

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

---

Año LXV ◦ Noviembre-Diciembre 1989 ◦ Núm. 595

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.

D. Pío Cabanillas Gallas.

D. Antonio de Leyva y Andía.

D. José Luis Lacruz Berdejo.

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.

### COMISIÓN EJECUTIVA.

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.

D. José María Chico Ortiz.

D. Manuel Amorós Guardiola.

### 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

	<u>Págs.</u>
<b>ESTUDIOS:</b>	
«El empresario individual de responsabilidad limitada en Derecho comparado», por GUILLERMO HERRERO MORO, LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO y F. JAVIER GONZÁLEZ DEL VALLE GARCÍA .....	1831
«El control del autor sobre el destino de su obra», por EULALIA AMAT LLARÍ .....	1941
« <i>Compensatio lucri cum damno</i> en el resarcimiento del daño por el deudor», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES .....	1965
Fe de erratas .....	1977
<b>DICTAMENES Y NOTAS:</b>	
«Legítima del cónyuge supérstite», por JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA.	1981
<b>ACTUALIDAD JURIDICA:</b>	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....	1999
<b>JURISPRUDENCIA:</b>	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	2017
II. Resoluciones de la Dirección General, por EMILIANO CANO FERNÁNDEZ, ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES y EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA .....	2079
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y Contratos, por RICARDO DE ANGEL YÁNGÜEZ .....	2115
3. Jurisprudencia Fiscal, por CARLOS MARTÍN ALBORNOZ .....	2181

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA:**

«El derecho de representación en la sucesión mortis causa», de VATTIER FUENZALIDA, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ . . . . .	2189
«Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido», de EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS . . . . .	2193
«La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil», de JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	2196
<b>REVISTA DE REVISTAS</b> , por LA REDACCIÓN . . . . .	2201

# ESTUDIOS



# El empresario individual de responsabilidad limitada en Derecho comparado

## PRESENTACION

Nuestro propósito es presentar un panorama significativo del Derecho comparado en la materia objeto de estudio: la responsabilidad limitada del empresario individual. Presuponemos conocida la problemática general de la institución ya estudiada en otro lugar y nos limitamos a presentar lo que entendemos ejemplos muy representativos de los diversos sistemas abordados en Derecho para el logro del fin de enervar la ilimitada responsabilidad por deudas contraídas en la gerencia empresarial. Quede claro que nuestro interés se centra en los sistemas que admiten que el empresario individual limite *ex initio* su responsabilidad, dejando fuera el estudio de la unipersonalidad devenida en las sociedades originariamente plurilaterales.

Son cinco los grupos de textos positivos con su traducción y breve comentario —salvo el portugués mucho más extenso por la novedad del sistema y su singularidad— que incluimos así agrupados:

1. La proyectada normativa comunitaria.
2. Las sociedades de un solo socio:
  - Legislación belga.
  - Legislación francesa.
  - Legislación alemana.
3. La empresa individual de responsabilidad limitada:
  - La propuesta española (Grupo Popular).
  - La legislación de Costa Rica.

4. El sistema de inembargabilidad y las cajas de seguridad:  
Informe Campaud.
5. El patrimonio separado de afectación:  
Legislación portuguesa.

He aquí tres leyes hermanas. El propósito y la técnica son muy similares y se hacen acreedoras de un breve comentario conjunto. En los tres casos se utilizó la técnica de reformar la legislación existente en materia de sociedades de responsabilidad limitada, injertando la nueva figura en la dogmática tradicional sin más esfuerzo que la redefinición del «contrato» de sociedad y la admisión de la constitución unipersonal *ab initio*. Lo demás relativo a las sociedades unipersonales deviene, naturalmente, de aplicación. Hemos optado por incorporar las leyes en su integridad, con lo cual la materia queda un poco confusa por el sistema de remisiones a la legislación preexistente, que se da por supuesta. Su traducción en integridad desbordaría los propósitos del trabajo. En la legislación alemana se aprovecha para reformar toda la materia de aportaciones sociales y su valoración (los artículos referentes a las unipersonales están marcados con asterisco) y la francesa para extender la nueva estructura a las explotaciones agrarias unipersonales.

Por fin advertir que la integración en el régimen común sólo es aparentemente sencilla. La realidad muestra que la sociedad unipersonal presenta una serie de problemas específicos que obligan a un específico esfuerzo dogmático. Por lo demás la flexibilidad del tránsito intersocietario (sociedad unipersonal que deviene pluripersonal y al revés, pluripersonal que se convierte en unipersonal), presenta algunos otros problemas adicionales, además del perentorio de renovar toda la doctrina del Derecho de sociedades.

#### EL MODELO SOCIETARIO:

##### LAS SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO

LEGISLACION FRANCESA (Loi n. 85-697 du 11 juillet 1985).

LEGISLACION BELGA (Loi 14 juillet 1987).

LEGISLACION DE LA R. F. ALEMANA (Gesetz vom 4. juli 1980).

Poco hay que comentar de esta propuesta de Directiva. Sólo observar que establece la conveniencia de la creación de un instrumento jurídico

armónico para limitar la responsabilidad del empresario individual sin OPTAR por sistema alguno (los seis primeros artículos hacen referencia a las sociedades, el séptimo contempla fórmulas alternativas). La disciplina estructural mínima hace referencia al socio constituyente (permite que lo sea persona jurídica) único y a la unipersonalidad devenida, régimen de gobierno y publicidad. Para España la forma de sociedad idónea sería la limitada (art. 1), a menos que se prefiera la disciplina del patrimonio separado de afectación.

**LA PROYECTADA REFORMA COMUNITARIA: LA PROPUESTA DE DECIMOSEGUNDA DIRECTIVA DEL CONSEJO EN MATERIA DE DERECHO DE SOCIEDADES RELATIVA A LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CON UN UNICO SOCIO.** (Presentada por la Comisión el 19 de mayo de 1988; 88/C 173/10.)

**EI CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,**

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, su artículo 54,

Vista la propuesta de la Comisión,

En cooperación con el Parlamento Europeo,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social,

Considerando que es necesario coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado para proteger los intereses de socios y terceros;

Considerando que, en este ámbito, por una parte, las Directivas 68/151/CEE (1), 78/660/CEE (2) y 83/349/CEE (3) del Consejo relativas a la publicidad, la validez de los compromisos y la nulidad de la sociedad, así como las cuentas anuales y las cuentas consolidadas, se aplican al conjunto de las sociedades de capital y que, por otra parte, las Directivas 79/91/CEE (4), 78/855/CEE (5) y 82/891/CEE (6) del Consejo relativas a la constitución y al capital y a las fusiones y escisiones sólo se aplican a las sociedades anónimas;

---

(1) *DO* núm. L 65, de 14 de marzo de 1968, pág. 8.

(2) *DO* núm. L 222, de 14 de agosto de 1978, pág. 11.

(3) *DO* núm. L 193, de 18 de julio de 1983, pág. 1.

(4) *DO* núm. L 26, de 30 de enero de 1977, pág. 36.

(5) *DO* núm. L 295, de 20 de octubre de 1978, pág. 42.

(6) *DO* núm. L 378, de 31 de diciembre de 1982, pág. 42.

Considerando que el Consejo adoptó el 3 de noviembre de 1986 el programa de acción para las pequeñas y medianas empresas;

Considerando que las reformas introducidas en algunas legislaciones en los últimos años destinadas a permitir la sociedad de responsabilidad limitada con un único socio han dado lugar a divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros;

Considerando que es importante prever la creación de un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad;

Considerando que una sociedad de responsabilidad limitada puede ser unipersonal en el momento de su constitución o mediante la concentración de todas sus acciones en un solo accionista; que las participaciones en el capital de una sociedad unipersonal deben ser nominativas y que se impone establecer ciertas limitaciones con respecto a las sociedades cuyo socio único sea una persona jurídica;

Considerando que la concentración de todas las acciones un solo accionista deberá ser objeto de publicidad;

Considerando que es necesario que las decisiones tomadas por el socio único en cuanto junta de accionistas revistan la forma escrita;

Considerando que debe exigirse también la forma escrita para los acuerdos celebrados entre el socio único y la sociedad,

#### HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

*Artículo 1.* Las medidas de coordinación prescritas por la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las formas de sociedades siguientes:

- En Alemania: die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
- En Bélgica: la société privée à responsabilité limitée/de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid.
- En Dinamarca: anpartsselskaber.
- En España: la sociedad de responsabilidad limitada.
- En Francia: la société à responsabilité limitée.
- En Grecia: η εταιρία περιορισμένης ευθύνης;
- En Irlanda: the private company limited by shares or by guarantee.
- En Italia: la società a responsabilità limitata.
- En Luxemburgo: La société à responsabilité limitée.
- En los Países Bajos: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

- En Portugal: la sociedad por cuotas.
- En el Reino Unido: the private company limited by shares or by guarantee.

*Artículo 2.* 1. La sociedad podrá constar de un socio único ya sea en el momento de su constitución, ya sea mediante la concentración de todas sus acciones en un solo accionista (sociedad unipersonal). Las participaciones en el capital de una sociedad unipersonal serán nominativas.

2. Una sociedad unipersonal cuyo socio único sea una persona jurídica no podrá ser socio único de otra sociedad.

3. Cuando el socio único sea una persona jurídica, los Estados miembros preverán:

a) La responsabilidad ilimitada de la persona jurídica respecto de las obligaciones de la sociedad nacidas durante el período en que esta persona figure como socio único. Sin embargo, los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que la persona jurídica se convierta en socio único, a raíz de la concentración de todas las acciones en un solo accionista, esta persona jurídica asuma dicha responsabilidad tan sólo si en el plazo de un año no ha hallado otro socio; o

b) Que se exija un capital mínimo para la sociedad unipersonal, y que tanto esta sociedad como el socio único sean sociedades que, en la fecha de cierre de balance, no rebasen los límites numéricos de dos de los tres criterios previstos en el artículo 27 de la Directiva 78/660/CEE. En caso de que una de las sociedades rebese estos límites y si la situación no se regularizara dentro del año siguiente al cierre del balance, el socio único asumirá una responsabilidad ilimitada respecto de las obligaciones de la sociedad unipersonal nacidas después del cierre.

*Artículo 3.* Cuando una sociedad se convierta en sociedad unipersonal mediante la concentración de todas sus acciones en un solo accionista deberá indicarse esta circunstancia en el expediente de la sociedad o transcribirse en el registro a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE.

*Artículo 4.* 1. El socio único ejercerá los poderes atribuidos a la junta de accionistas sin poder delegarlos.

2. Las decisiones adoptadas por el socio único en el ámbito contemplado en el apartado 1 deberán constar en acta.

*Artículo 5.* 1. Los acuerdos celebrados entre el socio único y la sociedad se consignarán por escrito.

2. La posibilidad de celebrar un acuerdo entre el socio único y la sociedad que éste representa deberá estar prevista en los estatutos o en la escritura de constitución de la sociedad.

*Artículo 6.* Cuando un Estado miembro admita la sociedad anónima unipersonal se aplicarán las disposiciones de la presente Directiva.

*Artículo 7.* Un Estado miembro podrá no aplicar las disposiciones de la presente Directiva cuando su legislación prevea, para los empresarios individuales, la constitución de una empresa de responsabilidad limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada, siempre y cuando se prevean, con respecto a estas empresas, unas garantías equivalentes a las impuestas por el Derecho comunitario a las sociedades a las que se aplique la presente Directiva.

*Artículo 8.* 1. Los Estados miembros adoptarán antes del 1 de enero de 1990 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir a la presente Directiva. Informarán de ello a la Comisión.

2. Los Estados miembros podrán prever que, con respecto a las sociedades ya existentes el 1 de enero de 1990, las disposiciones de la presente Directiva no se apliquen antes del 1 de enero de 1991.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

*Artículo 9.* Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

## ANNEXE II

### TEXTES LÉGISLATIFS

#### **LOI n.º 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.**

*Art. 1.º* L'article 1832 du code civil esta ainsi rédigé:

«Art. 1832. La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.»

TITRE I.<sup>er</sup>DE L'ENTREPRISE UNIPERSONNELLE  
À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

*Art. 2.* Le début de l'article 34 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales est ainsi rédigé:

«La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

Lorsque la société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent chapitre.

La société es désignée... (*Le reste sans changement*).»

*Art. 3.* Après l'article 36 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré des articles 36-1 et 36-2 ainsi rédigés:

«Art. 36-1. En cas de réunion en une seule main de toutes les parts d'une société à responsabilité limitée, les dispositions de l'article 1844-5 du code civil relatives à la dissolution judiciaire ne sont pas applicables.

Art. 36-2. Une personne physique ne peut être associé unique que d'une seule société à responsabilité limitée. Une société à responsabilité limitée ne peut avoir pour associé unique une autre société à responsabilité limitée composée d'une seule personne.

En cas de violation des dispositions de l'alinéa précédent, tout intéressé peut demander la dissolution des sociétés irrégulièrement constituées. Lorsque l'irrégularité résulte de la réunion en une seule main de toutes les parts d'une société ayant plus d'un associé, la demande de dissolution ne peut être faite moins d'un an après la réunion des parts. Dans tous les cas, le tribunal peut accorder un délai maximal de six mois pour régulariser la situation et ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fonds, la régularisation a eu lieu.»

*Art. 4.* Après le deuxième alinéa de l'article 40 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il es inséré un alinéa ainsi rédigé:

«Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois, le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'alinéa précédent sont réunies.»

*Art. 5.* La première phrase du second alinéa de l'article 45 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 précitée est ainsi rédigée:

«Lorsque la société comporte plus d'un associé, le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés.»

*Art. 6.* Après le premier alinéa de l'article 50 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé:

«Toutefois, s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée.»

*Art. 7.* Après l'article 50 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré un article 50-1 ainsi rédigé:

«Art. 50-1. Les dispositions de l'article 50 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.»

*Art. 8.* Après l'article 60 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, il est inséré un article 60-1 ainsi rédigé:

«Dans ce cas, le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels sont établis par le gérant. L'associé unique approuve les comptes, le cas échéant après rapport des commissaires aux comptes, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice.

L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions, prises au lieu et place de l'assemblée, sont répertoriées dans un registre.

Les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé.»

*Art. 9.* Dans le 1.º de l'article 65 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 précitée, après les mots: "les gérants", sont insérés les mots: "l'associé unique".»

*Art. 10.* L'article 427 de la loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 précitée est ainsi rédigé:

«Art. 427. Seront punis d'un emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 2.000 F à 60.000 F. ou de l'une de ces deux peines seulement les gérants qui n'auront pas procédé à la réunion de l'assemblée des associés dans les six mois de la clôture de l'exercice ou, en cas de prolongation, dans le délai fixé par décision de justice, au qui n'auront pas soumis à l'approbation de ladite assemblée ou de l'associé unique les documents prévus au 1.º de l'article 426.»

## TITRE II

### DE L'EXPLOITATION AGRICOLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

*Art. 11.* Une ou plusieurs personnes physiques majeures peuvent instituer une société civile dénommée «exploitation agricole à responsabilité limitée», régie par les dispositions des chapitres I<sup>er</sup> et II du titre IX du livre III du code civil, à l'exception de l'article 1844-5. Les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

Lorsque l'exploitation agricole à responsabilité limitée est constituée par une seule personne, celle-ci est dénommée «associé unique». L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés.

Elle est désignée par une dénomination sociale à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés, et qui doit être précédée ou suivie immédiatement des mots «exploitation agricole à responsabilité limitée» ou des initiales EARL, et de l'énonciation du capital social.

*Art. 12.* L'exploitation agricole à responsabilité limitée a pour objet l'exercice d'une activité agricole dans des conditions comparables à celles existant dans les exploitations de caractère familial. Elle ne peut réunir plus de dix associés.

La surface mise en valeur par une exploitation agricole à responsabilité limitée ne peut excéder un plafond fixé par décret.

*Art. 13.* Le capital social de l'exploitation agricole à responsabilité limitée doit être de 50.000 F au moins.

Sa réduction à un montant inférieur doit être suivie, sans un délai d'un an, d'une augmentation ayant pour effet de le porter au montant prévu à l'alinéa précédent, à moins que, dans le même délai, l'exploitation agricole à responsabilité limitée n'ait été transformée en société d'une autre forme. A défaut, tout intéressé peut demander en justice sa dissolution, après avoir mis les représentants de celle-ci en demeure de régulariser la situation. La tribunal ne peut prononcer la dissolution lorsque cette cause de dissolution a cessé d'exister le jour où il statue sur le fond.

Les apports en numéraire et les apports en nature, qu'ils soient faits en pleine propriété ou en jouissance, concourent à la formation du capital social de l'exploitation agricole à responsabilité limitée qui peut être un capital variable. Ils donnent lieu à l'attribution de parts sociales.

Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des futurs associés ou, à défaut, par une décision de justice à la demande du futur associé le plus diligent.

Toutefois, les futurs associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède 50.000 F et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.

Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois, le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'alinéa précédent sont réunies.

Les associés solidairement, ou l'associé unique, sont responsables pen-

dant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution ou de l'augmentation du capital sociales de l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

La rémunération que perçoivent les associés du fait de leur participation effective aux travaux constitue une charge sociale dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État.

*Art. 14.* Les associés qui participent effectivement, au sens de l'article L. 411-59 du code rural, à l'exploitation sont dénommés «associés exploitants».

Les associés exploitants doivent détenir ensemble plus de 50 p. 100 des parts représentatives du capital. Ils peuvent seuls faire apport à l'exploitation agricole à responsabilité limitée des immeubles dont ils sont propriétaires.

Les associés choisissent parmi les associés exploitants, titulaires de parts sociales représentatives du capital, un ou plusieurs gérants.

Le non-respect en cours de vie sociale de l'une des conditions ci-dessus n'entraîne pas la dissolution de plein droit de l'exploitation agricole à responsabilité limitée. Tout intéressé peut demander en justice la dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Faute d'associé exploitant, l'exploitation agricole à responsabilité limitée peut être gérée durant cette période par une personne physique désignée par les associés ou, à défaut, par le tribunal à la demande de tout intéressé.

Le tribunal ne peut prononcer la dissolution si cette régularisation a eu lieu le jour où il statue sur le fond.

*Art. 15.* Les associés disposent de droits de vote, dans les assemblées, proportionnels au nombre de parts sociales qu'ils détiennent. Toutefois, les statuts peuvent prévoir que les associés exploitants se répartissent d'une façon égalitaire les droits de vote qu'ils détiennent ensemble.

*Art. 16.* L'article L. 411-37 du code rural relatif à l'adhésion des preneurs à ferme à des sociétés d'exploitations agricoles est applicable à l'exploitation agricole à responsabilité limitée, à l'exception des cinq dernières phrases du troisième alinéa.

*Art. 17.* La présente loi est applicable dans les territoires d'outre-mer et la collectivité territoriales de Mayotte.

### **Loi de finances por 1985 (art. 5) n.º 85-1403 du 30 décembre 1985.**

*Article 5.* 1. a) Sauf option contraire, es dispositions du 1 de l'article 206 du CGI ne sont pas applicables aux sociétés dont les associés répondent aux définitions des 4.º et 5.º de l'article 8 du même code.

b) Cet article 8 est complété par les dispositions suivants:

«4.º de l'associé unique d'une société à responsabilité limitée lorsque cet associé est une personne physique.

5.º de l'associé unique d'une exploitation agricole à responsabilité limitée et des associés d'une exploitation agricole à responsabilité limitée formée uniquement entre personnes parentes en ligne directe ou entre frères et soeurs ainsi qu'entre les conjoints de ces personnes.»

II. L'article 1452 du même code est complété par l'alinéa suivant:

«Ces dispositions sont applicables, sous les mêmes conditions, aux sociétés imposées dans les conditions prévues au 4.º de l'article 8.»

III. ....

IV. Les cessions de parts d'une société à responsabilité limitée à associé unique donnent lieu à un droit d'enregistrement de 4,80 % dans les conditions prévues au 2.º de l'article 726 du même code.

V. Les apports immobiliers effectués à titre pur et simple aux exploitations agricoles à responsabilité limitée dont les associés sont imposés dans les conditions du 5.º de l'article 8 du même code sont soumis à un droit d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière de 0,60 %.

**Loi portant diverses dispositions d'ordre social n.º 85-76 du 17 janvier 1986 (art. 11).**

*Article 11.* L'associé unique des entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée est affilié au régime d'assurance vieillesse des travailleurs non salariés des professions soit artisanales, soit industrielles et commerciales, soit libérales, au régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles et au régime d'allocations familiales des employeurs et travailleurs indépendants.

**LEY NUMERO 85-697 DE 11 DE JULIO DE 1985, relativa a la empresa unipersonal de responsabilidad limitada y la explotación agrícola de responsabilidad limitada.**

*Artículo 1.º* El artículo 1.832 del Código Civil queda así redactado:

«Artículo 1.832. La sociedad se constituye por dos o más personas que acuerdan por medio de un contrato afectar a una empresa común bienes o su industria con vistas de repartir el beneficio o de aprovechar la economía que podrá resultar de ello.

Puede constituirse, en los casos previstos por la Ley, por el acto de voluntad de una sola persona.

Los socios se obligan a contribuir a las pérdidas.»

## TITULO I

### DE LA EMPRESA UNIPERSONAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

*Artículo 2.º* El principio del artículo 34 de la Ley número 66-537, de 24 de julio de 1966, sobre sociedades mercantiles queda así redactado:

«La sociedad de responsabilidad limitada se constituye por una o varias personas que soportan las pérdidas en proporción a sus aportaciones. Cuando la sociedad no comporte más que una sola persona, ésta se denomina “socio único”. El socio único ejerce las facultades que corresponden a la Junta de Socios, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo. La Sociedad designa... (el resto, sin cambios).»

*Artículo 3.º* Después del artículo 36 de la Ley de 24 de julio de 1966 mencionada se insertan los artículos 36-1 y 36-2, así redactados:

«Artículo 36-1. En caso de reunión en una sola mano de todas las participaciones de una Sociedad de responsabilidad limitada, las disposiciones del artículo 1.844-5 del Código Civil relativas a la disolución judicial no son aplicables.

Artículo 36-2. Una persona física no puede ser socio único más que de una sola sociedad de responsabilidad limitada. Una sociedad de responsabilidad limitada no puede tener por socio único otra sociedad de responsabilidad limitada compuesta por una sola persona.

En caso de violación de las disposiciones del párrafo precedente, cualquier interesado puede pedir la disolución de las sociedades irregularmente constituidas. Cuando la irregularidad resulte de la reunión en una sola mano de todas las participaciones de una sociedad que tenga más de un socio, la demanda de disolución no puede hacerse al menos un año después de la reunión de las participaciones.

En todo caso, el Tribunal puede acordar un plazo máximo de SEIS MESES para regularizar la situación y no puede pronunciar la disolución si el día en que resuelve sobre el fondo la regularización ha tenido lugar.»

*Artículo 4.º* Después del segundo párrafo del artículo 40 de la Ley de 24 de julio de 1966 se inserta el párrafo, así redactado:

«Cuando la sociedad está constituida por una sola persona, el interviniente de las aportaciones se designa por el socio único. Sin embargo, la

existencia de un interventor de las aportaciones no es obligatoria si se reúnen las condiciones previstas en el párrafo precedente.»

*Artículo 5.º* La primera parte del segundo párrafo del artículo 45 de la Ley de 24 de julio de 1966, mencionada, queda así redactada:

«Cuando la sociedad comporte más de un socio, el proyecto de cesión se notificará a la sociedad y a cada uno de sus socios.»

*Artículo 6.º* Después del primer párrafo del artículo 50 de la Ley de 24 de julio de 1966 se inserta un párrafo, así redactado:

«Sin embargo, si no existe interventor de cuentas, los pactos concluidos por un administrador, no socio, son sometidos a la aprobación previa de la Junta.»

*Artículo 7.º* Después del artículo 50 de la Ley de 24 de julio de 1966 se inserta un «artículo 50-1», así redactado:

«Artículo 50-1. Las disposiciones del artículo 50 no son aplicables a los pactos relativos a operaciones ordinarias y concluidas en condiciones normales.»

*Artículo 8.* Después del artículo 60 de la Ley de 24 de julio de 1966, precitado, se inserta un «artículo 60-1», así redactado:

«Artículo 60-1. Los tres primeros párrafos del artículo 56 y los artículos 57 a 60 no son aplicables a las sociedades que no tengan más que un solo socio.

En este caso, el informe de gestión, el inventario y las cuentas anuales se realizan por el gerente. El socio único aprueba las cuentas, llegado el caso, después del informe de los interventores de cuentas en el plazo de seis meses, a contar desde el cierre del ejercicio.

El socio único no puede delegar sus facultades. Sus acuerdos, tomados en Junta, son anotados en un registro.

Los acuerdos tomados contraviniendo las disposiciones del presente artículo pueden ser anulados a petición de cualquier interesado.»

*Artículo 9.º* En el 1.º del artículo 65 de la Ley de 24 de julio de 1966, después de las palabras «Los gerentes», se insertan las palabras «socio único».

*Artículo 10.* El artículo 427 de la Ley de 24 de julio de 1966 se redacta así:

«Artículo 427. Serán castigados con prisión de dos a seis meses y con una multa de 2.000 francos a 60.000 francos, o con una de estas dos penas solamente, los gerentes que no hayan procedido a la convocatoria de la Junta de Socios dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio o, en caso de prórroga, en el plazo fijado por decisión judicial, o que no hayan sometido a la aprobación de dicha Junta o del socio único, los documentos previstos en el número 1 del artículo 426.»

**TITULO II****DE LA EXPLOTACION AGRICOLA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

*Artículo 11.* Una o varias personas físicas, mayores de edad, pueden constituir una sociedad civil, denominada «Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada», regida por las disposiciones de los capítulos I y II del título IX del libro III del Código Civil, con excepción del artículo 1.844-5. Los socios no soportan las pérdidas más que hasta el alcance de sus aportaciones.

Mientras la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada esté constituida por una sola persona, ésta se denomina «único socio». El socio único ejerce las facultades correspondientes a la Junta de Socios.

Se designa por una denominación social a la que puede ser incorporado el nombre de uno o varios socios y que debe ser precedido o seguido inmediatamente de las palabras «Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada» o de las iniciales «E. A. R. L.» y de la enunciación del capital social.

*Artículo 12.* La Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada tiene por objeto el ejercicio de una actividad agrícola ..... en condiciones comparables a las que existen en las explotaciones de carácter familiar.

No puede reunir *más de 10 socios*.

La superficie aprovechada por una Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada no puede exceder de un máximo, fijado por Decreto.

*Artículo 13.* El capital social de la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada debe ser de 50.000 francos por lo menos. Su reducción a un importe inferior debe ser seguido, en un plazo de un año, de un aumento que tenga por efecto llegar al importe previsto en el párrafo precedente, a menos que, en el mismo plazo, la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada no se haya transformado en una sociedad de otro tipo. En su defecto, todo interesado puede pedir judicialmente su disolución después de haber requerido a los representantes de ésta regularizar la situación. El Tribunal no puede pronunciar la disolución cuando esta causa de disolución haya cesado de existir el día en que sentencie sobre el fondo.

Las aportaciones dinerarias y las aportaciones en natura, que sean hechas en plena propiedad o en usufructo, concurren a la formación del capital social de la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada, que puede ser un capital variable. Dan lugar a la atribución de las participaciones sociales.

Los estatutos deben contener la valoración de cada aportación en natura. Realizándose por medio de un informe unido a los estatutos y establecido bajo su responsabilidad, por un interventor de aportaciones, designado por unanimidad de los futuros socios o, en su defecto por una decisión judicial, a petición de la parte más diligente.

Sin embargo, los futuros socios pueden decidir por unanimidad que la necesidad de un interventor de aportaciones no sea obligatoria cuando el valor de ninguna aportación en natura exceda de 50.000 francos y si el valor total del conjunto de las aportaciones en natura no sometidas a la evaluación de un interventor de aportaciones no exceda de la mitad del capital.

Cuando la sociedad esté constituida por una sola persona; el interventor de aportaciones es designado por el socio único. Sin embargo, la necesidad de un interventor de aportaciones no es obligatoria si las condiciones previstas en el párrafo precedente se reúnen.

Los socios solidariamente, o el socio único, son responsables durante cinco años; frente a terceros, del valor atribuido a las aportaciones en natura hechas durante la constitución o aumento de capital social de la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada.

La remuneración que perciban los socios por el hecho de su participación efectiva en trabajos constituye una carga social en las condiciones fijadas por Decreto del Consejo de Estado.

*Artículo 14.* Los socios que participan efectivamente en el sentido del artículo L. 411-59 del Código Rural en la explotación se denominan «socios explotantes».

Los socios explotantes deben detentar en conjunto más del 50 por 100 de las participaciones representativas del capital. Sólo ellos pueden hacer aportación a la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada de inmuebles de los que sean propietarios.

Los socios eligen entre los socios explotantes, titulares de participaciones sociales representativas del capital, uno o varios gerentes.

La contravención, a lo largo de la vida social, de uno de los requisitos mencionados anteriormente no implica la disolución de pleno derecho de la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada. Todo interesado puede pedir judicialmente la disolución si la situación no ha sido regularizada en el plazo de un año. A falta de socio explotante, la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada puede ser administrada durante este período por una persona física designada por los socios o, en su defecto, por el Tribunal a petición de cualquier interesado.

El Tribunal no puede declarar la disolución si esta regularización ha tenido lugar el día en que sentencia sobre el fondo.

*Artículo 15.* Los socios disponen de un mínimo de votos en las Juntas, proporcional al número de participaciones sociales que ostenten. Sin embargo, los estatutos pueden prever que los socios explotantes se repartan por partes iguales los votos que ostenten en conjunto.

*Artículo 16.* El artículo L. 411-37 del Código Rural, relativo a la adhesión de los compradores de granjas a sociedades de Explotación Agrícola, es aplicable a la Explotación Agrícola de Responsabilidad Limitada con excepción de las cinco últimas frases del tercer párrafo.

*Artículo 17.* La presente Ley es aplicable a los territorios de ultramar y a la colectividad territorial de Mayotte.

### **LOI RELATIVE À LA SOCIÉTÉ D'UNE PERSONNE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE**

Les Chambres ont adopté et Nous sanctionnons ce qui suit.

*Article 1.<sup>er</sup>* L'intitulé du Titre IX du Livre III du Code civil est remplacé par l'intitulé suivant: «Des sociétés».

*Art. 2.* L'article 1932 du Livre II, Titre IX, du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Une société peut être constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ou, dans les cas prévus par la loi, par acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée.»

*Art. 3.* L'article 13ter, alinéas 1er, 4.<sup>o</sup>, des lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, insère par l'article 8 de la loi du 6 mars 1973, est remplacé par la disposition suivante:

«4.<sup>o</sup> Si la société ne comprend pas au moins deux fondateurs valablement engagés, ou, si, dans les cas où la loi prévoit qu'elle peut être constituée par une seule personne, le fondateur n'est pas valablement engagé.»

*Art. 4.* L'article 104 bis, alinéas 2, des mêmes lois coordonnées, inséré par l'article 42 de la loi du 5 décembre 1984, est remplacé par la disposition suivante:

«Si dans un délai d'un an, un nouvel actionnaire n'est pas entré dans la société, si celle-ci n'est pas régulièrement transformée en société privée à responsabilité limitée ou dissoute, l'actionnaire unique est réputé caution solidaire de toutes les obligations de la société nées après la réunion de toutes les actions entre ses mains jusqu'à l'entrée d'un nouvel actionnaire dans la société ou la publication de sa transformation en société privée à responsabilité limitée ou de sa dissolution.»

*Art. 5.* L'article 116 des mêmes lois coordonnées, modifié par l'article 2 de la loi du 15 juillet 1985, est remplacé par la disposition suivante:

«Article 116. La société privée à responsabilité limitée est celle constituée par une ou plusieurs personnes qui n'engagent que leur apport, où les droits sociaux ne sont transmissibles que sous certaines conditions et qui est soumise aux autres règles inscrites dans la présente section.»

*Art. 6.* L'article 120, alinéa 1er. 1.º, des mêmes lois coordonnées, modifié par l'article 4 de la loi du 15 juillet 1985, est abrogé.

*Art. 7.* Dans l'article 123, alinéa 2, des mêmes lois coordonnées, il est inséré un 8.º, rédigé comme suit:

«8.º De tous les engagements souscrits aussi longtemps que la société ne compte comme associé unique que la personne morale ayant constitué seule cette société.»

*Art. 8.* Un article 123 bis, rédigé comme suit, est inséré dans les mêmes lois coordonnées:

«Article 123 bis. Une personne physique ne peut être l'associé unique que d'une seule société privée à responsabilité limitée.

Cette personne physique est réputée caution solidaire des obligations de toute autre société privée à responsabilité limitée qu'elle constituerait seule ou dont elle deviendrait ensuite l'associé unique, sauf si les parts lui sont transmises pour cause de mort.

Cette personne physique ne sera plus réputée caution solidaire des obligations des sociétés visées à l'alinéa précédent dès l'entrée d'un nouvel associé dans la société ou dès la publication de sa dissolution.»

*Art. 9.* L'article 128, alinéa 1er. des mêmes lois coordonnées, est remplacé par la disposition suivante:

«Les héritiers et légataires de parts, qui ne peuvent devenir associés parce qu'ils n'ont pas été agréés comme tels ont droit à la valeur des parts transmises.»

*Art. 10.* L'article 133 des mêmes lois coordonnées, est remplacé par les dispositions suivantes:

«Article 133. § 1er. Le membre d'un collège de gestion qui a un intérêt oppose à celui de la société dans une opération, est tenu de se conformer à l'article 60.

§ 2. Si l'y a qu'un gérant et qu'il se trouve placé devant cette dualité d'intérêts, il en référera aux associés et l'opération ne pourra être effectuée pour le compte de la société que par un mandataire *ad hoc*.

§ 3. Lorsque le gérant est l'associé unique et qu'il se trouve placé devant cette dualité d'intérêts, il pourra conclure l'opération mais rendra spécialement compte de celle-ci dans un document à déposer en même temps que les comptes annuels.

Il sera tenu tant vis-à-vis de la société que vis-à-vis des tiers de réparer

le préjudice résultant d'un avantage qu'il se serait abusivement procuré au détriment de la société.»

*Art. 11.* Un article 136 bis, rédigé comme suit, est inséré dans les mêmes lois coordonnées:

«Article 136 bis. Lorsque la société ne compte qu'un seul associé, il exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale. Il ne peut les déléguer.

Les décisions de l'associé unique, agissant en lieu et place de l'assemblée générale, sont consignées dans un registre tenu au siège social.»

*Art. 12.* L'article 140 bis des mêmes lois coordonnées, inséré par l'article 53 de la loi du 5 décembre 1984, est remplacé par la disposition suivante:

«Article 140 bis. La réunion de toutes les parts entre les mains d'une seule personne n'entraîne pas la dissolution de la société.

Lorsque cette personne est une personne morale et que, dans un délai d'un an, un nouvel associé n'est pas entré dans la société ou que celle-ci n'est pas dissoute, l'associé unique est réputé caution solidaire de toutes les obligations de la société nées après la réunion de toutes les parts entre ses mains jusqu'à l'entrée d'un nouvel associé dans la société ou la publication de sa dissolution.»

*Art. 13.* Un article 140 ter rédigé comme suit est inséré dans les mêmes lois coordonnées:

«Article 140 ter. Le décès de l'associé unique n'entraîne pas la dissolution de la société. Sans préjudice de ce qui est prévu à l'article 140 quater et sauf dispositions contraires des statuts, les droits afférents aux parts sont exercés par les héritiers et légataires régulièrement saisis ou envoyés en possession, proportionnellement à leurs droits dans la succession, jusqu'au partage desdites parts ou jusqu'à la délivrance des legs portant sur celles-ci.

A défaut de tout successible, la succession sera acquise à l'Etat et la société sera dissoute de plein droit.

Dans ce cas, le président du tribunal de commerce désignera un liqui-

---

(1) Sessions.

Chambre des représentants: *Documents*: Projet de loi 1049 (1984-1985). N.º 1 du 30 novembre 1984.—Amendements 1049 (1984-1985). N.º 2 a 17. Projet de loi 539 (1985-1986). N.º 1 du 26 juin 1986.—Amendements 539 (1985-1986). N.º 2 et 3.—Rapport 539 (1985-1988). N.º 4 de M. Verhaegen du 17 juillet 1986. *Annales de la Chambre*: 23 et 24 juillet 1986. Sénat: *Documents*: Projet de loi 359 (1985-1986). N.º 1 du 24 juillet 1986. Rapport 359 (1985-1986). N.º 2 de M. Weckx, du 22 mai 1987.—Amendement 359 (1985-1986). N.º 3. *Annales du Sénat*: 10 et 11 juin 1987. Chambre des représentants: *Documents*: Project de loi 539/5-85/86 du 11 juin 1987 Rapport 539/6-85/86 de M. Verhaegen du 26 juin 1987.—Amendement 539/7-85/86. *Annales de la Chambre*: 29 juin et 1er juillet 1987.

dateur à la requête de tout intéressé. Les articles 1025 à 1034 du Code judiciaire sont d'application.»

*Art. 14.* Un article 140 quater, rédigé comme suit, est inserté dans les mêmes lois coordonnées:

«Article 140 quater. Par derogation à l'article 140 ter et sauf dispositions contraires des statuts, celui qui hérite de l'usufruit des parts d'un associé unique exerce les droits attachés a celles-ci.»

