abierto el 15 de diciembre de 1980, que fue el vigente a su óbito, acaecido el 10 de junio de 1982, en estado de viudo de sus únicas nupcias con doña Purificación P. M. y en cuyo matrimonio tuvieron tres hijos: Juan, Germán y José Miguel. La esposa había fallecido el 25 de julio de 1970, con testamento abierto, vigente en el momento de su deceso, de fecha 21 de septiembre de 1953, en el que la testadora que había constituido herederos universales por iguales partes a sus tres hijos, en su cláusula tercera ordenaba a los mismos permitieran a su esposo y padre, respectivamente, el usufructo universal de toda su herencia indivisa, bajo sanción de determinadas exclusiones o reducciones en la percepción de sus cuotas hereditarias, que para el caso que nos ocupa son irrelevantes, toda vez que tal disposición fue acatada, y de ahí que la herencia materna estuviera indivisa y se promoviera el juicio de testamentaría, del que es incidencia el presente procedimiento, a instancia de don José Miguel L. P. La cuestión planteada por la demanda del mismo radica sustancialmente en la validez de las cláusulas 5.ª y 6.ª del testamento de don José L. A. reseñado precedentemente, en cuanto que la primera determina una adjudicación indivisa de bienes en relación con un legado de cosa ajena, y la segunda, por las amplias facultades que se conceden al albacea-contador-partidor señor S. al encomendarle la liquidación de la sociedad de ganancias existente durante el matrimonio de los padres fallecidos de los litigantes y, consecuentemente, la obligación de dar cuenta y en su caso la cesación de don

Germán como administrador de los negocios mercantiles e industriales que son parte importantísima del acervo patrimonial sucesorio; opuestos a la demanda don Germán y el albacea señor S., la Sentencia de Primera Instancia declaró nula la cláusula quinta, no así la sexta, y condenando al demandado a dar cuenta, con entrega de los libros de la administración con cese en la misma en su caso, la que en apelación fue confirmada por la Sala correspondiente salvo en lo concerniente a la nulidad del legado de cosa ajena así mismo contenida en la cláusula quinta ya señalada.

El recurso de casación formalizado por la representación de don Germán L. se ampara en tres motivos; el primero, que equivocadamente se encausa por el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —su encaje correcto es el del ordinal 3.º de la misma norma procesal—, impugna la Sentencia por incurrir supuestamente en incongruencia y correlativa violación del artículo 359 de la misma Ley adjetiva civil, por cuanto considera que la nulidad que se pronuncia respecto de la adjudicación íntegra de las casas y negocios referidos que se contienen al principio de la cláusula 5.ª es incompatible con la validez del legado de cosa ajena expresada en la misma cláusula *in fine*, ya que ambas disposiciones testamentarias son correlativas y complementarias; el motivo segundo, con sede en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción por interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil, y el tercer motivo, con idéntica residencia procesal que el anterior, denuncia la violación de los artículos 864 y 813 del Código Civil. Como se advierte de su propio enunciado y se constata del desarrollo de los tres motivos, la impugnación de la Sentencia de segundo grado gravita sobre la pretendida paradoja en que incurre el Tribunal de apelación al denegar la adjudicación íntegra de las casas y negocios y reconocer la validez del legado de cosa ajena que a renglón seguido se ordena en la misma cláusula testamentaria como medio adecuado para hacer operativa dicha adjudicación por entero de las casas y negocios que se refiere, dado que el propio testador reconoce su naturaleza de bienes gananciales; pues bien, como quiera que los tres motivos gozan de un mismo denominador y de una misma meta finalista, es evidente lo aconsejable de un estudio y un tratamiento común que integre y no escinda el enjuiciamiento del tema del debate. Así las cosas, es preciso poner de relieve las siguientes razones: a) La Sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1988 dice: “El principio general de que nadie puede disponer de aquello que no es suyo tiene su plasmación en nuestro ordenamiento por lo que se refiere a la sucesión hereditaria en general en el artículo 659 del Código Civil que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 de dicho cuerpo legal, que faculta a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o parte de ellos, a título de herencia o legado. Así mismo, como aplicación más concreta de dicho principio general que como una más de las clases o formas de ella, figura la hecha por el testador (art. 1.056 CC), presupone necesariamente como requisito condicionante de su validez y eficacia que se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia”. Y así, en la misma línea doctrinal, las Sentencias de 22 de mayo de 1965, 17 de mayo de 1974 y 5 de junio de 1985, entre otras; b) En punto al legado de cosa ajena, la Sentencia de 16 de enero de 1932 sentaba como doctrina que “el Código Civil al regular el legado de cosa ajena en los artículos 861, 862, 863 y 864 establece distintos supuestos al objeto

de fijar cuál sea la voluntad del testador, y así, en los dos primeros preceptos de los que se acaban de mencionar se contrae al legado de cosa ajena cuando ésta pertenece a un extraño y según que el testador sepa o no que la cosa legada era de ajena propiedad; en el tercero, al legado de cosa propia exclusivamente del heredero o de otro legatario, y en el cuarto, a supuestos diversos no contenidos en los anteriores, esto es, a la concurrencia de varios partícipes, siempre que uno de ellos sea el testador o el heredero o el legatario, sin importar que las otras participaciones recaigan en cualquiera de los dos últimos o simplemente un extraño, pero en todo caso limitando el legado a parte o derecho perteneciente al testador, a menos que éste declare expresamente que lega la cosa por entero"; y la Sentencia de 10 de enero de 1934 ofrece una perspectiva muy aleccionadora para el caso que nos ocupa cuando dice: "Los preceptos legales relativos a los legados de cosa ajena, común o propia del legatario no son definitivos si se aplican a cosas totalmente dominadas o poseídas por ambos cónyuges, estando subordinados a la adjudicación que se haga al liquidar la sociedad conyugal"; c) La doctrina jurisprudencial unánime (SS. 5 marzo 1944, 3 febrero 1961, 25 julio 1971, 26 noviembre 1974, 30 abril 1981, 8 junio 1982 y 9 marzo 1984) señala al ocuparse de la aplicación del artículo 675 del Código Civil que ha de concederse notoria supremacía a la voluntad real del testador, siendo función del Tribunal de Instancia la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias; y como quiera que la cláusula 5.^a —única sometida a la especulación jurídica de su validez— acredita por su literalidad contundente cuál era la verdadera y real voluntad del testador, ha de estarse a su contenido, sin más limitaciones que: a) No perjudicar legítimas estrictas, y b) No disponer más que dentro del ámbito de su propio patrimonio; y d) Consecuentemente a lo expuesto y dado que los bienes adjudicados en especie pertenecían al testador por la mitad de su haber ganancial y la otra mitad a sus hijos por terceras partes, en virtud de la disposición testamentaria de su madre, cotitular con el testador de dicha sociedad de gananciales a cuyo acervo pertenecían tales bienes —casas y negocios—, quíerese decir que si bien el testador, pleno conocedor de tal naturaleza ganancial, explícitamente manifestada en su testamento y, por ende, consciente de su falta de titularidad dominical integral de los mismos, haciendo uso de su libérrima facultad de disposición, lega dichos bienes por entero a su hijo don Germán (art. 864 CC), que sólo podrá hacerse operativo y viable con el consentimiento de los demás herederos, que como cotitulares de los bienes pueden optar por la cesión de esos derechos dominicales sobre la mitad *pro indiviso* de los mismos o su justa estimación (por sustitución dineraria; art. 863 CC), siempre y en todo caso con la rigurosa intangibilidad de sus legítimas estrictas recayentes sobre la herencia del testador don José L. A., en la que queda inmersa la mitad de los bienes objeto de la adjudicación hecha infructuosamente al amparo del artículo 1.056, 2.º párrafo, del Código Civil, cuya nulidad ha de ser predicada por afectar a unos bienes cuya titularidad dominical no ostentaba por entero el propio testador, como ya se ha dicho. De ahí la relatividad de esa adjudicación en especie integral que queda doblemente condicionada a la voluntad de los coherederos y cotitulares —entregar la misma cosa o su justa estimación—, y la inviolabilidad de sus legítimas estrictas; relatividad de adjudicación que hubiera sido de mucho menor relieve si la cónyuge, doña Purificación P., hubiera dispuesto en su testamento otra adjudicación similar a la de su propio esposo y sobre los mismo bienes, ya que no hubiera tenido entonces más limitación que la del respeto a las legítimas de los demás coherederos.

De todo lo expuesto queda patente que hay compatibilidad y no incongruen-

cia en los pronunciamientos de la Sentencia, pues si por algún evento feliz se llegara a la adjudicación por entero de los bienes de la cláusula 5.^a a don Germán, no sería por disposición del testador, sino por voluntad de los herederos todos —de ahí la nulidad de la adjudicación— y, desde luego, por la eficacia del legado de cosa ajena en la forma que se ha dicho —de ahí su validez y virtualidad—, sin perjuicio de constatar que ese legado de cosa ajena es parcialmente inválido e inoperante en cuanto al tercio de la herencia de la madre que por derecho propio como heredero de la misma le correspondía ya a don Germán; y que en cuanto a las casas y negocios que inválidamente se le adjudicaron al mismo en el testamento del padre, se concreta en una sexta parte de los mismos, de acuerdo todo ello con lo dispuesto en el artículo 878, primer párrafo del Código Civil, por lo que los motivos todos perecen al no haberse infringido los preceptos legales denunciados en aquéllos.

Comentario.—El legado de cosa ganancial es aquel cuyo objeto lo constituye un bien perteneciente a ambos cónyuges con tal carácter en el momento de otorgarse el testamento. Se trata de un legado de cosa específica y determinada que en el momento de disponerse es ajena en parte y que al tener efectividad por abrirse la sucesión puede llegar a ser de cosa propia del testador, sólo propia de éste en parte o totalmente ajena, dependiente de la liquidación de la sociedad de gananciales.

El mismo no ha sido regulado por el Código Civil hasta la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que siguiendo, al parecer, las ideas ya expuestas por MANUEL DE LA CÁMARA ("El legado de cosa ganancial", *ADC*, 1952, vol. 2, págs. 467-551), dispone: "La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento (art. 1.380). Esta es una solución distinta a la que establece la Ley 251 de la Compilación navarra y plantea, entre otras, las siguientes cuestiones:

1.^a Si el precepto tiene carácter imperativo o dispositivo. Parece que no hay razón fundada para hacer de peor condición a este legado que al de cosa que total e inicialmente es ajena, por lo que su carácter será meramente supletorio de la voluntad del testador, quien puede ordenar que en todo caso sea válido como legado de cosa ajena o bien que únicamente sea eficaz para el caso de adjudicarse el todo o parte del bien legado a su herencia, sin que, por tanto, haya lugar a la sustitución de la cosa legada por su valor en este último supuesto.

2.^a Si el valor que se entiende legado, según el Código, se refiere al valor de toda la cosa —para evitar la indivisión— de forma que hay una sustitución en cierto modo "forzosa" transformando así el legado en legado de cantidad, o sólo a la parte que no se adjudique a la herencia del disponente, siendo un legado "mixto", en parte de cosa específica y en parte de crédito.