*Art. 15.* La présente loi entre en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit celui au cours duquel elle aura été publiée au *Moniteur belge*.

Promulguons le présente loi, ordonnons qu'elle soit revêtue du sceau de l'Etat et publiée par le *Moniteur belge*.

Donné à Bruxelles, le 14 juillet 1987.—BAUDOUIN: Par le Roi: Le Ministre de la Justice, J. Gol.—Scellé du sceau de l'Etat: Le Ministre de la Justice, J. Gol.

**LEY DE 1 DE ABRIL DE 1987**, modificando el artículo 1.401 del Código Civil. (*Monitor Belga* de 22 de abril de 1987, págs. 5955-5956.)

*Artículo único.* El artículo 1.401 del Código Civil se completa con un número 5, redactado como sigue:

«5) Los derechos resultantes de la cualidad de socio unidos a participaciones o acciones sociales comunes en sociedades en que todas las participaciones o acciones son nominativas, si éstas están atribuidas a un solo cónyuge o inscritos a su nombre.»

**Ley de 14 de julio de 1987.** Relativa a la sociedad de una persona con responsabilidad limitada.

*Artículo 1.º* El encabezamiento del título IX del libro III del Código Civil queda reemplazado por el encabezamiento siguiente: «De las sociedades».

*Art. 2.º* El artículo 1.832 del libro III, título IX, del mismo Código queda reemplazado por la disposición siguiente: «Una sociedad puede ser constituida por dos o más personas que convienen poner en común alguna cosa con intención de repartir el beneficio que pudiera resultar de ello o, en los casos previstos por la ley, por acto de voluntad de una persona que afecte bienen al ejercicio de una actividad determinada.»

*Art. 3.º* El artículo 13, párrafo 1.º, 4.º de las Leyes sobre sociedades comerciales, refundidas el 30 de noviembre de 1935, insertado por el artículo 8 de la Ley de 6 de marzo de 1973, es reemplazado por la disposición siguiente:

«4.º Si la sociedad no comprende al menos dos fundadores válidamente obligados, o si en los casos en que la ley prevé que pueda ser constituida por una sola persona, el fundador no está válidamente obligado.»

*Art. 4.º* El artículo 104 bis, párrafo 2.º, de las mismas leyes refundidas, insertado por el artículo 42, Ley 5 de diciembre de 1984, se reemplaza por la disposición siguiente:

«Si en un plazo de un año un nuevo accionista no ha entrado en la sociedad, si ésta no se ha transformado regularmente en sociedad privada de responsabilidad limitada o disuelto, el accionista único se reputa fiador solidario de todas las obligaciones de la sociedad, nacidas desde la reunión de todas las acciones en sus manos, hasta la entrada de un nuevo accionista en la sociedad, o la publicación de su transformación en sociedad privada de responsabilidad limitada, o de su disolución.»

*Art. 5.º* El artículo 116 de las mismas leyes refundidas, modificado por el artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1985, se reemplaza por la disposición siguiente:

«Artículo 116. La sociedad privada de responsabilidad limitada es la constituida por una o varias personas que no comprometen más que su aportación, en que los derechos sociales no son transmisibles más que bajo ciertas condiciones y que está sometida a las demás reglas contenidas en la presente sección.»

*Art. 6.º* El artículo 120, párrafo 1.º, 1.º, de las mismas leyes refundidas, modificado por el artículo 4, Ley de 15 de julio de 1985, se deroga.

*Art. 7.º* En el artículo 123, párrafo 2.º, de las mismas leyes refundidas se inserta un 8.º, redactado como sigue:

«8.º De todas las obligaciones suscritas durante todo el tiempo que la sociedad no cuente como socio único más que la persona jurídica que haya constituido sola esta sociedad.»

*Art. 8.º* Un artículo 123 bis, redactado como sigue, se inserta en las mismas leyes refundidas:

«Artículo 123 bis. Una persona física no puede ser socio único más que de una sola sociedad privada de responsabilidad limitada.

Esta persona física se reputa fiador solidario de las obligaciones de cualquier otra sociedad privada de responsabilidad privada que constituya sola o de la cual llegue a ser socio único, salvo si las participaciones le son transmitidas por causa de muerte.

Esta persona física no se reputará más fiador solidario de las obligaciones de las sociedades mencionadas en el párrafo precedente, desde la entrada de un nuevo socio en la sociedad, o desde la publicación de su disolución.»

*Art. 9.º* El artículo 128, párrafo 1.º, de las mismas leyes refundidas se reemplaza por la disposición siguiente:

«Los herederos y legatarios de participaciones, que no pueden llegar a ser socios porque no han sido admitidos como tales, tienen derecho al valor de las participaciones transmitidas.»

*Art. 10.* El artículo 133 de las mismas leyes refundidas se reemplaza por las disposiciones siguientes:

«Artículo 133. 1.º El miembro de un colectivo de gestión que tenga un interés opuesto al de la sociedad, en una operación, está obligado a lo dispuesto en el artículo 6.º

2.º Si no hay más que un administrador y se encuentra ante esta dualidad de intereses informará a los socios y la operación no podrá ser efectuada por cuenta de la sociedad más que por un mandatario *ad hoc*.

3.º Cuando el administrador es socio único y se encuentre ante esta dualidad de intereses podrá concluir la operación, pero rendirá especialmente cuenta de ésta en un documento a depositar al mismo tiempo que las cuentas anuales. Estará obligado tanto frente a la sociedad como frente a terceros a reparar el perjuicio resultante de un beneficio que se hubiera abusivamente procurado en detrimento de la sociedad.»

*Art. 11.* Un artículo 136 bis, redactado como sigue, se inserta en las mismas leyes refundidas:

«Artículo 136 bis. Cuando la sociedad no cuente más que con un solo socio, éste ejerce los poderes que corresponden a la Junta general. No puede delegarlos.

Las decisiones del socio único, actuando en concepto de Junta general son consignados en un Registro llevado en la sede social.»

*Art. 12.* El artículo 140 bis de las mismas leyes refundidas, insertado por el artículo 53, de la Ley de 5 de diciembre de 1984, se reemplaza por la disposición siguiente:

«Artículo 140 bis. La reunión de todas las participaciones en manos de una sola persona no entraña la disolución de la sociedad.

Cuando esta persona es una persona jurídica, y en el plazo de un año, un nuevo socio no ha entrado en la sociedad o ésta no se ha disuelto, el socio único se reputa fiador solidario de todas las obligaciones de la sociedad nacidas desde la reunión de todas las participaciones sociales en sus manos hasta la entrada de un nuevo socio en la sociedad o la publicación de su disolución.»

*Art. 13.* Un artículo 140 «ter», redactado como sigue, se inserta en las mismas leyes refundidas:

«Artículo 140 “ter”. La muerte del socio único no entraña la disolución de la sociedad. Sin perjuicio de lo que se prevé en el artículo 140, y salvo disposición en contra de los estatutos, los derechos correspondientes a las participaciones se ejercen por los herederos y legatarios regularmente puestos o entrados en posesión, proporcionalmente a sus derechos en la sucesión, tras la partición de dichas participaciones sociales, o hasta la entrega de los legados que recaigan sobre éstas.

En defecto de todo sucesor, la sucesión corresponderá al Estado y la sociedad se disolverá de pleno derecho.

En este caso el Presidente del Tribunal de Comercio designará un liquidador a instancia de cualquier interesado. Los artículos 1.025 y 1.034 del Código Judicial son aplicables.»

*Art. 14.* Un artículo 140 «quater», redactado como sigue, se inserta en las mismas leyes refundidas:

«Artículo 140 “quater”. Por derogación del artículo 140 “ter”, y salvo disposición en contra de los estatutos, el que hereda el usufructo de las participaciones de un socio único ejerce los derechos atribuidos a éste.»

*Art. 15.* La presente Ley entra en vigor el primer día del segundo mes que sigue a aquel en que el curso del cual haya sido publicado en el *Monitor Belga*.

**GESETZ ZUR ÄNDERUNG DES GESETZES BETREFFEND DIE GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG UND ANDERER HANDELSRECHTLICHER VORSCHRIFTEN.** (Vom 4. Juli 1980.)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel I

*Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.* — Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 41231, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 3 § 4 des Gesetzes vom 24. März 1976 (BGBl. I S. 725), wird wie folgt geändert:

1. § 1 erhält folgende Fassung:

«§ 1. Gesellschaften mit beschränkter Haftung können nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden.»

2. § 2 Abs. 1 Satz 1 erhält folgende Fassung:

«Der Gesellschaftsvertrag bedarf notarieller Form.»

3. § 5 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 wird das Wort “zweizigtausend” durch das Wort “fünfzigtausend” ersetzt.

b) Absatz 4 erhält folgende Fassung:

“(4) Sollen Sacheinlagen geleistet werden, so müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden. Die Gesellschafter haben in einem Sachgründungsbericht die für die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen wesentlichen Umstände darzulegen und

beim Übergang eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Jahresergebnisse der beiden letzten Geschäftsjahre anzugeben".»

4. § 6 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird folgender neuer Absatz 2 eingefügt:

«(2) Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Wer wegen einer Straftat nach den §§ 283 bis 283 d des Strafgesetzbuchs verurteilt worden ist, kann auf die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils nicht Geschäftsführer sein; in die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behöbliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Wem durch gerichtliches Urteil oder durch volziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges untersagt worden ist, kann für die Zeit, für welche das Verbot wirksam ist, bei einer Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt, nicht Geschäftsführer sein.»

b) Die bisherigen Absätze 2 und 3 werden Absätze 3 und 4.

5. § 7 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 erhält folgende Fassung:

«(2) Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn auf jed Stammeinlage, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel eingezahlt ist. Insgesamt muß auf das Stammkapital mindestens soviel eingezahlt sein, daß der Gesamtbetrag der eingezahlten Geldeinlagen zuzüglich des Gesamtbetrags der Stammeinlagen, für die Sacheinlagen zu leisten sind, fünfundzwanzigtausend Deutsche Mark erreicht. Wird die Gesellschaft nur durch eine Person errichtet, so darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn mindestens die nach den Sätzen 1 und 2 vorgeschriebenen Einzahlungen geleistet sind und der Gesellschafter für den übrigen Teil der Geldeinlage eine Sicherung bestellt hat.»

b) Nach Absatz 2 wird folgender neuer Absatz 3 angefügt:

«(3) Die Sacheinlagen sind vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister so an die Gesellschaft zu bewirken, daß sie endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen.»

6. § 8 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden nach der Nummer 3 die folgenden Nummern 4 und 5 eingefügt:

«4. Im Fall des § 5 Abs. 4 die Verträge, die den Festsetzungen zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen worden sind, und der Sachgründungsbericht,

5. Wenn Sacheinlagen vereinbart sind, Unterlagen darüber, daß der Wert der Sacheinlagen den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlagen erreicht.»

Die bisherige Nummer 4 wird Nummer 6.

b) Absatz 2 erhält folgende Fassung:

«(2) In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, daß die in § 7 Abs. 2 und 3 bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und daß der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Wird die Gesellschaft nur durch eine Person errichtet und die Geldeinlage nicht voll eingezahlt, so ist auch zu versichern, daß die nach § 7 Abs. 2 Satz 3 erforderliche Sicherung bestellt ist.»

c) Nach Absatz 2 wird folgender neuer Absatz 3 eingefügt:

«(3) In der Anmeldung haben die Geschäftsführer zu versichern, daß keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 entgegenstehen, und daß sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. Die Belehrung nach § 51 Abs. 2 des Gesetzes über das Zentralregister und das Erziehungsregister in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Juli 1976 (BGBl. I S. 2005) kann auch durch einen Notar vorgenommen werden.»

d) Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden Absätze 4 und 5.

7. § 9 erhält folgende Fassung:

«§ 9. (1) Erreicht der Wert einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage, hat der Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrags eine Einlage in Geld zu leisten.

(2) Der Anspruch der Gesellschaft verjährt in fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.»

8. Nach § 9 werden die folgenden §§ 9 a bis 9 c eingefügt:

«§ 9 a. (1) Werden zum Zweck der Errichtung der Gesellschaft falsche Angaben gemacht, so haben die Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft als Gesamtschuldner fehlende Einzahlungen zu leisten, eine Vergütung, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen und für den sonst entstehenden Schaden Ersatz zu leisten.

(2) Wird die Gesellschaft von Gesellschaftern durch Einlagen oder Gründungsaufwand vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit geschädigt, so sind ihr alle Gesellschafter als Gesamtschuldner zum Ersatz verpflichtet.

(3) Von diesen Verpflichtungen ist ein Gesellschafter oder ein Ges-

chäftsführer befreit, wenn er die die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mußte.

(4) Neben den Gesellschaftern sind in gleicher Weise Personen verantwortlich, für deren Rechnung die Gesellschafter Stammeinlagen übernommen haben. Sie können sich auf ihre eigene Unkenntnis nicht wegen solcher Umstände berufen, die ein für ihre Rechnung handelnder Gesellschafter kannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mußte.

§ 9 b. (1) Ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 9 a oder ein Vergleich der Gesellschaft über diese Ansprüche ist unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. Dies gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.

(2) Ersatzansprüche der Gesellschaft nach § 9 a verjähren in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder, wenn die zum Ersatz verpflichtende Handlung später begangen worden ist, mit der Vornahme der Handlung.

§ 9 c. Ist die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet und angemeldet, so hat das Gericht die Eintragung abzulehnen. Dies gilt auch, wenn Sacheinlagen überbewertet worden sind.»

9. In § 10 Abs. 3 Satz 1 werden nach der Angabe «§ 5 Abs. 4» die Worte «Satz 1» eingefügt.

10. In § 12 Abs. 2 Satz 2 werden nach der Angabe «§ 5 Abs. 4» die Worte «Satz 1» eingefügt.

11. § 19 erhält folgende Fassung:

«§ 19. (1) Die Einzahlungen auf die Stammeinlagen sind nach dem Verhältnis der Geldeingalen zu leisten.

(2) Von der Verpflichtung zur Leistung der Einlagen können die Gesellschafter nicht befreit werden. Gegen den Anspruch der Gesellschaft ist die Aufrechnung nicht zulässig. An dem Gegenstand einer Sacheinlage kann wegen Forderungen, welche sich nicht auf den Gegenstand beziehen, kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden.

(3) Durch eine Kapitalherabsetzung können die Gesellschafter von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen höchstens in Höhe des Betrags befreit werden, um den das Stammkapital herabgesetzt worden ist.

(4) Vereinigen sich innerhalb von drei Jahren nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister alle Geschäftsanteile *in der Hand eines Gesellschafters* oder daneben in der Hand der Gesellschaft, so hat der Gesellschafter innerhalb von drei Monaten seit der Vereinigung der

Geschäftsanteile alle Geldeinlagen voll einzuzahlen oder der Gesellschaft über die Zahlung der noch ausstehenden Beträgen eine Sicherung zu bestellen oder einen Teil der Geschäftsanteile an einen Dritten zu übertragen. Die Geschäftsführer haben die Vereinigung der Geschäftsanteile unverzüglich zum Handelsregister anzuzeigen.

(5) Eine Leistung auf die Stammeinlage, welche nicht in Geld besteht oder welche durch Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung bewirkt wird, befreit den Gesellschafter von seiner Verpflichtung nur, soweit sie in Ausführung einer nach § 5 Abs. 4 Satz 1 getroffenen Bestimmung erfolgt.»

12. Nach § 32 werden die folgenden §§ 32 a und 32 b eingefügt:

«§ 32 a. (1) Hat ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, statt dessen ein Darlehen gewährt, so kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehns im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft oder im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses nicht geltend machen. Ein Zwangsvergleich oder ein im Vergleichsverfahren geschlossener Vergleich wirkt für und gegen die Forderung des Gesellschafters.

(2) Hat ein Dritter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, statt dessen ein Darlehen gewährt und hat ihm ein Gesellschafter für die Rückgewähr des Darlehens eine Sicherung bestellt oder hat er sich dafür verbürgt, so kann der Dritte im Konkursverfahren oder im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherung oder des Bürgen ausgefallen ist.

(3) Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.

§ 32 b. Hat die Gesellschaft im Fall des § 32 a Abs. 2, 3 das Darlehen im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung zurückgezahlt, so hat der Gesellschafter, der die Sicherung bestellt hatte oder als Bürge haftete, der Gesellschaft den zurückgezahlten Betrag zu erstatten. Die Verpflichtung besteht nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftet oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherung im Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens entspricht. Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherung gedient hatten, der Gesellschaft zu ihrer Befriedigung zur Verfügung stellt. Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen.»

13. § 33 erhält folgende Fassung:

«§ 33. (1) Die Gesellschaft kann eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind, nicht erwerben oder als Pfand nehmen.

(2) Eigene Geschäftsanteile, auf welche die Einlagen vollständig geleistet sind, darf sie nur erwerben, sofern der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann. Als Pfand nehmen darf sie solche Geschäftsanteile nur, soweit der Gesamtbetrag der durch Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile gesicherten Forderungen oder, wenn der Wert der als Pfand genommenen Geschäftsanteile niedriger ist, dieser Betrag nicht höher ist als das über das Stammkapital hinaus vorhandene Vermögen. Ein Verstoß gegen die Sätze 1 und 2 macht den Erwerb oder die Inpfandnahme der Geschäftsanteile nicht unwirksam; jedoch ist das schuldrechtliche Geschäft über einen verbotswidrigen Erwerb oder eine verbotswidrige Inpfandnahme nichtig.»

14. § 35 erhält folgenden Absatz 4:

«(4) Befinden sich alle Geschäftsanteile der Gesellschaft *in der Hand eines Gesellschafters* oder daneben in der Hand der Gesellschaft und ist er zugleich deren alleiniger Geschäftsführer, so ist auf seine Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwenden.»

15. § 39 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 2 wird folgender neuer Absatz 3 eingefügt:

«(3) Die neuen Geschäftsführer haben in der Anmeldung zu versichern, daß keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 entgegenstehe und daß sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. § 8 Abs. 3 Satz 2 ist anzuwenden.»

b) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4.

16. In § 43 Abs.3 Satz 2 wird die Angabe «§ 9 Abs. 2» durch die Angabe «§ 9 Abs. 1» ersetzt.

17. Nach § 43 wird folgender § 43 a eingefügt:

«§ 43 a. Den Geschäftsführern, anderen gesetzlichen Vertretern, Prokuristen oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigten Handlungsbevollmächtigten darf Kredit nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gewährt werden. Ein entgegen Satz 1 gewährter Kredit ist ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen sofort zurückzugewähren.»

18. § 48 erhält folgenden Absatz 3:

«(3) Befinden sich alle Geschäftsanteile der Gesellschaft in der Hand eines Gesellschafters oder daneben in der Hand der Gesellschaft, so hat er unverzüglich nach der Beschlußfassung eine Niederschrift aufzunehmen und zu unterschreiben.»

19. Nach § 51 werden die folgenden §§ 51 a und 51 b eingefügt:

«§ 51 a. (1) Die Geschäftsführer haben jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten.

(2) Die Geschäftsführer dürfen die Auskunft und die Einsicht verweigern, wenn zu besorgen ist, daß der Gesellschafter sie zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zufügen wird. Die Verweigerung bedarf eines Beschlusses der Gesellschafter.

(3) Von diesen Vorschriften kann im Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen werden.

§ 15 b. Für die gerichtliche Entscheidung über das Auskunfts- und Einsichtsrecht findet § 132 Abs. 1, 3 bis 5 des Aktiengesetzes entsprechende Anwendung. Antragsberechtigt ist jeder Gesellschafter, dem die verlangte Auskunft nicht gegeben oder die verlangte Einsicht nicht gestattet worden ist.»

20. § 56 erhält folgende Fassung:

«§ 56. (1) Sollen Sacheinlagen geleistet werden, so müssen ihr Gegenstand und der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht, im Beschluß über die Erhöhung des Stammkapitals festgesetzt werden. Die Festsetzung ist in die in § 55 Abs. 1 bezeichnete Erklärung des Übernehmers aufzunehmen.

(2) Die §§ 9 und 19 Abs. 5 finden entsprechende Anwendung.»

21. Nach § 56 wird folgender § 56 a eingefügt:

«§ 56 a. Für die Leistungen der Einlagen auf das neue Stammkapital und die Bestellung einer Sicherung findet § 7 Abs. 2 Satz 1 und 3, Abs. 3 entsprechende Anwendung.»

22. § 57 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 erhält folgende Fassung:

«(2) In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, daß die Einlagen auf das neue Stammkapital nach § 7 Abs. 2 Satz 1 und 3, Abs. 3 bewirkt sind und daß der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der

freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Für die Anmeldung findet im übrigen § 8 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Anwendung.»

b) In Absatz 3 wird der Punkt hinter Nummer 2 durch ein Semikolon ersetzt und folgende Nummer 3 angefügt:

«3. Bei einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen die Verträge, die den Festsetzungen nach § 56 zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen worden sind.»

c) Absatz 4 erhält folgende Fassung:

«(4) Für die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer, welche die Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet haben, finden § 9 a Abs. 1 und 3, § 9 b entsprechende Anwendung.»

23. Nach § 57 werden die folgenden §§ 57 a und 57 b eingefügt:

«§ 57 a. Für die Ablehnung der Eintragung durch das Gericht findet § 9 c entsprechende Anwendung.

§ 57 b. In die Bekanntmachung der Eintragung der Kapitalerhöhung sind außer deren Inhalt die bei einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen vorgesehenen Festsetzungen aufzunehmen. Bei der Bekanntmachung dieser Festsetzungen genügt die Bezugnahme auf die beim Gericht eingereichten Urkunden.»

24. § 60 Abs. 1 Nr. 5 erhält folgende Fassung:

«5. Mit der Rechtskraft einer Verfügung des Registergerichts, durch welche nach den §§ 144 a, 144 b des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Mangel des Gesellschaftsvertrags oder die Nichteinhaltung der Verpflichtungen nach § 19 Abs. 4 Satz 1 dieses Gesetzes festgestellt worden ist.»

25. § 65 Abs. 1 Satz 2 erhält folgende Fassung:

«Dies gilt nicht in den Fällen des Konkursverfahrens und der gerichtlichen Feststellung eines Mangels des Gesellschaftsvertrags oder der Nichteinhaltung der Verpflichtungen nach § 19 Abs. 4 Satz 1.»

26. § 66 erhält folgenden Absatz 4:

«(4) Für die Auswahl der Liquidatoren findet § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 entsprechende Anwendung.»

27. § 67 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

«(3) In der Anmeldung haben die Liquidatoren zu versichern, daß keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 66 Abs. 4 entge-

genstehen, una daß sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. § 8 Abs. 3 Satz 2 ist anzuwenden.»

b) Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden Absätze 4 und 5.

28. § 78 erhält folgende Fassung:

«§ 78. Die in diesem Gesetz vorgesehenen Anmeldungen zum Handelsregister sind durch die Geschäftsführer oder die Liquidatoren, die in § 7 Abs. 1, § 57 Abs. 1, § 58 Abs. 1 Nr. 3 vorgesehenen Anmeldungen sind durch sämtliche Geschäftsführer zu bewirken.»

29. § 82 erhält folgende Fassung:

«§ 82. (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer.

1. Als Gesellschafter oder als Geschäftsführere zum Zweck der Eintragung der Gesellschaft über die Übernahme der Stammeinlagen, die Leistung der Einlagen, die Verwendung eingezahlter Beträge, über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sicherungen für nicht voll eingezahlte Geldeinlagen.

2. Als Gesellschafter im Sachgründungsbericht.

3. Als Geschäftsführer zum Zweck der Eintragung einer Erhöhung des Stammkapitals über die Zeichnung oder Einbringung des neuen Kapitals oder über Sacheinlagen oder.

4. Als Geschäftsführer in der nach § 8 Abs. 3 Satz 1 oder § 39 Abs. 3 Satz 1 abzugebenden Versicherung oder als Liquidator in der nach § 67 Abs. 3 Satz 1 abzugebenden Versicherung.

Falsche Angaben macht.

(2) Ebenso wird bestraft, wer:

1. Als Geschäftsführer zum Zweck der Herabsetzung des Stammkapitals über die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger eine unwahre Versicherung abgibt oder.

2. Als Geschäftsführer, Liquidator, Mitglied eines Aufsichtsrats oder ähnlichen Organs in einer öffentlichen Mitteilung die Vermögenslage der Gesellschaft unwahr darstellt oder verschleiert.»

30. § 84 erhält folgend Fassung:

«§ 84. (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer as:

1. Als Geschäftsführer unterläßt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzelgen, oder.

2. Als Geschäftsführer entgegen § 64 Abs. 1 oder als Liquidator entgegen § 71 Abs. 2 unterläßt, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschul-

dung die Eröffnung des Konkursverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen.

(2) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.»

31. Nach § 84 wird flgender § 85 angefügt:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ein Geheimnis der Gesellschaft, namentlich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer, Mitglied des Aufsichtsrats oder Liquidator bekanntgeworden ist, unbefugt offenbart.

(2) Handelt der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren odre Geldstrafe. Ebenso wird bestraft, wer ein Geheimnis der in Absatz 1 bezeichneten Art, namentlich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 bekanntgeworden ist, unbefugt verwertet.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag der Gesellschaft verfolgt. Hat ein Geschäftsführer oder ein Liquidator die Tat begangen, so sind der Aufsichtsrat und, wenn kein Aufsichtsrat vorhanden ist, vonden Gesellschaftern bestellte besondere Vertreter antragsberechtigt. Hat ein Mitglied des Aufsichtsrats die Tat begangen, so sind die Geschäftsführer oder die Liquidatoren antragsberechtigt.»

## **LEY PARA LA MODIFICACION DE LA LEGISLACION APLICABLE A LAS SOCIEDADES CON RESPONSABILIDAD LIMITADA Y OTRAS NORMAS DEL DERECHO MERCANTIL. (4 de junio de 1980.)**

El Congreso Federal ha promulgado la siguiente Ley:

Artículo 1. Modificación de la legislación aplicable a las sociedades con responsabilidad limitada.

La legislación aplicable a las sociedades con responsabilidad limitada, contenida y publicada en la parte 3.<sup>a</sup> del *Boletín Federal*, bajo el número 4123-1 y que ha sido últimamente modificada por el artículo 3, ap. 4 de la Ley de 24 de marzo de 1976 (*Boletín Oficial Federal* 15, 725), queda retocada como sigue:

§ 1. El parágrafo 1 queda redactado como sigue:

«1. Las sociedades con responsabilidad limitada pueden ser constituidas para el cumplimiento de cualquier objeto legalmente permitido

(lícito) por una o más personas, siempre dentro de los límites permitidos por esta Ley.»

2. El párrafo 2, párrafo 1.º, primera frase, queda redactado como sigue:

«El contrato de sociedad deberá formalizarse notarialmente.»

3. El párrafo 5.º se modifica en la forma siguiente:

a) En el párrafo primero se sustituye la palabra “20.000” por la de “50.000”.

b) El párrafo 4.º queda redactado como sigue:

“(4) En el caso de aportaciones no dinerarias habría que determinar en el contrato social tanto el objeto en que consistan como la valoración que se les haya dado. En tal caso, los socios deberán elaborar un informe de tales aportaciones en el que se contenga las previsiones de sus resultados de acuerdo con la situación actual y, en caso de traspaso o aportación en bloque de un negocio a la sociedad, aportar los resultados anuales de los dos últimos ejercicios comerciales”.)»

4. El párrafo 6 se modifica en la forma siguiente:

a) Después del párrafo 1.º se añade un párrafo 2.º nuevo:

“(2) Sólo podrá ser administrador de la sociedad aquella persona física que no tenga limitadas sus facultades comerciales. Quien haya sido procesado como consecuencia de uno de los hechos punibles sancionados en los párrafos 283 a 283d del Código Penal, no podrá ser administrador durante un plazo de cinco años desde la firmeza de la resolución judicial: en tal plazo no se computará el tiempo durante el cual el autor haya estado recluso en alguna institución por orden de la autoridad. Aquel que por resolución judicial o decisión ejecutiva de la autoridad administrativa haya sido impedido para el ejercicio de una profesión, negocio o empleo, tampoco podrá, durante el tiempo en que sea efectiva la prohibición, ser administrador de una sociedad, cuyo objeto social coincida total o parcialmente con aquel al que se refiera la prohibición.”

b) Los actuales párrafos 2 y 3 se convierten en párrafos 3 y 4.)»

5. El párrafo 7 se modifica en la forma siguiente:

a) El párrafo 2.º queda redactado como sigue:

“(2) La presentación sólo podrá tener lugar, cuando de cada aportación inicial haya sido desembolsada una cuarta parte, siempre y cuando no estén convenidas aportaciones no dinerarias. En total, el capital inicial tiene que estar desembolsado de forma que la suma total de las aportaciones dinerarias desembolsadas más la suma total de las aportaciones inicia-

les que haya que hacer en función de las aportaciones no dinerarias alcance la suma de 25.000 marcos alemanes. En caso de que la sociedad se constituya por una sola persona, la presentación sola podrá tener lugar cuando como mínimo se hayan realizado los desembolsos establecidos tras las frases 1 y 2 y el socio asegure o afiance la parte restante de la aportación dineraria.”

b) Después del párrafo segundo se añade un nuevo párrafo 3.º:

“(3) Antes de la presentación de la sociedad para su inscripción en el Registro Mercantil deberán afectarse de tal manera las aportaciones no dinerarias a la misma, que queden definitivamente a la libre disposición del administrador social”.»

6. El párrafo 8 queda modificado en la forma siguiente:

«a) En el párrafo 1.º y después del número 3 se introducen los siguientes números 4 y 5:

“4. En el caso del párrafo 5.º, párrafo 4.º, los contratos que sirvan de base a las determinaciones o que hayan sido cerrados para su desarrollo, así como el informe preciso en caso de aportaciones no dinerarias.

5. Cuando se hayan convenido aportaciones no dinerarias, aquellos fundamentos que justifiquen que su valor se corresponde con la suma correspondiente de la aportación inicial.”

El actual número 4 pasa a ser el número 6.

b) El párrafo 2.º queda redactado como sigue:

“(2) En el momento de la presentación habrá que ofrecer las garantías prestadas y que las mismas quedan afectas al cumplimiento de los fines prescritos en el párrafo 7, párrafos 2 y 3 para las aportaciones iniciales y que el objeto en que consisten se encuentra de forma definitiva a la libre disposición del administrador social. En caso de constitución unipersonal de la sociedad si la aportación dineraria no se ha desembolsado íntegramente, también habrá que garantizar que se ha encargado la fianza a que se refiere la frase 3.ª del párrafo 2.º del párrafo 7.º.”

c) Después del párrafo 2.º se introduce el siguiente párrafo 3.º:

“(3) En el momento de la presentación deberán garantizar los administradores que no existe ningún impedimento que afecte al ejercicio de sus cargos de acuerdo con el párrafo 6, párrafo 2.º, frases 2 y 3, así como que conocen el deber ilimitado de información que les incumbe frente a los Tribunales. La puesta en conocimiento (las advertencias), de acuerdo con el párrafo 5, párrafo 2.º, de la legislación sobre el Registro Central y el Registro en el Código de la Publicidad de 22 de julio de 1976 (*Boletín Federal* | S.2005) puede ser hecha también por un Notario.”

d) Los actuales párrafos 3 y 4 se convierten en los párrafos 4 y 5.»

7. El parágrafo 9.º queda redactado como sigue:

«§ 9. (1) En caso de que el valor de la aportación no dineraria, al tiempo de la presentación de la sociedad para su inscripción en el Registro Mercantil no alcance el valor de su correspondiente aportación inicial, el socio deberá abonar la diferencia mediante una aportación dineraria.

(2) La acción de la sociedad prescribe a los cinco años a contar desde su inscripción en el Registro Mercantil.»

8. Después del parágrafo 9 se incorporan los siguientes párrafos 9a a 9c:

«§ 9a. (1) Si se hubieren aportado datos falsos en la valoración para la constitución de la sociedad serán responsables solidarios por el defectuoso desembolso tanto los socios como los administradores de la sociedad, quienes vendrán obligados a desembolsar tal diferencia, así como a suplir los bienes y a indemnizar todos los daños que tal acción pudiere ocasionar.

(2) En caso de resultar dañada la sociedad como consecuencia de las actuaciones de los socios al tiempo de las aportaciones o del hecho de la constitución y sus gastos o por evidente negligencia, los socios responderán en forma solidaria de los daños causados.

(3) Quedan exentos de tales responsabilidades aquellos socios o administradores que desconocieran los hechos que motivaren tal deber de indemnización o que no tuvieran por qué conocerlos aplicando la diligencia normal en un ordenado comerciante.

(4) Junto a los socios serán igualmente responsables aquellas personas que hubieren dado lugar a las operaciones contables precisas para las aportaciones iniciales de los socios. Y no podrán liberarse de tal responsabilidad alegando desconocimiento o que tales circunstancias contables sean efectivamente conocidas por algún socio susceptible de ser conocidas, aplicando la diligencia debida de un ordenado comerciante.

§ 9b. (1) Serán nulas tanto la renuncia de la sociedad a toda acción de complemento de las aportaciones según el parágrafo 9a, así como cualquier convenio que celebre la misma en tal sentido, en tanto dicho complemento sea exigible para satisfacer a los acreedores de la sociedad. Se exceptúa el caso de que el obligado al cumplimiento sea insolvente y se haya convenido con sus propios acreedores para evitar o eliminar el procedimiento concurso.

(2) La acción de la sociedad para exigir el complemento de las aportaciones iniciales según el parágrafo 9a prescribirá por el transcurso de cinco años. El plazo empezará a contar desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, o caso de que se hubieren iniciado con posterior-

ridad a ella las acciones para el obligatorio complemento, el plazo comenzará desde dicho momento.

§ 9c. Si la sociedad no se ha constituido o presentado en el Registro Mercantil en la forma debida, se deberá denegar la inscripción. Esta también sucederá cuando las aportaciones en especie hubiesen sido sobrevaloradas.»

9. En el párrafo 10, párrafo 3, frase 1, se añadirán las palabras «frase 1» después de la referencia «párrafo 5, párrafo 4».

10. En el párrafo 12, párrafo 2, frase 2, se añadirán las palabras «frase 1» después de la referencia «párrafo 5, párrafo 4».

11. El párrafo 19 tendrá la siguiente redacción:

«(1) Los pagos a realizar sobre las aportaciones iniciales habrán de hacerse en la misma proporción que las aportaciones dinerarias.

(2) Los socios no podrán ser relevados de su deber relativo a cumplir las aportaciones. Contra la acción de la sociedad no cabe oposición contable. Sobre los bienes objeto de las aportaciones en especie no puede hacerse efectivo ningún derecho de retención cuando se ejerciten acciones que no se refieran directamente al mismo bien.

(3) Los socios podrán acudir, sin embargo, a reducir el capital social para liberarse del deber de realizar las aportaciones, liberación que, por otro lado, no podrá exceder de la cuantía en que se hubiera reducido el capital inicial.

(4) En caso de que en el plazo de tres años después de haberse inscrito la sociedad en el Registro Mercantil, pasaran todas las participaciones de capital social a poder de un solo socio o a poder de la propia sociedad, el socio tendrá un plazo de tres meses a partir de la concentración en una mano del capital social para completar íntegramente el pago de las aportaciones dinerarias, ofrecer a la sociedad una garantía suficiente para el pago de las cantidades pendientes o traspasar una parte de las participaciones sociales a un tercero. Los administradores sociales tendrán que advertir inexcusablemente al Registro Mercantil de la concentración del capital social en una misma mano.

(5) El complemento de la aportación inicial, cuando no haya consistido en dinero o se haya hecho efectivo mediante la contratación contable del afianzamiento de su abono mediante el traspaso de los bienes patrimoniales, no liberará al socio de su responsabilidad, sino cuando se hubiera acordado en ejecución de lo dispuesto en el párrafo 5, párrafo 4, frase 1.»

12. Después del párrafo 32 se añadirán los párrafos 32a y 32b siguientes:

«§ 32a. (1) En caso de que un socio hubiera concedido un préstamo a la sociedad en el mismo momento en que los socios hubieran aportado capital propio como ordenados comerciantes, el mismo no podrá hacer efectiva su acción para la realización de su crédito en ningún procedimiento concursal contra el patrimonio social o en convenios tendentes a evitar la quiebra. Un arreglo forzoso o un convenio cerrado en el procedimiento de convenio producirá sus efectos a favor y en contra de las reclamaciones del socio.

(2) En caso de que un tercero hubiera concedido un préstamo a la sociedad en el mismo momento en que los socios hubieran aportado capital propio como ordenados comerciantes y uno de los socios le hubiera ofrecido garantía para su recuperación o la hubiera garantizado él mismo, dicho tercero sólo podrá exigir en un procedimiento concursal sobre el patrimonio social o un procedimiento de convenio para evitar la quiebra que se le satisfaga en aquella medida en que se haya visto excluido del mismo procedimiento como consecuencia de la garantía o fianza prestada.

(3) Estas normas serán igualmente de aplicación (anológica) a otras acciones legales de un socio o de un tercero, siempre que tengan relación económica con la concesión de préstamos a que se refieren los párrafos 1 y 2 anteriores.

§ 32b. Si en los casos del párrafo 32a, párrafo 2 y 3, la sociedad hubiera devuelto el préstamo al tercero durante el último año anterior al inicio del procedimiento concursal, el socio que lo hubiera garantizado o salido fiador deberá devolver a la sociedad el total abonado. Tal deber alcanzará tan sólo a aquella suma por la que el socio hubiera salido fiador o se corresponda con el valor de la garantía por él ofrecida en el momento de la devolución del préstamo. El socio quedará liberado de tal deber cuando ponga a disposición de la sociedad y para su liberación aquellos bienes sobre los que se hubieran constituido la garantía del acreedor. Estas normas se aplicarán igualmente (por analogía) a aquellas otras acciones legales que tengan relación económica con la concesión de préstamos.»