3.^a ¿Tendrá trascendencia la creencia del testador de que la cosa legada, en vez de ser ganancial, era de su exclusiva propiedad o será, por el contrario, irrelevante? Parece que habrá de estarse a su intención (art. 675 CC), si bien presumiéndose, salvo prueba en contrario, que el testador conocía el carácter ganancial del bien legado. Rige aquí, por tanto, un principio contrario al establecido por el párrafo 2.^o del artículo 861 del Código Civil. Por lo mismo, no juega aquí el artículo 864 del propio cuerpo legal, esto es, no hace falta que el testador diga expresamente que lega la cosa por entero, ya que si se entendiese limitado a su derecho en el bien legado al disponerlo, sobraría la regulación legal y anteriores consideraciones.

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA EN CATALUÑA. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

Mantiene el principio *in dubio contra fideicomisso*.

El fiduciario, siempre que se trate de un puro acto particional, puede pedir la división de la cosa común y practicar la partición eficazmente con los demás herederos, sin necesidad de que intervengan en ella los fideicomisarios.

LEGITIMA DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1990.)

La igualdad de trato proclamada en el artículo 14 de la Constitución no es aplicable a las sucesiones abiertas y recogidas conforme a derecho preconstitucional.

La Declaración de Derechos del Hombre, suscrita por España y que tiene el vigor de Ley interna conforme a los artículos 96 de la Constitución y 1.5 del Código Civil, sólo tiene vigencia y es aplicable a partir de la aceptación por el Estado español.

Esta Sentencia consagra el principio de irretroactividad de las leyes y es reiteración de la doctrina contenida en la Sentencia de 28 de abril de 1989, entre otras.

LEGITIMAS. INTANGIBILIDAD. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

La intangibilidad de las legítimas no puede eludirse por vía de partición realizada por el *de cuius*, y menos aún por el albacea como mandatario *post mortem* y ejecutor de su voluntad.

MEJORA CONDICIONAL. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1991.)

Considera cumplida la obligación, a la que se subordina la mejora, consistente en que el hijo mejorado, mientras vivan sus padres, habrá de habitar en la casa y compañía de los mismos, comiendo con ellos a igual mesa y mantel, cuidándoles y atendéndoles en todas sus necesidades, tanto en salud como en enfermedad.

INSTITUCION DE HEREDERO MODAL.—ARTICULO 798 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1991.)

Considera cumplida la carga modal que afecta a la institución de heredero a favor de la Congregación de Hermanitas de Ancianos Desamparados al no poder cumplirse exactamente la voluntad del testador, sustituyendo ese cumplimiento por otro más análogo.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, Publicaciones Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1991.

No he podido presumir mucho de “madrugador” de libros nuevos, ya que la compra de ellos se supedita a un manoseo inicial, un repaso al índice sumarial y un detenimiento en alguna de las materias que me interesan. Me estoy refiriendo a Libros de Derecho. La novela, la poesía, el ensayo, el teatro, etc. van por otros derroteros. En unos hay selección y en otros inclinación. Pues bien, este “tratado” que ahora traigo a recensión llega a mi poder momentos antes de iniciar un viaje hacia mi destino, donde, al día siguiente, tenía que pronunciar una conferencia, seguida de coloquio frente a un auditorio tan importante como el Colegio de Abogados de Guipúzcoa. Cuando hice la cita “pionera” del libro y enseñé el ejemplar que su autor me había enviado, supe que “me estaba haciendo” con la concurrencia y que cualquier pregunta que se me hiciera era “pan comido”. La verdad es que yo no me había podido leer “todo” el libro, pero sí la parte sustancial que me legitimaba para ser “madrugador” de un libro que aun no estaba en el mercado.

No sé la razón por la que a las “autorizaciones” administrativas se las llaman *licencias*. He llegado en mi pobreza conceptual administrativa a distinguir la “autorización” y la “concesión”, pero lo que no me convence es que la *licencia* (permiso, autorización, intervención) pueda considerarse como un documento vertebral de la mecánica urbanística que se distancia de la CEDULA URBANÍSTICA y que tiene su suplencia en la CEDULA DE CALIFICACION DEFINITIVA. Me vais a perdonar que traiga a colación la figura jurídica de la “licencia marital” y el consentimiento *uxoris*, procedentes del sistema legal que regulaba el Código Civil en materia de la sociedad de gananciales o sistema económico matrimonial. La desaparición de estos requisitos —en el campo de las relaciones matrimoniales— se basaban en el trato de igualdad jurídica de marido y mujer y resultó pecado hablar de “licencia”. La relación administración y sujeto privado no es marital, pero se asemeja a aquella en cuanto la *potestas* tiene facultades de otorgar “licencia”. Pensar en una especie de “unión” administrativa (y no digo criminal) entre administrado y administrador en niveles de *igualdad* es pura utopía y lo mismo que el “de arriba” decreta, impone y sanciona, podríamos llegar a que el “poderoso” se limite a “consentir” —en fórmula muy de Derecho privado— con lo que ganaríamos dos cosas: dar la sensación de igualdad democrática de poder y reafirmar el principio de legalidad en forma menos vejatoria. Claro que todo esto es pura fantasía, pues el idioma español es tan rico que al lado de esas licencias urbanísticas están las de pesca, uso de armas, la licencia de los quintos, la vida licenciada, la licenciatura y el licenciado, etc.

La obra responde a las exposiciones a que nos tiene acostumbrados el autor, no ya en su organización sistemática expositiva, sino en profundidad, en lógica interpretativa, en aportaciones jurisprudenciales y, en este caso, en legislaciones autonómicas que la hacen válida para cualquier lugar “acasarado”. La verdad es

que la licencia urbanística se ha convertido en el actor principal de este "drama" legislativo en que se trata de introducir una propiedad "vacía" de contenido, siendo la licencia el cordón umbilical que va suministrando facultades al pobre propietario amenazado siempre de una expropiación por valores iniciales. La verdad es que ese artículo 11 de la nueva Ley que termina con la idea de la "incorporación al patrimonio" de la edificación, contrasta con esa posible expropiación de la propiedad en sus diferentes tramos, ya que si se expropia es porque se reconoce la existencia de dicha propiedad, esté o no incorporada al patrimonio.

Sin querer me desvío en esa torpe expresión legislativa y donde hay que volver es a la licencia cuya necesidad se convierte en "legislación básica" y a veces —como señala el autor— en "legislación de aplicación plena" (caso del artículo 21). Vamos, por ello, a contar lo que el autor nos ofrece sobre la licencia.

Creo que conviene aceptar las dos grandes partes diferenciadas que se ofrecen: el sistema general de licencias y licencias para casos especiales. En ambas partes habrá que distinguir los diferentes puntos que se desarrollan:

A) SISTEMA GENERAL

El autor *introduce* al lector en la materia precisando lo que es la licencia y lo que ésta significa, para luego concretar los casos en que es necesaria: *realización de obras distintas a la edificación* (actividad urbanizadora, parcelaciones, movimiento de tierras, cerramiento o vallado, colocación de carteles de propaganda y corta de árboles), *edificación* (obras de nueva planta, modificación de edificios, demolición) y *uso del suelo y edificación*.

Proyectando la necesidad de la licencia en uno de los temas que más ha preocupado a los que se han ocupado de ello, esto es, en las obras nuevas, cobra especial relevancia el capítulo que dedica a los *requisitos* que deben reunir las mismas: objetivos y subjetivos. Y ahí los puntos que desarrolla se agolpan por ser prioritarios cada uno, pues si importante es saber quien es el titular de la licencia o los terceros interesados, también lo es la necesidad de que la misma esté en conformidad con el Ordenamiento jurídico. A esto hay que añadir todos aquellos requisitos que tienen relación con el tiempo, el plazo y la forma.

Otro aspecto de las licencias es el *procedimiento* que debe seguirse para su consecución y en esto —como en los demás puntos— el autor borda la materia en esa singular forma suya de estructurar las diferentes fases del mismo. Con todos los grandes respetos que el autor y sus opiniones me merecen he defendido que en la actualidad es muy difícil hablar de la teoría del *silencio administrativo de carácter positivo* por esa tremenda forma de expresarse la Disposición adicional 4.^a que sólo excepciona lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley.

Singular atención merece el problema de los *efectos* donde se examinan los límites, la inexistencia de las mismas y la problemática que ofrece la inscripción en el Registro de la Propiedad. Se cierra esta parte con el examen de la materia de licencias *ilegales* y sus repercusiones en el ámbito administrativo, en el jurídico y en sus repercusiones registrales. Importante también es el tema de las causas de *extinción* de las licencias (revocación, caducidad, anulación, etc.) que enlaza con el de la *responsabilidad* tanto de la administración como del administrado.

B) SISTEMA ESPECIAL

Se trata en esta parte de las licencias para actividades urbanísticas del Estado y entidades de Derecho público, las correspondientes a edificaciones en suelo no urbanizable y urbanizable no programado, las referentes a obras sujetas a intervención de órganos del Estado por fines distintos, las necesarias para el servicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

En todas ellas, como es habitual en el autor, se desmenuza la materia señalando conceptos, requisitos, procedimientos y efectos. La obra lleva un índice sumarial, unas claves de abreviaturas y otros dos índices de disposiciones legales y analítico de materias.

Pendiente de publicación el texto refundido de la Ley es preciso agradecer al autor ese gran esfuerzo hecho para que la inseguridad creada por la publicación de un texto incompleto, se transforme en seguridad, pues en toda decisión calificadora siempre tendremos una argumentación en que apoyarla.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

BOLAS ALFONSO, JUAN Y OTROS: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada* (Comentarios a la Ley, tras la Reforma de 25 julio 1989 y Reglamento del Registro Mercantil de 29 diciembre 1989), Editorial Civitas: 540 páginas.

Aparece este libro en un momento de auge de la SRL. La reforma de las leyes mercantiles ha traído como consecuencia inmediata el aumento espectacular de la constitución de SRL o de transformación de SA en este tipo societario. Consecuencia inevitable ha sido la aparición de innumerables problemas, hasta ahora casi inexistentes, pues la falta de aplicación práctica de su Ley reguladora hacía que no se detectasen dificultades latentes en la misma.

Por ello, todos aquellos que hemos de aplicar diariamente el Derecho hemos de agradecer la aparición de libros como éste. Sus autores, todos ellos Notarios, excepto don JUAN PABLO BLANCO DE LA QUINTANA que es Inspector de Finanzas del Estado, reúnen la doble cualidad de estudiosos del Derecho y prácticos del mismo. Si bien la obra es colectiva, no creo desmerecer a nadie si resalto la labor de don JUAN BOLAS ALFONSO, Notario de Madrid, de sobra conocido. La propia introducción redactada por los autores reconoce implícitamente el peso específico de este autor en la obra, pues todos los que con él colaboran han sido alumnos suyos.