13. El párrafo 33 queda redactado como sigue:

§ 33. (1) La sociedad no puede adquirir ni tomar en prenda aquellas participaciones sociales que se correspondan con aportaciones que no hayan sido íntegramente cumplidas.

(2) Sólo podrán adquirirse participaciones sociales propias (por la propia sociedad), si las aportaciones están íntegramente satisfechas y la adquisición se verifica con cargo al patrimonio social resultante superior a la suma del capital social. Y sólo se podrá tomar en prenda participaciones, siempre que su valor total asegure las reclamaciones o, en caso de que

sea inferior el valor de las participaciones tomadas en prenda, dicha suma no exceda del patrimonio social resultante superior a la suma del capital social. Los actos realizados en contra de lo dispuesto en las frase 1 y 2 no hará ineficaz la adquisición o la toma de las acciones en prenda; sin embargo, serán nulas todas las operaciones realizadas sobre la base de la adquisición o toma en prenda de las acciones, cuando éstas se hubieran hecho contraviniendo las prohibiciones legales.»

14. El párrafo 35 contendrá el siguiente párrafo 4:

«(4) En caso de que todas las participaciones sociales se encuentren concentradas en poder de un solo socio o en poder de la sociedad y al mismo tiempo es dicho socio ser único administrador, se aplicará a las relaciones jurídicas del mismo con la sociedad el párrafo 181 del Código Civil.»

15. El párrafo 39 se modificará en la forma siguiente:

«a) Después del párrafo 2 se añadirá el siguiente párrafo 3:

“(3) Al tiempo de hacer la presentación, los nuevos administradores sociales tendrán que asegurar que no existe ningún impedimento para llevar a cabo su encargo, de acuerdo con el párrafo 6, párrafo 2, frases 2 y 3, y que han sido suficientemente informados de su ilimitado deber de información para con la justicia. Será de aplicación el párrafo 8, párrafo 3, frase.”

b) El actual párrafo 3 se convierte en párrafo 4.»

16. En el párrafo 43, párrafo 3, frase 2, se sustituye la referencia «párrafo 9, párrafo 2», por «párrafo 9b, párrafo 1».

17. Después del párrafo 43 se añade el siguiente párrafo 43a:

«§ 43a. No se pondrán dar crédito conceder préstamos con cargo al patrimonio social destinado al mantenimiento del capital inicial a los administradores sociales, demás representantes legales, procuradores y, en general, a aquellas personas con poderes suficientes para actuar en nombre de la sociedad. Cualquier crédito otorgado en contra de lo dispuesto en la frase 1 anterior deberá ser devuelto inmediatamente en cuanto exista algún acuerdo convenio que lo exija.»

18. El párrafo 48 contendrá el siguiente párrafo 3:

«(3) En caso de que todas las participaciones sociales se concentren en poder de uno solo de los socios o de la sociedad, dicho socio tendrá que aceptar y firmar el documento que recoja los acuerdos inmediatamente después de tomarse.»

19. Después del párrafo 51 se añaden los siguientes párrafos 51a y 51b:

«§ 51a. (1) Los administradores sociales están obligados a dar información a los socios tan pronto lo soliciten sobre la situación de los asuntos sociales y permitir el acceso a sus libros y escritos.

(2) Sin embargo, los administradores también podrán denegar dicha información o acceso a los libros si el socio pudiera utilizarlos para fines ajenos a la sociedad y mediante dicha denegación no se produce ningún perjuicio irreparable a la sociedad o a los negocios relacionados con ella. Tal denegación necesitará el acuerdo de los socios.

(3) El control social no podrá disponer nada en contra de dichas disposiciones.

§ 51b. En cuanto a los aspectos procesales y judiciales sobre el derecho a la información y al acceso a los libros de los socios, habrá que estar a lo que dispone el párrafo 132, párrafos 3 hasta el 5 de la Ley sobre Acciones. La acción podrá ejercitarla cualquier socio quien se le haya negado información o no se le haya permitido el acceso a los libros sociales.»

20. El párrafo 56 queda redactado como sigue:

«§ 56. (1) En caso de que haya que aportar bienes en especie, habrá que especificar en el acuerdo de ampliación del capital de partida tanto el objeto en que consista tal aportación, como valor. Esta especificación habrá que hacerla constar en la declaración que debe hacerse de acuerdo con el párrafo 55, párrafo 1.

(2) La aplicación práctica se encuentra también regulada en los párrafos 9 y 19, párrafo 5.»

21. Después del párrafo 56 se añade el siguiente párrafo 56a:

«§ 56a. La aplicación práctica al cumplimiento de las nuevas aportaciones al capital de partida y al aseguramiento de las mismas, en su caso, se encuentra regulado en el párrafo 7, párrafo 2, frases 1 y 3 y párrafo 3.»

22. El párrafo 57 queda redactado como sigue:

«a) El párrafo 2 tendrá la siguiente redacción:

“(2) Al tiempo de la presentación habrá que garantizar que las nuevas aportaciones al capital, hechas de acuerdo con el párrafo 7, párrafo 2, frases 1 y 3, párrafo 3, ha tenido plena eficacia y que la sociedad tiene ya la libre disposición de los bienes en que consisten. La aplicación práctica relativa a la presentación se encuentra regulada en cuanto a lo demás en el párrafo 8, párrafo 2, frase 2.”

b) En el párrafo 3, el punto que hay después del número 2 se sustituye por un punto y coma y se le añade el siguiente número 3:

“3. En caso de ampliación de capital con aportaciones en especie, los contratos que contengan las determinaciones a que se refiere el párrafo 56 o que se hayan celebrado para llevarlos a cabo.”

c) El párrafo 4 contendrá la siguiente redacción:

“(4) En cuanto a la responsabilidad de los administradores sociales que hubieren presentado la ampliación de capital para inscribirla en el Registro Mercantil se estará a lo dispuesto en el párrafo 9a, párrafos 1 y 3 y párrafo 9b.”

23. Después del párrafo 57 se añaden los nuevos párrafos 57a y 57b:

«§ 57a. A la denegación de la inscripción por el Juzgado se refiere el párrafo 9c.

§ 57b. En la publicación de la inscripción del aumento de capital deberán reflejarse, además de su contenido, las determinaciones a que se hubiere llegado, caso de estar previstas aportaciones en especie para la ampliación. En la publicación de dichas determinaciones bastará con hacer constar la recepción (compra, suscripción) de los documentos (títulos) aportados al Juzgado.»

24. El párrafo 6, párrafo 1, número 5, queda redactado como sigue:

«5. Con la fuerza legal de un decreto del Registro, a través del cual y de acuerdo con los párrafos 144a y 144b de la Ley sobre la problemática de la libre inscribibilidad, se señala cualquier defecto del contrato social o la no inclusión en el mismo de los deberes a que se refiere el párrafo 19, párrafo 4, frase 1 de esta Ley.»

25. El párrafo 65, párrafo 1, frase 2 queda redactado como sigue:

«Esto no tendrá lugar en los casos de llegarse a un procedimiento concursal o de fijarse judicialmente cualquier defecto en el contrato social o la no inclusión en el mismo de los deberes a que se refiere el párrafo 19, párrafo 4, frase 1.»

26. El párrafo 66 contendrá el siguiente párrafo 4:

«4) En cuanto a la elección de los liquidadores habrá que estar al párrafo 6, párrafo 2, frases 2 y 3.»

27. El párrafo 67 queda modificado como sigue:

«a) Después del párrafo 2, se añade el siguiente párrafo 3:

“(3) Al tiempo de la presentación, los liquidadores deberán asegurar que no existen obstáculos para llevar a cabo su encargo de acuerdo con el párrafo 66, párrafo 4, y que conocen de su deber ilimitado de informe a las Tribunales. Será de aplicación el párrafo 8, párrafo 3, frase 2.”

b) Los acuerdos párrafos 3 y 4 pasan a ser los párrafos 4 y 5.»

28. El párrafo 78 queda redactado como sigue:

«§ 78. Las presentaciones en el Registro Mercantil previstas en esta Ley deberán ser llevadas a cabo por los administradores sociales o por los liquidadores, los previstos en el párrafo 7, párrafo 1, párrafo 1; párrafo 58, párrafo 1, número 3, la llevarán a cabo todos los administradores sociales.»

29. El párrafo 82 queda redactado como sigue:

«§ 82. (1) Será castigado con pena de privación de libertad hasta tres años o con sanción dineraria.

1) Aquel que como socio o administrador social y para conseguir la inscripción de la sociedad aporte datos falsos sobre la toma de posesión de las aportaciones iniciales, el cumplimiento de las mismas, la aplicación de las cantidades abonadas, privilegios especiales, gastos de constitución, aportaciones en especie o garantías prestadas para las aportaciones dinerarias no íntegramente cumplidas.

2) Aquel que como socio aporte datos falsos en el informe fundacional.

3) Aquel que como administrador social y para conseguir la inscripción del aumento del capital social aporte datos falsos sobre la suscripción o aportación del nuevo capital o de las aportaciones no dinerarias; o

4) Aquel que como administrador social aporte datos falsos acerca de las garantías que de en prestarse, según el párrafo 8, párrafo 3, frase 1, o párrafo 39, párrafo 3, frase 1, o lo haga como liquidador en función de la que deben prestarse según el párrafo 67, párrafo 3, frase 1.

(2) Con la misma pena será sancionado:

1. Quien como administrador de la sociedad y, con objeto de reducir el capital preste una garantía irreal para la satisfacción (pago) o aseguramiento de los acreedores; o

2. Quien como administrador social, liquidador, miembro del Consejo de Administración u órgano similar falsee u oculte la verdadera situación patrimonial de la sociedad con ocasión de cualquier comunicación pública.»

30. El párrafo 84 contendrá la siguiente redacción:

§ 84. (1) Será sancionado con pena de privación de libertad hasta tres años o con sanción pecuniaria, quien

1. Como administrador social deje de indicar a los socios cualquier pérdida que alcance a la mitad del capital social; o

2. Como administrador social, en contra de lo dispuesto en el párrafo 64, párrafo 1, o como liquidadores en contra de lo dispuesto en el párrafo 71, párrafo 2, deje de proponer la apertura del procedimiento concursal o cualquier convenio tendente a evitarlo, en caso de insolvencia o sobreendeudamiento social.

(2) en caso de mera negligencia del autor, la pena será de privación de libertad hasta un año o pecuniaria.»

31. Después del párrafo 84 se añade el siguiente párrafo 85:

«§ 85. (1) Será sancionado con pena de privación de libertad hasta un año o con pena pecuniaria aquel que sin permiso saque a la luz cualquier secreto social, relativo a las operaciones en marcha o el objeto social, y del que hubiera llegado a tener conocimiento por razón de su condición de administrador social, miembro del Consejo de Administración o liquidador.

(2) En caso de que el autor hubiera obrado por recompensa o con el objeto de enriquecerse él mismo o a otra persona o de perjudicar a un tercero, la pena será de privación de libertad hasta dos años o dineraria. Con la misma pena se sancionará a aquel que se aproveche sin permiso de alguno de los secretos de que se hace mención en el párrafo 1. Relativo al objeto o negocios sociales y del que tenga conocimiento bajo las condiciones a que se refiere el mismo párrafo 1.

(3) El hecho sólo será perseguido a instancias de la sociedad. En caso de que el hecho lo hubiera realizado un administrador social o un liquidador, podrá ejercitarse la acción por el Consejo de Administración, y en defecto del mismo, por aquellos representantes que especialmente designen los socios. Y, en su caso, de que el hecho lo hubiera llevado a cabo un miembro del Consejo de Administración, la acción corresponderá a los administradores sociales o liquidadores.»

**LA EMPRESA-PERSONA JURIDICA; LA PROPUESTA ESPAÑOLA (Proposición de ley presentada por el Grupo Popular, II Legislatura febrero 1985). EL CODIGO DE COMERCIO DE COSTA RICA**

La solución propuesta pretende salvar todos los inconvenientes dogmáticos de otros modelos. Parece que la manera tradicional de admitir un patrimonio separado y no destruir el principio de unidad del patrimonio personal es reconocer la admisión de una nueva persona jurídica. Entonces se propone atribuir por ley la personalidad a las empresas unipersonales, y para evitar romper con la dogmática tradicional huir de la fórmula societaria que se entiende entonces necesariamente pluripersonal. En realidad se emplea un simple artilugio lingüístico, además de afiliarse a concepciones ya caducas de la empresa, que entre otras cosas no explican cómo puede ser simultáneamente sujeto (titular de un patrimonio separado) y objeto de derechos (esto último por la constitución de usufructo, arrendamiento...). Una buena de la prueba de la similitud societaria es la propuesta española que sigue fielmente el esquema institucional de las limitadas, añadiendo eso sí la regulación de la cesión de empresas (cesión que sin embargo no deja de plantearnos algunos problemas, v. gr., cuál es el efecto de la cesión global *inter vivos* de la empresa, o dicho de otra forma si existe sucesión universal por entrada del cesionario, en cuyo caso deberían protegerse los derechos de acreedores...). El Código de Costa Rica es un ejemplo de las primeras experiencias en materia de responsabilidad limitada, ejemplo que ha sido seguido por otras legislaciones hispanoamericanas.

**PROPOSICION DE LEY**

**Sobre Régimen Jurídico de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL)**

**TEXTO DE LA PROPOSICION**

**PRESIDENCIA DEL SENADO**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 108.2 del Reglamento del Senado, se ordena la publicación en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular, sobre Régimen Jurídico de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL).

Transcurrido el plazo de diez días previsto en el artículo 151.3 del Reglamento del Senado, sin que el Gobierno haya manifestado su disconformidad con la tramitación de dicha Proposición de Ley, procede abrir el plazo para la presentación de otras proposiciones de Ley sobre el mismo objeto o materia, que finalizará el próximo día 13 de febrero, miércoles.

Lo que se publica para general conocimiento.

Palacio del Senado, 1 de febrero de 1985.—El Presidente del Senado, *José Federico de Carvajal Pérez*.—El Secretario primero del Senado, *José Luis Rodríguez Pardo*.

Al Presidente del Senado.

El Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo previsto en el artículo 108 del Reglamento de la Cámara, tiene el honor de presentar la siguiente proposición de Ley, sobre Régimen Jurídico de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL).

Exposición de motivos.

Siendo la pequeña y mediana empresa, y dentro de ella la empresa individual (un solo propietario), la base de la economía de un país, es necesario dotar a la misma de un régimen jurídico que permita limitar la responsabilidad del titular de la misma, a los bienes afectados a la empresa, salvaguardando su patrimonio particular del patrimonio empresarial, sin perjuicio de defender a su vez los intereses de los terceros que con la empresa se relacionan.

La Ley que se articula tiene como objetivo el garantizar al titular de una empresa individual, la seguridad jurídica y los medios de su dinamismo económico que el empresario individual tiene derecho de disponer.

En la actualidad, todo empresario individual que desee limitar su responsabilidad a los bienes afectos a su actividad, se ve obligado a recurrir a una fórmula societaria, creando de hecho una sociedad unipersonal.

Con la presente Ley se pretende en definitiva colocar a la empresa individual en las mismas condiciones que las empresas societarias, las cuales, casi en su totalidad, limitan su responsabilidad a las cantidades aportadas por los socios.

Al igual que en el caso de las Sociedades Limitadas, o en las Anónimas, se pretende garantizar los intereses de terceros que con la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, se relacionan, y en este sentido la Ley establece una serie de requisitos y condiciones tendentes a cumplir este objetivo, como son los requisitos de inscripción en el Registro Mercantil, Contabilidad ajustada a las disposiciones vigentes, etc.

Otro aspecto importante es el hecho de que las actividades profesionales quedan equiparadas a las empresariales, y en este sentido, las Empresas

Individuales de Responsabilidad Limitada, pueden referirse tanto a actividades empresariales, como a actividades profesionales.

En el desarrollo de la Ley, se ha mantenido la estructura de la Ley que regula las Sociedades Limitadas, y de hecho el presente texto legal es una adaptación de aquel, a las características propias de una empresa individual.

## CAPITULO PRIMERO

### Disposiciones generales

#### Artículo 1.º

Se denomina Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, a aquella persona jurídica que realice actividades empresariales, de la que sea titular un solo individuo y que limite su responsabilidad hasta la cuantía de los bienes aportados a la empresa, en los términos y condiciones contenidos en la presente Ley.

A los efectos de esta Ley se entenderán equiparadas a la actividad empresarial, las actividades profesionales.

#### Artículo 2.º

La empresa girará bajo el nombre y los apellidos del titular de la misma o bajo cualquier otra denominación, a la que deberá añadirse, en todo caso, la indicación de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

No se podrá adoptar una denominación idéntica a la otra empresa ya existente.

#### Artículo 3.º

El capital empresarial estará integrado por las aportaciones que el empresario efectúe a la empresa en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley.

La responsabilidad, frente a terceros, del titular de la empresa a que se refiere la presente Ley, estará limitada al capital empresarial aportado a la misma, sin que tenga que responder personalmente a las deudas de la misma.

#### Artículo 4.º

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada de nacionalidad española tendrá su domicilio dentro del territorio español y en el lugar

donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto.

## CAPITULO SEGUNDO

### **Fundación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada**

#### Artículo 5.º

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada se creará mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, y desde ese momento tendrá personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.

#### Artículo 6.º

La escritura de constitución deberá ser otorgada por el titular de la actividad, por sí o por medio de apoderado. En la escritura se expresará:

- 1.º El nombre, apellidos, estado, nacionalidad y domicilio del titular de la actividad empresarial.
- 2.º El objeto de la empresa.
- 3.º La duración de la empresa.
- 4.º El domicilio de la empresa y los lugares en que vaya a establecer sus sucursales, agencias o delegaciones.
- 5.º El capital empresarial.
- 6.º El metálico, los bienes o derechos y obligaciones que el empresario individual aporta a la empresa y queden afectados a la misma.
- 7.º La designación de la persona o personas que hayan de ejercer la administración y la representación de la empresa; en el caso en que se ejerza directa y exclusivamente por el empresario, se hará constar tal extremo.

#### Artículo 7.º

Las aportaciones dinerarias deberán realizarse en moneda nacional. Si la aportación fuera en moneda extranjera, se determinará la equivalencia en moneda nacional, con arreglo a la Ley.

Si la aportación consistiera en bienes o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de las cosas objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa y se aplicarán las reglas del Código

de Comercio sobre este mismo contrato en punto a transmisión de riesgos.

Si las aportaciones consistieran en un derecho de crédito, el aportante responderá a la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.

Si se aportase una empresa o establecimiento mercantil o industrial, se aplicará a la transmisión el artículo 1.532 del Código Civil.

#### Artículo 8.º

En caso de aportaciones no dinerarias, el empresario individual responderá frente a terceros, de la realidad de las aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura.

### CAPITULO TERCERO

#### **Organos de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada**

#### Artículo 9.º

La administración de la empresa podrá realizarla el empresario por sí mismo o podrá encomendarla a una o más personas, quienes la representarán en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma, obligándola con sus actos y contratos.

Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, sin perjuicio de los apoderamientos que se puedan conferir a cualquier persona, cuyas facultades se medirán por la escritura de poder.

El nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación, y deberá ser presentado, para su inscripción, en el Registro Mercantil, dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar los nombres, apellidos, edad, domicilio y nacionalidad.

Los administradores podrán ser separados de su cargo, por decisión del empresario.

Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia ni ajena, al mismo género de comercio que constituye el objeto de la Sociedad.

#### Artículo 10

Los administradores responderán frente a la empresa de los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la Ley.

También responderán los administradores, en los mismos supuestos,

frente al empresario y frente a los acreedores sociales, cuando hubiesen lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos.

En uno y otro caso, la responsabilidad sólo recaerá sobre los administradores causantes por acción u omisión, del daño o perjuicio. Si la responsabilidad se extendiere a dos o más administradores, éstos responderán solidariamente.

#### Artículo 11

La voluntad del titular de la empresa regirá la vida de la misma.

### CAPITULO CUARTO

#### **Modificación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Aumento y reducción del capital empresarial**

#### Artículo 12

El capital aportado podrá aumentarse al fin de cada ejercicio económico por la capitalización de resultados positivos, y en cualquier otro momento por aportaciones adicionales que efectúe el empresario mediante afectación a la empresa de otros bienes y derechos propiedad del mismo.

Todo aumento del capital empresarial deberá ser elevado a escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil.

#### Artículo 13

El capital empresarial podrá reducirse por aplicación al mismo de resultados negativos, o por desafectación de bienes y derechos de la empresa individual, pasando los mismos a propiedad del titular de la misma.

Toda reducción de capital empresarial deberá ser elevada a escritura pública, e inscribirse en el Registro Mercantil.

#### Artículo 14

Ninguna reducción del capital que implique restitución de sus aportaciones al titular de la empresa individual podrá llevarse a efecto sin que transcurra un plazo de tres meses a contar de la fecha en que se haya notificado a los acreedores. Esta notificación se hará personalmente, y si ello no fuera posible por desconocerse el domicilio de los acreedores, por medio de edictos que habrán de publicarse en el «Boletín Oficial del

Estado» y en un diario de los de mayor circulación de la localidad en la que radique el domicilio de la empresa.

Durante ese plazo, los acreedores ordinarios podrán oponerse a la ejecución de la reducción, si sus créditos no son satisfechos o la empresa no presta garantía. Será nula toda restitución que se realice antes de transcurrir el plazo de tres meses o a pesar de la oposición entablada, en tiempo y forma, por cualquier acreedor.

#### Artículo 15

Todo cambio de administradores, objeto social, domicilio, duración de la empresa, etc., deberá constar en escritura pública, la cual deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

### CAPITULO QUINTO

#### **Régimen de cambio de la titularidad de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada**

#### Artículo 16

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada podrá ser transmitida por su titular a una o varias personas en el precio y condiciones que libremente acuerden.

En el caso de transmisión a una sola persona, la empresa seguirá girando bajo el mismo nombre y se seguirá rigiendo por la presente Ley.

En el caso de que la transmisión se realice a dos o más personas, éstas se constituirán de forma automática en Sociedad Limitada, y en caso de que el capital sea superior a cincuenta millones de pesetas, deberán constituirse en Sociedad Anónima, rigiéndose a partir de ese momento por las disposiciones a ellas aplicables.

#### Artículo 17

En el caso de transmisión por herencia, si la empresa se adjudica a un único heredero, conservará su carácter de empresa individual y se regirá por la presente Ley; en el caso de que se adjudique a varios herederos, se transformará en Sociedad Limitada o Sociedad Anónima, en los mismos términos y condiciones del artículo anterior.

#### Artículo 18

En el caso de usufructo sobre la empresa individual, la cualidad de titular reside en el nudo propietario. Pero el usufructuario tendrá derecho

a participar en las ganancias obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo.

#### Artículo 19

La transmisión de la titularidad de la empresa individual deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. Asimismo, el cambio de titular deberá comunicarse a los administradores de la empresa, por escrito, en el caso de que estos sean personas distintas del titular transmitente.

#### Artículo 20

En el acto de otorgamiento de la escritura de transmisión de la titularidad, se nombrarán nuevos administradores o se ratificarán a los asistentes, salvo en el supuesto de que el nuevo titular se encargue de forma exclusiva de la administración de la empresa, en cuyo caso se entiende nombrado automáticamente y cesados en sus funciones, también de forma automática, a los anteriores administradores, si los hubiere.

#### Artículo 21

En el caso de que la transmisión se efectúe a dos o más personas, éstas suscribirán en el mismo acto y de forma simultánea, los estatutos sociales de la Sociedad Limitada o la Sociedad Anónima en que se ha transformado la empresa individual. El incumplimiento del requisito de simultaneidad convertirá en nula la transmisión de la titularidad.

### CAPITULO SEXTO

#### **De la contabilidad del balance y de la distribución de beneficios**

#### Artículo 22

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada llevará su contabilidad ajustada al Código de Comercio y demás disposiciones legales concordantes.

La contabilidad, el balance, la valoración de las partidas del mismo, etc., se ajustarán al Plan General de Contabilidad aprobado según Decreto 530/1973, de 22 de febrero, o a sus adaptaciones sectoriales.

**Artículo 23**

El titular de la empresa individual, o en su caso los administradores de la misma, están obligados a formar, en el plazo máximo de tres meses, contados a partir del cierre del ejercicio social, el balance con la cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de distribución de beneficios. A falta de disposición en la escritura de constitución, se entenderá que el ejercicio termina el 31 de diciembre de cada año.

La contabilidad cerrada en cada ejercicio reflejará con claridad y exactitud la situación patrimonial de la sociedad y los beneficios obtenidos durante el ejercicio o las pérdidas sufridas. El balance y la cuenta de pérdidas y ganancias se redactarán de modo que con su lectura pueda obtenerse una representación exacta de la situación económica de la empresa en el curso de sus negocios.

**Artículo 24**

En el caso de que los administradores sean personas distintas al titular de la empresa, éste deberá examinar las cuentas y el balance de cada ejercicio, las cuales deberá aprobar.

**Artículo 25**

El titular de la empresa individual, tendrá derecho a los beneficios obtenidos en cada ejercicio empresarial. En el caso de existencia de pérdidas de ejercicios anteriores, se destinarán como mínimo, para su eliminación, el 50 por 100 de los beneficios líquidos del ejercicio, una vez efectuada la correspondiente previsión para el pago de los impuestos sobre beneficios que puedan afectar a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

**CAPITULO SEPTIMO****Disolución y liquidación****Artículo 26**

Las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada se disolverán totalmente:

- 1.º Por cumplimiento del término fijado en la escritura de constitución.
- 2.º Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin empresarial.

3.º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital, a no ser que éste se reintegre o se reduzca.

4.º Por la fusión o transformación de la empresa con o en otras empresas o sociedades.

5.º Por cualquier otra causa establecida en la escritura de constitución.

La quiebra de la empresa determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare.

#### Artículo 27

Una vez disuelta la empresa, se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o transformación o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo.

#### Artículo 28

El liquidador de la empresa será el propio titular de la misma, salvo en el caso de que se trate de disolución por quiebra, en cuyo caso será competencia del Juez el nombramiento del liquidador o liquidadores.

#### Artículo 29

Es función del liquidador o liquidadores de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada:

1.º Suscribir el inventario y balance de la empresa al tiempo de comenzar sus funciones con referencia al día en que se inicie la liquidación.

2.º Llevar y custodiar los libros y correspondencia de la empresa y velar por la integridad de su patrimonio.

3.º Realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la empresa.

4.º Enajenar los bienes de la empresa.

5.º Percibir los créditos existentes al tiempo de iniciarse la liquidación.

6.º Concertar transacciones y compromisos cuando así convenga a los intereses de la empresa.

7.º Pagar a los acreedores.

8.º Ostentar la representación de la empresa para el cumplimiento de los indicados fines.

## Artículo 30

Una vez practicada la liquidación, el patrimonio neto resultante se entregará al titular de la empresa.

## Artículo 31

La disolución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, se otorgará en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil.

## DISPOSICION ADICIONAL

Las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada quedarán sujetas al mismo Régimen Tributario que afecta a las Sociedades Limitadas, tanto en lo que se refiere a tributos indirectos como directos, pudiendo en el caso de estos últimos acogerse al régimen de Transparencia Fiscal.

## DISPOSICIONES FINALES

## Primera

En lo no previsto en esta Ley, serán de aplicación las normas contenidas en el Código de Comercio y demás disposiciones concordantes, relativas al comerciante o al empresario individual.

## Segunda

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de esta Ley, y autorizado el Gobierno para dictar las que se estimen precisas para su desarrollo.

Madrid, 23 de noviembre de 1984.—El Portavoz, *Juan de Arespacochaga y Felipe*.

**PROPOSICION DE LEY****Sobre Régimen Jurídico de las Empresas Individuales  
de Responsabilidad Limitada (EIRL)****TOMA EN CONSIDERACION****PRESIDENCIA DEL SENADO**

El Pleno del Senado, en su sesión del día 26 de marzo de 1985, acordó no tomar en consideración la proposición de Ley sobre régimen jurídico de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL), presentada por el Grupo Parlamentario Popular, que fue publicada en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Senado, Serie II, número 223 (a), de fecha 1 de febrero de 1985.

Lo que se publica para general conocimiento.

Palacio del Senado, 28 de marzo de 1985.—El Presidente del Senado, *José Federico de Carvajal Pérez*.—El Secretario primero del Senado, *José Luis Rodríguez Pardo*.

**CODIGO DE COMERCIO DE COSTA RICA****CAPITULO II****De la Empresa Individual  
de Responsabilidad Limitada**

Artículo 9.—La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una entidad que tiene su propia autonomía como persona jurídica, independiente y separada de la persona física a quien pertenezca. Las personas jurídicas no podrán constituir ni adquirir empresas de esta índole.

Para efectos del impuesto sobre la renta, el propietario de empresas individuales incluirá en su declaración personal el imponible proveniente de cada una de ellas.

Artículo 10.—La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada se constituirá mediante escritura pública que consignará:

a) El nombre de la empresa al cual deberá anteponerse o agregarse la expresión «Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», o las iniciales «E.I.R.L.». Queda prohibido usar como distintivo el nombre o parte del nombre de una persona física;

- b) El domicilio de la empresa, indicando si queda autorizada para abrir agencias o sucursales, dentro o fuera del país;
- c) El capital con que se funda, al cual se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones de los artículos 18 inciso 9), y 32 de este Código;
- d) El objeto a que se dedicará la empresa. No podrá ésta dedicarse a otra actividad que la consignada en la escritura;
- e) La duración de la empresa, con indicación de la fecha en que ha de iniciar operaciones. Si se omite este dato, se entenderá, para todos los efectos, que inicia sus operaciones en el momento en que se inscribe en el Registro Público, y
- f) El nombramiento del Gerente, que puede serlo por todo el tiempo de duración de la empresa o por períodos que en la escritura se indicarán.

El Gerente puede ser o no el dueño de la empresa; tendrá facultades de Apoderado generalísimo y no podrá sustituir su mandato, salvo que lo autorice la escritura; sin embargo, podrá conferir poderes judiciales.

Artículo 11.—Sólo cuando se hayan practicado el inventario y el balance anuales, y éstos arrojen ganancias realizadas y líquidas, podrá el propietario retirar utilidades.

Artículo 12.—Únicamente el patrimonio de la empresa responderá por las obligaciones de ésta, sin que al propietario le alcance responsabilidad alguna, pues su obligación se limita a aportar el capital.

Artículo 13.—La constitución de la empresa como sus modificaciones, disolución, liquidación o traspaso, se publicarán en extracto en el periódico oficial y se inscribirán en el Registro Público.

Artículo 14.—La venta del establecimiento comercial, taller, negocio o actividad que desarrolle, no producirá necesariamente la liquidación de la empresa.

Artículo 15.—El fundador, o sus legítimos sucesores, podrán liquidar la empresa antes del vencimiento, caso en el cual deberán hacer inventario y balance y publicar el aviso de liquidación en «La Gaceta», llamando a acreedores e interesados, para que dentro del término de un mes a partir de la publicación presenten sus reclamos. El patrimonio de la empresa servirá para pagar los créditos. Si no se presentare algún acreedor cuyo crédito conste en los libros de la empresa, se depositará el monto de éste en un banco a la orden del acreedor omiso. Transcurridos cuatro años desde el día de la publicación sin que el interesado haya reclamado la suma depositada, prescribirá su derecho en favor del dueño de la empresa liquidada. Igual trámite se observará cuando la empresa se liquide por haber vencido su término.

Artículo 16.—La quiebra de la empresa no acarrea la del propietario; sin embargo, si tal quiebra fuere declarada culpable o fraudulenta, el Juez

decretará, de oficio, embargo general sobre los bienes del propietario, en los términos del artículo 960 de este Código.

## EL INFORME CHAMPAUD

El informe Champaud o mejor «Rapport d. groupe d'étude cha.d'étudier la possibilité d'intriduire I.E.I.P.R.L. dans le droit français» y publicado en 1979 en la prestigiosa revista *Rev. trimm. d.Dr. Comm.* sin duda un trato de honor en la dogmática de la nueva institución junto a su moderno «descubridor» (PISKO, cuya obra de 1910 tuvo su afortunada traducción en el Código luxemburgués primera legislación en donde se adoptó esta figura). Constituido a instancia del Gobierno francés el 26 de octubre de 1977 y bajo la presidencia del ilustre mercantilista, el grupo de muy variopinta representatividad dio a luz un meritorio informe en donde se recomienda la institución, se advierten los problemas y las posibles vías de solución. Curiosamente el modelo propuesto es todavía inédito, por la respetable complejidad de la admisión de tres masas patrimoniales. Incorporamos tan sólo la parte del informe sobre la limitación de responsabilidad por la definición negativa de inembargabilidad de parte del patrimonio personal acompañada de la afectación del patrimonio de empresa. Quizá la solución más técnica heredera de la dogmática de los patrimonios y explotaciones familiares inembargables, es sin duda compleja en exceso.

### 3º *La limitation de responsabilité de l'entrepreneur*

**28.** *Reconnaissance de la nécessité d'une limitation réelle de la responsabilité de l'entrepreneur par création d'une masse indisponible et insaisissable.*

Dès la début des travaux du groupe, il est clairement apparu qu'une grande partie de ses membres (notamment les représentants des organisations professionnelles) tenaient à ce que la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur se traduise par l'existence, dans son patrimoine, d'une masse de biens insaisissables du fait de créances nées de l'exploitation de l'entreprise.

Afin d'assurer la protection absolue des biens inclus dans cette masse, ceux-ci devaient être frappés d'une *indisponibilité commerciale* destinée à renforcer leur insaisissabilité.

C'est à la valeur de cette masse indisponible et insaisissable que se limiterait l'irresponsabilité commerciale qui résulterait de la création d'une E.P.R.L. Une telle solution est à la fois plus restreinte et plus large que

celle qui a finalement prévalu en ce qui concerne les dirigeants de sociétés dites de capitaux. Un parallèle ne manquera pas d'être établi entre les deux situations. Il a retenu longuement les discussions du groupe.

**29.** *Pour ce faire, un exemple législatif à ne pas suivre: la présomption de responsabilité du passif social des dirigeants.*

Il est de fait que, pour les P.M.E. et les M.P.I., les règles de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 établissant une présomption de responsabilité du passif social à leur encontre, ont singulièrement rendu inefficace l'isolation patrimoniale que pouvaient leur procurer les formes sociétaires S.A. et S.A.R.L. Plusieurs membres du groupe ont vivement critiqué au passage cette disposition légale. Ils ont demandé que le rapport suggère au législateur de cette occasion pour opérer une modification de ce texte qui leur paraît contraire aux principes fondamentaux du droit français dans la mesure où il contraint une catégorie de citoyens à faire la preuve de leur innocence pour échapper à une sanction fondée sur l'existence de fautes. D'autres membres du groupe ont, au contraire, fait observer que cette disposition provenait de ce que, en la matière, seul le chef fautes et que l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 est une conséquence de la liberté et du secret des affaires. De nombreux membres, enfin, ont montré que les tribunaux avaient su faire de ce texte une application fort sage qui réduisait considérablement la portée des critiques qu'on lui adresse.

Cette discussion se situe en définitive hors du champ d'investigations assigné au groupe. Elle montre cependant, l'acuité actuelle des problèmes de responsabilité personnelle des chefs d'entreprises à responsabilité limitée. C'est sur ce point que les problèmes soulevés par l'art. 99 rejoignent ceux de l'E.P.R.L. Les dirigeants d'entreprises sont aujourd'hui très sensibles à la double menace qu'ils ressentent vivement: la tendance à les mettre en cause personnellement, civilement et pénalement dès que l'entreprise produit ou subit un fait dommageable, tout d'abord, et la dégradation d'une conjoncture économique jointe à une rapide modification des structures commerciales et industrielles qui accroissent considérablement et de façon parfois insupportable ou imprévisible, les aléas d'une gestion normale.

**30.** *Pour ce faire, un exemple de la pratique —notamment bancaire— à empêcher: le cautionnement solidaire et indéfini des dettes sociales.*

Consacrée par la loi de 1967, la réhabilitation législative de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux n'a fait qu'accompagner une réaction de la pratique, notamment des banques, contre l'irresponsabilité commerciale organisée par le bais sociétaire. La réalité est connue de tous. Les créanciers professionnels exigent des dirigeants sociaux et de leurs conjoints, voire de leur propre famille (quand ce n'est pas des amis), un cautionnement solidaire et indéfini des dettes sociales que représentent les

différents crédits consentis à l'entreprise et sans lesquels elle ne saurait fonctionner.

Cette pratique n'a pas pour résultat de prémunir totalement les banques contre les aléas de leurs opérations avec les petites et moyennes entreprises par le jeu d'une *surface financière consolidée*. Sous réserve des effets que pourraient avoir à cet égard des dispositions législatives actuellement en discussion, le cautionnement général et automatique des prêts bancaires ne peut guère empêcher des dirigeants intéressés d'organiser ou de subir leur insolvabilité personnelle. Elle confère cependant aux banques une sorte de privilège d'origine contractuelle qui engendre une certaine sécurité et surtout, peut-être elle constitue une menace génératrice d'une crainte qui peut-être mène d'une gestion plus prudente. Elle a en tout cas pour effet de vider notablement la règle de limitation de responsabilité de sa substance dans son application aux petites et moyennes S.A. et S.A.R.L. en fait unipersonnelles.

La création d'une masse patrimoniale insaisissable n'a de sens que si cette pratique est rendue impossible en ce qui concerne cette partie du patrimoine de l'entrepreneur, chef d'une E.P.R.L. C'est ce que propose le groupe, en suggérant que soit déclarée nulle et de nul effet toute garantie directement ou indirectement donnée en faveur de dettes de l'entreprise, sur les biens qui composent cette masse insaisissable. Il est à noter toutefois que l'insaisissabilité de ces *biens de famille* comme l'interdiction relative de cautionnement ou d'hypothèque qui les préservant, ne concernent que les dettes nées de l'exploitation de l'E.P.R.L. Celles contractées pour des besoins purement personnels ne seraient pas visées par cette nullité. Les difficultés techniques que peut soulever cette situation ne sont pas insurmontables comme nous le verrons.

### 31. *Distinction de l'E.P.R.L. des structures sociétaires à responsabilité limitée.*

Avant de quitter ce territoire de la limitation effective de la responsabilité commerciale qui est au coeur de l'E.P.R.L., il ne semble pas inutile de souligner les deux différences fondamentales qui distinguent sur ce plan, cette structure juridique des structures sociétaires à *responsabilité limitée*.

En premier lieu, pour les sociétés l'emploi de ces termes signifie que normalement les associés ne répondent pas des dettes sociales au-delà du risque de perte de leur apport. En revanche, lorsque cette borne est franchie, il n'y a plus d'autre limite que la mesure du préjudice subi par les tiers car la responsabilité ainsi mise en cause provient du fait personnel du dirigeant et non du fait de la société. Au contraire, pour l'E.P.R.L., apporteur unique des capitaux, chef de l'entreprise et responsable de sa gestion, l'entrepreneur est responsable des dettes afférents à cette dernière sur son

patrimoine personnel sans qu'il soit besoin de prouver ses fautes et sans qu'il ait la possibilité de prouver son innocence. Il est en quelque sorte solidairement responsable de son entreprise. En revanche, cette responsabilité commerciale n'est pas indéfinie comme celle des dirigeants sociaux. Elle trouve au seuil du patrimoine insaisissable et indisponible une borne infranchissable sauf fautes graves, précises et prouvées concernant des agissements qui ont détruit en fait l'existence de l'E.P.R.L.

C'est en ce sens que, comme nous le disions plus haut, au regard de la responsabilité commerciale des dirigeants d'entreprise, la statut de l'E.P.R.L., proposé par le groupe va à la fois plus loin et moins loin que le droit actuel des sociétés.

#### 4° *Préservation du crédit de l'entreprise malgré la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur*

32. *Par création d'une caisse de garantie à laquelle chaque E.P.R.L. est tenu d'adhérer et qui a pour rôle de dédommager les créanciers jusqu'à hauteur de la valeur des biens insaisissables.*

La principale difficulté du système présenté sous le nom d'E.P.R.L., réside dans la contradiction qui existe entre deux principaux buts poursuivis. Assurer efficacement une limitation de la responsabilité patrimoniale de l'entrepreneur, c'est porter atteinte au crédit de l'entreprise dont la surface financière propre est par hypothèse, réduite. Porter atteinte à son crédit, c'est affaiblir la compétitivité et les chances de vie de l'entreprise alors que l'on attend précisément le contraire de l'institution d'une structure d'organisation juridique de l'entreprise individuelle.

C'est sur ce point, particulièrement débattu, au cours de ses travaux, que le groupe a fait sans doute preuve de sa capacité d'allier le réalisme à l'imagination. Le système proposé sera décrit plus loin de façon détaillée. Il convient cependant de préciser qu'il consiste à compenser le gel des garanties afférent à l'insaisissabilité de la masse patrimoniale de *securité personnelle*. Cette assiette de crédit est remplacée par la garantie d'une *Caisse de garantie*. L'adhésion à cette caisse —et, par conséquent, les cotisations y afférentes— constituent une obligation légale, en même temps qu'une condition formelle de la constitution de l'E.P.R.L. Dès lors qu'il serait volontaire, avéré et persistant, le défaut de paiement des cotisations serait sanctionné par un retour à la saisissabilité de la *masse patrimoniale de sécurité personnelle*.

Ce système s'inspire évidemment des principes de l'assurance. Il aboutit à une mutualisation du risque tout en garantissant efficacement les tiers victimes de l'insolvabilité de l'entreprise dans la stricte mesure du dommage

que leur cause l'insaisissabilité par rapport au système classique actuellement en vigueur. Ce faisant, la solution proposée permet de concilier la sécurité des tiers et la protection minimum accordée au débiteur. La caisse de garantie n'est certes pas engagée au-delà de la valeur des biens insaisissables et par conséquent les créanciers de l'E.P.R.L. ne pourront obtenir plus qu'ils n'auraient recouvré si cette partie du patrimoine de l'entrepreneur n'avait pas été soustraite à leur gage. Ils pourront cependant l'obtenir mieux, plus aisément et plus rapidement puisque, leur dette étant certaine, liquide et exigible bien sûr, ils en obtiendront le paiement sans avoir à faire réaliser les biens en cause. Il leur suffira d'établir auprès de la Caisse de garantie que les autres masses patrimoniales n'ont pas été en mesure d'éteindre les créances qu'ils font valoir.

33. *Par la possibilité de recourir aux délégations conventionnelles au profit de certains créanciers des sommes éventuellement dues par la Caisse de garantie.*

L'insaisissabilité et l'indisponibilité du patrimoine garanti laissent entier le problème de savoir si les sommes éventuellement dues par la Caisse de garantie pourraient ou non être déléguées au profit de certains créanciers. Cette solution reviendrait à créer une nouvelle sûreté mobilière qui fonctionnerait essentiellement au profit des fournisseurs de crédit. De toute évidence, elle faciliterait la vie financière de l'E.R.P.L. En effet, dans ce cas, non seulement la garantie assumée par la caisse maintient intégralement l'assiette du crédit engagé au profit de l'entreprise et fondé sur la fortune de l'entrepreneur au profit de son banquier, par exemple, mais encore, ce système de délégation s'avèrera pour lui plus aisé et moins coûteux à mettre en oeuvre, le cas échéant, que la réalisation de l'hypothèque ou que l'exécution du cautionnement hypothécaire qu'il se fait consentir sur le genre de biens qui formeront la patrimoine insaisissable, soit par l'entrepreneur individu soit par le dirigeant social chef de l'entreprise.

Bien qu'une telle délégation puisse être consentie en faveur de n'importe quel créancier, il ne fait pas de doute que ce sont les établissements financiers qui au premier chef, en profiteront, en pratique. Il y a donc risque d'accentuer, ou plutôt de transposer, dans le cadre de l'E.P.R.L., l'inégalité de traitement des créanciers que l'on observe lors des cessations de paiements et qui trouve son origine conventionnelle dans le caractère quasi systématique de ces pratiques bancaires. Le groupe n'a pas été insensible à cet argument mais il s'est néanmoins prononcé très nettement en faveur de la possibilité d'opérer conventionnellement une telle délégation au égard aux avantages économiques et pratiques que cette solution présente en ce qui concerne la vie financière de l'E.R.P.L.

34. *Par un cantonnement strict de la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur.*

Le groupe n'a pas méconnu le principe selon lequel la responsabilité est source de liberté et d'efficacité tandis que la sécurité absolue engendre la débilité, voire la stérilité. Son but est de promouvoir l'esprit d'entreprise et non l'esprit d'assistance et la responsabilité personnelle n'est pas seulement une base de crédit de l'entreprise, c'est avant tout un stimulant de l'entrepreneur. C'est pourquoi la limitation absolue de responsabilité du fait de l'entreprise serait cantonnée à une masse de biens déterminée dans le patrimoine de l'entrepreneur par une double limite à la fois qualitative et quantitative. Cette *limitation limitée* permet de maintenir, pour l'essentiel, la responsabilité personnelle dont l'idée sera également entretenue par le versement d'une cotisation obligatoire, qui en est la contrepartie et, par de multiples obligations qui ont pour but et qui auront pour effet d'obliger l'entrepreneur à regarder en face, distinctement mais globalement la situation économique et financière de l'entreprise et sa situation proprement personnelle.

Il n'y a aucune de penser qu'un chef d'E.P.R.L. se désintéresse du sort des bien affectés à son entreprise. Ils formeront une masse particulière, certes, sur laquelle ses pouvoirs seront réduits, sans doute, mais ils ne sont pas hors son patrimoine. Leur saisie par les créanciers signifie la ruine de l'entreprise et son propre appauvrissement. S'ils ne suffisent pas à éteindre les dettes, ses autres biens personnels saisissables lui seront retirés. Seuls ceux qui représentent un *minimum familial* seront sauvés en toute hypothèse, sous réserve cependant qu'il n'ait pas lui-même commis des fautes qui portent atteinte au système tout entier. On voit donc où il n'y a aucune raison de craindre que l'E.P.R.L. puisse engendrer la démoralisation et la démobilisation de la petite entreprise. Bien au contraire, en conservant une place prééminente à la responsabilité personnelle, tout en assurant au chef d'entreprise qu'il ne touchera pas le fond de l'abîme et qu'il ne connaîtra pas la misère absolue malgré des décennies d'efforts et après des années de prospérité, ce système doit procurer une sérénité minimum qui est un gage d'objectivité et de sang-froid dans les réactions à la conjoncture et de résistance aux artifices, au camouflage voire aux tentations de recourir à des moyens de prolongation désespérés et illicites. Lorsque l'entrepreneur n'aura plus rien à gagner par la prolongation des affaires de l'E.P.R.L. il aura encore lui, quelque chose à perdre. Ce devrait être un germe de sagesse.

On peut ajouter que, conformément à la pensée développée par le *rapport Sudreau* et partagée par une partie importante de la doctrine, une dissociation partielle de l'entreprise et de l'entrepreneur ne peut que favoriser une meilleure gestion dès lors qu'elle ne conduit pas à l'irresponsabilité totale. Tel est le cas de la solution retenue.

35. *Organisation de la converture du risque: recours à des caisses de garantie mutuelle.*

En définitive, le système proposé par le groupe n'a qu'un inconvénient: il engendre et met à la charge de l'entreprise une cotisation nouvelle. Les départements ministériels intéressés (finances et industrie notamment), de même que les organisations professionnelles concernées, seraient bien inspirés de faire procéder rapidement à des études qui permettraient de déterminer la nature, le statut et les rattachements envisageables pour la ou les *caisses de garantie* des patrimoines insaisissables, dont l'existence et le bon fonctionnement conditionnent ceux de l'E.P.R.L. telle qu'elle est ici proposée. Il devrait en tout cas être aisé, pour des actuaires, de déterminer le taux et les modalités de cotisations. La difficulté paraît plutôt résider dans la détermination de leur assiette.

Quoiqu'il en soit, sur le plan de l'analyse globale et des principes généraux, il convient de noter que le système retenu par le groupe obtient la sécurité personnelle minimum recherchée par une technique d'assurance qui conduit nécessairement à une mutualisation du risque. Le groupe unanime pense qu'un tel système est préférable à l'étatisation ou à la socialisation du risque qui aurait pu être obtenue directement ou indirectement par d'autres procédés. Les raisons de ce choix sont cohérentes mais multiples: caractère professionnel qui pourra être donné à la caisse ou aux caisses; préservation de la conscience d'une responsabilité personnelle au travers du risque collectif conscience engendrée par l'esprit mutualiste; moindre risque de voir se développer une bureaucratie spécialisée dont l'entretien augmenterait inutilement le coût du système; possibilité d'une gestion plus décentralisée par recours partiel au bénévolat mutualiste pour certaines fonctions, donc gestion plus précise et prévention mieux assurée du risque, etc. En outre, et part dessus toutes ces raisons, il en est une autre qui a retenu l'attention des membres du groupe à différentes reprises. L'intérêt de telles caisses dépasse largement le mécanisme de la double garantie qu'elles procurent à l'entrepreneur d'une part, aux créanciers de l'E.P.R.L. d'autre part. Leur existence permet d'échapper à l'insoluble problème du contrôle externe et objectif de la gestion et de ses résultats lorsque l'entreprise en cause appartient à un seul homme ou lorsqu'elle est dominée par un seul contrôleur dans le cas banal des sociétés en fait unipersonnelles. Les fictions sociétaires (assemblée souveraines, gestion collégiale, élection des dirigeants sociaux, loi de la majorité, information des associés, etc.) contribuent plus à tromper les tiers qu'à les assurer de la cohérence, de l'intégrité et de l'objectivité des décisions de gestion du patrimoine affecté à l'entreprise sociale.

En face de ces rites inutiles et illusoire, l'existence des caisses de garan-

tie, mais tiers particulièrement intéressé aux résultats de la gestion), permet d'organiser un minimum d'obligations et d'objectivité dans la présentation et le contrôle des comptes de l'E.P.R.L. Elle permettrait également de réduire la difficulté quasiment insurmontable pour ce genre d'entreprise que rencontrent la détection et la prévention de difficultés financières mortelles pour l'entreprise. Alors que toutes les solutions proposées à ce jour se heurtent à des objections tirées de l'organisation interne de la structure pour l'E.P.R.L. fondée sur l'adhésion obligatoire à une caisse de garantie, le résultat serait atteint sans immixtion dans la gestion de l'entrepreneur sa pleine responsabilité et toute son autorité de gestionnaire, mais non sans renforcer son sens de la vigilance et les occasions de l'exercer.

Le groupe s'étant prononcé en faveur de Caisses de garantie reposant sur les principes du mutualisme certains de ses membres ont fait observer qu'un tel choix créerait un risque de corporatisme. Pour pallier le danger présenté par un telle dérivation du système proposé, le groupe recommande deux mesures. En premier lieu, les chefs d'E.P.R.L. devraient avoir le choix entre plusieurs caisses et les pouvoirs publics devront se préoccuper de réunir et de maintenir les conditions effectives de ce choix. En second lieu, plutôt que de créer, de toute pièce, des caisses de garantie mutuelle spécialisées, il paraît opportun de demander à des caisses de cautionnement ou à d'autres organismes financiers de ce genre déjà existants, de se charger d'assurer la garantie du patrimoine insaisissable des chefs d'E.P.R.L.

*5° La scission du patrimoine de l'entrepreneur en trois masses patrimoniales*

**36.** *Il s'agirait d'une exception, parmi d'autres, au principe de l'unité du patrimoine.*

Les mécanismes auxquels le groupe a recours pour organiser ces délicats équilibres entre la sécurité et la responsabilité conduisent à mettre en oeuvre une distinction entre des masses de bien et d'obligations relevant de statuts différents à l'intérieur du patrimoine de l'entrepreneur.

Sans entrer dans le détail d'un exposé doctrinal, il faut admettre que le système proposé constituerait une exception aux articles 2092 et 2093 du code civil qui traduisent la théorie de l'unité du patrimoine, notamment au regard des droits des créanciers. Mais le code civil contient lui-même des dérogations à ce principe dans son art. 2092-2 (réd. L. 76.626 du 5 juill. 1972). Les alin. 1<sup>er</sup> et 4 de ce texte par exemple montrent que le système proposé ne manquerait pas de bases législatives actuelles. Toutefois, afin d'éviter toute ambiguïté, il conviendrait que cet art. 2092-2 c. civ. soit modifié en conséquence, éventuellement par addition d'un linéa.

La notion de masse patrimoniale à statut particulier, en ce qui concerne les droits de certains créanciers, n'est nullement ignorée des codes et de lois. On n'en finirait pas d'en citer des exemples tirés du droit matrimonial ou du droit successoral. La notion d'unité patrimoniale économique est ancienne (Cf. art. 815 et 832 c. civ.). La notion d'affectation à une exploitation fonde une grande partie du droit agricole. Dans ce domaine, le droit préférentiel d'attribution est un exemple topique mais non isolé. La loi du 12 juill. 1909 instituant le *bien de famille* rappelle la notion du *patrimoine insaisissable et indisponible* proposé par le groupe.

Même si l'on fait abstraction de la tolérance des sociétés de fait unipersonnelles, on peut noter que le droit commercial fait constamment appel à la notion de patrimoine affecté, ou de masse patrimoniale liée à l'exploitation d'une entreprise. L'art. 9 de la loi de 1966, la société en participation les quirats maritimes, l'indivision de la loi du 31 déc. 1976, l'apport à une société de biens communs à deux époux, tel qu'il est désormais régi par la loi du 4 janv. 1978, etc., en sont autant d'exemples qui paraissent avoir tendance à se multiplier.

Est-il besoin de rappeler enfin que, non seulement le droit fiscal connaît la notion d'affectation rompant l'unité du patrimoine, mais que mieux encore, réaliste et autonome au regard du droit civil, il l'utilise constamment pour ne pas dire systématiquement.

De toutes ces exceptions au principe de l'unité du patrimoine, seules celles qui permettent l'existence de sociétés unipersonnelles, en fait ou en droit, y portent irrémédiablement atteinte. Les autres se contentent de l'aménager pour atteindre un but précis mais limité. Il en va de même de l'E.P.R.L. de telle sorte que l'on peut considérer que, dans la mesure où son institution devrait permettre de résorber largement le phénomène des sociétés unipersonnelles il n'est ni paradoxal ni déraisonnable de soutenir qu'elle constituerait non pas une atteinte définitive au dogme de l'unité du patrimoine, mais un aménagement réaliste qui devrait permettre de le protéger contre la multiplication des atteintes infiniment plus pernicieuses que les nécessités impératives de la vie des affaires et l'économie d'entreprise ont conduit à lui porter par le biais sociétaire.

37. *L'E.P.R.L. permettrait la reconnaissance de l'entreprise sujet, sans porter atteinte au principe de responsabilité de l'entrepreneur.*

Sous le bénéfice de ces considérations, on observera que le système de scission patrimoniale sur lequel repose le projet du groupe, ne permet pas seulement de résoudre les dilemmes responsabilité/sécurité et responsabilité/pouvoirs. Il conduit à une identification et à une organisation de l'entreprise individuelle afin de l'adapter à sa fonction de cellule socio-économique de base de la société contemporaine. Innovatrice certes, une

telle organisation patrimoniale permet d'obtenir une certaine dissociation de l'entreprise et de l'entrepreneur. Sur le plan théorique, on passe de *l'entreprise-objet* à *l'entreprise-sujet* mais surtout, sur le plan pratique, on assure mieux la continuité voire la survie en détachant partiellement son destin des vicissitudes de la vie d'un homme. L'un des buts essentiels de la réforme se trouve donc atteint mais avantage considérable, l'objectif est réalisé sans porter atteinte aux principes de la responsabilité, de l'autorité et de l'engagement personnels de l'entrepreneur. Cette observation est capitale car, en régime d'économie de marché, ses principes constituent la source de jouvence des petites et moyennes entreprises, le moteur de leur dynamisme, le point d'appui de leur résistance aux adversités conjoncturelles et aux aléas de la vie des affaires la raison du rôle irremplaçable continuent à jouer dans une économie de production et de distribution de masse.

**38.** *Distinction de trois masses actives et passives du patrimoine de l'entrepreneur.*

Comme nous le verrons plus en détail, l'organisation patrimoniale déterminée par le recours à l'E.P.R.L. conduit à distinguer trois masses actives et passives dans le patrimoine de l'entrepreneur, personne physique:

- 1) la portion de patrimoine affectée à l'entreprise;
- 2) la portion de patrimoine non affectée, mais dont il peut être disposé en faveur de l'entreprise soit à l'initiative de l'entrepreneur, soit sur action des créanciers de l'E.P.R.L.;
- 3) la portion de patrimoine non affectée à l'entreprise, qui ne peut être ni donnée en gage à ses créanciers, ni saisie par eux, sauf cas exceptionnels liés à une faute grave et particulière de l'entrepreneur.

Comme il est peu probable que ces distinctions soient perçues et utilisées si elles ne sont pas traduites concrètement dans une formule brève nous proposerons de retenir les appellations suivantes:

- 1) *Patrimoine affecté* (à l'entreprise),
- 2) *Patrimoine disponible* (pour l'entreprise),
- 3) *Patrimoine indisponible et insaisissable*.

Les caractères et les effets pratiques de cette distinction seront exposés à l'occasion de l'examen des règles de constitution et de fonctionnement de l'E.P.R.L.

## LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

A. Reconocimiento de la necesidad de una limitación real de la responsabilidad del empresario por creación de una masa *indisponible e inembargable*.

La limitación de la responsabilidad del empresario se ha de traducir en la existencia, en su patrimonio, de una masa de bienes inembargables por deudas nacidas de la explotación de las empresas.

A fin de asegurar la protección absoluta de los bienes incluidos en esta masa; éstos debían estar gravados con una indisponibilidad comercial destinada a reforzar su inembargabilidad.

Es con el valor de esta masa indisponible e inembargable con el que se limitaría la irresponsabilidad comercial que resultaría de la creación de la empresa individual de responsabilidad limitada. Tal solución es, a la vez, más restringida y más generosa que la que finalmente ha prevalecido en lo que concierne a los dirigentes de sociedades llamadas de capital.

Un paralelismo que no faltará de ser establecido ante las dos situaciones.

B. Para hacer esto un ejemplo legislativo a no seguir: la presunción de responsabilidad por el pasivo social de los dirigentes.

Es un hecho que para las PYME las reglas del artículo 99 de la Ley de 13 de julio de 1967 estableciendo una presunción de responsabilidad en su contra, han hecho singularmente ineficaz el aislamiento patrimonial que podían procurarles las formas sociales S.A. y S.A.R.L.

Se pone de relieve la agudeza actual de los problemas de responsabilidad personal de los jefes de empresa de responsabilidad limitada. En este punto coinciden estos problemas con los del E.P.R.L. Los dirigentes de empresas son hoy muy sensibles a la doble amenaza que sienten vivamente:

1) La tendencia a ponerles en una causa personal, civil y penalmente desde que la empresa sufre un hecho perjudicial.

2) El aumento considerable y a veces imprevisible de los riesgos derivados de una gestión normal.

3) Un ejemplo práctico, especialmente bancario, a evitar: el afianzamiento solidario e indefinido de las deudas sociales.

La realidad es conocida por todos. Los acreedores profesionales exigen de los dirigentes sociales, de sus cónyuges, hasta de su propia familia (cuando no es de los amigos) un afianzamiento solidario e indefinido de

las deudas sociales que representan los diferentes créditos concedidos a la empresa y sin los cuales no podría funcionar.

El afianzamiento general y automático de los préstamos bancarios no puede apenas impedir la existencia de dirigentes interesados en organizar o sufrir su insolvencia personal. Sin embargo confiere a los bancos una especie de privilegio de origen contractual que engendra una cierta seguridad y sobre todo seguramente constituye una amenaza generada de un temor que puede dar lugar a una gestión más prudente. Tiene en todo caso por efecto, vaciar de contenido la regla de limitación de responsabilidad de su sustancia en su aplicación a las pequeñas y medianas S.A. y S.A.R.L. de hecho unipersonales.

La creación de una masa patrimonial inembargable no tiene sentido más que si esta práctica es imposible en lo que concierne a esta parte del patrimonio del empresario jefe de una E.P.R.L.

Es lo que propone el grupo sugiriendo que sea declarado nula y de ningún efecto toda garantía directa o indirectamente dada en favor de deudas de la empresa, sobre los bienes que componen esta masa inembargable. Es de destacar sin embargo que la inembargabilidad de estos «bienes de familia», como la prohibición relativa de afianzamiento o hipoteca que los preservan, no se refieren más que las deudas nacidas de la explotación de las E.P.R.L. Las deudas contraídas por necesidades puramente personales no estarán sujetas a esta nulidad. Las dificultades técnicas que puede plantear esta situación no son infranqueables como ya veremos.

4) Distinción de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada de las estructuras societarias con responsabilidad limitada.

Para las sociedades, el empleo de estos términos significa que normalmente los socios no responden de las deudas sociales más allá del riesgo de la pérdida de su aportación. Por contra, cuando este límite se franquea, no hay otro límite que el alcance del perjuicio sufrido por terceros pues la responsabilidad puesta en causa proviene del hecho personal del dirigente y no del hecho de la sociedad.

Al contrario para la E.P.R.L. el aportante único de capitales, jefe de empresa y responsable de su gestión, el empresario, es responsable de las deudas correspondientes con su patrimonio personal sin que sea necesario probar sus faltas y sin que haya posibilidad de probar su inocencia. Es de alguna manera solidariamente responsable de su empresa. Como revancha, esta responsabilidad comercial no es indefinida como la de los dirigentes sociales. Encuentra en el ámbito del patrimonio inembargable e indisponible un límite infranqueable salvo faltas graves, y probadas concernientes a actuaciones que han destruido de hecho la existencia de la E.P.R.L.

## PLANTEAMIENTO DEL CREDITO DE LA EMPRESA A PESAR DE LA LIMITACION DE RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

5) Mediante la creación de una caja de garantía a la que cada E.P.R.L. está obligada a adherirse y que tiene por finalidad indemnizar a los acreedores hasta el alcance del valor de los bienes inembargables.

La principal dificultad del sistema presentado bajo el nombre de E.P.R.L. residen en la contradicción que existe entre dos de los principales fines perseguidos. Asegurar eficazmente una limitación de la responsabilidad patrimonial del empresario en limitar el crédito de la empresa cuya propia estructura financiera es por hipótesis reducida. Limitar su crédito es debilitar la competitividad y las oportunidades de vida de la empresa mientras que se espera precisamente lo contrario de la institución de una estructura de organización jurídica de la empresa individual.

Es este punto especialmente debatido. El sistema propuesto consiste en compensar el bloqueo de las garantías correspondientes a la inembargabilidad de la masa patrimonial de «seguridad personal». Esta base del crédito se reemplaza por la garantía de una «Caja de Garantía».

La adhesión a esta caja constituye una obligación legal al mismo tiempo que una condición de constitución de la E.P.R.L. La falta de pago de las cotizaciones, voluntario y persistente, será sancionada con su vuelta a la embargabilidad de la masa patrimonial personal.

Este sistema se inspira evidentemente de los principios del Seguro. Conduce a una mutualización del riesgo garantizando eficazmente a los terceros víctimas de la insolvencia de la empresa con la estricta medida del perjuicio que les causa la inembargabilidad con relación al sistema clásico actualmente en vigor. La solución propuesta permite conciliar la seguridad de los terceros y la protección mínima acordada al deudor. Los acreedores de la E.P.R.L. no podrán obtener más de los que habrían recobrado si esta parte del patrimonio del empresario no hubiera sido sustraída a su poder de agresión.

Podrán sin embargo obtener mejor y más cómodamente y más rápidamente puesto que su duda siendo cierta, líquida y exigible obtendrán el pago sin tener que realizar los bienes en causa. Bastará hacer constar ante la Caja que las otras masas patrimoniales que han sido suficientes para extinguir los créditos que hacen valer.

6) Por la posibilidad de recurrir a delegaciones convencionales en provecho de ciertos acreedores de las sumas eventualmente debidas por la Caja de Garantía.

Esta solución llegaría a crear una nueva seguridad mobiliaria que

funcionaría esencialmente en provecho de los suministradores de crédito. Evidentemente facilitaría la vida financiera de la E.P.R.L.

En efecto, en esta caso no solamente la garantía asumida por la Caja mantiene íntegramente la porción de crédito comprometido en beneficios de la empresa y fundada en la fortuna del empresario en provecho de banqueros, por ejemplo, sino que además este sistema de delegación se confirma para el más cómodo y menos costoso en poner en funcionamiento en caso de fallido que la realización de la hipoteca o la ejecución del afianzamiento hipotecario que se hace conceder sobre los bienes que formaran el patrimonio inembargable, sea por el empresario individual sea el dirigente social jefe de empresa.

Esta delegación puede ser concedida a favor de cualquier acreedor pero no hay deuda que son los establecimientos financieros quienes aprovecharán en la práctica. Hoy el riesgo de acentuar o más bien transportar, en el cuadro de la E.R.P.L. la desigualdad de tratamiento de los acreedores que se observe en las suspensiones de pagos y que tiene su origen convencional en el carácter casi sistemático de estas prácticas bancarias. El grupo no es insensible a este argumento pero sin embargo se ha pronunciado claramente en favor de esta posibilidad por sus ventajas.

7) Por una delimitación estricta de la limitación de la responsabilidad del empresario.

No hay ninguna razón para pensar que un jefe de empresa personal de responsabilidad limitada se desentendiese de la suerte de los bienes afectados a su empresa. Formarán una masa particular, sobre la cual sus poderes son reducidos, sin duda, pero no están fuera de su patrimonio. Sin embargo por la acreedora significa la ruina de la empresa y de su propio establecimiento. Si no son suficientes para extinguir las deudas sociales sus otros bienes personales embargables le serán retirados. Sólo aquellos que representen un «minimum familiar» serán salvados en todo caso, salvo que se hayan cometido faltas que hagan responder y alcancen a todos los bienes. Se ve, pues, que no hay ninguna razón que temer que pueda engendrar la desvinculación y la desmovilización de la pequeña empresa. Bien al contrario, conservando una plaza preeminente, la responsabilidad personal asegurando al jefe de la empresa que no tocará el fondo del abismo y que no conocerá la miseria absoluta este sistema debe procurar una serenidad mínima que es una garantía de objetividad y de sangre fría en las reacciones y en las tentaciones de recurrir a medios de prolongación de la empresa desesperados e ilícitos.

Cuando el empresario no tenga nada que ganar por la prolongación de la empresa tendrá todavía él alguna cosa que perder. Esto debería ser un germen de sagacidad.

Una desasociación parcial de la empresa y del empresario no puede más que favorecer una mejor gestión desde que no conduce a la irresponsabilidad total.

8) Organización de la cobertura del riesgo: recurso a Cajas de Garantía Mutua: escisión del patrimonio del empresario en tres masas patrimoniales.

Se trataría de una excepción entre otras, al principio de la unidad del patrimonio.

La noción de masa patrimonial con estatuto particular en lo que concierne a los derechos de ciertos acreedores no es ignorada por los códigos y las leyes. Se podrían citar ejemplos sacados del Derecho económico-matrimonial o sucesorio. La noción de unidad patrimonio económica es un concepto antiguo. La noción de afectación a una explotación fundamenta una gran parte del Derecho Agrario. En este dominio el derecho preferente de atribución es un ejemplo tópico pero no aislado. Se puede destacar el Derecho Mercantil hace constantemente llamada a la noción de patrimonio afectado o de masa patrimonial ligada a la explotación de una empresa. Lo mismo sucede con el Derecho Fiscal que lo utiliza sistemáticamente.

La E.P.R.L. permitiría el reconocimiento de la *empresa sujeto sin limitar el principio de responsabilidad del empresario.*

### **ORGANIZACION DE LA COBERTURA DEL RIESGO RECURSO A CAJAS DE GARANTIA MUTUA**

En definitiva, el sistema propuesto por el grupo tiene un inconveniente: engendra y pone a cargo de la empresa una cotización nueva. Los departamentos ministeriales interesados (Hacienda e Industria especialmente) igualmente que las organizaciones profesionales concernientes, deberían proceder rápidamente a estudios que permitieran determinar la naturaleza, la regulación y la relación previsibles para las cajas de garantía de patrimonios inembargables, cuya existencia y buen funcionamiento condicionan el de la Empresa Personal de Responsabilidad Limitada tal como aquí se propone. Debería ser en todo caso fácil para los actuarios de seguros, determinar las tasas y modalidades de cotizaciones. La dificultad parece más bien residir en la determinación de su ámbito.

Cualquiera que sea el plan de análisis global y de los principios gerenciales, conviene destacar que el sistema propuesto obtiene la seguridad personal mínima buscada por medio de una técnica de seguro que conduce necesariamente a una mutualización del riesgo. Tal sistema es preferible siempre a la estabilización o a la socialización del riesgo que habría podido

obtenerse directa o indirectamente por otros procedimientos. Las razones de elección son coherentes pero múltiples: 1) Carácter profesional que podría darse a la Caja o Cajas. 2) Mantenimiento de la consciencia de una responsabilidad personal a través del riesgo colectivo consciencia engendrada por el espíritu mutualista. 3) Menor riesgo de ver desarrollarse una burocracia especializada cuyo mantenimiento aumentaría inútilmente el costo del sistema. 4) Posibilidad de una gestión descentralizada por recurso parcial al benevolente mutualista para ciertas financieras y por tanto gestión más precisa y prevención mejor asegurada del riesgo, etc. Además y por encima de todas estas razones hay otra muy importante y destacable. El interés de tales Cajas sobrepasan ampliamente el mecanismo de la doble garantía que procuran al empresario, por una parte, y a los acreedores de E.P.R.L., por otra. Su existencia permite escapar al insoluble problema del control externo y objetivo de la gestión y de sus resultados cuando la empresa en causa pertenece a un solo hombre o cuando está dominada por un solo controlador en el caso de las sociedades de hecho unipersonales. Las funciones societarias contribuyen más a engañar a los terceros que a asegurarles de la coherencia de la integridad y de la objetividad de las decisiones de gestión del patrimonio afectado a la empresa social.

Frente a estos ritos inútiles a ilusiones, la existencia de Cajas de garantía (terceros, pero terceros particularmente interesados en los resultados de la gestión) permite organizar un mínimo de obligaciones y de objetividad en la presentación y en el control de las cuentas de la E.P.R.L.

Mientras que todas las soluciones propuestas hasta el momento se colocan con objeciones sacadas de la organización interna de la estructura para la E.P.R.L. fundada sobre la adhesión obligatoria a una Caja de garantía, el resultado se conseguiría sin interferir en la gestión de la empresa propiamente dicha, conservando el empresario su plena responsabilidad y toda su autoridad de gestionar pero no sin reforzar su sentido de la vigilancia y las ocasiones para ejercerla.

Este pronunciamiento en favor de Cajas de garantía reposando sobre principios mutualistas podría crear un cierto riesgo de corporativismo. Para paliar el peligro presentado por una tal derivación del sistema presentado se recomienda dos medidas. En primer lugar, los jefes de E.P.R.L. deberían tener elección entre varias cajas y los poderes públicos deberán preocuparse de reunir y mantener las condiciones efectivas de esta elección. En segundo lugar, más bien que crear, cajas de garantía mutua especializadas, parece oportuno pedir Cajas de garantía o a otros organismos financieros de este género ya existentes encargarse de asegurar la garantía del patrimonio inembargable de los jefes de la E.P.R.L.

## DIVISION DEL PATRIMONIO DEL EMPRESARIO EN TRES MASAS PATRIMONIALES

*Se trataría de una excepción, entre otras,  
al principio de la unidad del patrimonio*

Los delicados equilibrios entre la seguridad y la responsabilidad conducen a poner en funcionamiento una distribución entre masas de bienes, obligaciones que manifiestan *status* diferentes en el interior del patrimonio del empresario.

Sin entrar en el detalle de una exposición doctrinal, es preciso admitir que el sistema propuesto constituiría una excepción al Código Civil y a los artículos en que se basa la teoría de la unidad de patrimonio especialmente desde el punto de vista de los derechos de los acreedores. Pero el Código Civil contiene el mismo derogaciones a este principio en alguno de sus artículos. De todas maneras, a fin de evitar ambigüedades convendría que el Código Civil (art. 2.092.2) fuese modificado en consecuencia por el añadido de un párrafo. La noción de masa patrimonial con *status* particular, en lo que concierne a los derechos de ciertos acreedores no es en absoluto ignorado por los códigos y leyes. Se podrían sacar ejemplos del Derecho económico-matrimonial y sucesorio. La noción de unidad patrimonial económica es antigua. La noción de afectación a una explotación sirve de fundamento a una gran parte del Derecho agrario. La Ley de 12 de julio de 1909 sustituyendo el «bien de familia» recuerda la noción de patrimonio inembargable e indisponible propuesto.

Incluso si se hace abstracción de la tolerancia de la sociedad de hechos unipersonales, se puede notar que el Derecho comercial hace constantemente llamada a la noción de patrimonio afectado, o de masa patrimonial unida a la explotación de una empresa.

Es preciso recordar por último, que no solamente el Derecho fiscal conoce la noción de afectación que rompe la unidad del patrimonio sino que más aún, realista y autónomo en relación con el Derecho civil lo utiliza constantemente por no decir sistemáticamente.

De todas las excepciones, *al principio de unidad de patrimonio*, únicamente los que permiten la existencia de sociedades unipersonales, de hecho o de derecho, le afectan irremediamente. Las otras se contentan de acondicionarle para alcanzar un fin preciso pero limitado. Va inscrito en la Empresa Personal de Responsabilidad Limitada, de tal suerte que se puede considerar que, en la medida en que su institución debería permitir acabar con el problema de las sociedades unipersonales no es paradójica ni poco razonable sostener que constituiría no un ataque definitivo al dogma de la unidad de patrimonio, sino un acondicionamiento realista

que debería permitir protegerle contra la multiplicación de ataques infinitamente más perniciosos que las necesidades imperceptivas de la vida de los negocios y de la economía de empresa han llevado a producir por la vía societaria.

*La empresa personal de responsabilidad limitada permitiría el reconocimiento de la «empresa sujeto» sin atentar contra el principio de responsabilidad del empresario.*

Innovador, ciertamente, tal organización patrimonial permite obtener una cierta disociación entre la empresa y el empresario.

En el plan teórico, se pasa de la *empresa objeto* a la *empresa sujeto*, pero sobre todo, en el plan práctico, se asegura mejor la continuidad, léase la supervivencia de la empresa célula de base, fuente de riqueza individual y colectiva separando parcialmente su destino de las vicisitudes de la vida de un hombre.