Podría pensarse que quizá hubiese sido mejor esperar para publicar una obra como ésta, pues de todos es conocido que está en trámite de estudio una nueva Ley de SRL. Sin embargo, no lo creo así. El libro no puede ser más oportuno. Además de resolver muchos problemas de aplicación diaria, la obra, con ser muy práctica, no se limita a ello. JUAN BOLAS y sus colaboradores profundizan en temas teóricos, como por ejemplo, la naturaleza de este tipo societario, o el derecho supletorio aplicable, cuyo estudio resulta básico para la comprensión de la figura. En las palabras introductorias los autores escriben que pretenden contribuir modestamente a facilitar el entendimiento y aplicación de la normativa vigente sobre esta sociedad. Pero ésto no es así. El libro va mucho más allá. Creo incluso que su lectura puede permitir, a quienes en la actualidad estudian la futura Ley de SRL, ofrecer soluciones válidas para el futuro.

La obra se estructura como unos comentarios a la vigente SRL, siguiendo capítulo por capítulo la numeración de la propia Ley. Como apéndices, se incluyen unos formularios de enorme utilidad, un anexo fiscal sobre la SRL y los impuestos y unos textos legales, que comprenden tanto la Ley de 1953 como los artículos del RRM de 1989 aplicable a esta sociedad, y las directivas comunitarias que resultan de aplicación a la misma, en concreto la primera, tercera, cuarta, sexta, séptima y octava.

El capítulo I de la Ley (arts. 1 a 4), se estudia por los autores con profundos conocimientos teóricos. Destacaría así por ejemplo la propia definición que dan de la propia SRL resaltando que los socios están unidos por vínculos familiares o personales. Resalto este punto porque a lo largo de toda la obra esta característica servirá como guía para interpretar preceptos dudosos. Tras una breve reseña histórica en nuestro derecho y enumeración de las directivas comunitarias aplicables, se fija la naturaleza jurídica de la misma, manteniendo los autores una posición propia, resaltando como rasgo fundamental su base contractual y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, elemento motor y configurador de su estructura, y el *intuitu personae* como característica personal. Ello trae consigo que sólo deban rechazarse los pactos que atenten a la esencia de la SRL (si bien hay que resaltar que su actual Ley reguladora no contiene un artículo análogo al 10 de la SA donde se habla expresamente de los principios configuradores de la SA).

Al comentar el artículo 2 se estudia detenidamente los artículos del RRM sobre denominación de sociedades, aplicables igualmente a este tipo societario y se dan unos consejos prácticos, creo que de obligada lectura, para evitar innumerables problemas detectados en la práctica diaria. En el artículo se resalta como hoy en día ya no se habla de un capital máximo sino de un mínimo, lo que sin duda hace variar la configuración de esta sociedad. El negocio de aportación es objeto de un detallado estudio, así por ejemplo en cuanto a la aplicabilidad de la LAU o del artículo 34 de LH. Especial consideración merece el régimen supletorio de primer grado en las materias no reguladas, o reguladas deficientemente en la Ley, dada la desaparición de la antigua remisión al Código de Comercio. Los autores estudian brillantemente la diferentes legislaciones supletorias aplicables, no sólo desde el punto de vista de la propia Ley, sino también del RRM (en especial en el art. 177 de este texto, que califican como desafortunado). Así por ejemplo, es interesante la aplicación supletoria del artículo 5 de LSA, que en desarrollo de las directivas comunitarias ha modificado sustancialmente el criterio de atribución de la nacionalidad a las Sociedades Anónimas.

El capítulo II, comprensivo de los artículos 5 a 10, se refiere a la fundación de la SL. En general resaltan los autores como las normas reguladoras suponen una mayor flexibilidad y menor complicación que las de la LSA. En el estudio de los preceptos aplicables a esta materia se resalta el artículo 63 del RRM, que admite la posibilidad de inscripción parcial, de enorme importancia, singularmente en los momentos iniciales de aplicación de la nueva normativa, donde los criterios aún no se han asentado.

De gran brillantez resulta el comentario al nuevo artículo 6, que llama a la aplicación supletoria de la LSA tanto para los actos y contratos celebrados por la sociedad antes de su inscripción como para el régimen de nulidad de la misma. Los autores resuelven esta aplicación supletoria, no fácil en muchos casos. Distinguen a este efecto entre el artículo 15 (sociedad en formación) y el artículo 16 (sociedad irregular), ambos aplicables a la SL. En cuanto a las causas de nulidad, resultan aplicables dada la remisión expresa los artículos 34 y 35 de

la LSA. Resulta curiosa la observación de que dada la limitación de las causas de nulidad, se puede producir la paradoja de que siendo nulo el acto constitutivo, no lo sea la sociedad que de él nació, al no estar prevista dicha causa.

El artículo 7 no ha sufrido alteración en la reforma, pero si desarrollo reglamentario, lo que produce serios problemas diarios de interpretación. Se estudia detenidamente, con emisión de alguna opinión comprometida. Así por ejemplo, los autores admiten expresamente la existencia en este tipo societario de acciones de voto plural, pero no sin voto (debido al carácter personalizado de esta sociedad), la posibilidad de suavizar el régimen del artículo 17 de la Ley para separar a los Administradores iniciales (superando por tanto la contradicción aparente entre el artículo 174.15 del RRM y artículos 13 y 17 de la LSA; criterio ya confirmado por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado), e incluso la posibilidad de que en el Consejo de Administración un Consejero esté representado por un no Consejero (a pesar de la dicción literal del art. 97.4 del RRM).

Al estudiar los artículos 8 y 9 resalta la no aplicación de las prevenciones que para las aportaciones no dinerarias prevee la LSA, la posibilidad de aportar trabajo o industria, que sin embargo deberán encauzarse por la vía de las prestaciones accesorias, sin integrar el capital, la necesidad de que el crédito aportado esté íntegramente vencido y exigible, dada la exigencia del desembolso íntegro del capital, no pudiendo por tanto aportarse letras de cambio pendientes de vencimiento. Finalmente y en cuanto al plazo de prescripción para exigir las aportaciones, entiende aplicable el general de quince años del 1.964 del Código Civil.

Termina el estudio del capítulo con el estudio del artículo 10, con un interesante análisis de la posibilidad y régimen de las prestaciones accesorias (que pueden ser tanto obligaciones de dar o de hacer como de no hacer), y la retribución que puede darse a dichas prestaciones (nunca con cargo a capital, pero si con otras modalidades).

El capítulo III, comprensivo de los artículos 11 a 16, aborda los órganos de la sociedad. Sin poder detallar aquí todos los problemas que se analizan, si resaltaría por su importancia u originalidad los siguientes: La interpretación que se da al artículo 143 del RRM, admitiendo que la persona jurídica administradora designe una o varias personas físicas para que actúen una en suplencia de otra, hoy resuelto en sentido contrario por la Dirección General de los Registros y del Notariado (incluso como régimen transitorio si se inscribió antes de la entrada en vigor de la Ley el nombramiento de la persona jurídica administrador, ésta podrá actuar a través de cualquier persona con facultades suficientes). El detallado estudio del ámbito de la representación de los administradores, y de la exigencia de la responsabilidad a los mismos, resaltando la opinión de que cuando se pretenda ejercer la acción contra los administradores nombrados en la escritura fundacional, la mayoría exigible será la del artículo 17.

Al estudiar el artículo 14, y en concreto su desarrollo reglamentario en el artículo 100.3 del RRM, se considera como posible que el plazo de 10 días para emitir el voto que este precepto contempla, se altere por los estatutos. De singular importancia resulta el estudio de la documentación de los acuerdos sociales (págs. 139 a 148), por ser causa de innumerables problemas en la práctica diaria. Recomendando su lectura detallada, que evitará muchos de estos problemas. No obstante, algunas de las opiniones vertidas me parecen discutibles, como por ejemplo atribuir carácter dispositivo al artículo 113 de la LSA, permitiendo por tanto que el acta de la Junta se apruebe en cualquier momento. Los propios

autores reconocen los problemas que esta interpretación conlleva. Resaltar igualmente el estudio que se hace del acta notarial, requisitos de la certificación y elevación a instrumento público.

Al estudiar el artículo 15 se aborda el espinoso problema de la necesidad o no de existencia de segunda convocatoria de la Junta. No puede olvidarse como esta materia, y en general los *quorum* de constitución y de votación, han planteado innumerables problemas en parte resueltos por recientes Resoluciones de la Dirección General. Los autores abordan el estudio de la genérica remisión a la LSA que contiene este precepto, no fácil de interpretar. Así por ejemplo, consideran no aplicables entre otros los artículos 97, 98.1, 100.2, 102, 103 y 104 de la LSA al regular la propia Ley estos aspectos. La remisión en materia de impugnación se analiza con detalle, especialmente el grave problema transitorio de los plazos que han de aplicarse a las impugnaciones realizadas en 1990 para acuerdos adoptados con anterioridad a dicho año.

Termina el capítulo el estudio del artículo 16 no reformado, lo que plantea la dificultad de ponerlo en relación con los artículos 106 a 108 de la LSA, pues el régimen establecido por el artículo 16 es mucho más restrictivo que el nuevo aprobado por el texto de anónimas.

Los comentarios al capítulo V, artículos 17 y 19 constituyen a mi juicio uno de los capítulos más brillantes del libro. La escasa regulación de la SRL en esta materia (singularmente en cuanto al aumento y reducción de capital), y la gran importancia práctica que reviste, determina la enorme importancia de la correcta interpretación de estos artículos y muy especialmente la búsqueda de los preceptos del TRLSA que ha de aplicarse con carácter supletorio. Los autores lo logran plenamente, asumiendo los riesgos que entraña emitir constantes opiniones personales, si bien la fundamentación de todas ellas las hace plenamente convincentes.

Inicialmente se advierte que el capítulo no ha sido reformado, y sin embargo las novedades introducidas en materia de adopción de acuerdos sociales tienen una indudable repercusión en esta materia. Se resalta como el artículo 17 se refiere a *quorum* de votación (no de asistencia, como por lo demás ha confirmado recientemente la Dirección General de los Registros y del Notariado) y se estudia el interesante supuesto de la SL de dos socios que convierten el régimen de este precepto en práctica unanimidad. Especial atención merecen las garantías generales que exigen las modificaciones estatutarias, y las garantías especiales para determinados supuestos (cambio de objeto, denominación, etc.) con estudio de las normas aplicables a cada supuesto.

Pero es sin duda en el comentario de los artículos 18 y 19 donde la obra alcanza un interés teórico y práctico encomiables. El catálogo de problemas planteados y resuelto es completo, singularmente en relación con las detalladas normas del TRLSA. Tras estudiar las modalidades y requisitos del aumento del capital, se analiza el aumento con cargo a reservas (considerando plenamente aplicable el art. 157 del TRLSA, y exigiendo por tanto balance auditado), la delegación de los Administradores para ejecutar el aumento y el capital autorizado (art. 153, letras a) y b) del TRLSA) y finalmente la suscripción incompleta.

El derecho de suscripción preferente es igualmente objeto de un brillante análisis, no exento de dificultades, estudiando su exclusión (que consideran válida con los requisitos del art. 17 de la Ley), los supuestos de usufructo, condominio, carácter ganancial de las participaciones, ejercicio por el titular de la patria potestad, y supuestos de sustitución fidecomisaria y reservas.

La reducción de capital, artículo 19, se analiza a continuación con especial

énfasis en las normas del TRLSA aplicables o no: Se excluye por ejemplo la aplicabilidad del artículo 165 de este último texto. Tratamiento especial merecen la reducción para compensar pérdidas o dotar la reserva legal, la reducción y aumento simultáneos, y la reducción mediante adquisición de participaciones propias. Finalmente, se analiza con gran detalle el derecho de oposición de los acreedores, supuestos en que procede, notificaciones acreedores legitimados para oponerse, forma, plazo y efectos.

Dentro del estudio del capítulo V resulta especialmente interesante el examen del básico artículo 20 (con alguna opinión de que la que en parte discrepo) pues como resaltan los propios autores la figura de la participación social es el eje de toda la SRL. Critican fuertemente la remisión que el artículo 174 del RRM realiza al artículo 123 del propio Reglamento, por resultar perturbadora, pues muchas cláusulas admisibles en sede de la SA, no lo parecen para la SRL (así por ejemplo la prohibición absoluta de transmitir durante los dos primeros años).

Se analiza la transmisión *inter vivos* de las participaciones cuando sus elementos personales, reales como formales y muy especialmente la transmisión de participaciones que llevan anejas prestaciones accesorias (la solución parece darla el artículo 65 del TRLSA), la imposibilidad de que se inscriban las participaciones en el Registro Mercantil aunque los interesados lo soliciten (opinión que comparto plenamente). La validez de la cláusula de exigir siempre la transmisión en escritura pública (a salvo el documento judicial y administrativo cuando proceda) y el rechazo de la cláusula que autorice la libre transmisibilidad (opinión que por el contrario no comparto, pues creo que es una cláusula admisible).

Al estudiar los artículos 21, 22 y 23 se analizan los problemas derivados de la necesaria notificación a los Administradores de la transmisión de las participaciones sociales: Así por ejemplo, circunstancias que han de notificarse con la incomprensible supresión del estado civil, forma de notificación, valor de la inscripción en el Libro Registro de Socios, etc. Igualmente los problemas derivados de la copropiedad de participaciones, destacando las afirmaciones de los autores de considerar a los comuneros de una participación como un único socio, así como poder nombrar representante a un no comunero, incluso a una persona jurídica, sin que ello viole el artículo 16 de la propia Ley.

Al analizar los artículos 24 y 25 y dentro del usufructo de participación se vuelven a estudiar con detenimiento los artículos de la TRLSA aplicables, lo que no deja de plantear serios problemas (así por ejemplo la necesaria no aplicación de su art. 69). Especialmente brillante resulta el estudio de la prenda de participaciones, con graves problemas prácticos, brillantemente resuelto por los autores. Así por ejemplo, la eficacia de la prenda frente a terceros, dada la falta de publicidad o la compatibilidad entre la prenda en fase de constitución y ejecución, y las restricciones a la libre transmisibilidad de participaciones. Finalmente se hace un breve pero profundo estudio de embargo de las participaciones.

El capítulo VI de la Ley estudia los artículos 26 y 27 que regulan las cuentas anuales y la distribución de beneficios. La remisión genérica a la LSA que contiene el artículo 26 hace que los autores estudien las nuevas normas contables de dicha Ley, con un análisis previo de las especialidades aplicables a la SRL (así por ejemplo es derecho de examen contenido en dicho precepto). Dentro del análisis de las normas contables resaltan la opinión de los autores en torno a estos puntos: La posibilidad de que figure la partida "participación propia", la posibilidad de que el Auditor nombrado por el Registrador Mercantil no sólo pueda aceptar por comparecencia ante el Registrador (art. 308 del RRM), sino

también en escritura pública que se presentará al Registrador, y la aplicación a la SRL de la reserva legal.

Capítulo VII, su estudio comienza con un extenso análisis de la transformación, no regulada por la LSRL (que sólo alude a ella en el art. 17), dada la importancia que ha adquirido con la reforma. Se analizan los diferentes supuestos que pueden darse: Sociedad Colectiva o Comanditaria en SL, SL en Sociedad Colectiva o Comanditaria (coincido con los autores en la no aplicación a éste supuesto del régimen del art. 17 de la Ley, exigiendo unanimidad al menos de los socios que pasan a responder ilimitadamente), SL en SA (con un interesante estudio sobre aplicabilidad del art. 41 TRLSA a la sociedad transformada en SA), SL en Sociedad Comanditaria por Acciones o viceversa, y el supuesto sin duda de mayor trascendencia práctica como es la transformación de SA en SL. Se aborda en este último supuesto innumerables problemas, como es la identificación de los socios, vinculación o no del adquirente de buena fe de acciones una vez aprobada la transformación, etc. Terminan estas páginas con el examen de los efectos de la transformación, y algunos supuestos dudosos y originales: Así por ejemplo la posibilidad de transformación de una Sociedad Limitada en Sociedad Civil, que no admiten los autores, o una Sociedad Civil, en Sociedad Limitada que sí admiten con base entre otros en el artículo 16 del TRLSA.

Los artículos 28 y 29, reguladores de la fusión y escisión, ambos de nueva redacción, se analizan con un estudio, necesariamente breve, de ambas figuras. A pesar de la brevedad, se esquematizan ambos procesos con gran claridad, estudiando su aplicabilidad a la Sociedad Limitada.

El capítulo VIII y último (arts. 30 a 32 de la Ley) abordan la disolución y liquidación. No puede olvidarse la trascendencia que esta figura reviste en la actualidad dado las sanciones que pueden recaer sobre sociedades que no se adapten o disuelvan en el plazo legal. Además en esta materia revisten singular importancia las remisiones, pues mientras el artículo 30 se remite a la Sociedad Anónima para determinar las causas y efectos de la disolución, el artículo 32 sin embargo se remite a la escritura de constitución y al Código de Comercio en cuanto a la liquidación. Los autores estudian, y resuelven esta aparente contradicción que en la práctica plantea más de un quebradero de cabeza. Se analiza así por ejemplo el nombramiento de liquidadores, la posibilidad de que su número sea par, sus facultades (especialmente en cuanto a la enajenación de inmuebles), y todas las operaciones que comprende la liquidación. Finalmente admite expresamente, a mi juicio con evidente acierto, la posibilidad de disolución y liquidación simultánea en Junta Universal, interpretando el artículo 212.2 del Reglamento RRM en el sentido de admitir solo la impugnación por los socios. Las enormes ventajas prácticas de esta solución para las pequeñas sociedades no escapan a nadie.

Tras un breve análisis de las disposiciones transitorias de la Ley de 25 de julio de 1989 el libro contiene unos apéndices de gran importancia práctica, como son uno dedicado a formularios y anuncios, constante tortura para más de uno (basta citar que se dedican a ello más de 60 págs. para comprender la gran variedad de modelos que se ofrecen) y otro dedicado a los aspectos fiscales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en el que se analiza la trascendencia para este tipo societario en diversos impuestos (transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, IVA, impuesto de sociedades, régimen de la fusión y escisión de empresas, etc.).

Finalmente se incluyen los textos legales fundamentales en la materia, y así,

no sólo la Ley de 1953 y el RRM en lo aplicable, sino las directivas comunitarias que afectan a la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Estamos pues en presencia de un libro que constituye una inestimable ayuda para todos aquellos que de una forma u otra hemos de resolver diariamente problemas sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada. La poca claridad de muchas normas actuales, la necesidad permanente de acudir a legislación supletoria, y la inexistencia de jurisprudencia sobre las nuevas normas mercantiles en la actualidad, realzan el valor de esta obra. Pero, como antes dije, el libro va más allá. Constituye sin duda también un inestimable trabajo de estudio doctrinal de la figura. Sus autores, y muy especialmente Juan Bolas, merecen por ello nuestro reconocimiento.

MANUEL CASERO MEJÍAS
Registrador de
la Propiedad y Mercantil

Centenario del Código Civil, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Pinoso, Alicante, 1889-1989, tomos II y III. Dirección de la obra: FRANCISCO RICO PÉREZ

Aunque en alguna ocasión he cometido la debilidad de recensionar una obra en la que figuraba como prologuista (lo cual tiene la disculpa de configurar el prólogo como una recensión anticipada) no me atreví a comentar el primer volumen de esta singular e importante obra jurídica, ya que en él se insertaba un artículo mío sobre la figura y obra de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. Pero, claro está, ahora no puedo ya alegar ningún argumento para eludir la recensión de los dos tomos siguientes, a falta de un cuarto.

El Código Civil en su "centenario" ha pasado sin ser "noticia" periodística. Me consta que hubo varios intentos "oficiales" que no sé si cristalizarán en alguna publicación. Debe destacarse la sensibilidad de ciertas Revistas, de Universidades, de Colegios Profesionales, que organizaron conferencias, publicaciones, pero a mi entender el intento más serio y más logrado es el del Director de la Publicación que ahora comento: Profesor FRANCISCO RICO PÉREZ. El derroche de energías, la constancia en el trabajo, su poder de convicción y su entrega total hicieron el milagro de la aparición del primer tomo de la obra, primorosamente presentado, y simultáneamente se ofreció la medalla conmemorativa del Centenario y el sello de correos que recoge la efeméride.

En el primer tomo se incluía la foto del Rey con una dedicatoria, la del Ministro de Justicia, con unas palabras a modo de prólogo, seguidas de las que escribe GUSTAVO VILLAPALOS, Rector de la Universidad Complutense de Madrid. Finaliza la obra con el retrato del doctor EROL BEKER HAYATI, Presidente de la Fundación que lleva su nombre y mecenas del libro. Cuento estos detalles para destacar la cuidada forma de presentar la publicación que está dedicada al maestro que fue de todos: don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. Importante también destacar cómo la Editorial es la Universidad Popular "Enrique Tierno Galván" de Pinoso (Alicante) y cómo, al lado de la Fundación dicha, hay una lista de entidades colaboradoras en la publicación.

El tomo II está dedicado al excelentísimo señor don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL y contiene una reproducción bellísima de un cuadro de la Reina Regente MARÍA CRISTINA que firma el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, ordenando la

publicación del texto del Código Civil. Cierra la publicación una reproducción fotográfica de la señora APRIL BEKER, Vicepresidente de la Fundación que hace de mecenas del libro. Poderosamente me ha llamado la atención el acierto de reproducir las bellísimas frases que GARCÍA GOYENA envía a Su Majestad el Rey con el texto del Código: "Las buenas leyes son el mayor beneficio que los reyes pueden hacer a los pueblos, y el monumento más imperecedero de su gloria: la de los reyes guerreros pasa con el humo y estruendo de las batallas para no ocupar luego sino una fría página de la historia; la de los reyes legisladores gana en veneración y brillo con el transcurso de los siglos..." ¡Qué bello comienzo, para tan importante conmemoración!