Uno de los fines esenciales de la reforma se encuentra pues alcanzado con ventaja considerable; el objetivo se realiza sin atentar contra los principios de la responsabilidad, de la autoridad y los compromisos personales del empresario. Esta observación es capital, pues en régimen de economía de mercado sus principios constituyen la fuente de juventud de las PYMES, el motor de su mecanismo, el punto de apoyo de su resistencia a las adversidades coyunturales y a las incertidumbres de la vida de los negocios.

*Distinción de tres masas activas y pasivas en el patrimonio del empresario:*

1. Porción de patrimonio afectado a la empresa.
2. Porción de patrimonio no afectado pero del cual puede disponerse en favor de la empresa, sea a iniciativa del empresario, sea por acción de los acreedores de la Empresa Personal de Responsabilidad Limitada.
3. Porción de patrimonio no afectado a la empresa, que no puede ser ni dado en garantía a los acreedores, ni embargado por ellos, salvo los casos excepcionales unidos a una falta grave y particular del empresario.

Como es poco probable que estas distinciones sean apercibidas y utilizadas si no se traducen concretamente en una fórmula breve, proponemos utilizar las siguientes denominaciones:

1. Patrimonio afectado.
2. Patrimonio disponible.
3. Patrimonio indisponible e inembargable.

**EL PATRIMONIO EMPRESARIAL DE AFECTACION: LA LEGISLACION PORTUGUESA.** (Decreto-ley núm. 248/86, de 25 de agosto.)

**LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA  
CONFIGURACION JURIDICA DE LA INSTITUCION**

Como señala MARÍA TERESA DE GISPERT en su trabajo *Afectación del patrimonio de pequeños empresarios a los riesgos del negocio* (Congreso Internacional de la Pequeña y Mediana Empresa, Torremolinos, octubre 1982), la consagración de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, requiere una adecuada ordenación de todos los posibles intereses en juego. Lo que supone que debe ser regulada de modo que, no sólo resulte operativa para su titular, sino que además ofrezca garantías satisfactorias a los terceros que con él se relacionen.

Dice la exposición de motivos del Decreto-ley 248/86, de 25 de agosto, sobre EIRL, de la legislación portuguesa: «Lo importante es que, al delimitarse los contornos jurídicos del instituto, se garanticen efectivamente los varios intereses envueltos, ya exigiendo el destino al establecimiento mercantil de una masa patrimonial de valor suficientemente elevado, ya instituyendo los mecanismos necesarios de control de la afectación de ese patrimonio al fin respectivo.»

Lo dicho ha de constituir, pues, la base y punto de partida del régimen de la EIRL que pasamos a analizar en sus principales aspectos:

**A) CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA LIMITADA: EL PATRIMONIO**

a) Tal constitución debe rodearse de la publicidad y las garantías necesarias. Así el acto se realizará en la correspondiente escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Escritura que contendrá una serie de menciones esenciales, la principal de ellas los bienes que quedan adscritos a la empresa, el llamado *patrimonio de afectación*, único que responderá de las obligaciones dimanantes de la explotación de aquella.

Otras menciones de la escritura, por exigencias de la publicidad y garantía antes señaladas serán:

- Circunstancias personales del empresario.
- Circunstancias del establecimiento: denominación, objeto (importante a efectos de delimitar las operaciones a que se afecta el patrimonio especial), domicilio y capital.
- Fecha de inicio de las operaciones y duración.
- Apoderamientos que, en su caso, otorgue el titular.

La mención esencial, como dijimos es el patrimonio, que presenta una serie de cuestiones que pasamos a analizar brevemente:

1. En primer lugar su valoración: Como dice V. Y GELLA, si es una cantidad fija en metálico, no hay problema. Pero si lo aportado son inmuebles, maquinaria, mercancías, etc., se aplicará el artículo 39 del Código de Comercio (Las partidas del balance se valorarán con arreglo a criterios objetivos que garanticen los intereses de tercero...).

Ello puede, no obstante, llevar a valoraciones inexactas que harían presumibles el dolo o culpa del empresario, con la consiguiente pérdida de la limitación de responsabilidad, como sanción. Para evitar esto, GISPERT señala como solución idónea la de someter la valoración del empresario a la verificación de expertos contables (ver art. 172 CCo.).

2. Por otra parte, como apunta V. Y GELLA, deberá aclararse que la responsabilidad se limita no a determinadas sumas, sino a determinados bienes, como sucede en las compañías mercantiles, es decir, precisamente a los bienes aportados, pues si se limita sólo a una cifra fijada, las disminuciones de valor por simple depreciación del activo irán en perjuicio de los acreedores, mientras que las plusvalías cederán a favor del titular.

3. Otro punto, es el de la cifra mínima del capital y su desembolso.

— *Cifra mínima*: a) Proyecto Champaud: fija el capital mínimo en 20.000 francos.

b) Decreto-ley portugués: 400.000 escudos (art. 3-2.º).

— *Desembolso*: a) Liechtenstein: No exige desembolso total.

b) Decreto-Ley portugués: Sí (art. 3,4.º: dice que el capital estará íntegramente desembolsado y la parte en numerario (como mínimo 2/3 del capital, art. 3,3.º), depositada en una institución de crédito en cuenta especial a nombre del titular del establecimiento.

Se completa el proceso constitutivo, como antes señalamos, con la inscripción en el Registro Mercantil para conocimiento de terceros. Inscripción que deberá tener carácter obligatorio y constitutivo y que puede completarse con la publicación en los periódicos oficiales y de mayor circulación de la localidad.

Finalmente, señala V. Y GELLA, cabe imponer al empresario que añada a su nombre algún término que dé a entender su situación. El papel timbrado del empresario para sus cartas, facturas, etc., lo expresará con claridad.

Todas estas exigencias de publicidad y garantía tienen una clara plasmación en el citado Decreto-ley portugués. Así:

1. Se exige escritura pública con una serie de menciones especiales (denominación: siempre añadirá EIRL).

2. Capital mínimo, del que 2/3 al menos serán en numerario. Depósito de dicho numerario en entidad de crédito.
3. Prohibición de diferir la realización de las aportaciones.
4. Control de las aportaciones en especie, que sólo pueden ser bienes realizables (pignorables), y han de ser previamente valoradas.
5. Exhibición y examen de la documentación pertinente por parte del Notario.
6. Inscripción en el Registro Comercial.
7. Publicación del acto constitutivo en el «Diario de la República», a instancia del Registrador.
8. Empleo de las menciones esenciales del establecimiento (firma, capital, sede...) en toda la correspondencia relativa a los negocios del mismo.
9. Responsabilidad en términos generales (ilimitada) del titular por las inexactitudes o deficiencias de los datos o declaraciones prestadas en vista de la constitución del establecimiento (véanse los arts. 2, 3, 4, 5, 7 y 9).

## B) ADMINISTRACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA EIRL

### 1. *Administración y gestión de la empresa.*

Como dijimos al principio, la afectación patrimonial a la empresa no priva al empresario de la propiedad de los bienes ni de la administración de los mismos.

Dice el artículo 8 del Decreto-ley portugués: «la administración del EIRL compete a su titular, aunque sea casado, y como consecuencia del régimen matrimonial de bienes, el establecimiento pertenezca al patrimonio común del matrimonio».

Por tanto, el empresario es el *gerente y titular* de la empresa y sobre él pesan las obligaciones que integran el estatuto jurídico del comerciante.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el empresario no sólo tiene otros bienes aparte de los afectados, sino que puede ser titular de varias empresas limitadas con los correspondientes patrimonios afectados, surgiendo el problema de que se produzca una inevitable colisión de intereses en sus distintos campos de actuación. Ante ello los autores (V. Y GELLA, GISPERT), apuntan diversas soluciones:

- La prohibición legal de que el empresario o sus más próximos familiares contraigan deudas con el establecimiento o utilicen el patrimonio afectado en garantía de obligaciones personales.

- Restringiendo la contratación entre estos sujetos y el negocio, o entre las distintas empresas limitadas entre sí.
- Prohibiendo que una persona sea titular de más de un único EIRL, como hace la legislación portuguesa (art. 1,3.º del citado Decretoley).

Otros puntos relacionados con la gestión de la empresa son los relativos a las ganancias (beneficios) y a la contabilidad. Este último punto lo trataremos más adelante a propósito de las «cuentas».

En cuanto a los beneficios, siempre que sean *reales*, el empresario puede:

- a) Retirarlos en su provecho personal, salvo que deban destinarse a cubrir las pérdidas del ejercicio.
- b) Constituir un fondo de reserva disponible.
- c) Aumentar el patrimonio afectado.

## 2. *Deudas de que responde el patrimonio del establecimiento.*

Como ya antes señalamos, las deudas de que responde el patrimonio del establecimiento son aquellas dimanantes del desenvolvimiento de las actividades comprendidas en el objeto de la empresa. De ahí la importancia ya señalada de tal objeto, el cual servirá de único criterio delimitador de las deudas derivadas de la explotación de la empresa limitada con relación a aquellas otras que el titular haya podido contraer en otros ámbitos.

En este sentido, surge un problema: ¿qué ocurre con los acreedores del empresario existentes con anterioridad a la constitución de la empresa limitada?

En principio, tendrán que dirigirse contra los bienes no adscritos al negocio, sin que tengan acción alguna contra el patrimonio afectado. Pero tal situación puede ser injusta y perjudicial y ante ello se proponen diversas soluciones:

- Concederles una caución sobre el crédito que el empresario ostenta respecto al activo del negocio.
- Otorgarles un derecho de oposición a la afectación del patrimonio si sus créditos no son pagados o garantizados.
- Permitirles una administración forzosa de la empresa.
- Permitir que concurren legalmente con los acreedores del negocio (a modo, como señala el art. 927 del Código de Comercio español en relación a los acreedores de los socios de una sociedad colectiva) o bien que puedan cobrar después de aquéllos.

(Si bien esto último debe tratarse con sumo cuidado al ser una alteración del orden legal-de prelación de créditos, que es materia de interés general.)

La citada legislación portuguesa tras establecer el principio general de que el patrimonio del establecimiento sólo responde de las deudas derivadas de la explotación, señala que los acreedores por deudas ajenas a la explotación podrán dirigirse contra el establecimiento probando la insuficiencia de los restantes bienes del deudor. Incluso si tales bienes no fuesen suficientes, el patrimonio responderá de cualesquiera deudas contraídas antes de la publicación del acto constitutivo el «Diario de la República» (véanse los arts. 10, 22 y 6 del citado Decreto-Ley portugués).

Todavía se complicará más la cosa (como señalan GISPERT y V. Y GELLA), en el caso de transformación de una empresa individual en la nueva figura. En tal caso los acreedores comerciales anteriores podrán dirigirse contra la totalidad de los bienes del empresario, los afectados y no afectados y según el grupo que elijan, los intereses de las distintas clases de acreedores se verán afectados.

Hay, por último, una serie de obligaciones de origen legal respecto de las cuales se plantea si debe jugar o no la limitación de responsabilidad (por ejemplo, el pago de la contribución industrial).

### 3. *Responsabilidad por las deudas del EIRL.*

En principio sólo responde el patrimonio afectado.

¿Y si tal patrimonio es insuficiente por causa inculpable al titular? Al respecto el Decreto-Ley portugués señala que en caso de insolvencia del titular por causa relacionada con la actividad del establecimiento; el insolvente responde con todo su patrimonio de las deudas contraídas en ese ejercicio, con tal de que se pruebe que el principio de separación patrimonial no fue debidamente observado en la gestión del establecimiento (art. 11).

### 4. *Organización de la cobertura de riesgos.*

El inconveniente fundamental que presenta la empresa limitada es el de sus repercusiones negativas cuando se precise recurrir al crédito. Circunstancia que no puede ser ignorada por el legislador.

Así el Proyecto Champaud propone para el caso el establecimiento de unas *cajas de garantía* a las que obligatoriamente deberán de adherirse los titulares de una empresa de este tipo, como requisito necesario para su constitución. Ello implica una mutualización del riesgo bajo la técnica

aseguradora y permite establecer un equilibrio entre la seguridad mínima que buscan los acreedores y aquella a la que aspiran los empresarios.

Las cajas de garantía permiten no sólo obtener una garantía suplementaria para las actividades empresariales, sino además resolver la necesidad de un control objetivo y externo de la gestión y resultados de la empresa, al asegurárseles una función de vigilancia y prevención respecto a los asociados.

Como señala GISPERT, en España tales objetivos serían perfectamente asumibles por las Sociedades de Garantía Recíproca, introducidas por el Real-Decreto de 26 de julio de 1978 y que pretenden ser un instrumento que posibilite a las pequeñas y medianas empresas solucionar sus problemas de financiación.

Cabe por ello pensar que la regulación legal de la EIRL debería contener en sus previsiones la obligatoriedad de adhesión de su titular a una SGR, mencionándose tal punto en la escritura.

### C) CUENTAS ANUALES

Como antes dijimos uno de los puntos relacionados con la gestión de la empresa es el relativo a la contabilidad.

El titular de la empresa limitada deberá cumplir la normativa general del Código de Comercio relativa a la contabilidad, elaborando anualmente las cuentas del establecimiento integradas por el balance y la cuenta de resultados. Cuentas que deberían depositarse en el Registro Mercantil y ser objeto de la debida publicidad.

Ahora bien, la responsabilidad limitada del empresario impone la conveniencia de establecer un adecuado sistema de control o auditoría de sus cuentas por parte de los expertos en la materia. En tal sentido el Decretoley portugués exige que junto a las cuentas se deposite en el Registro Mercantil un informe elaborado por un revisor oficial de cuentas (art. 12).

Otro punto relacionado con la contabilidad es el relativo a la *intangibilidad* del capital: el titular del establecimiento no podrá desafectar del patrimonio de éste, para fines relacionados con el negocio, cantidades que no respondan a beneficios líquidos reflejados por el balance. La legislación portuguesa le permite, sin embargo, disponer de cantidades a cuenta de los beneficios, si bien, si al final del ejercicio, tales cantidades exceden del total de los beneficios, el excedente se restituirá al patrimonio de la empresa, respondiendo el titular de esta obligación con todos sus bienes (artículo 14).

En relación también con la contabilidad y, dentro del balance, tienen su importancia el *fondo de reserva legal* que debe tener carácter obligatorio

y destinarse a cubrir las pérdidas o a aumentar el patrimonio de afectación (véase art. 15 del Decreto-Ley portugués).

#### D) MODIFICACIÓN DEL ACTO CONSTITUTIVO

##### 1. *Requisitos:*

- Escritura pública.
- Inscripción en el Registro Mercantil.
- Publicación en el «BOE» y periódicos de mayor circulación de la localidad.

##### 2. *Aumento de capital o patrimonio de afectación:*

- Cumplirá los requisitos de forma y publicidad señalados.
- Podrá realizarse:
  - Con nuevas aportaciones (numerario, bienes o derechos) procedentes de la masa no adscrita.
  - Con cargo a los beneficios obtenidos.
  - Con cargo a las reservas legales o libres.

##### 3. *Reducción de capital.*

Los requisitos de forma y publicidad ya han sido estudiados.

El tema es más espinoso. Dejando aparte posibles intenciones fraudulentas, la necesidad de recurrir a una desafectación de parte de los bienes puede venir justificada por:

- La disminución de la actividad de la empresa.
- Las pérdidas que ésta experimente.

En el primer caso, deberán observarse las garantías necesarias por los acreedores: al igual que ocurre en las Sociedades Anónimas y en las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Mientras que en el segundo caso, si las pérdidas son continuadas y no hay posibilidad de reposición, la reducción, inevitablemente, conducirá a la disolución de la empresa, al menos en régimen de responsabilidad limitada.

En el Decreto-ley portugués se establecen dos supuestos:

1. Reducción con autorización judicial.
2. Reducción sin autorización judicial para compensar pérdidas.

#### 4. *Transmisión y constitución de derechos reales.*

El Decreto-ley portugués admite expresamente la transmisión por acto gratuito u oneroso del EIRL; así como su arrendamiento. Recoge también la posibilidad de usufructo y prenda (en nuestro sistema sería la hipoteca mobiliaria).

Tales actos se sujetan a las formalidades previstas en general para toda modificación del acto constitutivo (escritura pública, inscripción en el Registro y publicación en diario oficial) (véanse arts. 21 y 22).

#### E) INSOLVENCIA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Nos encontramos aquí en el punto «clave» de la institución (V. Y GELLA), pues es entonces cuando entra en juego el beneficio de la responsabilidad limitada.

Resulta entonces, que el empresario se hallará en quiebra respecto a determinados acreedores (los de la empresa), mientras que respecto a otros sigue gozando plenamente de sus derechos.

Ahora bien, la separación de patrimonios desaparecerá si se trata de quiebra culpable o fraudulenta. Pues, estamos ante figuras legalmente configuradas como delitos que excluyen la aplicación del privilegio de una responsabilidad limitada, pues ésta se excluye siempre en los casos de dolo y culpa grave.

Así cabe plantearse si resulta operativa la mera institución.

Más aún, si tenemos en cuenta que en muchos casos es el propio empresario quien renuncia a su privilegio buscando un convenio amistoso con los acreedores que le evite llegar al juzgado.

Según el Decreto-Ley portugués, como señalamos, establece en caso de insolvencia, relacionada con la actividad de la empresa, la responsabilidad ilimitada del titular, por las deudas derivadas del ejercicio de la actividad y siempre que se pruebe que no se observó debidamente en la gestión del establecimiento el principio de separación patrimonial.

#### F) DISOLUCIÓN DE LA EMPRESA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

- *Legal*: Por causas previstas en la normativa reguladora.
- *Voluntaria*: Por decisión del titular, dejando siempre a salvo los intereses de terceros.

En ambos casos, la disolución puede ir seguida o no *de la liquidación* de la empresa ya que el titular puede continuar la explotación bajo el régimen normal de responsabilidad ilimitada.

En cualquier caso, la operación deberá rodearse de las adecuadas medidas de *garantía y publicidad*, que dejen a salvo los intereses de los terceros y, en particular, de los acreedores.

## 2. ESTABLECIMIENTO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADES LIMITADA

### Decreto—lei n.º 248/86 de 25 de Agosto

1. Através do presente diploma cria-se e regulamenta-se um instituto até agora desconhecido entre nós: o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada.

Como é geralmente sabido, vem sendo defendida há várias décadas por importante sector da doutrina a limitação da responsabilidades do comerciante em nome individual pelas dívidas contraídas na exploração da sua empresa.

Contra essa solução têm sido, porém, invocados vários argumentos. Assim, observa-se que a concessão desse favor colocaria terceiros (credores comerciais e particulares do comerciante) sob a ameaça de graves prejuízos.

Aduz-se depois que a responsabilidades ilimitada patrimonial do comerciante é o factor que melhor o pode ajudar a obter o crédito de que necessita. Pondera-se ainda ser justo que quem detém o domínio efectivo de uma empresa responda com todo o seu património pelas dívidas contraídas na respectiva exploração.

Tais argumentos não parecem decisivos. Quanto ao primeiro, a réplica surge de imediato: tudo vai do regime a que submeta o novo instituto. Não constitui, na verdade, dificuldade insuperável incluir nele normas adequadas a assegurar a terceiros uma tutela eficaz. E esta é justamente uma das linhas dominantes a uma das ideais-força do presente diploma.

Relativamente aos outros dois argumentos, ambos são contraditados pela larga difusão que encontrou o tipo das sociedades de responsabilidades limitada (entre nós chamadas sociedades por quotas), criado pelo legislador alemão em fins do século passado como resposta a necessidades sentidas na prática. Ora, em numerosíssimos casos, os poderes de gerência na sociedades por quotas competem a todos os sócios, o que prova, como se escreveu recentemente, que a limitação da responsabilidade de quem

tem nas mãos as alavancas do comando da empresa não prejudica, afinal, o recurso ao crédito, não entorpece, pois, o comercio.

«Por outra via, todos sabemos como o rigor da lei, ao denegar *ex silentio* o favor da limitação da responsabilidad ao empresário individual, é por toda a parte facilmente iludido, graças ao expediente das sociedades unipessoais», um fenómeno, como também se sabe, hoje vulgaríssimo na prática de todos os países.

2. Apontaram-se, e contraditaram-se, as principais razões que poderiam condenar a admissão de novo instituto. Enunciem-se agora os mais importantes argumentos em seu favor.

Como também já se aduziu, o exercício profissional da actividade mercantil implica pesados riscos: é a álea inerente ao comércio. Para alcançar benefícios, importa correr o risco de suportar graves prejuizos. Prejuizos que no limite podem acarrear a ruína da empresa, sendo certo que, no quadro do direito vigente, é muito difícil que a ruína da empresa não arraste consigo a do próprio empresário (individual) e virtualmente a da sua familia: de facto, é principio acolhido na generalidade dos sistemas jurídicos o de que o devedor responde com todo o seu património pelas obrigações validamente assumidas. Por outro lado, a regulamentação a que o nosso direito sujeita as dividas comerciais dos devedores casados em regime de comunhão [v. Código Civil, art. 1691.º, n.º 1, alínea *d*), e Cód. Comercial, arts. 15.º e 10.º], associada à realidade sociológica portuguesa (são poucos entre nós os casamentos em que vigora o regime de separação de bens), torna pouco provável que a falência do comerciante não consuma o melhor do patrimonio familiar.

O juizo favorável à limitação de responsabilidade do empresário singular, que daqui emerge, não se altera se forem perspectivadas as coisas do ponto de vista do interesse da própria organização mercantil, ou seja, da empresa. Certo é que os credores da empresa perdem agora a vantagem de poderem executar a totalidade do património de empresário e do de seu casal, mas ganham em troca a de verem os bens investidos no estabelecimento rigorosamente afectados ao pagamento das dividas contraídas na respectiva exploração. Efectivamente, qualquier que seja a opção tomada quanto ao enquadramento jurídico do novo instituição, sempre ela há-de ter por base a constituição de un património autónomo ou de afectação especial, com o regime caracteristico (bem conhecido) desta figura.

Pronto é que, ao delinearem-se os contornos jurídicos do instituto, efectivamente se acautelem os vários intereses envolvidos, quer exigindo a destinação ao escopo mercantil de uma massa patrimonial de valor suficientemente elevado, quer instituindo os necessários mecanismos de controle de afectação desse património ao fim respectivo.

3. De resto, a inovação legislativa de que se trata não representará um salto no desconhecido por parte do legislador português, antes tal actuação alinhará com a de outras legislações que, frequentemente, têm sido fonte de inspiração da nossa. Com efeito, razões idênticas ou próximas das atrás apontadas levaram a que, recentemente, na Alemanha (*GmbH-Novelle de 1980*) e na França (*Lei n.º 185.697, de 11 de Julho de 1985*) fosse dada resposta legislativa favorável à pretensão do empresário individual de afectar ao giro mercantil unicamente uma parte do seu património.

A solução adoptada pelos legisladores alemão e francês —admissibilidade da criação *ab initio* da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada— é, de facto, uma das duas vias possíveis para enquadrar juridicamente a situação em causa. A outra é representada pela criação de um nova figura jurídica —a empresa (*rectius*: o estabelecimento) individual de responsabilidades limitada (com ou sem personalidade jurídica).

Qualquer destas soluções tem a seu favor e contra si vários argumentos.

Examine-se a primeira, que é a da sociedade unipessoal.

4. Consistirá esta na admissibilidade da constituição de uma sociedade comercial de responsabilidade limitada com um único sócio. Por ela enveredaram, como já foi dito, os legisladores alemão e francês. Certo que, tanto nos países europeus (mormente nos de cultura jurídica germânica) como em algumas nações latino-americanas, não se desconhece a específica problemática inerente à solução frontal de questão, ou seja, a admissão da figura do estabelecimento (empresa) mercantil individual de responsabilidade limitada. Pelo contrário, o assunto tem sido repetidamente objecto de profundas análises doutrinárias e, até, de vários projectos legislativos.

No entanto, não foi essa a solução que prevaleceu nos referidos países. Porquê?

5. Foram duas, no essencial, as razões que levaram o legislador alemão a optar pela solução consagrada na GmbH-Novelle de 1980:

a) A grande difusão que a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* unipessoal conhecia na prática: há longo tempo admitida pela doutrina e jurisprudência, o próprio legislador a tinha já reconhecido (assim, o § 15 da *Umwandlungsgesetz*, de 6 de Novembro de 1986). Mas há mais. A *praxis* não legitimava apenas as sociedades de responsabilidade limitada que em certo momento, em virtude de vicissitudes normais da sua existência jurídica, ficara reduzida a um único sócio: ia bastante mais longe, pois coonestava as próprias sociedades *ab initio* constituídas por um único sócio verdadeiro, secundado (por via das aparências) por um ou mais testas-de-ferro (*Strohmann*);

b) A maior facilidade em declinar um regime jurídico para esta situação: com efeito, a administração da sociedade de responsabilidade limitada de um único sócio (Einmann-GmbH) apenas implicaria a adaptação de algumas normas de regime de GmbH, ao passo que a outra opção —criação da empresa individual da responsabilidade limitada— levantaria muito mais graves dificuldades.

Assim se pensou na Alemanha.

E não foram por certo diferentes das referidas as razões que pesaram no espírito do legislador francês e o levaram a admitir a constituição da sociedade de responsabilidade limitada com um único sócio (aliás, curiosamente, a lei em questão intitula-se «loi relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée»).

Assim procedendo, renunciou-se ao conceito tradicional da sociedade como contrato. Dogmaticamente, a sociedade é contrato e é instituição. Entretanto, as duas citadas leis presupõem, ambas, uma construção dogmática em que aquela primeira componente (a ideia de contrato) é obliterada, ficando a sociedade reduzida à sua vertente institucional. E isto porque, bem atentas as coisas, e perspectivada agora a matéria a outra luz, a sociedade passa a ser preferentemente olhada como uma técnica de organização da empresa. O número daqueles que podem tirar proveito dessa técnica passa a não interessar. A sociedade de uma única pessoa não deixa de ser sociedade.

6. Quanto, porém, ao nosso país, as coisas não se apresentam do mesmo modo: as razões apontadas no número anterior não valem aqui com mesma intensidade.

E certo que a ideia da sociedade com um único sócio encontra hoje aceitação generalizada tanto na doutrina como na prática, e até a novo Código das Sociedades Comerciais, vencidas algumas hesitações, lhe dará consagração igual àquella que um importante sector da doutrina nacional de há muito vinha preconizando.

Mas, em contrapartida, não deixa de ser verdade que entre nós (diferentemente do que acontece na Alemanha) nunca se admitiu —entre outras razões, por fidelidade à ideia da sociedade-contrato— a unipersonalidade originária. E não menos certo é, por outro lado, que (e também ao invés do que se passa naquele país) as contribuições portuguesas sobre a regulamentação jurídica específica das sociedades de um único sócio são escassas. A hiptese configurada no art. 488.º daquele novo Código repercute um regime excepcional, que não altera esta forma de ver as coisas.

Eis porque, tudo pesado, não parece que a figura de sociedade unipessoal, nos latos termos em que passou a ser emitida no direito alemão e francês, seja em Portugal o instrumento jurídico mais apropriado para a solução do problema da limitação de responsabilidade do empresario

individual. Mais lógico e mais conforme com os princípios tradicionais do nosso direito se apresenta a outro caminho apontado: a criação de um novo instituto jurídico — o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada. Esta se afigura ser a solução preferível, apesar da inovação que representa e das acrescidas dificuldades de regulamentação que determina.

7. Dilucidado este problema, outra questão desponta, que é a de saber se a disciplina legal da empresa individual de responsabilidade limitada deve assentar na construção desta empresa como pessoa jurídica, ou ter como ponto de referência a ideia de património autónomo ou de afectação especial.

O projecto da lei recentemente apresentado ao Parlamento Belga, que contém uma proposta de regulamentação bastante minuciosa na presente matéria, orienta-se expressamente no sentido da empresa-pessoa jurídica. Tal construção parece, em rigor, desnecessária. Sobre este assunto escreve-se, não há muito tempo, numa revista jurídica portuguesa, o seguinte:

Alguns dos autores que dão a sua adesão à ideia da criação da E. I. R. L. — em detrimento da administração das sociedades unipessoal (*lato sensu*) — propõem que àquela seja arribuída a personalidade jurídica, vendo no fenómeno um acto jurídico unilateral, semelhante ao acto pelo qual se institui uma fundação — com a diferença de o fim social previsto na lei ser aqui substituído pelo fim económico lucrativo.

Outros, porém, rejeitam tal construção, pronunciando-se antes pela solução que concebe a E. I. R. L. como um património separado ou autónomo ou, de outro ângulo de vista, como um património de afectação.

Por nossa parte, não reconhecemos a este ponto uma importância fundamental, pois qualquer das vias apontadas poderá conduzir a resultados satisfatórios. Necessário é que o legislador, optando por uma delas, consagre uma instituição estruturada de molde a servir os interesses do comerciante, sem, contudo, descuidar a protecção dos interesses de terceiros (contendo normas destinadas a evitar ou reprimir abusos que a introdução dessa instituição no ordenamento jurídico poderia propiciar).

No entanto, sempre diremos que a primeira das alternativas que se depara ao legislador nos parece representar, em relação à segunda, um processo mais complicado e, simultaneamente, mais artificial. Efectivamente, se o que se pretende consagrar é um expediente técnico legal que permita ao comerciante em nome individual destacar do seu património geral uma parte dos seus bens, para a destinar à actividade mercantil, então o meio mais directo (e também o único despido de ficção) será o de conceber a E. I. R. L. como um património separado.

Esta análise parece correcta, sendo aceitável, mas suas linhas gerais, a conclusão que propõe. Ele servirá, pois, de base à disciplina jurídica aolhida no presente diploma.

De resto, a limitação de responsabilidade do agente económico individual tem tradições muito antigas do direito mercantil. Referimo-nos à possibilidade desde cedo reconhecida ao armador do limitar a sua responsabilidade pelos riscos da expedição marítima à chamada «fortuna de mar», ficando a salvo deles a «fortuna da terra».

8. Certo que contra a solução afoptada militaría o chamado principio de *unidade* e da indivisibilidade do património, se tal principio valesse com o carácter absoluto que por alguns autores mais antigos (como Aubry e Rau) lhe foi atribuidos cada pessoa apenas pode ter um único património, o qual não é susceptível de ser dividido —e quem se obriga obriga tudo quanto é seu. Isto é realmente assim em principio, mas de há muito distintas, afectas pelo direito constituído a possibilidade de formação de massas patrimoniais distintas, afectas a fins especiais, dentro de património geral do titular. Basta pensar na massa falida e na herança.

E verdade que esta separação patrimonial só existe em casos contados —aqueles em que o legislador considerou dever seguir esse caminho por atenção a interesses julgados especialmente relevantes e que devem prevalecer sobre aquele de que é expressão entre nós o art. 601.º do Cód. Civil. Mas justamente do que se trata é de saber se o interesse que está a ser encarado não deverá ser tutelado legislativamente de modo análogo. Ora, as razões invocadas logo de início —as razões susceptíveis de justificarem a limitação da responsabilidade do comerciante singular— levam a responder afirmativamente a esta questão.

9. Isto posto, há que acentuar uma ideia que, como se evidenciou (n.º 1), está no espírito de todos quantos têm aderido à tese da admissibilidade da limitação da responsabilidade do empresário individual. Trata-se do seguinte: se o interesse do comerciante leva a admitir aquela limitação, importa, por outra via, *acautelar, através de medidas apropriadas, o interesse de terceiros que entram em relação com o estabelecimento*. Neste sentido devem figurar no estatuto da empresa ou estabelecimento do responsabilidade limitada normas que assegurem a efectiva realização do capital com que o mesmo estabelecimento se constituiu; que fixem um capital inicial mínimo suficientemente elevado para evitar o recurso à limitação de responsabilidade em empreendimentos que, pelo seu porte, a não justifiquem; que garantam a adequada publicidade dos vários actos concernentes à constituição, funcionamento e extinção da empresa ou estabelecimento de responsabilidade limitada; que consagrem a autonomia patrimonial dos bens destinados pelo comerciante à empresa, em termos

de estos só virem a responder pelas dividas contraídas na respectiva exploração e de, por outro lado, tais dívidas serem unicamente garantidas por esses bens; que assegurem a efectividade de separação patrimonial, prevendo, designadamente, que o comerciante passe a responder com a totalidade dos seus bens pelas dívidas comerciais, sempre que não respeite aquela separação; que imponham ao comerciante a obrigação de manter uma escrituração e contabilidade adequadas a revelar, ano a ano, com exactidão e verdade, os resultados da sua exploração.

10. Resta dizer uma palavra sobre a denominação do novo instituto: empresa ou estabelecimento individual de responsabilidade limitada?

Os vocábulos «empresa» são muitas vezes tomadas como sinónimos; o que está certo, desde que a palavra «empresa» surja, em determinado contexto, para aludir a um objecto de direitos, a um valor no património de alguém.

Mas a palavra «empresa» serve também para referir a própria actividade do empresário —a actividade organizada para a produção ou circulação de serviços, com vista ao mercado e à obtenção de um lucro. Coisa diversa, pois, do que usualmente se entende por estabelecimento comercial; este é o conjunto organizado de meios através dos quais o comerciante explora a sua empresa.

Vistas a coisas deste modo, o que pretende autonomizar-se em relação ao património geral do titular não é certamente a empresa —uma actividade— mas sim o estabelecimento. Daí que se tenha preferido para a figura que ora se cria a designação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

11. Como vai disposto no lugar próprio, nenhuma pessoa física poderá ter mais do que um estabelecimento sujeito ao regime instituído por este diploma. Nada obsta, porém, a que um mesmo estabelecimento ou organização mercantil correspondam várias unidades técnicas. Claro está que pode constituir delicado problema averiguar, em determinado caso, se está em presença de estabelecimentos autónomos ou de simples formas de descentralização de um mesmo estabelecimento. Tomando-se extremamente arriscado formular em tal matéria critérios precisos, prefere deixar-se neste momento a solução em termos gerais do problema à doutrina e à jurisprudência. A optar-se aqui pela via da definição legislativa, a ocasião própria para o fazer será a da regulamentação global da matéria mercantil e, designadamente, do estabelecimento comercial, regulamentação que, aliás, está prevista.

Assim:

O Governo decreta, nos termos da alínea aÇ do n.º 1 do art. 201.º da Constituição, o seguinte:

## ESTABLECIMIENTO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

### CAPITULO I

#### Constituição

##### Artigo 1.º

###### *(Disposições preliminares)*

1. Qualquer pessoa singular que exerça ou pretenda exercer uma actividade comercial pode constituir para o efeito um estabelecimento individual de responsabilidade limitada.
2. O interessado afectará ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada uma parte do seu património, cujo valor representará o capital inicial do estabelecimento.
3. Uma pessoa só pode ser titular de um único estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

Atento o teor do n.º 2 deste artigo, quer do n.º 1 do art. 11, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada assume a *natureza jurídica de património separado* dentro do património geral do titular, património que ficará rigorosamente afectado à prossecução dos fins do estabelecimento e que será ao mesmo tempo, em principio, a garantia única dos respectivos credores.

Vid., sobre o tema do estabelecimento individual FERRER CORREIA, «Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa», em *Rev. Ord. Advog.*, 44.º (Maio, 1984), págs. 13 a 19; MARIAÁNGELA COELHO, «A limitação de responsabilidade do comerciante em nome individual», em *Rev. Dir. e Econ.*, n.º 6/7 (1980/1981), págs. 3 a 48.

##### Artigo 2.º

###### *(Forma do acto constitutivo)*

1. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada constitui-se mediante escritura pública, em que deve outorgar o proprietários dos bens, por si ou por intermédio de representante legalmente habilitado.
2. A escritura deve indicar:
  - a) A firma, sede, objecto e capital do estabelecimento;
  - b) A declaração de que se procedeu ao depósito das quantias liberadas,

nos termos dos artigos 3.º e 4.º de que foram feitas as entradas em espécie, se as houver;

c) O nome, a nacionalidade e o domicílio do titular do estabelecimento e ainda a firma, se va a tiver;

d) A data em que o estabelecimento inicia a sua actividade e o respectivo prazo de duração, se não for constituído por tempo indeterminado;

e) O montante aproximado dos impostos ou tazas a cujo pagamento o titular sujeito em virtude da constituição do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

3. A firma do estabelecimento será constituída pelo nome do titular, acrescido ou não de uma referência ao objecto do comércio nele exercido, e incluirá sempre o aditamento «estabelecimento individual de responsabilidade limitada» ou sigla «E. I. R. L.».

### Artigo 3.º

#### *(Capital — Sua formação)*

1. O montante do capital será sempre expresso em escudos.

2. O capital mínimo do estabelecimento não pode ser inferior a 400.000 \$.

3. O capital será realizado em numérario, coisas ou direitos susceptíveis de penhora, não podendo a parte em numerário ser inferior a dois terços do capital mínimo.

4. O capital deverá estar integralmente liberado no momento da outorga da escritura e a parte em numerário, deduzidas as quantias referidas na alínea e) do n.º 2 do artigo 2.º, encontrar-se depositada numa instituição de crédito à ordem do titular do estabelecimento, em conta especial, que só poderá ser movimentada após a celebração do acto constitutivo.

5. O depositante poderá dispor livremente das quantias depositadas se a escritura de constituição do estabelecimento se não efectuar no prazo de 90 dias a contar do depósito.

6. Se houver entradas em espécie, será apresentado ao notário um relatório em que se descreva o seu objecto e se indiquem os critérios da respectiva avaliação e o valor atribuído a cada uma delas.

## Artigo 18.º

*(Aumento do capital mediante incorporação de reservas)*

1. O aumento do capital do estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode ser também efectuado mediante incorporação de reservas disponíveis.
2. Este aumento só pode ser efectuado depois de elaboradas as contas do último exercício; se, porém, já tiverem decorrido mais de seis meses sobre a elaboração dessas contas, a existência das reservas a incorporar só pode ser provada por um balanço especial organizado nos termos previstos para o balanço anual.
3. O balanço anual, ou o balanço especial a que se refere o número anterior, acompanhado de um parecer elaborado por um revisor oficial de contas, deve ser verificado pelo notário antes de celebração da escritura; esses documentos serão juntos ao requerimento de inscrição do aumento do capital no registro comercial.

## SECCÃO II

## REDUÇÃO DO CAPITAL

## Artigo 19.º

*(Redução do capital com autorização judicial)*

1. A redução do capital do estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode efectuar-se por escritura pública, se o titular obtiver autorização judicial, nos termos dos artigos 1487.º e seguintes do Código de Processo Civil, a aplicar com as necessárias adaptações.
2. A autorização judicial não será concedida se, após a redução, a situação líquida do estabelecimento não exceder o novo capital em, pelo menos, 20 %.

Dá-se o nome de «situação líquida, dum modo geral, à diferença entre o activo e o passivo (vid RAUL DÓRIA, *Dicionário prático de comércio e contabilidade*, vol 2.º, 3.ª ed., págs 502 a 509).

## Artigo 20.º

*(Redução do capital para compensar perdas)*

1. A autorização judicial prevista no artigo anterior é dispensada se a redução for destinada unicamente à compensação de perdas.

2. Nesta hipótese, pode qualquer credor do estabelecimento individual de responsabilidade limitada requerer ao tribunal, até 30 dias depois de publicada a redução, que, durante um período a fixar, seja vedado ao titular retirar do estabelecimento quaisquer verbas provenientes da redução, ou a título de reservas disponíveis ou de lucros. A providência requerida será decretada, a menos que o crédito do requerente seja entretanto satisfeito ou garantido por modo adequado.

3 O titular do estabelecimento fica sujeito à proibição referida no número montante inferior ao mínimo fixado no artigo 3.º; contudo esta redução não produz os seus efeitos enquanto não for levado a cabo um aumento do capital que o eleve ao mínimo exigido.

## CAPITULO V

### **Negociação, oneração o penhora do estabelecimento individual de responsabilidade limitada**

#### Artigo 21.º

*(Negócios jurídicos e direitos sobre o estabelecimentos)*

1. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode ser transmitido por acto gratuito ou oneroso, ou dado em locação. Pode ainda sobre ele constituir-se um usufructo ou um penhor, produzindo esse os seus efeitos independentemente da entrega do estabelecimento ao acreedor.

2. Os actos referidos no número anterior, enquanto actos entre vivos, estão sujeitos às condições de forma e de publicidade previstas no artigo 16.º

3. Ao locatário e ao usufrutuário do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, durante o período de duração da locação e do usufruto, é aplicável o disposto neste diploma sobre os poderes e deveres do titular do estabelecimento.

4. Se o adquirente do estabelecimento individual de responsabilidade limitada for já titular de um estabelecimento da mesma natureza, será nula a aquisição, sem prejuízo, dos direitos de terceiros de boa fé.

1. A harmonização do preceituado neste artigo com a legislação locatícia sujeita algumas questões, nem todas de fácil solução.

Assim não terá sido intenção do legislador revogar ou sequer modificar as normas que impõem o consentimento do senhorio, quando o estabelecimento funcione em local tomado de arrendamento.

Nesse pressuposto, haverá que ter presente, no que concerne à locação do estabelecimento, o disposto no art. 1085.º do Cód. Civil, cuja interpretação não é consabidamente pacífica quanto à necessidade de autorização do senhorio e à posterior comunicação do negócio (vid., por todos, M. JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos Comerciais*, 1986, págs. 13 a 21), e

quanto à sua transmissão por trespasse o prescrito no art. 1118.º do mesmo diploma (cf. A. e ob. *cits.*, págs. 57 e segs.).

2. A regra do n.º 4 é inaplicável à sucessão *mortis causa*, para a qual rege o disposto no n.º 4 do art. 23.º

## Artigo 22.º

*(Penhora do estabelecimento individual de responsabilidade limitada)*

Na execução movida contra o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada por dívidas alheias à respectiva exploração, os credores só poderão penhorar o estabelecimento provando a insuficiência dos restantes bens do devedor.

## CAPITULO VI

### **Liquidação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada**

## Artigo 23.º

*(Morte do titular ou separação patrimonial dos cônjuges)*

1. A morte do titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou, nos casos em que ele for casado, qualquer outra causa que ponha fim à comunhão de bens existentes entre os cônjuges não implica a entrada em liquidação do estabelecimento, mantendo-se a afectação do respectivo património nos termos do acto constitutivo.

2. Se os herdeiros do titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou os cônjuges não chegarem a acordo sobre o valor a atribuir ao estabelecimento ou sobre a quota-parte que deve ingressar no património de cada um, qualquer deles pôde pedir ao tribunal que fixe esse valor ou essa quota-parte.

3. Decorridos 90 dias sobre a morte do titular do estabelecimento ou sobre o acto constitutivo da separação patrimonial de cônjuges, se os herdeiros ou os cônjuges não vierem a acordo sobre o destino do estabelecimento, qualquer interessado pode pedir a sua liquidação judicial.

4. Se o titular de um estabelecimento individual de responsabilidade limitada adquirir por sucessão *mortis causa* a propriedade de um outro estabelecimento da mesma espécie, deverá alienar ou liquidar um deles, ou transmitir a respectiva exploração.

5. O herdeiro ou o cônjuge não titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada que, em virtude dos factos referidos no n.º 1, venha a assumir a titularidade do estabelecimento dará publicidades à ocorrência no «Diário da República». O novo titular deve ainda requerer a inscrição verificada no registro comercial, apresentando, com o requerimento de inscrição, os documentos que atestem a mudança de titularidades do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

A fixações do valor a atribuir ao estabelecimento e/ou a determinação da quota-parte que deve ingressar no património de cada um dos herdeiros do titular do estabelecimento, parece que deverá seguir a forma de processo especial de acção de arbitramento, regulada nos arts. 1052.º e segs. do CPC.

O certo, porém, é que, fazendo o estabelecimento parte da herança do *de cuius*, a forma de pôr termo à comunhão hereditária é o processo especial de inventário (art. 1326.º-1 do CPC), o qual será obrigatório se houver interessados menores ou equiparados.

Não sendo realista pensar que um processo de inventário, ou mesmo uma acção de arbitramento, chega ao seu termo em menos de 90 dias, ter-se-á de concluir que a solução consagrada no n.º 3 deste artigo, ao permitir que, findo o indicado prazo, qualquer interessado possa pedir a liquidação judicial do estabelecimento, é manifestamente infeliz e denota que o legislador não teve presente ou não valorou adequadamente aspectos essenciais do problema, maxime a existência de menores interessados no estabelecimento.

## Artigo 24.º

### *(Casos de liquidação imediata)*

O estabelecimento individual de responsabilidade limitada entra imediatamente em liquidação:

- a) Por declaração do seu titular, expressa em escritura pública;
- b) Pelo decurso do prazo fixado no acto constitutivo;
- c) Pela sentença que declare a falência do titular;
- d) Pela impossibilidades de venda judicial na execução movida por um dos credores do titular, ao abrigo do artigo 22.º

## Artigo 25.º

*(Casos de liquidação judicial)*

1. Além do caso previsto no artigo 23.º, n.º 3, a liquidação judicial do estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode ainda ter lugar se algum interessado a requerer em acção intentada para esse fim com um dos fundamentos seguintes:

a) Achar-se complementamente realizado o objecto do estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou verificada a impossibilidades de o realizar;

b) Encontrar-se o valor do património líquido reduzido a menos de dois terços do montante do capital.

2. Na hipótese prevista na alínea b) do número anterior, o tribunal pode, se assim o entender, fixar ao titular um prazo razoável, a fim de que a situação seja regularizada, suspendendo-se entretanto os termos da causa.

## Artigo 26.º

*(Publicação da liquidação)*

1. O titular deverá requerer a inscrição no registo comercial da entrada em liquidação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

2. Nos casos previstos na alínea c) de artigo 24.º e no artigo 25.º, deve o tribunal notificar da sentença a competente conservatória do registo comercial, que, oficiosamente, e a expensas do titular, procederá à inscrição da entrada em liquidação do estabelecimento.

3. No caso previsto na alínea a) do artigo 24.º, a inscrição far-se-á com base na escritura pública ali mencionada.

4. O conservador do registo comercial deverá promover, nos termos da legislação a este aplicável, a publicação, no «Diário da República», da entrada em liquidação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

5. A entrada em liquidação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada produz efeitos em relação a terceiros a partir do momento em que seja publicada, nos termos do número anterior.

## Artigo 27.º

*(Proceso de liquidação)*

1. A liquidação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada será feita nos termos dos artigos seguintes. Na hipótese de falência, os termos da liquidação são os da lei de processo, devendo respeitar-se sempre a preferência dos credores do estabelecimento em relação aos credores comuns do falido.

2. A firma do estabelecimento individual de responsabilidade limitada em liquidação deverá ser seguida das palavras «em liquidação». Esta menção e o nome do liquidatário devem figurar em todos os actos e documentos destinados a terceiros.

O processo de liquidação, regulado neste e nos artigos seguintes, surge, naturalmente, como um *processo especial*.

Todavia, como, por um lado, o legislador não mandou aplicar subsidiariamente nenhuma das formas de processo especial regulado na lei (v. g., o processo de liquidação de patrimónios em benefício de sócios: arts. 1122.º e segs. do CPC), e como, por outro lado, qualquer das formas de processo especial é insusceptível de aplicação analógica (art. 460.º-2 do CPC), segue-se que o processo de liquidação do estabelecimento deverá seguir a *forma comum*, com as especialidades (?) fixadas neste diploma.

## Artigo 28.º

*(Liquidatário)*

O liquidatário será o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada; ele determinará o modo da liquidação. Nas hipóteses de liquidação judicial, o tribunal pode designar outra pessoa como liquidatário, bem como regular o modo da liquidação.

## Artigo 29.º

*(Responsabilidade do liquidatário)*

O liquidatário responde em face de terceiros, nos termos gerais de direito, pelos prejuízos resultantes de irregularidades cometidas no desempenho das suas funções. Se o liquidatário não for o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, responderá nos mesmos termos perante este.

## Artigo 30.º

*(Deveres e poderes do liquidatário)*

1. O liquidatário deve ultimar os negócios pendentes, cumprir as obrigações e cobrar os créditos do estabelecimento individual de responsabilidade individual.

2. O liquidatário pode ainda:

a) Continuar temporariamente a actividade anterior do estabelecimento;

b) Contrair empréstimos ou empreender outros negócios necessários à efectivação da liquidação;

c) Proceder à alieação em globo do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

3. Se o liquidatário for pessoa diferente do titular do estabelecimento, só com autorização judicial pode praticar os actos referidos no número anterior.

## Artigo 31.º

*(Liquidação do passivo do estabelecimento individual de responsabilidade limitada)*

1. O liquidatário pagará todas as dívidas do estabelecimento, exigíveis ou não exigíveis, ainda que os prazos tenham sido estabelecidos em benefício dos credores.

2. Os credores serão avisados pelo liquidatário, através de um dos jornais mais lidos na localidade da sede do estabelecimento, de que este se encontra em liquidação e de que deverão apresentar-se a reclamar os seus créditos.

3. No caso de se verificarem as circunstâncias previstas no artigo 841.º do Código Civil, deve o liquidatário proceder à consignação em depósito do objecto da prestação.

4. Relativamente às dívidas litigiosas, os liquidatários acautelarão os eventuais do credor por meio de caução, prestada nos termos do Código de Processo Civil.

## Artigo 32.º

*(Contas anuais da liquidação)*

O liquidatário depositará na conservatória do registro comercial competente, nos três primeiros meses de cada ano civil, as contas anuais da liquidação, acompanhadas de um relatório pormenorizado do estado em que esta se encontra.

## Artigo 33.º

*(Relatório e contas finais — Inscrição no registro comercial)*

1. Terminada a liquidação, o liquidatário elabora um relatório final completo e apresenta as contas e documentos àquela relativos. Requer depois a inscrição do encerramento da liquidação no registro comercial, com base no relatório referido.

2. Ao conservador do registo comercial compete promover, nos termos da legislação aplicável, a publicação do encerramento da liquidação, no «Diário da República».

Desta publicação não-de constar as seguintes menções:

- a) Firma do estabelecimento individual de responsabilidade limitada;
- b) Identidade do liquidatário;
- c) Data do encerramento da liquidação;
- d) Indicação do lugar onde os livros e documentos estão depositados e serão conservados durante cinco anos, pelo menos;
- e) Indicação da consignação das quantias previstas no artigo 31.º, n.º 3.

3. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada considera-se extinto pela inscrição no registo comercial do encerramento de liquidação.

## CAPITULO VII

**Disposições finais**

## Artigo 34.º

*(Declarações feitas a constituição, alteração ou registro do acto)  
constitutivo do estabelecimento individual de responsabilidade limitada)*

O titular que, com vista à celebração da escritura de constituição do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, à sua alteração ou

des respectivos registos, prestar ao notário ou ao conservador do registo comercial falsas declarações ou ocultar factos importantes sobre o montante e realização do capital, natureza das entradas e despesas de constituição, ou atribuir fraudulentamente às entradas em espécie valor superior ao real, será punido nos termos de legislação especial a publicar.

#### Artigo 35.º

##### *(Infracções relativas aos documentos que sirvam de base às contas anuais)*

O titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou o seu liquidatário, que conscientemente elaborar quaisquer documentos que sirvam de base às contas de exercício em que se omita, aumente ou diminua, sem fundamento legalmente admissível, qualquer elemento do activo ou do passivo, ou que adopte qualquer outro procedimento susceptível de induzir em erro acerca da composição, valor e liquidez do património, será punido nos termos de legislação especial a publicar.

#### Artigo 36.º

##### *(Vigência)*

Este diploma entra em vigor 60 dias após a sua publicação e aplica-se aos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada que se constituam e tenham a sede principal e efectiva em Portugal.

## **EL ESTABLECIMIENTO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

### **CAPITULO I**

#### **Constitución**

##### *Artículo 1.º Disposiciones preliminares:*

1. Cualquier persona singular que ejerza o pretenda ejercer actividad comercial puede constituir al efecto un establecimiento individual de responsabilidad limitada.

2. El interesado afectará al establecimiento individual de responsabilidad limitada una parte de su patrimonio, cuyo valor representará el capital inicial del establecimiento.
3. Una persona sólo puede ser titular de un único EIRL.

*Artículo 2.º* Forma del acto constitutivo:

1. El EIRL se constituye mediante escritura pública, que debe otorgar el propietario de los bienes, por sí o por medio de representante legalmente habilitado.
  2. La escritura debe indicar:
    - a) La firma, sede, objeto y capital del establecimiento.
    - b) La declaración de que se procedió al depósito de las cuantías liberadas, en los términos de los artículos 3 y 4, y de que fueron hechas las entregas en especie, si las hubiere.
    - c) El nombre, la nacionalidad y el domicilio del titular del establecimiento y aún la firma si la tuviese.
    - d) La fecha en que el establecimiento inicia su actividad y el respectivo plazo de duración, si no fuere constituido por tiempo indeterminado.
    - e) El montante aproximado de los impuestos o tasas a cuyo pago quede sujeto el titular en virtud de la constitución del establecimiento individual de responsabilidad limitada.

3. La firma del establecimiento estará constituida por el nombre del titular añadiendo o no una referencia al objeto del comercio en él ejercido, e incluirá siempre la adición «establecimiento individual de responsabilidad limitada» o las siglas «EIRL».

*Artículo 3.º* El capital. Su formación:

1. El montante del capital se expresará siempre en escudos.
2. El capital mínimo del establecimiento no puede ser inferior a 400.000 escudos.
3. El capital será realizado en numerario (dinero), bienes o derechos susceptibles de realización, no pudiendo la parte en dinero ser inferior a dos terceras partes del capital mínimo.
4. El capital debe estar íntegramente liberado en el momento del otorgamiento de la escritura, la parte en dinero, deducidas las cantidades referidas en la línea e) del número 2 del artículo 2.º, se encontrará depositado en una institución de crédito a la orden del titular del establecimiento, en cuenta especial que sólo podrá ser movida después de la celebración del acto constitutivo.

5. El depositante podrá disponer libremente de las cantidades depositadas si la escritura de constitución del establecimiento no se otorga en el plazo de noventa días a contar desde el depósito.

6. Si hubiera aportaciones en especie, se presentará al Notario una relación en que se describa su objeto y se indiquen los criterios de la respectiva evaluación y el valor atribuido a cada una de ellas.

#### *Artículo 4.º* Control:

Compete al Notario verificar el cumplimiento de los preceptos relativos a la formación y existencia del capital del establecimiento, así como de cualesquiera otros de cuya observancia dependa la validez de la constitución de éste.

A tal efecto, el Notario debe exigir la presentación de los documentos que reputa necesarios y en cualquier caso, del documento certificativo (acreditativo) de que el depósito a que se refiere el número 4 del artículo anterior fue hecho hace menos de noventa días y de la relación mencionada en el número 6 del mismo artículo, si hubiese lugar a ella.

#### *Artículo 5.º* Registro y publicación del acto constitutivo:

1. Otorgada la escritura pública de constitución del establecimiento individual de responsabilidad limitada, el titular debe señalar la inscripción de éste en el Registro Comercial.

2. Con la solicitud de inscripción debe adjuntarse:

- a) Original o fotocopia autenticada de la escritura de constitución.
- b) La relación a que se refiere el número 6 del artículo 8 si fuese el caso.
- c) Los documentos acreditativos de haberse cumplido lo dispuesto en el número 4 del artículo 3.

3. El Conservador del Registro Comercial debe promover en los términos de la legislación, a este aplicable, la publicación del acto constitutivo en el «Diario de la República» («BOE»).

#### *Artículo 6.º* Eficacia del acto constitutivo frente a terceros:

El acto constitutivo del EIRL es eficaz frente a terceros a partir de su publicación no impedirá que el referido acto constitutivo sea invocado por y contra terceros que de él tuviesen conocimiento al tiempo de la creación de sus derechos.

*Artículo 7.º* Responsabilidad por la constitución:

El titular del establecimiento individual de responsabilidad limitada responde en términos generales ante cualquier interesado por la inexactitud o deficiencias de las indicaciones o declaraciones prestadas con vista a la constitución del establecimiento especialmente por lo que respecta a la realización de las aportaciones y al cumplimiento de lo dispuesto en el número 4 del artículo 3.

## CAPITULO II

### **Administración y funcionamiento**

*Artículo 8.º* Administración:

La administración del EIRL compete a su titular, aun cuando sea casado y por razón del régimen matrimonial de bienes, el establecimiento pertenezca al patrimonio común del matrimonio.

*Artículo 9.º* Menciones en la correspondencia:

En toda la correspondencia relativa a los negocios del EIRL debe indicarse la firma, el capital, la sede, la conservaduría de la sede y el número de matrícula del establecimiento.

*Artículo 10.* Deudas por las que responde el patrimonio del EIRL:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22, el patrimonio del establecimiento individual de responsabilidad limitada solamente responde por las deudas contraídas en el desarrollo de las actividades comprendidas en el ámbito de la respectiva empresa.

2. No obstante, si los restantes bienes del titular fuesen insuficientes y sin perjuicio de lo preceptuado en la parte final del artículo 6, aquel patrimonio responde por cualesquiera deudas que éste haya contraído antes de efectuada la publicación a que se refiere el artículo 5, número 3.

*Artículo 11.* Responsabilidad por las deudas del establecimiento individual de responsabilidad limitada:

1. Por las deudas resultantes de actividades comprendidas en el objeto del EIRL responden sólo los bienes afectados a éste.

2. Sin embargo, en caso de *quiebra* del titular por causa relacionada con la actividad ejercida en aquel establecimiento, el quebrado responde

con todo su patrimonio por las deudas contraídas en ese ejercicio, con tal que se pruebe que el principio de separación patrimonial no fue debidamente observado en la gestión del establecimiento.

3. En el caso previsto en el número anterior, la responsabilidad ahí señalada recae sobre todo aquel que, habiendo ejercido anteriormente la administración del EIRL, haya transgredido en esa administración el principio de separación de patrimonios. Si fuesen varios los obligados, responden solidariamente.

### CAPITULO III

#### **Elaboración de las cuentas anuales**

##### *Artículo 12.* Elaboración de las cuentas anuales:

1. En cada año civil, el titular elaborará las cuentas del EIRL. Las cuentas estarán constituidas por el balance y por la cuenta de los resultados líquidos y serán elaboradas de acuerdo con las prescripciones de la ley. En el documento que contiene las cuentas, o en un anejo, se mencionará el destino de los beneficios.

2. Las cuentas anuales, así como el documento a que se refiere la parte final del número anterior, deben ser depositadas en la *conservaduría* del Registro Comercial dentro de los tres primeros meses de cada año civil juntamente con los aludidos documentos se depositará un informe sobre las cuentas exigidas por el titular del EIRL.

3. A la publicación de las cuentas, documento e informe son aplicables los preceptos de la ley reguladora del Registro Comercial.

##### *Artículo 13.* Remuneración:

La remuneración que el titular del EIRL puede atribuirse, como administrador no excederá en ningún caso del triple del salario mínimo nacional.

##### *Artículo 14.* Intangibilidad del Capital:

1. El titular del EIRL no puede desafectar del patrimonio del establecimiento, para fines relacionados con la actividad de éste, cantidades que no correspondan a los beneficios líquidos reflejados por el balance anual.

2. Puede, no obstante, disponer de cantidades a cuenta de los beneficios líquidos del ejercicio en curso. Si, al final del ejercicio, tales cantidades exceden el montante de los beneficios referidos en el número anterior,

el excedente será restituido al patrimonio del establecimiento en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de las cuentas. Del cumplimiento de esta obligación el titular responde con todo su patrimonio.

*Artículo 15.* Reserva legal:

1. Se creará obligatoriamente un fondo de reserva, al cual el titular destinará una fracción de los beneficios anuales no inferior al 20 por 100, hasta que ese fondo represente la mitad del capital del establecimiento. Este fondo debe ser integrado siempre que se encuentre disminuido.

2. El fondo de reserva previsto en el número anterior sólo puede ser utilizado:

a) Para cubrir la parte de pérdidas reflejadas en el balance anual que no pueda ser cubierta por la utilización de otras reservas.

b) Para cubrir la parte de pérdidas sufridas en el ejercicio anterior que no pueda ser cubierta por el beneficio ni por la utilización de otras reservas.

c) Para la incorporación al capital.

## CAPITULO IV

### Alteración del acto constitutivo

*Artículo 16.* Requisitos de forma y publicidad:

1. Toda alteración del acto constitutivo del EIRL debe, so pena de nulidad, constar en escritura pública.

2. La alteración será inscrita en el Registro Comercial, debiendo unirse a la solicitud de inscripción un original o fotocopia autenticada de la escritura de alteración.

El Conservador del Registro Comercial promoverá, en los términos de la legislación a éste aplicable, la publicación de la alteración en el «Diario de la República».

3. Se aplicará a la alteración del acto constitutivo lo dispuesto en el artículo 6.º

### Sección I.<sup>a</sup> Aumento de capital

*Artículo 17.* Aumento de capital mediante nuevas aportaciones:

1. Las aportaciones correspondientes al aumento de capital del establecimiento individual de responsabilidad limitada pueden ser en numerario, bienes o derechos susceptibles de realización.

2. Al aumento de capital serán aplicables, con las necesarias adaptaciones, los artículos 3.º (núms. 4, 5 y 6), 4.º y 7.º

*Artículo 18.* Aumento de capital mediante la incorporación de reservas:

1. El aumento de capital del EIRL también puede ser efectuado mediante incorporación de reservas disponibles.

2. Este aumento sólo puede ser efectuado después de elaboradas las cuentas del último ejercicio; sin embargo, si hubiesen pasado ya más de seis meses desde la elaboración de esas cuentas, la existencia de las reservas a incorporar sólo podrá ser probada por un balance especial, organizado en los términos previstos para el balance anual.

3. El balance anual, o el balance especial a que se refiere el número anterior, acompañado de un informe elaborado por un revisor oficial de cuentas, debe ser verificado por el Notario antes del otorgamiento de la escritura; esos documentos se unirán a la solicitud de inscripción del aumento de capital en el Registro Comercial.

#### Sección 2.<sup>a</sup> Reducción de capital

Art. 19. Reducción de capital con autorización judicial:

1. La reducción de capital del EIRL puede efectuarse por escritura pública, si el titular obtuviera autorización judicial, en los términos de los artículos 1.487 y sptes. del Código de Proceso Civil, a aplicar con las necesarias adaptaciones.

2. La autorización no será concedida si, después de la reducción, la situación líquida del establecimiento no supera el nuevo capital en un 20 por 100 por lo menos.

*Artículo 20.* Reducción de capital para compensar pérdidas:

1. La autorización judicial prevista en el artículo anterior será dispensada si la reducción se destinase únicamente a compensar pérdidas.

2. En este caso, cualquier acreedor del EIRL, puede requerir al tribunal, hasta treinta días después de publicada la reducción, para que, durante un período a fijar, se le prohíba al titular retirar del establecimiento cualesquiera cantidades provenientes de la reducción, o a título de reservas

disponibles o de lucros. La proveniencia requerida será decretada, salvo que el crédito del requirente sea entretanto satisfecho o garantizado de modo adecuado.

3. El titular del establecimiento queda sujeto a la prohibición señalada en el número anterior, a partir del día en que tenga conocimiento de que algún acreedor requirió la providencia allí indicada.

4. En el caso previsto en este artículo, el capital puede ser reducido hasta un montante inferior al mínimo fijado en el artículo 3.º; no obstante, esta reducción no producirá sus efectos en tanto no se lleve a cabo un aumento del capital que lo eleve al mínimo exigido.

## CAPITULO V

### **Negociación, transmisión y realización del EIRL**

*Artículo 21.* Negocios jurídicos y derechos sobre el establecimiento:

1. El EIRL puede ser transmitido por acto gratuito u oneroso, o dado en arrendamiento. Incluso puede constituirse sobre él un usufructo o una prenda (en nuestro derecho hipoteca mobiliaria), produciendo ésta sus efectos independientemente de la entrega del establecimiento al acreedor.

2. Los actos referidos en el número anterior, en cuanto actos entre vivos, están sujetos a las condiciones de forma y publicidad previstas en el artículo 16.

3. Al arrendatario y al usufructuario del EIRL, durante el período de duración del arrendamiento y del usufructo, les es aplicable lo dispuesto en este Decreto sobre los derechos y deberes del titular del establecimiento.

4. Si el adquirente del EIRL fuese ya titular de un establecimiento de la misma naturaleza, será nula la adquisición, sin perjuicio, no obstante, de los derechos de terceros de buena fe.

*Artículo 22.* Prenda del EIRL:

En la ejecución promovida contra el titular del EIRL por deudas ajenas a la respectiva explotación, los acreedores sólo podrán pignorar (realizar) el establecimiento, probando la insuficiencia de los demás bienes del deudor.

## CAPITULO VI

**Liquidación del EIRL**

*Artículo 23.* Muerte del titular o separación patrimonial de los cónyuges:

1. La muerte del titular del EIRL o, en los casos en que él fuese casado, cualquier otra causa que ponga fin a la comunidad de bienes existentes entre los cónyuges, no implica la entrada en liquidación del establecimiento, manteniéndose la afectación del respectivo patrimonio en los términos del acto constitutivo.

2. Si los herederos del titular del EIRL o los cónyuges no llegasen a un acuerdo sobre el valor a atribuir al establecimiento o sobre la cuota que debe ingresar en el patrimonio de cada uno, cualquiera de ellos puede pedir al tribunal que fije ese valor o esa cuota.

3. Pasados noventa días desde la muerte del titular del establecimiento o desde el acto constitutivo de la separación patrimonial de los cónyuges, si los herederos o los cónyuges no llegan a un acuerdo sobre el destino del establecimiento, cualquier interesado puede pedir su liquidación judicial.

4. Si el titular de un EIRL adquiriese por sucesión *mortis causa* la propiedad de algún otro establecimiento de la misma clase, deberá enajenar o liquidar uno de ellos, o transmitir la respectiva explotación.

5. El heredero o el cónyuge no titular del establecimiento que, en virtud de los actos referidos en el número 1, venga a asumir la titularidad del establecimiento, dará publicidad del hecho al «Diario de la República». El nuevo titular debe además solicitar la inscripción de la alteración verificada en el Registro Comercial, presentando, con la solicitud de inscripción, los documentos que acrediten el cambio de titularidad del EIRL.

*Artículo 24.* Casos de liquidación inmediata:

El EIRL entra inmediatamente en liquidación:

- a) Por declaración de su titular expresada en escritura pública.
- b) Por el transcurso del plazo fijado en el acto constitutivo.
- c) Por sentencia que declare la quiebra del titular.
- d) Por imposibilidad de venta judicial en la ejecución promovida por uno de los acreedores del titular, al amparo del artículo 22.

*Artículo 25.* Casos de liquidación judicial:

1. Además del caso previsto en el artículo 23.3.º, la liquidación judicial del EIRL puede tener lugar si algún interesado la solicita en acción intentada para tal fin con uno de los fundamentos siguientes:

a) Hallarse completamente realizado el objeto del establecimiento o verificada la imposibilidad de realizarlo.

b) Encontrarse el valor del patrimonio líquido reducido a menos de  $2/3$  del capital.

2. En la hipótesis prevista en el apartado b) del número anterior el tribunal puede, si así lo considera, fijar al titular en plazo razonable a fin de que la situación sea regularizada; suspendiéndose entre tanto la causa.

#### *Artículo 26.* Publicación de la liquidación:

1. El titular deberá solicitar la inscripción en el Registro Comercial de la entrada en liquidación del EIRL.

2. En los casos previstos en la línea c) del artículo 24 y en el artículo 25, el tribunal debe notificar la sentencia a la competente conservaduría del Registro Comercial, que, oficiosamente, y a expensas del titular, procederá a la inscripción de la entrada en liquidación del establecimiento.

3. En el caso previsto en la línea a) del artículo 24, la inscripción se hará en base a la escritura pública allí mencionada.

4. El Conservador del Registro Comercial deberá promover en los términos de la legislación a éste aplicable, la publicación en el «Diario de la República», de la entrada en liquidación del EIRL.

5. La entrada en liquidación del EIRL producirá efectos frente a terceros a partir del momento en que sea publicada en los términos del artículo anterior.

#### *Artículo 27.* Proceso de liquidación:

1. La liquidación del EIRL se hará en los términos de los artículos siguientes. En caso de quiebra, los términos de la liquidación serán los de la ley procesal, debiendo respetarse siempre la preferencia de los acreedores del establecimiento en relación a los acreedores comunes del quebrado.

2. La firma del EIRL en liquidación deberá ir seguida de las palabras «en liquidación». Esta mención y el nombre del Liquidador deben figurar en todos los actos y documentos destinados a terceros.

#### *Artículo 28.* El Liquidador:

1. El Liquidador será el titular del EIRL; él determinará el sistema y modo de liquidación. En los casos de liquidación judicial, el tribunal puede designar otra persona como Liquidador, así como regular la forma de liquidación.

*Artículo 29.* Responsabilidad del Liquidador:

El Liquidador responde frente a terceros en los terminos generales del derecho, por los perjuicios resultantes de irregularidades cometidas en el desempeño de sus funciones. Si el Liquidador no fuese titular del EIRL responderá en los mismos términos ante éste.

*Artículo 30.* Deberes y poderes del Liquidador:

1. El Liquidador debe:
  - Concluir los negocios pendientes.
  - Cumplir las obligaciones.
  - Cobrar los créditos del EIRL.
2. El Liquidador puede además:
  - a) Continuar temporalmente la actividad anterior del establecimiento.
  - b) Contraer préstamos o emprender otros negocios necesarios para la realización de la liquidación.
  - c) Proceder a la venta y enajenación en globo del EIRL.
3. Si el Liquidador fuese persona distinta del titular del establecimiento sólo con autorización judicial puede practicar los actos señalados en el número anterior.

*Artículo 31.* Liquidación del pasivo del EIRL:

1. El Liquidador pagará todas las deudas del establecimiento, exigibles o no, aún cuando los plazos hayan sido establecidos en beneficio de los acreedores.
2. Los acreedores serán avisados por el Liquidador, a través de uno de los periódicos más leídos en la localidad de la sede del establecimiento, de que éste se encuentra en liquidación y de que deberán presentarse a reclamar sus créditos.
3. En el caso de que se verifiquen las circunstancias previstas en el artículo 841 del Código Civil, el Liquidador debe proceder a la consignación en depósito del objeto de la prestación.
4. En cuanto a las deudas litigiosas, los liquidadores afianzarán los eventuales derechos del acreedor por medio de caución, prestada en los términos del Código del Proceso Civil.

*Artículo 32.* Cuentas anuales de la liquidación:

El Liquidador depositará en la conservaduría del Registro Comercial competente, en los tres primeros meses de cada año civil, las cuentas

anuales de la liquidación, acompañadas de un informe pormenorizado del estado en que se encuentran.

*Artículo 33.* Informe y cuentas finales-Inscripción en el Registro Comercial:

1. Terminada la liquidación, el Liquidador elaborará un informe final completo y presentará las cuentas y datos relativos a aquella. Solicitará después la inscripción del cierre de la liquidación en el Registro Comercial, en base al informe referido.

2. Al Conservador del Registro Comercial le compete promover, en los términos de la liquidación aplicable, la publicación del cierre de la liquidación en el «Diario de la República».

En esta publicación han de constar las siguientes menciones:

a) Firma del establecimiento individual de responsabilidad limitada.

b) Identidad del Liquidador.

c) Fecha del cierre de la liquidación.

d) Indicación del lugar donde los libros y documentos están depositados y serán conservados durante cinco años por lo menos.

e) Indicación de la consignación de las cuantías previstas en el artículo 31.3.º

3. El EIRL se considera extinto por la inscripción en el Registro Comercial del cierre de la liquidación.

## CAPITULO VII

### Disposiciones finales

*Artículo 34.* Declaraciones hechas por la constitución, alteración o registro del acto constitutivo del EIRL:

El titular que, en vista de la alteración de la escritura de constitución del EIRL, su alteración o de los respectivos Registros prestase al Notario o al Conservador del Registro Comercial declaraciones falsas u ocultase hechos y datos importantes sobre el montante y desembolso del capital, naturaleza de las aportaciones y gastos de constitución o atribuyese fraudulentamente a las aportaciones en especie, un valor superior al real, será penado en los términos de la legislación especial a publicar.

*Artículo 35.* Infracciones relativas a los documentos que sirvan de base a las cuentas anuales:

El titular del EIRL o su Liquidador, que conscientemente elaborasen cualesquiera documentos que sirvan de base a las cuentas del ejercicio en que se omita, aumente o disminuya, sin fundamento legalmente admisible, cualquier elemento del activo o del pasivo, o que adopte cualquier otro procedimiento susceptible de inducir a error acerca de la composición, valor y liquidez del patrimonio, será penado en los términos de la legislación especial a publicar.

*Artículo 36.* Vigencia:

Este Decreto estará en vigor a los sesenta días de su publicación y se aplicará a los EIRL que se constituyan y tengan su sede principal y efectiva en Portugal.

GUILLERMO HERRERO MORO  
LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO  
F. JAVIER GONZÁLEZ DEL VALLE GARCÍA  
Registadores Mercantiles de Barcelona

# El control del autor sobre el destino de su obra

**SUMARIO:** 0. INTRODUCCION: 0.1. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS 0.2. SE TRATA DE UN PROBLEMA CRECIENTE. 0.3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL AUTOR A PRESTAR O ALQUILAR AL PÚBLICO SU OBRA.—1. LA NORMATIVA ESPAÑOLA 1.1. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO A DISTRIBUIR Y DERECHO A REPRODUCIR. 1.2. RECONOCIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA VENTA. 1.3. EL DERECHO DEL AUTOR A PARTICIPAR DEL BENEFICIO COMERCIAL QUE PRODUZCA SU OBRA.—2. LA APLICACION INDISCRIMINADA DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA VENTA: 2.1. LA PRIMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO SOBRE EL INTERÉS PRIVADO. 2.2. LA PROHIBICIÓN DE LA REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA COMO ÚNICO SISTEMA DE PROTEGER AL AUTOR. 2.3. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL PRÉSTAMO O EL ALQUILER SISTEMÁTICO Y LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO. 2.4. LA DISTINCIÓN ENTRE LA PROPIEDAD DEL OBJETO MATERIAL EN QUE SE FIJA LA OBRA Y LOS DERECHOS DEL AUTOR. 2.5. EL DERECHO DEL AUTOR A CONTROLAR LA EXPLOTACIÓN DE LA OBRA Y SU COHERENCIA CON LAS NORMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL —3 VIAS DE SOLUCION: 3.1. LA REFORMA DE LA LEY. 3.2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO EN UNA LEY DIFERENCIADA 3.3. SISTEMAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO. 3.4. SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN — 4. INTERPRETACION DE LA NORMA. 4.1 FINALIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN. 4.2. LA NECESIDAD DE RESERVARSE ÉSTE DERECHO MEDIANTE CLÁUSULAS.