La obra de este segundo tomo se divide en tres partes y va precedida de un Preliminar en el que se recogen el trabajo de ARTHUR DE CASTRO BORGES sobre el Centenario y los cuatro discursos pronunciados sobre la obra y personalidad de HERNÁNDEZ GIL en el acto de presentación de sus obras completas. La primera parte recoge las colaboraciones de la doctrina extranjera en homenaje al Código Civil, siendo sus autores MICHAEL BOGDAN y ANN MUMHAUSER-HENNING, GUILLERMO A. BORDA, ANTONIO CATAUDELLA, ANTONIO DE JESÚS M., SIMÓN FEDERICO, HÉCTOR ROBERTO GOYENA COPELLO y MIGUEL ÁNGEL DE MARCO, girando sus trabajos sobre problemas de la familia, personalidad, indemnización de lesiones y el esbozo de tres figuras españolas en Argentina en tiempos del Código Civil.

La segunda parte está cubierta (expresión que no me gusta nada) por diversos autores españoles, como son FRANCISCO BUENO ARUS, CELESTINO A. CANO TELLO, FERNANDO M. CENDAN DOCE, CRISTENI GARCÍA VERDU, CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, ENRIQUE MAPELLI, LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, JUAN MUÑOZ CAMPOS, JOSÉ PEÑALVER DE LA CALLE, FRANCISCO SALINAS QUIJADA, MARIA TELO NÚÑEZ y JUAN VALLET DE GOYTISOLO, los cuales tratan temas diversos, como las alusiones penales del CC, los testamentos militares, la vena poética del Código, la filiación, la actualidad de un centenario, la tutela testamentaria, el matrimonio "aéreo", la crisis del Derecho civil, responsabilidad civil de abogados y procuradores, la figura de A. HERNÁNDEZ GIL y la Comisión General de Codificación, la Codificación civil y foral, la posición jurídica de la mujer y los discursos de A. HERNÁNDEZ GIL en la Academia de Legislación y Jurisprudencia.

La tercera parte se refiere al aspecto histórico y sociológico de la España que vive la aparición del Código Civil y que encuentra en MARÍA TERESA DE BORBÓN PARMA, JACOBO LOPEZ BARJA DE QUIROGA, PEDRO MACHADO DE CASTRO, RAMÓN SALAS LARRAZABAL y DAVID SALINAS, comentaristas adecuados para cada una de las materias que abordan.

Vamos, por último, con el tomo III de esta ya amplia obra en homenaje a un Cuerpo Legal, calificado hasta hace poco como primer Cuerpo Legal, y que ahora se ha convertido, por la expresión constitucional en el "resto" del Ordenamiento jurídico. Está dedicado a la figura de DON FEDERICO DE CASTRO. Contiene una reproducción del cuadro que sirvió de base para el sello conmemorativo y que representa la figura del Ministro MANUEL ALONSO MARTÍNEZ así como la foto de don PERFECTO RICO MIRA. Alcalde-Presidente del Excelentísimo Ayuntamiento de Pinoso, mecenas también del libro. En el contenido del mismo se reproducen diversos grabados y una foto del Ilustre Decano del Colegio de Abogados de Madrid A. PEDROL RIUS, así como en las solapas comentarios de AZORÍN y de Pío BAROJA.

El contenido de este tercer tomo de la obra consta de un proemio y de tres partes. En el proemio se hace la semblanza de ALONSO MARTÍNEZ en la Real

Academia de Jurisprudencia y Legislación y se reproduce el trabajo de don FEDERICO DE CASTRO sobre el Estudio Preliminar al Código Civil en España, del año 1959. El tomo sigue la línea vertebrada del anterior y recoge tres partes destinadas a los autores extranjeros, los colaboradores españoles y la sección histórica y social de la España que vio nacer el Código Civil.

En los autores extranjeros figuran LUIS O. ANDORNO, JAIME A. ARRUBLA, CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, JUAN JOSÉ CASIELLO, NOEMI LIDIA NICOLAU, MICHAEL SCHLINGENSIEPEN, MIECZYSLAW SOSNIAK, MIGUEL TORRES MÉNDEZ y JOSÉ LUIS VELÁZQUEZ RUIZ, los cuales tocan temas diversos: derecho de superficie, contratos de adhesión, cesación de normas, locación urbana, profesiones de Abogado y Notario en Alemania, tipos contractuales, individualización ficta y el Código español en Puerto Rico. Los autores españoles que componen el comentario de la segunda parte son: RICA AMRAN COHEN, FRANCISCO CASTRO LUCINI, JOSÉ DOMÍNGUEZ NOYA, JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA, PALOMA DURÁN y LALAGUNA, ENRIQUE FRANCO AVELLANA, VÍCTOR MANUEL GARRIDO FALLA, ANTONIO LINAGE CONDE, JESÚS LÓPEZ MEDEL, PLUTARCO MARSA VANCELLS, JESÚS NICOLÁS MARTI, EMILIO SUÑE LLIMAS y LUIS ZARRALUQUI, que tocan diversos temas referidos unos a puntos concretos de arrendamientos, representación, seguridad jurídica, derecho inmobiliario, sociedad contratos administrativos, jurisdicción canónica y aspectos sociológicos e históricos del memento codificador.

En la última parte son cuatro los autores que colaboran: MARÍA ESTHER ALEGRE PÉREZ, JOSÉ CARLOS CLEMENTE, MANUEL DELGADO DEL CASTILLO y JUAN BAUTISTA TOLEDANO ARANJUEZ, que abordan temas diversos como el de la Farmacia, el movimiento humanitario, poesía española y Colegio de Abogados de Madrid.

Creo que el jurista que se precie de tal debe rendir tributo de admiración a la fina sensibilidad de FRANCISCO RICO PÉREZ, artífice "espiritual y material" de esta obra, sin la que se hubiera rendido un homenaje a un Cuerpo Legal que ha prestado servicios durante "cien años", ofreciendo, con ellos, un listón muy alto para otras disposiciones que en la actualidad se publican. Por eso apporto mi aplauso a la iniciativa y a su feliz realización. Agradezco figurar con mi trabajo en el tomo I, ya que un DIARIO, no gubernamental, me devolvió un original bajo la disculpa de la acumulación de otros y la improcedencia del mismo. ¡Fina sensibilidad periodística!

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada* (Temas clave de la Constitución española), Editorial Tecnos, 1988.

La vigencia de la nueva Ley del Suelo 8/1990, de 25 de julio, pone sobre el tapete jurídico el gran problema del contenido del Derecho de propiedad, de sus facultades y de sus "delimitaciones". Acudí a la obra que traigo hoy a recensión y en ella vi confirmados algunos de los temores y aclaradas algunas de mis dudas.

Cuando las anteriores Leyes del Suelo (1956 y 1976) en alardes despreciativos hacia la institución privada de la propiedad, venían invadiendo el Derecho privado que, como gran apoyo tenía la concepción decimonónica del dominio en el artículo 348, pocos íbamos quedando que resistían esas nuevas concepciones. Los administrativistas a quienes —como a muchos otros juristas— nos cogió de

susto la primitiva Ley del Suelo, se adueñaron inmediatamente de publicarse la de 1976 de la gran mina de oro que podía suponer la letra de la Ley y así, el Derecho administrativo, tomaba un nuevo empujón y se desarrollaba en este sector con mucha prisa y gran avalancha. Los que militábamos en el Derecho privado y teníamos —según G. DE ENTERRÍA— una visión plana del Derecho, prácticamente abandonamos el campo de batalla.

Se publicó poco después la Constitución española y la cosa cambió. Ya no estaba tan claro que un Plan pudiera nutrir de contenido a la propiedad y que una licencia añadiese facultades a la misma. En la Constitución española había y hay dos reconocimientos claros: uno, el reconocimiento del Derecho de propiedad privada, siendo la función social la que delimitará su contenido; otro, es el de que los derechos (entre ellos la propiedad) reconocidos en la misma vinculan a todos los poderes públicos y “sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...” Es decir, que lo que en el año 1976 pudiera haber sido “novedad tolerable”, a partir de 1978 ya no puede ni nombrarse bajo pena de caer en un acto inconstitucional en la reciente “consolidación democrática”.

Pero lo curioso del caso es que los autores de la nueva Ley del Suelo que vivirán perpetuamente con la gran alergia al Derecho, se permiten el gran lujo de regular en sus preceptos un Derecho de propiedad “vacío de contenido” y que es el propietario al ir cumpliendo las distintas etapas —escalones lo he llamado yo— va adquiriendo facultades, pudiéndolas perder todas si no llega hasta el último peldaño. Es decir, se ha cogido la propiedad constitucional y lo mismo que se hizo con JESÚS despojándole de sus vestiduras, así se ha hecho con las facultades dominicales. Se ha expropiado —sin indemnización— a la propiedad y ahora si el propietario cumple le van “reprivatizando”.

Pues bien, el tema que aborda el ensayo que recesiono es precisamente éste: cuál es el concepto constitucional de la propiedad y cuál es el contenido esencial que habrá de ser respetado, aclarando la misma Constitución que la Ley que se atreva a ello sólo podrá “regular el ejercicio” de tales derechos, no su contenido. El libro y el estudio que contiene es anterior a esta novedosa Ley del Suelo y, por ello, no toca el problema pero nos sirve, sin duda alguna, para apreciar la barbaridad jurídica que se ha cometido. Y cuando el sistema comunista hace crisis en el mundo, nosotros, que siempre vamos en vanguardia, retrocedemos. Somos geniales.

El estudio comprende cuatro grandes partes en las que se trata de la propiedad y su reconocimiento constitucional; la función social que la misma tiene; la reserva de Ley y la expropiación forzosa, claves de abreviaturas, bibliografía, sumario y unas palabras de presentación donde el autor adelanta su propósito: persigue la reconstrucción de la disciplina jurídico-positiva del Derecho de propiedad tal como lo delinea la Constitución. El trabajo es interpretativo, viniendo reducido el aparato crítico al estrictamente necesario para tal labor.

A) LA PROPIEDAD Y SU RECONOCIMIENTO

El autor juega con una gran habilidad y con el apoyo de la jurisprudencia constitucional, con la relación existente entre los dos párrafos 1 y 2 del artículo 33 de la Constitución y su relación con el artículo 53.1 de la misma. Este último nada tiene que ver con el primer párrafo del 33 y sí con el segundo, esto es: el primero se refiere al “reconocimiento” a los particulares de un ámbito genérico

de apropiación, disfrute y transmisión de los bienes económicos, mientras que el segundo se mueve en un plano de delimitación de concretos estatutos de la propiedad, según la trascendencia económico-social del bien.

B) FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Para el autor la temática de la función social de la propiedad cobra sentido con el "ejercicio del Derecho subjetivo". Función social como criterio delimitador sólo cabe referirlo a situaciones concretas de poder "concreto". Ello significa asumir para nuestro ordenamiento constitucional la virtualidad de lo que se llama por la doctrina alemana la doble garantía del derecho de propiedad: como institución jurídica y como derecho subjetivo. Criterio que mantiene la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983 y 26 de marzo de 1986.