Only one thing is impossible for God: to find any sense in any Copyright Law on the planet (MARK TWAIN) (1).

## 0. INTRODUCCION

El artículo 19 de la Ley española 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, distingue entre derecho a reproducir y derecho a distribuir y, a renglón seguido declara extinguido el derecho a distribuir cada ejemplar de la obra cuando ésta se vende por primera vez. Los

---

(1) BIGELOW PAINE, A. *Mark Twain's Notebook*, Harper, New York, 1935, pág 381.

autores anglosajones denominan el principio recogido en esta norma «First sale doctrine» o doctrina de la primera venta.

Aplicando estrictamente este principio, los compradores de una obra no sólo pueden disfrutar privadamente de ella, sino además revenderla, regalarla, alquilarla o darla en préstamo sin autorización del autor y sin que éste tenga derecho a exigir una compensación. Cuando cualquiera de estas actividades se realiza de manera esporádica, el autor no sufre una pérdida de mercado que pueda considerarse relevante. Tampoco quien regala o revende sistemáticamente las obras compradas causa un daño grave a los intereses del autor. Pero, cuando el comprador se dedica sistemática o profesionalmente a prestar o alquilar la obra comprada el daño es grave, ya que un solo ejemplar será utilizado por multitud de personas (2).

Las características de la obra literaria o musical permiten la satisfacción del usuario por la posesión temporal de la misma (3). Quien lee un libro prestado ya no desea, normalmente, comprarlo después; quien escucha un disco prestado o alquilado tampoco, ya que si le gusta aprovechará su posesión para copiarlo y si no, con mayores motivos, se abstendrá de comprarlo. Esta es una característica de libros y discos que no comparten todas las obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual. El posible mercado de ventas de una obra de arte no disminuye por el hecho de que el público pueda admirarla temporalmente; más bien al contrario, ello resulta un incentivo para la compra.

## 0.1 EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Las leyes que regulan la Propiedad Intelectual aseguran, en casi cualquier lugar del mundo, la protección de los derechos del autor, a fin de favorecer la creación intelectual en beneficio de toda la sociedad. Por este motivo, son objetivos básicos de esta normativa impulsar la difusión de la obra a cambio de una compensación para su autor.

Hasta hace unas décadas las dos finalidades de la ley eran complementarias, a mayor difusión más compensación para el autor (4).

---

(2) Algunos autores defienden la tesis de que el préstamo de libros aumenta la fama del autor e impulsa a comprar, véase MORRIS, R. J. B.: *The Public Lending Right Handbook*, Barry Rose Publisher, Chichester and London, 1980, pág. 5, pero las estadísticas son claras: las ventas de libros han disminuido en favor del préstamo.

(3) SPOOR, J. H., CORNISH, W. R., y NOLAN, P. F.: *Copies in Copyright*, Sitjhoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn., Germantown, 1980, pág. 67.

(4) Hasta el momento en que se inventó la imprenta, el autor no sentía la necesidad de proteger su obra contra las copias incontroladas de la misma. La difusión de la obra

Con la aparición de medios técnicos que permiten la copia privada, rápida e incontrolable tanto de libros como de discos dichas finalidades entran en conflicto y el autor queda desprotegido. Ante este problema reaccionan enérgicamente casi todas las leyes de Propiedad Intelectual, entre ellas la ley española. El legislador parece convencido de que, al evitar la reproducción no controlada por el autor, se defienden ya de manera absoluta los intereses económicos del mismo. No obstante, el perjuicio que dicha reproducción comporta para el autor se limita a los libros de carácter científico y a los discos, ya que no se acostumbran a fotocopiar novelas (5).

Un nuevo problema amenaza los intereses económicos del autor cuando aparecen instituciones o empresas que se dedican al préstamo o al alquiler sistemáticos del ejemplar comprado. En el caso de los libros, se trata de bibliotecas públicas o privadas y en el caso de discos, de empresas dedicadas a alquilarlos. Algunos ordenamientos establecen sistemas de compensación para el autor por este uso múltiple (6). La Ley española 22/1987 no sólo permite dicha actividad, sino que parece querer evitar que el autor pueda recibir una compensación por dicha utilización de su obra.

---

no suponía beneficios de carácter económico para su autor, ya que la copia manual es muy lenta. A pesar de ello la primera Ley francesa de Propiedad Intelectual prohibía todavía la copia manual, véase SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 99. No obstante, la primera infracción del copyright fue realizada, según cuenta la leyenda por Santa Columba en el año 561, véase MCFARLANE, G.: *Copyright The Development and Exercise of the Performing Right*, John Offord Ltd., Eastbourne, 1980. La copia únicamente podía ser perjudicial si el que copiaba se atribuía la autoría, los primeros problemas que surgieron son analizados por FOX, H.: *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, The Carswell Company Limited, Toronto, 1967.

Con la aparición de la imprenta el autor puede controlar el número de copias que se realizan y recibe una retribución proporcional a ellas. El peligro que le acecha es que alguien pueda copiar la obra en imprentas clandestinas. Lo mismo sucede en relación a la música con la aparición de las técnicas de grabación. De todas maneras las leyes que regulan el derecho de autor impidiendo la copia no autorizada tardan dos siglos y medio en aparecer. en Inglaterra la primera ley es el Estatuto de la Reina Ana de 1709, aunque a partir de 1557 la Stationer Company controla la publicación de nuevas obras, ver STEWART, S.: «Two Hundred Years of English Copyright Law», en *Two Hundred Years of English and American Patent, Trademark and Copyright Law*, publicado por la American Bar Association, American Bar Center, Chicago, Illinois, 1977, *passim*.

(5) SELTZER, L. E.: *Exemptions and Fair Use in Copyright*, Harvard University Press, Cambridge (USA), London, 1978, pág. 29. Para algunos autores el daño que causan las fotocopias a los autores de obras científicas es pequeño, para ellos dichos autores acostumbran a publicar con ánimo de difundir y contrastar sus conocimientos, más que con ánimo de obtener un lucro. Así LIEBOWITZ, S. J.: *The impact of Reprography on the Copyright System*, Minister of Supply and Services, Canadá, 1981.

(6) El presente trabajo aporta datos sobre el estado de la cuestión en Gran Bretaña, Alemania, Francia, Italia, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Suecia, Noruega, Islandia, Finlandia, EE. UU., Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Japón.

## 0.2 SE TRATA DE UN PROBLEMA CRECIENTE

El problema afecta, de momento, no sólo a los libros sino también a los discos, los programas de ordenador, los vídeos y las partituras musicales.

En toda Europa el uso de las bibliotecas públicas por parte de la población es creciente. El Estado multiplica su número siguiendo una política de búsqueda del bienestar público, y su funcionamiento provoca globalmente graves perjuicios a los autores (7).

En España, en la actualidad, el número de bibliotecas es escaso, pero sin duda en los años venideros se producirá una evolución similar a la europea. El hecho de que el daño no sea todavía, o no llegue a ser nunca, relevante no justifica que no se reconozcan los derechos del autor, si es que los tiene.

En relación a los discos, la aparición del «compact disc» que permite el uso reiterado de un disco sin que sufra daños, ha supuesto el aumento del alquiler de discos en todos los países y, en este caso, debe considerarse además el peligro potencial de copia (8). El alquiler de casetes y videocas-

---

(7) SELTZER, L. E., *op cit*, págs. 110 y 111 pone de manifiesto que el precio elevado de los libros y la escasa superficie de las viviendas modernas ha llevado a la población a preferir pedir prestados los libros antes que comprarlos y comenta estadísticas europeas. En el año 1971 en Holanda por cada 12 libros comprados se pedían 18 prestados, en el Reino Unido de cada cuatro libros comprados 38 se piden prestados. MORRIS, R. J. B.: *The P L R.*, *op. cit.*, 1980, pág. 18, señala que el número total de libros prestados en este país en el año 1975 fue de 600 millones con una población de 55,5 millones y 150.000 autores con derecho a percibir compensación. La evolución es rápida y creciente, en Gran Bretaña en el año 1920 por cada libro prestado se compraban diez, en el año 1961 por cada uno comprado se pedían 10 prestados. Véase también SPOOR, J. H., *op. cit*, págs. 87 y 88, donde se citan estadísticas alemanas, holandesas y francesas, en todas ellas puede observarse dicho fenómeno, en 1973 en Alemania se prestaron 130 millones de libros en las bibliotecas generales, 27 millones de préstamos y 50 millones de ejemplares leídos en las salas de las bibliotecas técnicas y 29 millones en las bibliotecas de las escuelas. En Holanda el volumen de préstamos se cuadruplica de 1960 a 1975. En el año 1974 un volumen se dejaba una media de siete veces al año en Gran Bretaña, cuatro en Suecia y cuatro y media en Alemania, y un libro lo leen de 30 a 40 prestamistas, ver BROPHY, B. A.: *Guide to Public Lending Right*, Gower, Hampshire, 1983, págs 50 y sigs. La existencia de bibliotecas perjudica globalmente al autor ya que prestan libros, permiten su lectura en la sala y realizan copias masivas. Como pone de manifiesto RINGER, B. «Current Developments in the Law of Copyright», en *East Asian Pacific Copyright Seminar*, Attorney General's Department, Canberra, 1976, pág. 18. Para un estudio de los problemas que supone para los autores la existencia de bibliotecas véase LAHORE, J.; DWORKING, G., y SMYTH, Y. M.: *Information, Technology. The challenge to Copyright*, Sweet & Maxwell, London, 1984 *passim*.

(8) En la ciudad de Tokio el número de empresas dedicadas al alquiler de discos pasó en un solo año de uno a 60. A ello hay que añadir el daño suplementario que supone la posibilidad de copia como pone de manifiesto KLEIN, D. L.: «U.S. Record Rental. The Amendment of 1984», en *International Media Law*, abril 1987.

setes es también creciente (9). En nuestro país el alquiler de discos como negocio ya se ha iniciado.

### 0.3 EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL AUTOR A PRESTAR O ALQUILAR AL PÚBLICO SU OBRA

En relación a los libros, la preocupación de los autores por evitar la pérdida de mercado que supone para sus obras la existencia de este préstamo o alquiler sistemático ha tenido como consecuencia el reconocimiento de su derecho a recibir compensación en muchos países. Este derecho (conocido de manera abreviada como PLR, Public Lending Right) se reconoce actualmente en Australia, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia, Nueva Zelanda, Alemania Federal y Gran Bretaña (10).

En otros países el derecho a controlar este tipo de explotación no está todavía reconocido, aunque existe un movimiento reivindicativo en muchos de ellos (11).

---

(9) En Estados Unidos el problema es grave, como pone de manifiesto COLBY, R.: «The First Sale Doctrine. The defense that never was?», en *Copyright* (Geneva), 1985, pág. 193. En Gran Bretaña se estimaba en 1982 en 1,25 millones el número de videocasetes alquilados cada semana, de acuerdo con los datos ofrecidos por el SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY *The Recording and Rental of Audio and Video Copyright Material*, A Consultative Document, Her Majesty's Stationery Office, London, 1985. En relación al alquiler de programas de ordenador ver GASAWAY, L. N., y MURPHY, M.: *Legal Protection for Computer Programs*, Cause, Colorado, 1980, pág. 19.

(10) En Dinamarca en 1946, en Noruega en 1947, en Suecia en 1954, en Finlandia en 1961, en Islandia en 1963, en Alemania en 1965 para las actividades lucrativas y en 1972 para todo tipo de préstamos, en Nueva Zelanda en 1973, en Australia en 1974 y en Gran Bretaña en 1979. La lucha para que dicho derecho se vea reconocido se inicia en Gran Bretaña con la discusión del Public Lending Right Act de 1850, para seguir el proceso véase MORRIS, R. J. B.: *The P.L.R.*, op. cit., págs. 7 a 17, y también BROPHY, B., op. cit., en el año 1951 su padre inició una campaña para que los autores cobraran el simbólico «Brophy penny» por cada libro prestado. Esta información también puede encontrarse en MCFARLANE, G. A. *A practical introduction*, McGraw Hill Book Company Limited, Maidenhead, 1982, págs. 82 y sigs.

(11) En USA se empezó a reclamar este derecho en 1963 pero los editores no apoyaron los deseos de los autores por miedo a que las bibliotecas compraran menos libros y por ello no se reformó la ley. Véase NOLAN, P. F., op. cit., pág. 179, en el mismo sentido, RINGER, B., op. cit., pág. 19. No obstante, se admite que es necesario modificar en este punto la «First Sale Doctrine» y dicha modificación está pendiente de aprobación en el Congreso. Para ver la discusión sobre este tema en el Congreso ver Congressional Record for November 18, 1983, en s. 17059-17060-27 Patent, Trademark & Copyright Journal, December, 1983, citado por COLBY, R., op. cit., pág. 203. En Francia, donde todavía no es reconocido, la preocupación surge claramente en 1930 en que aparece un proyecto del gobierno para modificar la ley introduciendo un artículo que daba al autor el derecho exclusivo a establecer las condiciones que quisiera respecto al uso no privado

La introducción del derecho de los autores a controlar este tipo de explotación de su obra en todos los países europeos es un objetivo prioritario para los dirigentes de las Comunidades Europeas (12). La doctrina europea manifiesta el mismo interés por generalizar el PLR (13).

En relación a los discos, la frecuencia de su alquiler ha obligado al reconocimiento de los derechos del autor en muchos países, entre ellos Japón, Alemania Federal, Holanda, Italia, Suecia, Noruega y EEUU (14).

En España el problema sólo se ha resuelto en relación a los programas de ordenador y las obras cinematográficas y ni tan sólo se ha planteado respecto libros y discos.

## 1. LA NORMATIVA ESPAÑOLA

### 1.1 DISTINCIÓN ENTRE DERECHO A DISTRIBUIR Y DERECHO A REPRODUCIR

El artículo 19 de la Ley española distingue entre derecho a reproducir y derecho a distribuir. Ello permite un control diferenciado de las dos

---

de las copias de su obra, dicho proyecto nunca fue ley Véase STROMHOLM, S.: «Le Droit de mise en circulation», en *Le Droit D'Auter* (Genève), nov. 1967, pág. 288.

(12) Esta tesis es defendida por GREGOIRE, R. M., jefe de la División General para la investigación, la ciencia y la educación de la Comisión de las Comunidades Europeas, véase el Suplemento 6/77 del *Boletín* de dichas Comunidades

(13) MORRIS, R. J. B., *op. cit.*, pág. 18. En el mes de noviembre de 1984 se discuten estos problemas en un mitin internacional llegándose a la conclusión de que era necesaria una mayor protección, ver PHILLIPS, J.: «Rental and First Sale», en *International Media Law*, mayo 1985, pág. 36.

(14) En el Japón el negocio se inició en 1980 y hoy hay 3.000 La ley nipona se reforma para proteger al autor del daño que le causen estos negocios provisionalmente en diciembre de 1983 y, definitivamente, en mayo de 1984, ver HUNG, M.: «Record Rental in Japan», en *International Media Law*, septiembre 1987 En Alemania en algunos Länder el alquiler comercial de discos se considera ilegal y en otros no. Véase BURKHARD, R.: «Record Rentals», en *International Media Law*, febrero 1987, pág. 14, donde se explica el caso de la Deutsche Grammophon Gesellschaft, una empresa que vendía discos con pacto de recompra a los tres días y a un precio inferior. En Holanda se prohibió preventivamente el alquiler profesional de discos antes de que apareciera el fenómeno En Italia el préstamo con fines lucrativos debe ser autorizado por el Consejo de Ministros, que puede permitirlo por razones de utilidad social, sin que el autor tenga derecho a compensación. Ver FABIANI, M.: «Public Lending Right in Italy», en *Public Lending Right*, de COHEN JEORAM, H. Deventer 1983. En Suecia y Noruega los autores pueden controlar estas actividades y recibir compensación, como pone de manifiesto HUNG, M., *op. cit.*, passim. En los Estados Unidos, la «First Sale Doctrine» sufre por esta causa una primera modificación en 1984, las copias de discos no pueden ser comercializadas por el adquirente sin autorización de su autor, la concesión de la licencia es obligatoria pero a cambio de una compensación para el autor, ver KLEIN, D. L., *op. cit.*, y en el mismo sentido SHEMEI, S., y KRASILOVSKY, M. W. *This business of Music*, Billboard Publications Inc., New York, 1985, pág. 231.

actividades. Esta es una técnica correcta, utilizada entre otras por las leyes alemanas, holandesa o sueca, mientras que la ley francesa confunde en uno solo los dos derechos (15). La diferenciación permite establecer condiciones para la distribución aún en el caso de que sea legítima la reproducción (16). Las sanciones en caso de infracción no serán contractuales, sino las propias de la ley. Permite distinguir el derecho a reproducir, que es de carácter absoluto, del derecho a distribuir, que no puede ejercerse negativamente, sino que sólo da derecho a exigir una compensación económica. Pueden establecerse limitaciones de distribución geográfica, temporales o de contenido. Estas cláusulas afectarán a todo comprador a pesar de la doctrina de la primera venta, de lo contrario el que reproduce podría evitar la prohibición vendiendo todas las copias a otra persona (17). En cambio, en el caso de que no se distinguan dichos derechos, para castigar una distribución ilícita será necesario declarar ilegal una reproducción lícita (18).

## 1.2 RECONOCIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA VENTA

El artículo 19 de la Ley española establece que el derecho a distribuir se extingue respecto de cada copia una vez ésta se ha vendido.

Esta norma recoge la llamada doctrina de la primera venta, de una gran tradición en la doctrina anglosajona y que se incluye en muchas de las leyes de Propiedad Intelectual de nuestra área cultural (19).

---

(15) Ver SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 57. En la conferencia de Estocolmo en 1967 se intenta diferenciar los dos derechos sin éxito, ver STROMHOLM, S., *op. cit.*, pág. 279.

(16) REIMER, D.: «Le droit de mise en circulation, en particulier la location et le prêt des livres et des disques», en *Le Droit D'Auter* (Genève), 1973, pág. 56.

(17) Permite, entre otras cosas, evitar que un editor siga vendiendo los ejemplares de que dispone una vez ha expirado el contrato y, por tanto, que haga más copias de las necesarias a fin de burlar los límites pactados, véase COPINGER, W. A.; SKONE JAMES, E. P.; MUMMERY, J. F.; RAYNER JAMES, J. E., LATMAN, A., y SILMAN, S.: *Copinger and Skone James on Copyright*, Sweet & Maxwell, London, 1980, pág. 534.

(18) STROMHOLM, S., *Op. cit.*, pág. 288.

(19) Así la sección 109 de la Ley norteamericana de 1976, el artículo 17 (2) de la ley alemana de 1965, el 12 de la ley holandesa, el 69 de la ley italiana, e indirectamente, en la sección 5 (2) y (3) de la ley inglesa y en la sección 14 (12) y 17 (4) de la canadiense, que, interpretadas a contrario y desarrollado el concepto por la doctrina, llevan a las mismas consecuencias. Ver COPINGER, W. A., *op. cit.*, pág. 531 y FOX, H. G., *op. cit.*, pág. 72. La redacción del segundo apartado del artículo 19 de la Ley española no es un modelo de claridad. La primitiva redacción de este artículo en el Proyecto de ley de 1 de febrero de 1986 y también en el que se presentó en la siguiente legislatura el 24 de noviembre de 1986 establecía que: «En la distribución por venta, este derecho se extingue para las sucesivas ventas.» Curiosamente no se presentaron enmiendas para corregir, como mínimo, esta pésima redacción, a pesar de ello el informe de la ponencia de 22 de

Establecer dicha doctrina es también una técnica correcta: su reconocimiento impide al autor controlar el préstamo, la reventa o el alquiler esporádico que el comprador de una obra puede realizar privadamente, sin embargo no autoriza, en principio, al comprador a obtener beneficios adicionales mediante su comercialización. De esta manera se evita un control excesivo, que tendría un coste prohibitivo y resultaría inoperante, con lo cual produciría muy pocos beneficios al autor, mientras que resultaría perturbador para el comprador (20).

Dicha extinción afecta en la Ley española al derecho a distribuir todo tipo de obras: es especialmente perjudicial en el caso de libros y discos. La ley únicamente excluye el caso de los programas de ordenador y el de las obras cinematográficas. En el primer caso, que en vez de venta habla de cesión del derecho de uso, lo declara intransferible y presume que sólo se cede con la finalidad de satisfacer las necesidades del usuario (art. 99 de la Ley). En el segundo se impone la necesidad de autorización expresa de los autores para su explotación mediante la puesta a disposición de copias en cualquier sistema o formato (art. 88) (21).

La extinción se produce no sólo por la venta, sino también por la donación o la permuta, es decir, siempre que se produzca la enajenación (22).

### 1.3 EL DERECHO DEL AUTOR A PARTICIPAR DEL BENEFICIO COMERCIAL QUE PRODUZCA SU OBRA

La Ley española recoge la doctrina de la primera venta sin admitir las excepciones necesarias en este punto, reconociendo sólo algunas aunque

---

abril de 1987 recoge la necesidad «de encontrar una fórmula en la que se exprese con la mayor claridad la intención perseguida por el precepto, sobre todo en su párrafo segundo». La redacción de este artículo en el proyecto que se presentó al Senado el 15 de junio de 1987 fue la misma que, otra vez sin enmiendas, se convirtió en definitiva. Como mínimo se mejoró la redacción, aunque la claridad no era «la mayor», que se podía conseguir.

(20) REIMER, D., *op cit*, pág. 60 La distribución condicionada al uso personal no es tal distribución, ni siquiera existe publicación, como pone de manifiesto FOX, H. G., *op cit*, pág. 69 La finalidad de la distribución es que la obra sea utilizada por el público en general.

(21) La Ley no deja claro a qué tipos de obra afecta, pero el artículo que determina la extinción del derecho está dentro de las normas de carácter general y sólo se establecen excepciones en el caso de los programas de ordenador (art. 99 de la Ley) y en el caso de las obras cinematográficas. Por tanto afectará a todas las demás obras protegidas por la ley para las cuales no se establecen excepciones. A pesar de ello en el *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology*, elaborado por la Commission of the European Communities generaliza

(22) A pesar de la redacción del artículo 19 que sólo se refiere a la venta, la interpretación debe ser la que apunto, en primer lugar dado el ámbito que se da a esta

la finalidad es siempre la misma: hacer que el autor participe del provecho que se obtenga de su obra (23). Esta técnica me parece totalmente equivocada. Es conveniente por ello declarar extinguido el derecho del autor a controlar de manera absoluta el destino de su obra, pero es necesario que quede claro que ello no supone extinción del derecho a participar de los posibles beneficios comerciales que con ella se obtengan, como deja claro tanto la exposición de motivos de la Ley, como los artículos 88 y 99 de la misma para los casos de obras cinematográficas y de programas de ordenador (24). Dicha doctrina es, en última instancia, una teoría liberal, destinada a prohibir un excesivo control, pero no supone una licencia para obtener el provecho comercial que corresponde, al menos en parte, al autor (25). A lo largo de la Ley podemos observar otras excepciones puntuales con el mismo fin: cuando el autor ve satisfecho su interés con la venta del original de su obra, es necesario compensarlo si después alguien se beneficia del valor creciente de la obra, por ello se establece el derecho de persecución (art. 24). Cuando el autor se beneficie con la venta de copias aquel comprador que las realice o que las preste sin autorización deberá compensar al autor (arts. 25, 88 y 99) porque destina la obra a una finalidad que no es la propia de la cesión.

Para que el esquema quede completo y sea justo es necesario seguir esta triple norma: distinguir entre derecho a distribuir y derecho a reproducir, extinguir el primero al producirse la primera venta de la obra y poner excepciones a la extinción, entre las que debe encontrarse el supuesto de que se destine el ejemplar de cualquier tipo de obra protegida al préstamo o alquiler sistemático, sólo así se consigue una regulación óptima (26).

---

doctrina en todos los ordenamientos que la recogen y en la tradición anglosajona y, en segundo lugar, como consecuencia de una interpretación conjunta de la normativa española

(23) BROPHY, B., *op. cit.*, págs. 47-48, en el mismo sentido STROMHOLM, S., *op. cit.*, pág. 282. Todas las excepciones citadas tienen la misma finalidad, véase DIETZ, A.: «Public Lending Right in the Federal Republic of Germany» in *Public Lending Right* by COHEN JEHOAM, H., Deventer, 1983, pág. 25.

(24) SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 67.

(25) El Senado de los Estados Unidos reconoció que la doctrina de la primera venta no estaba pensada para permitir este tipo de uso que es un fenómeno nuevo, véase COLBY, R., *op. cit.*, pág. 202.

(26) Este es el sistema que recoge el ordenamiento alemán, ver REIMER, D., *op. cit.*, págs. 61-62

## 2. LA APLICACION INDISCRIMINADA DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA VENTA

Para justificar la aplicación indiscriminada de la doctrina de la primera venta se han propuesto diversos argumentos. Creo que deben rechazarse todos ellos.

### 2.1 LA PRIMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO SOBRE EL PRIVADO

Aplicar la doctrina de la primera venta sin establecer las excepciones necesarias supone una expropiación de derechos sin contrapartida. El interés en que se difunda la cultura y el interés del autor en recibir una compensación razonable no son incompatibles. Los autores no tienen por qué pagar de su bolsillo la promoción cultural, o la distracción de la población (27).

En general, las leyes de Propiedad Intelectual establecen excepciones al derecho del autor a recibir compensación por la utilización de su obra cuando el interés público así lo reclama. La doctrina anglosajona denomina a estas excepciones «fair use» o «fair dealing» y sólo las establece cuando no comportan un daño económico relevante para el autor (28). Una cosa es que se permitan ciertas actividades cuando no causan un daño sustancial y otra muy diferente es que los autores vean disminuir su mercado de ventas sin posibilidad de exigir compensación, en este caso no puede hablarse de «fair use» (29).

El principio constitucional de protección a la ciencia y a la cultura y el interés en la difusión de la misma debe ser soportado por todos los ciudadanos a través de los impuestos, no sólo por unos pocos que se ganan la vida en una actividad que a todos nos interesa que continúe. La defensa del interés público puede llevar a impedir que el derecho se configure como negativo (estableciendo una licencia obligatoria) o incluso a obligar

---

(27) Copyright Law Committee, pág. 9, en el mismo sentido SELTZER, L. E., *op. cit.*, págs. 31-36.

(28) SELTZER, L. E., *op. cit.*, pág. 12.

(29) Sólo se acepta el «fair use» si no hay un perjuicio, es decir, si no se disminuye el mercado potencial del autor, ver la sec. 107 de la Ley norteamericana. Por esto la parodia no se prohíbe porque no disminuye ventas, ver FOX, H. S., *op. cit.*, pág. 360 y en el mismo sentido, LAHORE, J., *op. cit.*, pág. 27. En cambio la legislación italiana permite el préstamo sólo si existe un interés público, pero no se reconoce al autor el derecho a recibir compensación, FABIANI, M., *op. cit.*, pág. 53.

a los autores a que establezcan una compensación inferior cuando la actividad no es lucrativa, pero a nada más (30).

## 2.2 LA PROHIBICIÓN DE LA REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA COMO ÚNICO SISTEMA DE PROTEGER AL AUTOR

Algunos ordenamientos, entre ellos el nuestro, parecen presumir que quien controla la reproducción controla también la distribución de la obra y, por tanto, asegura los beneficios del autor. No obstante hay que destacar que la actividad que proporciona ingresos al autor es la distribución, no la reproducción en sí (31). La reproducción no es más que un medio, pero no el único, de difundir (32). Si yo reproduzco una obra sólo para usarla privadamente yo no causo ningún perjuicio económico al autor, por ello la copia privada está permitida por la ley (33). En cambio si yo permito el uso de la obra sucesivamente a varias personas, de tal manera que éstas vean satisfecho su deseo al poseerla temporalmente, yo estoy distribuyendo sin reproducir y estoy perjudicando los intereses económicos del autor. La reproducción está prohibida siempre que haga posible la percepción de la obra por terceros, porque ello supone distribución. El derecho básico es el derecho a distribuir (34). Si sólo se atiende al derecho a reproducir se deja sin sentido la protección de la ley (35).

---

(30) De lo contrario es infracción, SELTZER, L. E , *op. cit.*, págs 36 y 112, en el mismo sentido, SPOOR, J. H , *op. cit.*, pág. 123 La doctrina alemana considera que otorgar al autor un derecho a prohibir la difusión sería contrario al interés público, así DIETZ, A., *op. cit.*, págs. 25 y 26 Un Proyecto de ley inglesa de febrero de 1974 proponía que el autor pudiera prohibir el préstamo o alquiler de la obra, la propuesta no llegó a ser ley, ver MCFARLANE, G *A practical introduction*, *op. cit.*, pág. 85. En el mismo sentido, el derecho de persecución también es un derecho únicamente positivo. En cuanto a la posibilidad de establecer reducciones cuando se trate de entidades sin finalidad lucrativa, véase el artículo 142 b) de la Ley.

(31) Lo peligroso es la distribución señala STROMHOLM, S., *op. cit.*, pág. 287

(32) SHELMEI, S., *op. cit.*, pone de manifiesto en la página 231 la relación directa entre reproducir y prestar, indicando que ello ya se dijo en el Congreso de los EE UU.

(33) Véase el artículo 31 2 de la Ley, en el mismo sentido SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 45, y en el mismo sentido la Ley portuguesa de 14 de marzo de 1985 que en su artículo 816 permite la reproducción para fines privados siempre que no perjudique la explotación económica ni sea utilizada para comunicar o comercializar, de la misma manera la Ley francesa permite las copias privadas, véase SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 45.

(34) Fox. H. G , *op. cit.*, pág. 423. La reproducción sólo es ilegal si tiende a la distribución, SPOOR, J. H., pág. 27, se refiere a la Ley holandesa de 28 de junio de 1881, también la Ley holandesa actual reserva al autor la distribución y no la reproducción. SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 27. notas 106 y 107, cita a DE VOS, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1908, págs. 423-425.

(35) SPOOR, J. H , *op. cit.*, pág. 119. Supone dejar sin sentido toda la protección del copyright como pone de manifiesto PHILLIPS, J.: *Rental and first sale*, *op. cit.*, pág. 36.

### 2.3 LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL PRÉSTAMO O ALQUILER SISTEMÁTICO Y LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO

Hay dos maneras de hacer accesible la obra al público: mediante la reproducción y distribución de copias y por medio de la manifestación pública, ya sea a todos los usuarios simultáneamente (representación), o a uno tras otro sucesivamente (préstamo o alquiler). Ambos sistemas presentan similitudes, según el tipo de obra se produce uno u otro (36). La diferencia entre comunicar y dejar al público sólo es aparente (37), ¿qué diferencia hay entre dejar leer una obra sucesiva a cien personas y leerla ante cien personas que no saben, no quieren o no pueden leer?, ¿o entre dejar un disco sucesivamente a cien personas y dejar que la escuchen todas a la vez? La diferencia entre dejar al público y reproducir es también aparente, cada copia por su misma naturaleza hace pública la obra (38). Comunicar al público y distribuir no son más que dos aspectos del mismo derecho y deberían tener un tratamiento igual, a pesar de ello el derecho del autor a comunicar la obra al público que reconocen los artículos 84 y 85 de la Ley española no queda extinguido por la primera venta.

En relación a la difusión de obras musicales por radio se llegó rápidamente a un acuerdo para compensar a los autores. En Francia en 1937 se consideró, atendiendo a un criterio económico, que se trataba de ceder un derecho de reproducción, cuando era evidente que se trataba de ceder el derecho de representación, pero la finalidad que se buscaba era compensar al autor por la pérdida de ventas que la radiodifusión suponía (39).

### 2.4 LA DISTINCIÓN ENTRE LA PROPIEDAD DEL OBJETO MATERIAL EN QUE SE FIJA LA OBRA Y LOS DERECHOS DEL AUTOR

La doctrina anglosajona clásica defendía que la venta del objeto material en que se fija la obra no debe estar regulada por las normas del

---

(36) Si sólo se comunica la obra en el ámbito familiar el daño no es muy grave y por ello está permitido. Por ello la Ley austriaca sólo excluye el derecho a recibir remuneración en el caso de que el préstamo sea entre familia o amigos, ver REIMER, D., *op. cit.*, pág. 61, nota 3.

(37) Durante la elaboración de la Ley alemana de 1901 la distinción entre comunicación pública y distribución dio lugar a grandes discusiones, ver STROMHOLM, S., *op. cit.*, págs 279-281.

(38) En este sentido ULMER: *Urheber und verlagsrecht*, Berlín, 1951, pág. 139, citado por SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág 134, nota 14.

(39) El criterio era correcto aunque los métodos fueran erróneos. Ver caso Poggioli v. Salabert. Com de París 27.4.1945 Dalloz 1945 127, comentado por DESBOIS, H. *Le Droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 1978, 2ª ed., pág 454. La Ley alemana de 1907 permitía la audición de copias de obras musicales siempre que fueran legales, se

copyright y, por tanto, tampoco el préstamo o el alquiler, únicamente hay infracción si se vende una copia ilegal (40). Pero en la colisión entre normas de propiedad y normas de copyright van ganando progresivamente las segundas. El derecho de autor supone un límite al contenido normal del derecho de propiedad sobre el ejemplar de la obra. La nueva Ley inglesa de 15 de noviembre de 1988 reconoce por primera vez los derechos morales del autor y, aunque en una ley separada, se regula el PLR, que no es más que un límite a los derechos del comprador de la obra.

En los derechos continentales la separación absoluta entre ambos derechos nunca se ha defendido (41). Los derechos del propietario del ejemplar de la obra están limitados por los derechos del autor. Dicho propietario ha de soportar no sólo los derechos morales del autor sino también el derecho de persecución del autor, el derecho de acceso a la obra y la prohibición de copiar. De la misma manera, cuando el beneficio del autor se encuentra en la venta de reproducciones y no en la venta de la obra original, éste ha de poder participar del beneficio que se obtenga con la explotación de la obra, la exposición de motivos de la Ley curiosamente declara este derecho irrenunciable (42). Es arbitrario e inexacto pretender trazar una línea divisoria entre los derechos del autor y los del comprador de la copia (43).

## 2.5 EL DERECHO DEL AUTOR A CONTROLAR LA EXPLOTACIÓN DE SU OBRA Y SU COHERENCIA CON LAS NORMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Compensar al autor por la explotación de su obra es perfectamente coherente con el principio en que se basa la Ley: a mayor difusión mayor

---

alegaba que el autor ya había cobrado el precio, no obstante la doctrina interpretó que si se retransmitía por radio el autor había de cobrar nuevamente, ver SPOOR, J. H., *op. cit.*, págs. 88 y sigs

(40) Ver la sección 5 (2) y (3) de la Ley inglesa donde se pone el énfasis en la reproducción ilegal, véase COPINGER, W. A., *op. cit.*, pág. 148, en el mismo sentido FOX, H., *op. cit.*, pág. 588

(41) Los sujetos, el objeto, la duración y la transmisión del derecho son aspectos que relacionan al propietario del objeto con la Ley de Propiedad Intelectual, véase GOTZEN, F., *op. cit.*, pág. 73, citado por SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 117, nota 134.

(42) Un libro o un disco no sólo son un objeto material, sino una de las formas dadas por el autor a su obra. Textualmente la Sentencia de la Cour de Cassation belga de 19 de enero de 1956 citada por SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 106, nota 78. Recordar la teoría monista: los derechos patrimoniales y los morales son difíciles de disociar, RECHT, P.: *Le Droit d'Auteur. une nouvelle forme de propriété*, Ed. J. Duculot, Gembloux, 1969, págs. 152-5.

(43) SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 118.

compensación, principio que sólo se tiene en cuenta cuando se trata de obras de arte, películas o programas de ordenador. No es un problema de caridad, ni un subsidio para los desvalidos autores sino una solución justa (44). Lo que sucede es que la compensación se ve cada vez más como un salario y por ello tiene una vertiente laboral o social (45).

Si aquel que adquiere la obra además, o en lugar de leerla, se dedica a su explotación se enriquece injustamente a costa del autor, porque ha pagado un precio que no puede compensar de igual manera la utilización privada de la obra y su explotación. Si la utilización de la obra tiene finalidad de lucro, el autor debe participar del mismo. Si el préstamo es desinteresado el autor no tiene por qué sufrir las consecuencias de la promoción cultural o la distracción de la población (46).

Permitir que el esquema de la Ley se distorsione perjudica en última instancia a toda la sociedad porque elimina alicientes para la creación de nuevas obras (47).

### 3. VIAS DE SOLUCION

#### 3.1 LA REFORMA DE LA LEY

El sistema más correcto para solucionar este problema sería modificar la Ley de Propiedad Intelectual española introduciendo una nueva excepción a la doctrina de la primera venta, similar a la que se establece al reconocer el derecho de los autores de obras cinematográficas o el derecho de persecución. La excepción debería afectar a todas las obras protegidas por la ley y limitarse a aquellos casos en que la copia adquirida se presta o alquila de manera sistemática, tanto si existe una finalidad lucrativa

---

(44) Cuando se introduce este derecho en la Ley alemana el Estado pretendía, en un principio, crear un fondo social para los autores, pero acabó reconociendo que se trataba de una verdadera compensación. DIETZ, A., *op cit*, pág. 27. En Noruega y Finlandia en cambio es claramente un subsidio estatal, ver PIRKKO-LIISA, A.: «The present situation of Lending Right in Finland», en *Public Lending Right* by COHEN JEHOAM, *op cit*, passim y MORRIS, R. J. B.. *The Public Lending Right Handbook*. Barry Rose Publisher, Chichester and London, 1980, pág. 24.