C) RESERVA DE LEY EN MATERIA DE PROPIEDAD

El tema gira en torno a la interpretación del artículo 53.1 de la Constitución y la problemática del contenido esencial que debe respetar la misma. El autor entiende que es difícil predicar la reserva de Ley en forma absoluta o relativa y que más bien es reserva reforzada de manera negativa, aunque general y abstracta.

Respecto al contenido esencial cita Sentencias del Tribunal Constitucional que revelan la necesidad de su respeto, aunque lo formulan genéricamente: de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (S. de 8 abril 1981). Para el autor la intervención delimitadora del legislador sobre el haz de facultades que configuran el derecho no puede deformar el núcleo básico de manera tal que no resulte reconocible o anule o dificulte, so pretexto de tutelar intereses sociales, más allá de lo razonable, su ejercicio en pro de la utilidad individual.

Y yo me pregunto: ¿Qué pensará el autor al leer la tamaña barbaridad de despojar a la propiedad de todo su contenido e írselo ofreciendo según vaya cumpliendo requisitos?

D) EXPROPIACION FORZOSA

La expropiación forzosa que el autor estudia a través del artículo 33.3 de la Constitución española, para nada tiene que ver con la que regula la nueva Ley del Suelo: en la primera es una potestad pública y en la segunda un abuso de potestad, en base de los supuestos en que se aplica y en los valores que se barajan.

El autor diseña perfectamente la institución a través del "contenido esencial": si se sacrifica el contenido esencial estamos ante una expropiación y si se respeta estamos ante una intervención delimitadora de la misma. Tomo del autor la terminología de la llamada "intervención mutiladora" que es la que el legislador urbanístico ha tenido en cuenta al redactar la Ley última.

Ante todo ello sí convendría hacer un alto en esta función de fabricar leyes (improvisar diría más precisamente) y dedicarse a pensar y si no se puede ayudar

de libros como el presente del que se pueden sacar unas claras nociones para evitar que se nos cuele de "matute" una Ley a todas luces anticonstitucional.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CURTO DE LA MANO, JOSÉ MARÍA e ISLA ALVAREZ DE TEJERA, PABLO: *Comentarios a la nueva regulación de la Sociedad Anónima*, ESIC Editorial. Madrid, 1990. Un tomo de 454 páginas.

Aquí tenemos una obra más de las muchas que está originando la nueva legislación de las Sociedades Anónimas y suponemos que no ha de ser la última, pues la importancia de la materia lo requiere y los problemas a resolver han de ser abundantes.

La incorporación de España a las Comunidades Europeas ha traído como consecuencia, entre otras más o menos aceptables, la necesidad de ponernos a la rueda para estar de acuerdo con la normativa comunitaria. Y son nada menos que ocho Directivas, si contamos la quinta, solo gestada y aún no nacida.

Ello promovió en su día multitud de estudios y proyectos que han terminado desembocando en la Ley de 25 de julio de 1989. Esta abordó la reforma parcial y la adaptación de la legislación mercantil española a dichas Directivas, dando una autorización al Gobierno para elaborar un Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Este Texto Refundido se ha concretado en un Real Decreto Legislativo de fecha 22 de diciembre de 1989, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del día 27 siguiente... con tal número de errores que el mismo *Diario Oficial* hubo de publicar la corrección correspondiente, integrada por una lista tan amplia que sólo ha podido ser superada, de momento, por los errores contenidos en el texto del Reglamento del Registro Mercantil: Nada menos que casi ocho páginas a dos columnas del repetido *Boletín*. Alguien ha dicho que es un *record* digno de figurar en el "Guinness". Esta cuestión de las dichosas correcciones de errores es algo endémico en el *Boletín* nacional y nada digamos de los regionales.

Pero dejemos eso y confiemos que se hayan tenido en cuenta por los autores de este libro que se nos presenta con una finalidad práctica, pero que contiene además un detallado estudio de las variaciones de la nueva Ley, con respecto a la antigua de 1951.

En la introducción los autores hacen una pormenorizada relación de las novedades de la Ley, capítulo por capítulo y sección por sección, y señalan las más destacadas desde los puntos de vista legal y práctico. Esta enumeración casi llena trece páginas, lo que da idea de la cuantía de los cambios.

En resumen, se señalan como novedades más importantes el tratamiento de la nulidad del proceso constitutivo, la necesidad de acreditar el desembolso de las acciones en el supuesto de aportaciones dinerarias, el aprecio de expertos titulados en las aportaciones no dinerarias, el régimen de las adquisiciones a título oneroso que pasa a ser de dos años a partir de la constitución frente al año que era antes, la regulación de las acciones admitiendo su representación por medio de anotaciones en cuenta, las acciones sin voto y con prestaciones accesorias, la nueva regulación de la prenda y el usufructo de los títulos, las normas especiales sobre adquisición de acciones propias o de la sociedad dominante o la asistencia financiera para su adquisición, la nueva regulación y conceptualización

de los órganos sociales ya sean de administración o deliberantes, regulación de los actos fundamentales de la sociedad tales como aumento o reducción del capital, la transformación, escisión o fusión sociales y el rigorismo y la publicidad que ahora se exigen respecto a las cuentas anuales, la nueva configuración de los auditores y otras varias novedades importantes.

Respondiendo a su título, el libro se ha construido a base de seguir el articulado del Texto Refundido de la nueva Ley. En cada artículo, tras su texto, viene un comentario que se inicia comparándolo con el contenido que tenía el precepto correspondiente en la Ley anterior, una referencia a las enmiendas o avatares del proyecto legal, para entrar después en el fondo de la materia y hacer referencias y citas de otras normas con las que tiene relación, ya sean de la propia Ley o de otras concurrentes. Así se cita el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Auditoría de Cuentas y la de Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas, recientemente reformada por el Real Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1989 y en vísperas de otras reformas a que nos tiene tan acostumbrados la Administración Fiscal. También se recogen en estos comentarios algunas referencias a jurisprudencia del Tribunal Supremo o de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que tiene relación con dichos artículos.

Al final y como anexo del libro se incluye el texto del Título III del Libro I del Código de Comercio, nuevamente redactado de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Reforma de 1989 y que origina los remodelados artículos 25 a 49 de dicho Código, para regular la contabilidad de los empresarios. Se inserta solo el texto, sin comentario alguno.

Nos dicen los autores que los destinatarios del libro son principalmente los alumnos de la Escuela Superior de Gestión Comercial, que edita la obra. Pero que también puede ser de utilidad para otras personas relacionadas con el ámbito empresarial y para los profesionales, todos los cuales se van a ver más o menos afectados por la nueva regulación de estas sociedades de capital. Ahora viene la avalancha de adaptación de estatutos sociales y puesta en orden de estas personas jurídicas y toda ayuda vendrá bien. Por eso, este libro de comentarios puede tener una gran utilidad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

NÚÑEZ LOZANO, PABLO LUIS: *El régimen jurídico de la auditoría de cuentas en el Derecho español*. Intervención General de la Consejería de Hacienda y Planificación de la Junta de Andalucía. Un tomo de 181 páginas. Sevilla, 1989.

El libro empieza recordando unas palabras del profesor GARRIGUES, dichas en ocasión de una conferencia en 1962, mediante las que contemplaba al Derecho mercantil español como "un pasado lógico y armonioso, un presente muy confuso y un porvenir bastante incierto". Acertaba plenamente el que fue mi maestro en el "Caserón de San Bernardo" y eso que no se podía vislumbrar entonces el enorme chaparrón de reformas que nos iba a invadir con motivo de la incorporación de España a las Comunidades Europeas.

El autor, PABLO LUIS NÚÑEZ LOZANO, del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla y becario en la Junta de Andalucía, que edita la obra, cumple bien con su propósito de exponer el nuevo régimen jurídico de la auditoría de cuentas en el Derecho español que deriva de la Ley de 12 de julio de

1988. Pero antes recoge las últimas novedades producidas especialmente en el terreno de las sociedades por la Ley modificadora del Código de Comercio y las normas referentes a las sociedades de capital.

Volviendo a las predicciones del profesor GARRIGUES, nos dice el autor que en la hora presente vive el Derecho mercantil un momento en el que, persistiendo no pocas confusiones, están siendo despejadas algunas incertidumbres. Se trata del fenómeno de una profunda reforma del cuerpo normativo regulador de la materia mercantil. Esta está motivada por necesidades ineludibles: rara vez va el Derecho por delante de la realidad; es ésta la que marca sus rumbos y lo hace, precisamente, cuando el desfase se convierte en problema. Nuestro tiempo está lleno de conflictos jurídicos y a ellos se debe la continua e incesante reforma del Derecho. Entrando ya en el aspecto concreto del régimen jurídico de la auditoría de cuentas empieza estudiando su evolución histórica, con los hitos que lo han conformado. Al promulgarse el Código de Comercio de 1885, las circunstancias de un tráfico mercantil basado en la recíproca confianza entre los pequeños comerciantes, que eran entonces los protagonistas, hacía innecesaria la incorporación de normas relativas a la realización de verificaciones contables externas, realizadas por personas profesionales y ajenas al empresario.

En realidad, el primero de dichos hijos fue el sistema de censura de cuentas instaurado por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, seguida por el Decreto-Ley de 30 de abril de 1964 sobre Sociedades y Fondos de Inversión y Bolsas de Comercio y la Ley de 24 de diciembre del mismo año, sobre emisión de obligaciones por sociedades que no hayan adoptado la forma de anónimas. El tercer hito se produce en la reforma del Código de Comercio por Ley de 21 de julio de 1973, que supuso la introducción de la auditoría contable con carácter general; y el cuarto coincide con la reforma del Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio por Real Decreto de 13 de julio de 1981, exigiendo a las sociedades que soliciten cotización de sus títulos que aporten su contabilidad comprobada por un experto.

Los más próximos eslabones de esa evolución son el Real Decreto de 24 de septiembre de 1982 aprobando el Estatuto del Instituto de Censores Jurados de Cuentas y la Ley de Auditoría de Cuentas de 12 de julio de 1988.

Y, por último, las nuevas leyes reformadoras del Código de Comercio y de sociedades de capital para poner estas normas acordes con las Directivas europeas. Estas leyes, a pesar de su título, no se limitan a modificar y concordar el régimen jurídico de las sociedades, sino que inciden también de modo directo en sus contabilidades.

El autor estudia el régimen jurídico que existía en las Sociedades Anónimas en lo referente a la censura de cuentas, explicando su fundamento, cuales son los intereses que se tutelan y las modalidades de esa censura, bien hecha por los propios accionistas o por un censor jurado. A continuación entra en el nuevo sistema de verificación de las cuentas anuales introducido por la Ley de Reforma de 1989, en los artículos 109 a 109.d), que se comentan ampliamente, haciendo después una referencia al Derecho comunitario contenido en las Directivas 4.^a, 7.^a y 8.^a.

La segunda parte del libro está dedicada a exponer una panorámica de la Ley de Auditoría de Cuentas de 12 de julio de 1988, que ha supuesto una importante innovación en la realidad legislativa del Derecho español. El autor da una visión amplia del nuevo régimen jurídico de las auditorías instaurado por la Ley dicha, distinguiendo los aspectos sustantivos y los profesionales.

Un primer punto que destaca en esta Ley es que parece nacida bajo la con-

dición suspensiva de un posterior desarrollo reglamentario, dado que las cuestiones que regula aparecen íntimamente ligadas a la intervención de la Administración Pública. Así, además de la cláusula delegatoria genérica contenida en su disposición final 3.ª, la Ley prevé en varios de sus preceptos que ciertos aspectos sean, no sólo desarrollados, sino determinados reglamentariamente en algunos casos.

Después analiza el autor el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, delimitando cuales deben ser las empresas sujetas a auditoración, siguiendo en todo el casuismo de la Ley y resalta que esta Ley es imperfecta en cuanto que no señala sanción alguna para las entidades que incumplan este deber de la auditoría. Tan solo poniéndola en relación con otras normas, como la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, encontramos que este incumplimiento constituye infracción muy grave. Otra norma sancionadora análoga se contiene en la Ley de 28 de julio de 1988, del Mercado de Valores. Por último, la no llevanza de contabilidad es circunstancia que provoca que la quiebra sea calificable como fraudulenta (art. 890.3.º CCo).

El autor recoge la regulación sustantiva, empezando por el concepto de la auditoría, según la Ley, definiéndola como la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros. Con este motivo comenta el artículo 1.º de la Ley y entra en el contenido que debe tener el informe donde se refleje la auditoría de cuentas y el modo en que ésta se realiza.

Por último, estudia el aspecto profesional de los auditores y sociedades y su respectivo régimen interno, con lo que consigue completar una visión general del tema.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA: *El Derecho comunitario sobre estructuras agrarias y su desarrollo normativo en el Derecho español*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Prólogo de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Madrid, 1990. Un tomo de 256 páginas.

Las normas que se refieren al campo, por su tinte social y económico, son coyunturales y cambiantes por naturaleza y por ello, poco propicias a construcciones doctrinales duraderas. Los agraristas luchan por sacar adelante estudios válidos, que han de basarse en supuestos y normas vigentes en el momento de afrontarlos; basta poco tiempo para que los supuestos cambien y todo se venga abajo como un castillo de naipes.

Por ese tinte social de Derecho agrario, cualquier cambio en la política económica se acusa de modo importante. Por eso resalta más el anquilosamiento y la inadecuación que acusar las reformas agrarias "clásicas" frente a los tiempos y doctrinas actuales. El grito de "tierra y libertad" que lanzara ZAPATA en la revolución mexicana de principios de siglo, aparte de sonar a prehistoria, se pega abiertamente con las ideas básicas de las reformas estructurales modernas que no admiten repartos de tierra a troche y moche, sino que basan el cambio en la mejora de la productividad y la debida ordenación adecuada de la empresa agraria.

Hay que resaltar, a estas alturas, la extrañeza que producen algunas de las normas regionales recientemente aparecidas que siguen ancladas en el pasado y

mantienen ridículos conceptos en total contraposición con las tendencias de las Comunidades Europeas. Las tierras pobres no hay que expropiarlas y repartirlas, pues eso sería repartir miseria; hay, sencillamente, que abandonarlas y dedicarse a cultivar mejor las productivas para, de ese modo, repartir riqueza.

Este libro es un trabajo estimable aportado al Curso de Doctorado de la Universidad de Valladolid por el autor, que ya es conocido nuestro. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad de Astudillo, aunque lleva poco tiempo en la carrera, pues ingresó en 1987, ya tiene en su haber otro libro sobre el dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas y ha publicado varios buenos trabajos profesionales en esta REVISTA y en el *Boletín del Colegio de Registradores*.

Ahora nos muestra su faceta agrarista y lo hace con total autoridad y desenvoltura analizando los problemas que se plantean con motivo de la incorporación de España a las Comunidades Europeas. Este hecho implica la recepción en nuestra normativa de la globalidad del sistema de directivas y reglamentos comunitarios, no siempre fácil si se tienen en cuenta las restricciones que conllevan frente a la excedencia de productos, política de precios y, sobre todo, las medidas de regulación de cultivos, con el obligado abandono de las tierras marginales.

El autor se propone, nada menos, que exponer todo este entramado; y la verdad es que lo consigue, en un libro claro y bien medido. Empieza su obra estudiando la génesis de la Política Agraria Comunitaria, que arranca desde el Tratado constitutivo de la CEE, analizando sus fundamentos económicos tendentes a conseguir la meta de un mercado común agrícola.

Arrancando de los acuerdos de la Conferencia de Stressa de 1958, las normas se van escalonando en hitos como la Decisión del Consejo de 4 de diciembre de 1962 y los Reglamentos CEE números 25/62 y 17/64, para desembocar en el Plan Mansholt de 1968, cuya filosofía se compendia en la idea de que la única forma práctica de incrementar la renta de los agricultores consiste en que las explotaciones se hagan mayores y más modernas, lo que exige una reducción del número de agricultores y de explotaciones. Las Directivas de 1972 intentaron, dentro de las líneas del Plan Mansholt, hacer más tolerable el empeño de llevar la política de precios a una situación acorde con las demandas del mercado; pasando por los programas sobre la región mediterránea y los llamados "de desarrollo integrado", se llega al Reglamento-Código de 1985.

Como todo es cambiante, a su vez este Reglamento ha sido modificado por los números 1760/87 y 1094, 1096 y 1098/88 que recogen los regímenes de extensificación y abandono de tierras de uso agrícola, fomentando el cese de la actividad agrícola. Los objetivos de estas normas, ampliamente estudiadas por el autor, son en esencia la concesión a los agricultores de edad más avanzada que no se adaptan a las nuevas realidades del mercado de incentivos para su retirada y, por otra parte, se intenta el desarrollo estructural de las explotaciones viables sin incrementar las producciones excedentarias.

Expuesto todo lo anterior, DÍAZ FRAILE entra en el tema central de la inserción de toda esta normativa comunitaria sobre estructuras agrarias en el ordenamiento jurídico español, partiendo del principio de su primacía, de acuerdo con el artículo 2 del Acta de Adhesión y el artículo 93 de la Constitución. Sigue el autor con el examen de los principios que configuran, a su juicio, la materia agraria en la Constitución, con el no pequeño problema que supone la existencia de las posibles variedades de las normas autonómicas, ansiosas de protagonismo y con afanes de particularidad, que producen conflictos de competencias con el Estado. Por ello, el autor se dedica a estudiar la incidencia de la participación de

las Comunidades Autónomas en la ejecución del Derecho en relación con el Estado, respecto a la política de estructuras agrarias, contemplando especialmente las garantías estatales frente a la Comunidad Europea en caso de que los entes autonómicos no cumplan las normas comunitarias.

Tras los aspectos constitucionales, se estudian los administrativos propiamente dichos, en especial la ejecución dentro del Derecho interno español de los Reglamentos comunitarios sobre estructuras agrarias, normalmente bajo la llamada técnica de reproducción de estas normas, con atención a los temas de las reservas de Ley establecidas en la Constitución y de los límites de la función estatal en la ejecución de dichos Reglamentos comunitarios.

Por otro lado, el autor también estudia ampliamente la actividad de fomento como una forma de la intervención administrativa.

Termina el libro con veintisiete conclusiones en las que DÍAZ FRAILE resume magistralmente la doctrina expuesta, por la que se le puede catalogar ya de buen agrarista y esperamos que dé nuevos frutos en este campo.

Hay que señalar que el libro está prologado por el profesor DE LOS MOZOS, maestro de agraristas y buen amigo, en el cual alaba, como es de justicia, el trabajo que presenta y dice del autor que "es Registrador de la Propiedad y pertenece por tanto a un cuerpo de profesionales del Derecho —cuerpo en sentido romano, más exactamente *collegium*— de lo más selecto y del que todos los juristas españoles nos sentimos orgullosos por su acreditada competencia y eficacia. Agradezco el elogio en nombre de mis compañeros, por supuesto, pues no me corresponde parte alguna en la alabanza.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 558 (Marzo 1991)

"El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil", por FRANCISCO LUCES GIL, pág. 1053.

"Determinación de los militares a quienes corresponda autorizar matrimonios y testamentos", por CELESTINO A. CANO TELLO, pág. 1087.

"La incongruencia penal por *ultra petita*: estudio jurisprudencial", por ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ, pág. 1095.

"Dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la vigencia actual de la agravante de reincidencia", por EMILIO BORJA JIMÉNEZ, pág. 1129.

"La inviolabilidad del domicilio", por ANTONIO GISBERT, pág. 1141.

"La defensa de la libertad de expresión en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", por FRANCISCO JAVIER CREMADES GARCÍA, pág. 1379.

"Entorno a la armonización del Derecho de autor en la Comunidad Económica Europea", por GERHARD SCHRICKER, pág. 1419.

"La nueva Ley española de defensa de la competencia y el control de las ayudas estatales", por BRIGITTE CASTELLS BORRÁS, pág. 1437.

"El contrato de franquicia y la normativa española en materia de transferencia de tecnología", por JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, pág. 1445.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Marzo 1991)

"Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago", por RAFAEL LINARES NOCI, págs. 171-192.

"El tratamiento jurídico de los nuevos movimientos religiosos en el Derecho Internacional: legislación y jurisprudencia", por AGUSTÍN MOTILLA, págs. 193-213.

(Abril 1991)

"Objeción de conciencia y libertad religiosa e ideológica en las Constituciones española, americana y alemana. Declaraciones de la ONU y Convenio Europeo, con jurisprudencia", por JOSÉ M. GONZÁLEZ DEL VALLE, págs. 275-295.

"Estudio sobre expresión estatutaria del objeto social en las sociedades", por LUIS CAMPO SENTIS, págs. 296-304.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 71 (Enero-Marzo 1991)

- "El organicismo de Althusio", por GONZALO FERNÁNDEZ DE LA MORA, pág. 7.
- "Max Weber: El origen del modo de vida burgués", por WOLFGANG SCHLUCHTER, pág. 39.
- "Sociología de los ministros de la II República", por JOSÉ MANUEL CUENCA TORIBIO y SOLEDAD MIRANDA GARCÍA, pág. 53.
- "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", por JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, pág. 87.
- "Nacionalismos, partidos y *devolution* en el Reino Unido", por CESÁREO R. AGUILERA DE PRAT, pág. 111.
- "Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española", por GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, pág. 171.
- "Las asociaciones de amistad internacional durante el franquismo", por JUAN BENEYTO PÉREZ, pág. 197.
- "La clase política en Gaetano Mosca", por FRANCISCO LEONI, pág. 219.
- "Ideario político-económico del motín contra Esquilache, según la Causa del Motín de Madrid", por JACINTO MACÍAS DELGADO, pág. 235.
- "La crisis de la regulación estatal", por XAVIER ARBÓS, pág. 259.
- "Estado autonómico y sistema de partidos: Una aproximación electoral", por FRANCESC PALLARÉS, pág. 281

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION
LOCAL Y AUTONOMICA

Núm. 250 (Abril-Junio 1991)

- "Modalidades de ejercicio de la competencia estatal en materia de sanidad exterior (participación en la misma de las Comunidades Autónomas: Sentencia 252/8)", por ARMANDO SALVADOR SANCHO, pág. 195.
- "La modernización del lenguaje administrativo", por MANUEL MARTÍNEZ BARGUEÑO, pág. 217.
- "Homologación de productos industriales y de equipos de seguridad en el trabajo", por ISABEL BENZO SAINZ, pág. 235.
- "Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas ante la libre circulación de productos en el mercado único; el problema de homologación", por ALICIA CAMACHO GARCÍA, pág. 243.
- "La Ley italiana de 8 de junio de 1990 relativa a las autonomías locales", por ANTONIO FANLO LORAS, pág. 261.
- "Una solución al minifundismo local: la Ley Foral de Administración Local de Navarra", por FERNANDO M.^a PURAS GIL y MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 313.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 195 (Enero-Marzo 1990)

- "El significado de la nueva regulación de las obligaciones convertibles en acciones", por JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 7.

- "La nulidad de la fusión en la Ley de Sociedades Anónimas", por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, pág. 65.
- "La aplicación en España del Convenio de Bruselas de 1926 sobre privilegios marítimos", por CARMEN ALONSO LEDESMA, pág. 95.
- "Aproximación a la figura del *merchandising*", por MANUEL LOBATO GARCÍA, pág. 137.
- "El Derecho bancario en el mercado único europeo", por JOSÉ M.^a GARRIDO, pág. 155.
- "Grupos societarios en el Derecho argentino", por HORACIO ROITMAN, pág. 173.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 10 (Julio-Diciembre 1990)

- "La actividad prestacional y económica de los entes locales", por LUIS ORTEGA ALVAREZ, pág. 13.
- "Las relaciones de la Comunidad Foral de Navarra con las Comunidades Autónomas: convenios y acuerdos de cooperación", por MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 33.
- "La Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra: tramitación parlamentaria, consideraciones generales y valoración sobre su naturaleza de Ley foral de mayoría absoluta", por MOISÉS BERMEJO GARDE, pág. 47.
- "El Parlamento foral", por MANUEL FRANCISCO PULIDO QUECEDO, pág. 63.
- "Dictamen sobre los diversos problemas jurídicos relativos a la modificación de los Estatutos de la Comunidad de Albarracín", por ANTONIO EMBID IRUJO, pág. 159.
- "La reforma mercantil y el Registro de Propiedad", por JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, pág. 173.
- "Notas sobre el derecho de visita", por GEMMA BOTANA, pág. 197.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 122 (Marzo-Abril 1991)

- "El derecho a la actuación urbanística en el desarrollo del planeamiento (comentario a la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de enero de 1990)", por ENRIQUE LINDE PANIAGUA, pág. 13.
- "Los espacios públicos en la ciudad", por JULIO GARCÍA LANZA, pág. 21.
- "La indemnización por las limitaciones a la propiedad recogidas en los catálogos urbanísticos", por PABLO ARRIBAS BRIONES, pág. 33.
- "Anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por Ley de 25 de julio de 1990", por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, pág. 65.
- "Consideraciones críticas sobre la política protectora de los conjuntos históricos", por JAVIER VICENTE DOMINGO, pág. 115.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núm. 16 (Abril-Junio 1990)

"Del Derecho agrario al Derecho agroalimentario: Un intento de definición", por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, pág. 1.

"Las tasas de corresponsabilidad sobre los cereales en el marco de la nueva política agrícola", por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ SÁNCHEZ, pág. 14.

"Política forestal, política medio ambiental en la Comunidad", por DESAMPARADOS LLOMBART BOSCH, pág. 23.

"El régimen de fomento de la retirada de tierras Su encaje en el ordenamiento jurídico español: problemas escogidos", por ESTEBAN PERALTA LOSILLA, pág. 31.

REVISTA DE DERECHO CANONICO

Núm. 129 (Julio-Diciembre 1990)

"L'interprétation des normes canoniques chez Bernold de Constance", por M. THÉRIAULT, págs. 411-421.

"Regulae iuris et droit canonique contemporain", por O. ECHAPPE, págs. 423-443.

"La *communio sacramentorum* en la doctrina de San Agustín", por E. TEJERO, págs. 445-480.

"L'importanza delle biblioteche dei frati minori e il loro ordinamento giuridico sino alla fine del medioevo", por H. M. STAMM, págs. 481-491.

"El cardenal legado Guillaume Peyre de Godin", por A. RUCQUOI, págs. 493-516.

"The Code revision process: The involvement of the Canon Law Society of America", por TH. J. GREEN, págs. 517-541.

"... Atque de specifica approbatione summi pontificis (Const. Ap. Pastor Bonus, art. 18)", por F. J. URRUTIA, págs. 543-561.

"El canon 1.057, centro de la legitimación matrimonial de la Iglesia", por J. F. CASTAÑO, págs. 563-575.

"Lo stato giuridico dei fidei in una comunità socialista", por I. V. PAPEZ, págs. 577-589.

"The Catholic Church in the preence of the communist regime in Poland", por J. KRUKOWSKI, págs. 591-609.

"Die sakramentale Ehe-Gottestifteter Bund und Vollzugsgestalt Kirchlicher Existenz", por W. AYMANS, págs. 611-638.

"Il diritto pena canonico a misura d'uomo", por G. DI MATTIA, págs. 639-661.

"Estructura eclesiástica y responsabilidad independiente. Reflexiones en torno a los cánones 212.3 y 218 del CIC 1983", por R. TORFS, págs. 663-694.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Núm. 104-105 (Noviembre 1988-Junio 1989)

"Metodología o epistemología jurídicas: Reflexiones en la encrucijada", por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 1.

- "El *rebus sic stantibus* como defensa dentro del Derecho puertorriqueño", por JORGE J. OPPENHEIMER MÉNDEZ, pág. 23.
- "La Ley de cierre", por HÉCTOR RIVERA CRUZ, pág. 59.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 69 (Septiembre-Diciembre 1990)

- "Las limitaciones contractuales al poder sancionatorio. Crónica de jurisprudencia", por EVA LETICIA CERVANTES CABALLERO y CARLOS REYNOSO CASTILLO, pág. 823.
- "Kelsen y el kantismo", por OSCAR CORREAS, pág. 833.
- "Análisis de dos discursos de Kant sobre la sociedad civil", por RAÚL HERNÁNDEZ VEGA, pág. 867.
- "Teología y fundamentos de la investigación del Derecho", por LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA, pág. 927.
- "El estado de necesidad en la legislación penal mexicana", por JOSÉ LUIS RAMOS RIVERA, pág. 945.
- "Ensayo dogmático sobre el método sistemático jurídico", por RAFAEL SÁNCHEZ VÁZQUEZ, pág. 959.
- "México y el reto del asilo: Una visión desde fuera", por HANS WOLLNY, pág. 977.
- "Modificaciones en materia de prescripción introducidas en la legislación laboral española. Ley de Procedimiento Laboral", por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 1005.
- "Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal", por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 1009.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DE URUGUAY

Núm. 1 a 6 (Enero-Junio 1990)

- "La función de autenticar y la seguridad jurídica", por SUSANA CAMBIASSO, pág. 9.
- "Registro de naves y registro de aeronaves", por CARLOS PARODI, pág. 22.
- "Aspectos disciplinarios y deontológicos de la profesión notarial", por JORGE CAILABETT y BLANCA OLMOS, pág. 33.
- "Aspectos prácticos del contencioso registral", por GRACIELLA BIANCHI y otros, pág. 42.
- "Documentos administrativos e instrumentos públicos", por EMILIO BIASCO, pág. 58.
- "Nuevas normas jurídicas en materia informática", por ALVARO GARBARINO y otros, pág. 68.
- "Ley Forestal", por CÉSAR LEMA y HORALDO LÓPEZ STEMPELET, pág. 79.
- "Ley Forestal", por ATILIO GREZZI LISTUR y CARMELO CURBELO SORIA, pág. 87.
- "Ley Forestal. Algunos contratos forestales. Aspectos tributarios de la Ley Forestal", por ALICIA POSTIGLIONE, pág. 97.

NOTICIAS CEE

Núm. 75 (Abril 1991)

- "Política exterior española y cooperación política europea", por PABLO BENAVIDES ORGAZ, pág. 11.
- "Presencia de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 21.
- "La estrategia española ante la política de armonización fiscal comunitaria", por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 43.
- "Nueva política y normativa comunitaria de investigación y desarrollo sobre tecnologías de la información: 1985-1990", por VICENTE LÓPEZ MAYOR, pág. 53.
- "La normativa comunitaria sobre contratación pública en el período 1985-1990", por JOSÉ ANTONIO SANTIAS VIADA, pág. 67.
- "La participación española en la política de competencia de la CEE", por JOSÉ M.^a DEL REY.
- "El control comunitario de las ayudas públicas", por JOSÉ WENCESLAO RODRÍGUEZ CURIEL, pág. 89.
- "Cinco años de experiencia en materia de ayudas de Estado", por GONZALO SAMANIEGO BORDIÚ, pág. 103.
- "La adaptación del Derecho de sociedades mercantiles 1985-1990", por FERNANDO DÍEZ MORENO, pág. 109.

Núm. 76 (Mayo 1991)

- "La innovación tecnológica y la transferencia de tecnología", por REGINA REVILLA PEDREIRA, pág. 11.
- "*Caracteres generales de la fusión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas*", por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 21.
- "Pasado, presente y futuro de los movimientos de capitales en España", por EDUARDO GRACIA ESPINAR, pág. 29.
- "Libre circulación de capitales y armonización de legislaciones en los mercados de valores de la CEE", por JAIME MUNICH GASA y ESTHER ZAPATER DUQUE, pág. 47.
- "La Seguridad Social europea en el horizonte del año 1993", por BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ, pág. 67.
- "El Derecho agrario, el Derecho agroalimentario y el Derecho rural en el ordenamiento comunitario a partir del Acta Unica Europea", por ALBERT MASSOT I MARTI, pág. 79.
- "Derecho comunitario sobre el agua", por LUIS DE LA MORENA Y DE LA MORENA, pág. 95.

Núm. 77 (Junio 1991)

- "Directiva comunitaria sobre régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados por sociedades de diferentes Estados miembros", por FERNANDO CASTROMIL SÁNCHEZ, pág. 11.

- "Aspectos financieros de la Comunidad Económica Europea", por ALFONSO ESCÁMEZ LÓPEZ, pág. 19.
- "Las empresas de trabajo temporal en la Europa comunitaria", por MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, pág. 41
- "Los convenios en materia de pesca entre la CEE y los países del Africa noroccidental", por JOSÉ ANTONIO PEREA UNCETA, pág. 55.
- "El transporte de cabotaje por carretera en el ordenamiento jurídico comunitario. Contenido del Reglamento CEE 4059/89 del Consejo, de 21 de diciembre, por el que se determinan las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro", por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 69.
- "El llamado derecho de réplica en la Directiva de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 1989", por JOSÉ M.^a DESANTES GUANTER, pág. 73.
- "Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva", por HELIO REX GÓMEZ DE ROJAS, pág. 81.