(45) Así como una parte del salario se detrae para pagar pensiones, una parte de los derechos del autor deben incrementar fondos sociales, DIETZ, A., *op cit.*, pág. 31.

(46) La Ley alemana de 1965 sólo daba derecho al autor a recibir compensación cuando el préstamo era lucrativo, el 10 de noviembre de 1972 se modifica la Ley para abarcar el préstamo y el alquiler. Se decía que el legislador había dado a los autores más piedras que pan, ver DIETZ, A., *op cit.*, pág. 26.

(47) SELTZER, L. E, *op cit.*, pág. 111

como si ésta no es manifiesta (48). Ello supone ser coherente con el esquema de la Ley: a mayor difusión mayor compensación, valorando la difusión real de la obra. Esta solución es también considerada la más correcta por la mayoría de la doctrina europea (49).

Incluir este derecho dentro de la ley presenta indudables ventajas, aunque después sea necesario desarrollarlo por vía reglamentaria a fin de organizar su administración. En primer lugar, todos los autores tienen derecho a recibir compensación, tanto los nacionales como los extranjeros, de acuerdo con los tratados internacionales vigentes, aplicándose los artículos 145, 146 y 147 de la Ley. Así se evitan graves agravios comparativos (50). En segundo lugar, la norma afecta a cualquier tipo de obra protegida por la Ley (51). En tercer lugar, se compensa el préstamo o alquiler hecho por cualquier biblioteca o empresa, sea pública o privada (52). En cuarto lugar, de esta manera las sanciones en caso de contravención serán las propias de la Ley, utilizándose un procedimiento sancionador homogéneo. En quinto lugar, no se tratará de un derecho absoluto a prohibir, sino un derecho a recibir compensación de acuerdo con los principios de la ley que tienden a proteger al autor, pero también a lograr la difusión de la obra. Por último, la inclusión del derecho en la misma Ley deja claro que no se trata de un problema de caridad sino de justicia, basado en los mecanismos de protección de la Ley y coherente con sus principios.

El sistema más correcto sería, pues, a mi modo de ver, modificar la Ley estableciendo que: en el caso de que un ejemplar de una obra protegida por la ley sea prestado o alquilado al público por instituciones o personas dedicadas profesionalmente a esta tarea, con ánimo de lucro o sin él, el autor tendrá derecho a una compensación económica que se fijará de común acuerdo entre los interesados (53).

---

(48) Esta solución es la que ha adoptado la Ley alemana, que basa este derecho en las prerrogativas del autor y lo acoge dentro de la Ley, a pesar de que, como la Ley española, diferencia reproducción y distribución y declara extinguido el derecho a la segunda por la primera venta, ver DIETZ, A., *op cit.*, pág. 25

(49) BROPHY, B., *op cit.*, pág. 49.

(50) Los autores alemanes se quejan por ello de que mientras en Alemania se paga a los autores ingleses, en Gran Bretaña no se paga a los alemanes.

(51) De lo contrario esta norma afecta sólo usualmente a los libros. En Alemania sólo se excluye el préstamo de originales, y aún esta limitación se considera excesiva, ver DIETZ, A., *op cit.*, pág. 26.

(52) De lo contrario sólo acostumbra a compensarse el préstamo hecho por las bibliotecas públicas, cuando precisamente es más injusto todavía el caso de las empresas que actúan con ánimo de lucro

(53) De manera similar se recoge este derecho en el artículo 27 de la Ley alemana, en cambio en Holanda se argumenta que es mejor una modificación total de la Ley,

### 3.2 EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO EN UNA LEY DIFERENCIADA

La segunda vía utilizada en Europa para solucionar este problema es reconocer este derecho en una normativa independiente de la Ley de Propiedad Intelectual, usualmente una Ley de bibliotecas públicas (54).

Para la doctrina inglesa el ajuste ha de hacerse fuera de la ley ya que, para ellos no es un problema de copyright, aunque reconocen que encaja en su filosofía (55). Hasta la reforma de la Copyright Act de noviembre de 1988, la afirmación era bastante coherente. El autor cuando cedía el copyright no conservaba ningún derecho, la ley no le reconocía ni tan sólo derechos morales, si se quería conceder algún derecho que no pudiera cederse era necesario hacerlo fuera de la ley (56).

Este sistema presenta graves inconvenientes. Deja sin resolver el problema del préstamo o alquiler por parte de las bibliotecas no estatales o empresas. No afecta a todos los autores, sino sólo a los nacionales, con graves problemas de reciprocidad. No afecta a todas las obras, sino sólo a los libros, en todo caso si quiere protegerse a los autores de otras obras es necesario multiplicar las leyes. Por último, al regularse fuera de la ley se asemeja a un sistema de subvención para autores desvalidos que se concede arbitraria y graciosamente.

### 3.3 SISTEMAS PARA HACER EFECTIVO ESTE DERECHO

Es cierto que organizar el cobro de este tipo de compensación puede ser complicado, pero ello no debe ser obstáculo para su reconocimiento y, como mínimo, el derecho debe quedar claro.

En relación a los libros, no parece oportuno defender en nuestro país la implantación de un sistema como el inglés, que permite compensar a

---

SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 98, posición que más bien parece una maniobra dilatoria, ya que el precepto es perfectamente coherente con el planteamiento legal

(54) Este es el sistema utilizado por todos los estados europeos que reconocen este derecho excepto Alemania Federal. En Gran Bretaña la Public Lending Right Act es de 1979 modificada en el 1982. Para un estudio de esta ley ver FLINT, M. F. *A User's Guide to Copyright*, London, 1985, muy interesante en los aspectos prácticos págs 98 y sigs. En Dinamarca el Acta de Bibliotecas públicas es de 27 de mayo de 1964 modificada en el año 1975, ver WEINCKE, W. «Public Lending Right in Denmark», in *Public Lending Right*, de COHEN JEHOAM, *op cit.*, *passim*. En Finlandia la Ley de Bibliotecas públicas es de 3 de mayo de 1961, ver PIIRKKO-LIISA, A., *op cit.*, *passim*.

(55) SELTZER, L. E., *op cit.*, págs 36, 40 y 111.

(56) La Ley inglesa tampoco reconoce el derecho de persecución, en todo caso es necesario establecer cláusulas contractuales si queremos reservar algún derecho al autor, ver PHILLIPS, J. *Introduction to Intellectual Property Law*, Butterworths, London, 1986, pág. 193.

cada autor proporcionalmente al uso que se haya hecho de su obra, ya que dicho sistema resulta muy caro (57).

Un segundo sistema que puede utilizarse es compensar al autor por el hecho de que su obra se encuentre en el stock de una biblioteca pública, con independencia de que su obra sea o no solicitada. El sistema es menos justo pero mucho más fácil de administrar y tiene además una ventaja: compensa también al autor por la lectura de sus obras dentro de las bibliotecas (58).

Un tercer sistema es diferenciar, en el momento de editar una obra, los ejemplares destinados al uso privado y los destinados a bibliotecas o empresas de alquiler. Estos se venderían a un precio superior, constando entonces en cada ejemplar de la obra que el autor permite su préstamo (59). Este sistema se ha defendido en Francia y en Gran Bretaña, con algunas variantes y es aplicado en Canadá y Holanda, y en Alemania para los libros científicos. Este sistema es extraordinariamente barato, puede suponer algún problema contable para editoriales y librerías pero éste sería de menor entidad. En última instancia, la diferencia entre vender a un particular, a una biblioteca, a un club de préstamo o a una empresa de alquiler es un problema de precio. El sistema propuesto supone aceptar las fuerzas naturales que ya ahora mueven al mercado (60).

Un cuarto sistema, mucho menos recomendable, es el finlandés: el Estado paga a los autores un 9 por 100 de la cantidad que dedica a la compra de libros, es un sistema de subvenciones (61).

---

(57) Para valorar el uso se realiza en Gran Bretaña un muestreo en 18 bibliotecas informatizadas y se llega a un conocimiento bastante exacto de los préstamos realizados, aunque no se tiene en cuenta la lectura de obras en la misma biblioteca. En el sistema sueco o en el alemán también se hace un muestreo de bibliotecas, aunque no tan amplio como en el sistema inglés, pero en Suecia se paga por los libros leídos en las bibliotecas teniendo en cuenta el stock de libros científicos. El mismo sistema con variantes se utiliza en Dinamarca, Islandia, Nueva Zelanda o Australia. Para un estudio detallado del sistema inglés ver SUMSION, John: *Setting up Public Lending Right. A Report to the Advisory Committee*, 1986 (sin editorial ni ciudad), donde se estudian los problemas prácticos que éste comporta.

(58) Este sistema se defendía en UK sin éxito, ver MCFARLANE, G.: *Introduction...*, op. cit., págs. 82 y sigs. Para evitar que algún autor pudiera regalar sus libros invendibles a las bibliotecas a fin de cobrar se establece que el bibliotecario certifique que hubiera comprado la obra igualmente.

(59) La prohibición del libre préstamo podría tener una duración igual a la del copyright, ver SPOOR, J. H., op. cit., pág. 125, que propone un período más corto: diez años.

(60) Algunos editores de revistas científicas cobran en la actualidad un precio de suscripción más alto a las bibliotecas. El Working Party Report de 1972 defendía la aplicación de este sistema en la Gran Bretaña. Ver SPOOR, J. H., op. cit., notas 163 y 164, BROPHY, B., op. cit., págs. 64 y 109 y LIEBOWITZ, S. J., op. cit., págs. 12 y 75.

(61) PIRKKO-LIISA, A., op. cit., passim.

### 3.4 SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN

En todos los países estudiados el pago de estos derechos lo realiza el Estado cuando se trata de bibliotecas públicas e incluso privadas, y las mismas empresas cuando se trata de alquiler de discos (62).

El importe cobrado se distribuye en algunos países entre autores y editores, igual que el producto de las ventas (63). En muchos países cobra el autor y no el propietario del copyright (64).

En algunos países el importe recaudado lo distribuyen organismos estatales, en otros las mismas sociedades de autores (65).

Existen, pues, diferentes sistemas para reconocer este derecho y para hacerlo efectivo, según las posibilidades y necesidades de cada país, pero siempre es posible encontrar uno que responda a las necesidades de los autores y de la sociedad aquí y ahora.

## 4. INTERPRETACION DE LA NORMA

### 4.1 FINALIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN

Cuando la Ley no reconoce el derecho del autor a controlar el destino de su obra surgen problemas de difícil resolución (66). Pueden darse tres situaciones diferentes:

---

(62) En el Reino Unido se propuso que pagaran los usuarios, pero en un país donde no se cobra entrada en los museos es impensable que se cobre el uso de las bibliotecas. Ver MCFARLANE, G.: *A practical introduction...*, op. cit., págs. 82 y sigs. En Alemania paga el Estado aunque se trate de bibliotecas de empresas, ya que se considera que debe promover su uso, ver BROPHY, B., *op cit.*, pág. 17.

(63) En los Estados Unidos, en relación a los discos, lo que se cobra se distribuye entre autores y editores, SHEMEL, S., *op cit.*, pág. 231. Este parece ser también el sistema que recoge la Ley española cuando establece un precio adicional para las máquinas de reproducción (art. 25 de la Ley). En relación a los libros recogen este mismo sistema Alemania y Australia, éste fue también el proyecto inicial en Gran Bretaña pero finalmente se decidió compensar sólo a los autores, MCFARLANE, G.: *A Practical Introduction...*, op. cit., pág. 85

(64) Es el sistema inglés y el más habitual, ver FLINT, M. A.: *User's Guide ...*, op. cit., pág. 99. En el mismo sentido regula la Ley española el derecho de persecución (art.24 de la Ley)

(65) Para analizar el sistema de organización en Australia, Dinamarca, Finlandia, Nueva Zelanda, Islandia, Holanda, Noruega, Suecia y Alemania ver MORRIS, R. J. B., *op cit.*, págs. 19 a 26 En principio, el sistema mejor y más barato es que distribuyen las sociedades de autores, como ocurre en Alemania, aunque ello tiene también desventajas: el autor que no es socio no puede cobrar y los autores técnicos, por ejemplo, no acostumbran a serlo. En este sentido ver el informe del COPYRIGHT LAW COMMITTEE, *op cit.*, pág. 25, ya que en Gran Bretaña lo distribuye un organismo estatal

(66) En Gran Bretaña se considera que la posibilidad de controlar las finalidades de la distribución es un problema abierto, ver CORNISH, W. R.: «Copies in UK Copyright», en *Copies in Copyright*, de SPOOR, J. H., *op cit.*

1. Que la ley recoja la doctrina de la primera venta y no establezca excepciones de carácter general que permitan el control de la explotación de la obra. Este es precisamente el supuesto del artículo 19 de la ley española. En este caso la interpretación más coherente con la finalidad de la ley es pensar que el artículo citado presume *iuris et de iure* que el autor renuncia al control del uso privado que se haga de la obra vendida, pero no al derecho a recibir compensación si ésta se destina al préstamo o alquiler sistemático. De esta manera el derecho a distribuir sólo se considera extinguido cuando la obra llega al consumidor, porque un derecho únicamente se extingue cuando alcanza la finalidad propuesta. La distribución puede definirse como el medio por el cual la obra se hace accesible a los demás para ser utilizada de acuerdo con su destino (67). No puede presumirse que el autor quiere recibir la misma remuneración cuando vende su obra a un particular, para su uso privado, que cuando vende a una biblioteca o a una empresa, que mediante el uso múltiple de una sola copia van a reducir el mercado futuro de la obra (68). El comprador tiene únicamente una autorización limitada, el precio pagado no le permite obtener otros beneficios que el goce privado de la obra, la cesión de derechos que realiza el autor debe interpretarse siempre restrictivamente, como pone de manifiesto la exposición de motivos de la ley española (69). La transferencia del objeto, como consecuencia de la enajenación, no supone cesión de los derechos del autor (70) y éste siempre está legitimado

---

(67) En este sentido ALLFELD, P.: *Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst*, 2.<sup>a</sup> ed., Munich, 1928, pág. 142, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 61, nota 27. También STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 281.

(68) STROMHOLM, S., *op cit.*, págs. 281-288. En el mismo sentido véase la Sentencia de la Hoge Raad, Tribunal de Apelación holandés HR 19.1.1979 NJ (1979) 412. el famoso pintor Rien Poortvliet autorizó a un editor a emplear sus pinturas para confeccionar un calendario, un tal Hovener compró al editor los calendarios e hizo unos paneles de madera vendiendo las diferentes hojas al público. La Hoge Raad dio la razón al pintor cuando éste demandó al comerciante; el Tribunal consideró que el pintor había retenido el derecho a publicar su obra de manera independiente. Teniendo en cuenta que un calendario se utiliza sólo un año el precio podía ser menor porque el beneficio también lo era. En el mismo sentido los autores franceses comentan una Sentencia de la Cour de Cassation de 2.12.1964 Gazette du Palais 1965, 1290, citada por STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 300, en que se discutía el caso de una persona que había vendido unas películas viejas para su destrucción y recuperación de material y el comprador las volvió a introducir en el mercado. La Corte dio la razón al vendedor considerando que el comprador había realizado una reproducción la solución era justa pero el medio erróneo.

(69) Artículo 43 de la Ley española. En el mismo sentido, véase GAMM, D. F.: *Urheberrechtsgesetz*, Munich, 1968, pág. 351, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 64, nota 37, o MORING, PH., y NICOLINI, K. *Urheberrechtsgesetz*, Berlin, 1980, pág. 159, citado también por SPOOR, J. H., *op cit.*, en la misma nota y página.

(70) COLBY, R., *op cit.*, págs. 194-202, pone de manifiesto que la sección 109 de la Ley USA permite disponer de la posesión, no de la copia y la sección 202 establece

para participar en los beneficios que pueda producir la explotación de su obra (71). Esta interpretación es defendida unánimemente por la doctrina belga, holandesa y alemana y es la que creo debe defenderse en nuestro país (72).

2. Que la ley no establezca la extinción del derecho a distribuir, pero no reconozca el derecho del autor a controlar. Este es el caso de la ley francesa. Los autores franceses, atendiendo más al espíritu de la ley que a su letra, e interpretando extensivamente el artículo 31.3 que permite cierto control del destino de la obra piensan que es posible evitar este tipo de explotación estableciendo cláusulas en la enajenación (73). Cada uno de los derechos que se cede debe mencionarse y lo no cedido pertenece al autor, por ello el hecho de que el autor ponga a la venta copias de su obra no quiere decir que permite a otros su explotación, ya que en ella se encuentran precisamente sus beneficios.

---

que la transferencia del objeto no supone transferencia del copyright Interpretando estas dos normas conjuntamente este autor piensa que poco queda de la «First Sale Doctrine» ya que debe interpretarse que el comprador puede revender pero no alquilar ni prestar.

(71) Así lo piensan también FROM, F. K., y NORDEMANN, W *Urheberrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., revisado por W. NORDEMANN; K. VINCK, y P. W. HERTIN, Stuttgart, 1973, pág. 128, citado por SPOOR, J. H., *op cit*, pág. 94, nota 15.

(72) Esta afirmación es unánime, ver SPOOR, J. H., *op cit*, pág. 115, notas 116 y 117. Una cosa es el uso privado, y otra aquellos modos de explotación que pueden perjudicar al autor, ver GOTZEN, F., *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Brussels, 1975, nota 77, pág. 41, citado por SPOOR, J. H., *op cit*, pág. 114, nota 115, comentando una decisión del Munich Landgericht de 1968 que deja clara esta distinción.

(73) STROMHOLM, S., *op cit*, págs. 295-297, pone de manifiesto que no hay jurisprudencia anterior a la Ley de 1957, y la posterior no lo deja claro, pero deduce esta posibilidad del artículo 31.3 de la Ley francesa (art. 43 de la española). Igual DESBOIS, H., *op cit*, pág. 332, también FRANCON, A.: «Public Lending Right in France», en *Public Lending Right*, de COHEN JEHOAM, Deventer, 1983, pág. 43, y GOTZEN, F., *op cit*, págs. 7-9, que reclama una regulación global de los derechos del autor después de la venta. En el mismo sentido, SPOOR, J. H., *op cit*, pág. 105. La jurisprudencia belga apoya esta interpretación. Se cita una sentencia famosa, la radio belga había adquirido de Navea (organización de consumidores) permiso para radiar la música de su repertorio. Los autores de algunos discos habían editado con una inscripción prohibiendo el uso por la radio y se opusieron a que fueran radiados. La primera instancia no les dio la razón, pero la Court d'Appeal de Bruselas apreció que el autor, en el ejercicio de sus derechos, es amo soberano de su obra y puede autorizar únicamente su uso privado (Cour de Bruxelles 9.5.1953 Inf. Cons. 1953, pág. 153). Entonces se apela a la Cour de Cassation y ésta confirma la sentencia argumentando que la emisión por radio constituye una reproducción de la obra, la posesión de un disco, se dice, no permite hacer con él lo que se quiera. Cour de Cassation 19.1.1956 Pas. 1956 1, pág. 484, SPOOR, J. H., *op cit*, págs. 106-108, notas 76 y 78, aprueba la decisión tomada que se considera un refuerzo a la doctrina francesa que posibilita el control del destino de la obra, aunque se critica que ello se fundamente en la posibilidad de controlar la reproducción. En el mismo sentido la valoran DESBOIS, H., *op cit*, pág. 333, e ISACKER, F. Van. *De exploitatie-rechten van de auteur*, Bruselas, 1963, citado por SPOOR, J. H., *op cit*, pág. 108, nota 104.

Las dos posiciones anteriores defienden por vías diferentes un principio esencial: el autor tiene derecho a participar de todo beneficio que exceda el uso normal de la obra de acuerdo con su naturaleza. Prestar o alquilar, es una manera de explotar la obra y la explotación sólo se cede cuando se establece de manera expresa (74). Esta prerrogativa del autor se aplica a todos aquellos casos en que la actividad del comprador perjudica las futuras ventas del autor, tanto si se trata de libros como de discos o programas de ordenador (75).

3. Que la ley prohíba expresamente el control por parte del autor de dicha actividad y lo conceda al Estado, como sucede en la Ley italiana. En este caso no existe otra interpretación posible que la negación de este derecho al autor en aras del interés público (76).

#### 4.2 LA NECESIDAD DE RESERVARSE ESTE DERECHO MEDIANTE CLÁUSULAS

Si interpretamos que el autor tiene derecho a participar de los beneficios que supone este tipo de explotación, considerando que éste es el verdadero sentido de la doctrina de la primera venta, no es necesario que se reserve este derecho mediante cláusulas. Si el derecho es inherente al autor no son necesarias formalidades para que le sea reconocido (77). La restricción al uso privado estaría implícita en el contrato de edición, no puede presumirse que quien da permiso para reproducir y vender la obra da también el permiso para distribuirla sin límites (78).

---

(74) Publicar es una forma de poner a la disposición del público y para algunos autores prestar es una forma de publicar la obra, así COPINGER, W. A., *op cit.*, pág. 196. Sin embargo, la jurisprudencia holandesa lo niega, ver SPOOR, J. H., *op cit.*, págs. 76-88. Otro argumento es afirmar que si no existiera una copia las bibliotecas, o las emisoras de radio habrían de reproducir la obra para dejarla, o radiarla, en este sentido, DEBBASCH, CH. *Traité du droit de la radiodiffusion*, Paris, 1967, pág. 400, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 108, nota 97.

(75) Ver la monografía citada por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 107, de GOTZEN, F.: *Het Bestemmingsrecht van de auteur*.

(76) FABIANI, M., *op cit.*, *passim*.

(77) Lo mismo sucede con la prohibición de la reproducción. Sólo los países que no pertenecen a la Convención de Berna incluyen la c. En el mismo sentido, ver la exposición de motivos de la Ley española.

(78) Quien puede lo más (prohibir la reproducción), puede lo menos (autorizarla condicionalmente) como pone de manifiesto GOTZEN, F., *op cit.*, pág. 6, STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 300, lo basa en el derecho del autor a retirar las copias de uso ilegal que recoge el artículo 66.3 de la Ley francesa. Si se trata de un derecho inherente al autor no es necesario que la prohibición conste en cada obra, cualquier uso fuera de leer o escuchar está prohibido. Esta teoría es defendida por la doctrina francesa y belga, así ISACKER, F., *op cit.*, pág. 201, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 112, nota 109.

Esta restricción no afecta sólo al editor sino también a terceros adquirentes de la copia, las limitaciones al derecho de distribuir no se pierden al ceder la obra a terceros, de lo contrario no tendrían efectos, el editor podría burlarlas vendiendo las copias realizadas a terceros (79). El adquirente no puede adquirir más que lo que tenía el editor que le vendió la copia. Puede establecerse un principio general: las limitaciones relativas a la configuración del derecho son oponibles a terceros, mientras que las modalidades de la explotación tendrían sólo efectos *inter partes* (80).

A pesar de que no sea necesario introducir estas cláusulas para que sea respetado el derecho, ello puede ser conveniente. Mientras no se produzca una modificación legal que recoja explícitamente el derecho que analizamos, resulta conveniente reforzar la reserva de control mediante cláusulas incorporadas a cada ejemplar de la obra. Con la misma finalidad pueden publicarse las prohibiciones de reproducir (art. 131 de la Ley española). Así se defiende el derecho de una manera eficaz y clara a cubierto de cualquier interpretación de la ley (81).

Algunos autores no comparten la opinión anterior y piensan que es necesario establecer cláusulas de limitación si el autor quiere reservarse el derecho a controlar este tipo de uso de la obra. Estas cláusulas permitirían obtener compensación por el préstamo sistemático de la obra e incluso por el ocasional, a pesar de la plasmación legal de la doctrina de la primera venta. El derecho, se dice, se extingue cuando llega a manos de personas extrañas a la elaboración de copias, por ello son necesarias excepciones legislativas o cláusulas (82). Supone interpretar que la doctrina de la primera venta establece una presunción *iuris tantum* de extinción, de manera contraria a lo que sucede en la cesión de otros derechos en que sólo se cede aquel derecho que específicamente se señala (83). Las citadas

(79) SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 111. En el mismo sentido DESBOIS, H., *op cit.*, pág. 333, y ALLFELD, *op cit.*, pág. 11, núm. 4, pág. 142, citado por STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 284, nota 23. Las limitaciones se oponen al derecho a distribuir y no se pierden al ceder el derecho de edición, SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 81.

(80) ALLFELD, *op cit.*, pág. 8, núm. 4, p. 108, citado por STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 286, nota 33. Otros afirman que si el editor es propietario de los derechos los efectos del pacto sólo serían personales, mientras que si se trata de una cesión de derechos, como sucede en la Ley española, los efectos serían reales, ver STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 299.

(81) SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 112, en el mismo sentido defiende la conveniencia STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 299.

(82) Así ULMER: *Urheber und verlagsrecht*, 1960, citado por STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 281, nota 14. En el mismo sentido DIETZ, A., *op cit.*, pág. 48.

(83) Sistema similar al que la Ley inglesa establece para el caso de patentes, ver SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 118, que lo considera el más razonable, ya que considera que no tiene relación con los poderes propios del copyright, pág. 63, o como mínimo que lo exige la doctrina de la primera venta, pág. 82.

cláusulas no son más que limitaciones al derecho a distribuir que la misma ley permite (art. 43 de la Ley española) (84). Precisamente en aquellos casos en que la ley distingue derecho a reproducir y derecho a distribuir una de las ventajas es la posibilidad de controlar la distribución. No se trata de una condición para el nacimiento del derecho sino un modo de fijar su extensión (85). El autor puede limitar el destino de la obra que vende: prohibiendo el uso de discos por la radio; puede limitar la venta a determinadas personas: prohibiendo su adquisición por los usuarios de un club de préstamo, puede limitar el modo de distribución, siempre que se establezcan cláusulas concretas (86). Las cláusulas deberían constar en cada ejemplar de la obra.

Esta postura, mucho menos arriesgada, es no obstante menos acertada, según mi modo de ver, ya que supone regular los derechos del autor siguiendo vías diferentes. El derecho de persecución es un derecho inherente al autor como lo es el derecho a participar en el beneficio que produce la obra. El hecho de que el primero esté reconocido explícitamente por la ley y el segundo no, no ha de impedir una interpretación coherente de la norma.

Una tercera interpretación es considerar que pueden establecerse cláusulas de limitaciones que son de carácter meramente contractual. Las citadas cláusulas utilizadas ya por numerosos autores europeos, permiten establecer un límite contractual perfectamente coherente con las normas generales de la compraventa (87). A fin de que las citadas cláusulas afecten a terceros será necesario que consten en cada ejemplar, el que compra la copia no es parte en el contrato y, por tanto, ha de conocer la restricción en el momento de adquirir, si pretendemos que ésta le afecte (88). El límite a estas cláusulas estaría en la prohibición del abuso de derecho y en la

---

(84) Ver SPOOR, J. H., *op cit*, pág. 63, comentando una decisión del Bundesgerichtshof de 1958, en el mismo sentido la ley alemana establece que es posible distribuir con limitaciones en el tiempo o en el contenido. En los EEUU se ponen cláusulas en este sentido en las ventas de programas de ordenador, ver GASAWAY, L. N., *op cit.*, pág. 19.

(85) SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 121.

(86) Los redactores de la Ley alemana de 1901 para evitar que se prohíba el préstamo lo excluyen en la Ley, ver STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 283, nota 21, que cita Stenographischen Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 10 Legislaturperiode II Session 1900/1902 Erster Anlageband, pág. 396.

(87) El caso Koenigs Kursbuch RG263394 parece decirlo así, véase SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 94. Como ejemplo de esta preocupación creciente véase el libro de GETE-ALONSO, Juan Carlos y DEL BARRIO, Virginio: *Medida y realidad*, publicado por la Editorial Alhambra, Madrid, 1989, que en la contraportada prohíbe el préstamo de la obra sin consentimiento del editor. Esta cláusula, utilizada ya frecuentemente en Europa, puede culminar en un acuerdo entre los implicados.

(88) Para SPOOR, J. H., *op cit.*, págs. 63 y 113, no tienen relación con los poderes del copyright.

necesidad de informar a terceros (89). Las sanciones en caso de contravención serán contractuales (90). No se trata de limitar la libre circulación de mercancías, sino de reconocer el derecho a recibir compensación por la misma (91).

Esta tercera posición supone situarse en una situación límite: separando por completo las normas que regulan la propiedad de la copia de las normas de copyright. Es una posibilidad que difícilmente puede negarse a los autores. No obstante, creo que no es necesario llegar a ella en el caso español, sino que es suficiente interpretar la norma correctamente.

Ante los problemas expuestos sólo queda lamentar que una ley acabada de aprobar no haya resuelto de manera más clara y coherente los problemas que afectan al autor en este punto, contemplando no sólo los casos más acuciantes actualmente, como es el caso de los videoclubs, sino también aquellos que pueden serlo en un futuro inmediato. Una observación más atenta del derecho comparado hubiera permitido resolver este problema de manera global. Con la legislación vigente en la mano no nos queda más que recordar las palabras del Justice de la Supreme Court de los Estados Unidos «This case calls not for the judgement of Salomon but for the dexterity of Houdini» (92).

EULALIA AMAT LLARÍ

---

(89) GOTZEN, F., *op cit.*, pág. 7

(90) Ver en los EEUU el caso *United States v. Wells* 1959, citado por GOTZEN, F., *op cit.*, pág. 177, si el que tiene la copia vende y sólo podía reproducir vulnera el contrato pero no el copyright

(91) Por tanto no es contrario a las normas que impiden la limitación de la libre competencia, ver REIMER, D, *op cit.*, pág. 57 En cambio pueden considerarse prohibidas las cláusulas que limitan el precio de la reventa. En el mes de enero de 1978 la Comisión del Mercado Común Europeo declaró estos acuerdos contrarios al artículo 85 (3) del Tratado de Roma. Ver COLBY, R., *op cit.*, pág. 198, que pone de manifiesto que las normas de copyright no pueden ser utilizadas para controlar los precios.

(92) NOLAN, P. F.: *Copies in the U S. Copyright*. pág. 173, nota 1.

# *Compensatio lucri cum damno* en el resarcimiento del daño por el deudor

1. Circunscribiéndonos estrictamente al punto del incumplimiento de las obligaciones, sabido es que cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación que determine el mismo sea imputable al deudor, queda éste obligado al resarcimiento del daño infligido al acreedor, daño que, como establece de modo expreso el artículo 1.106 del Código Civil, debe comprender tanto las pérdidas sufridas (*damnum emergens*) como las ganancias dejadas de obtener (*lucrum cessans*).

Ahora bien, puede suceder que el incumplimiento de la obligación al mismo tiempo que produce el daño *lato sensu* referido provoque también algún tipo de ventaja, lucro o provecho. ¿Sería justo que el acreedor pudiese reclamar la íntegra indemnización de aquél e interesadamente ignorase la existencia de éste? La pregunta se contesta por sí sola, ya que la afirmativa significaría que dicho acreedor quedaría patrimonialmente en situación más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria, algo que pugna con la justicia y se opone a la naturaleza misma de las cosas.

Parece natural, pues, que siempre se haya considerado que, a la hora de estimar la cuantía exacta de la responsabilidad que haya de asumir el deudor incumpliente, deba computarse lo que corresponde disminuir del monto bruto de la indemnización de daños en concepto de provechos percibidos por el acreedor en función de la irrealización del débito. De la misma manera que el resarcimiento del daño busca restituir al acreedor a aquella situación patrimonial en que se hallaría si la obligación se hubiese cumplido, la computación de beneficios impide que mediante la indemnización de daños y perjuicios el acreedor experimente un enriquecimiento al no tomarse en cuenta aquellos lucros que el incumplimiento propició, situación a todas luces anómala e incongruente.

Como el supuesto opera lo mismo en el ámbito del incumplimiento

obligacional que en el del hecho ilícito, la doctrina suele formular una noción conjunta para uno y otro, advirtiendo, tal como hace LARENZ, que la regla común debe ser la de que el perjudicado ha de soportar que sean evaluadas, a efectos de rebajar el monto global de la indemnización, «aquellas ventajas que haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste» (1). Aunque, sin duda, los casos más frecuentes y llamativos se darán en el área del *damnum iniuria datum*, nada impide que en el estricto campo del incumplimiento obligacional se produzcan hipótesis en las que la omisión de la prestación debida represente algún tipo de ventaja para el acreedor insatisfecho: existencia en manos del acreedor de restos o despojos del objeto que debía serle entregado, no realización por su parte de determinados gastos que la recepción de éste le habría ocasionado, aumento de beneficios al poder vender a precio superior sus existencias actuales al no producirse el incremento de oferta que la ejecución del contrato habría propiciado, realización de operaciones beneficiosas y de la misma naturaleza que la incumplida por mor de este acontecimiento, etc.

2. Las leyes no suelen contemplar de manera genérica la *compensatio lucri cum damno* a la hora de reglar el resarcimiento del daño, circunstancia que plantea la necesidad de tener que buscar un asidero legal a la misma, sobre todo porque, a pesar del nombre que se le asigna (*compensatio*), es evidente que en ella no nos encontramos ante un genuino y propio caso de compensación. En efecto, mientras ésta supone la existencia de obligaciones recíprocas entre acreedor y deudor en los términos exigidos por la ley, es obvio que en aquélla, en una mayoría determinante de supuestos, el perjudicado carecerá de crédito alguno frente al infractor, ya que tan sólo habrá experimentado (o será susceptible de experimentar) un aprovechamiento patrimonial que debe ser descontado de lo que tiene derecho a reclamar en concepto de indemnización del que ha vulnerado su derecho. Ahí es donde reside la diferencia y no, según pretende FISCHER, en el hecho de que en la compensación estricta no basta que se contrapongan dos créditos compensables para que el Juez pueda ordenarla de oficio, mientras que la *compensatio lucri cum damno* la aplica el Juez *ipso iure* tan pronto como comprueba la existencia de beneficios especiales (2), ya que es evidente que la moderna compensación se produce también *ministerio legis* (art. 1.195, C. C.).

En realidad, el asidero legal de la figura se encuentra en la propia norma que impone al deudor incumpliente el resarcimiento de daño producido por su acción u omisión, pues es obvio que sólo cabrá reputar

---

(1) LARENZ *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, pág. 204.

(2) FISCHER. *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, pág. 192.

daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Cuando el artículo 1.106 de nuestro Código Civil dispone que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», nos está diciendo con toda claridad que la conformación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual habrá necesidad de computar todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen un paliativo o minoración del quebranto patrimonial sufrido por el titular activo de la relación obligatoria.

3. Rectamente miradas las cosas y pese al desenfado expresivo en que solemos incurrir, lo cierto es que cuando tiene lugar el incumplimiento de una obligación, no es que el daño bruto ascienda a tanto y luego haya que proceder a restar de él las ventajas obtenidas por el acreedor al objeto de obtener el daño neto, sino que lo que se produce en primer término de éste, en cuanto no hay más daño que el efectivamente ocasionado, y el mismo es el que aparece por el juego recíproco de quebrantos y lucros, ya que la realidad se nos presenta de una sola vez, *uno ictu*, en virtud del efecto reflejo y multidireccional que el hecho del incumplimiento es susceptible de provocar. Se debe resarcir, escribe DE CUPIS, nada más que el daño emergente o el lucro cesante, o sea, tan sólo el daño realmente causado y no aquel que tal vez se habría podido causar de no haber mediado una ventaja, ya que el «daño no es más que el perjuicio causado a la esfera del interés de un sujeto, y si esa esfera experimenta a su vez un incremento y un detrimento, la entidad del daño que realmente soporta —y que es la que jurídicamente hay que considerar—, es la resultante de detrimento e incremento» (3).

Pensemos por un momento en el inusual pero posible hecho de que por virtud del incumplimiento de la obligación las ventajas percibidas por el acreedor rebasen los perjuicios que se le han irrogado. Si aplicásemos la concepción aritmética de que daño es lo que resulta de restar del quebranto el lucro, a la manera, por ejemplo, en que nuestro WENCESLAO ROCES advierte que «sólo la diferencia podrá considerarse en Derecho pérdida sufrida o ganancia dejada de obtener» (4), podría llegarse a la extraña conclusión de que el acreedor quedase obligado a devolver en el caso de que las ventajas superasen a los perjuicios.

Ahora bien, ¿quién sería titular de ese supuesto derecho a la devolu-

---

(3) DE CUPIS *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, 1975, pág. 328.

(4) ROCES *Anotaciones a los daños civiles y su reparación de Fischer*, Madrid, 1928, pág. 292

ción? El deudor incumpliente desde luego que no, porque ello conduciría a la paradoja de que la persona que ha violentado la obligación resultase beneficiada por su acción; los terceros tampoco, ya que los mismos no tienen por qué incorporarse a un proceso jurídico que está circunscrito a las personas del acreedor y del deudor. La consecuencia no puede ser otra que la de que en dicho supuesto y pese a que ha tenido lugar el incumplimiento de una relación obligatoria no se ha producido un genuino daño resarcible, ya que el juego combinado de lucros y daños, la interacción de un conjunto de causas que al mismo tiempo que lesionan favorecen, conduce al singular resultado de que el acreedor, pese al incumplimiento, no se ha visto patrimonialmente afectado de manera negativa, por lo que no tendrá derecho al cobro de indemnización alguna, aunque, desde luego, mucho menos resultará obligado a ninguna clase de reembolso.

Ello nos debe conducir a la idea de que el daño resarcible es un concepto unitario y no el fruto de deducir de los menoscabos los beneficios, porque si se tratase de dos entidades diferenciadas debería considerarse, tal como se acaba de exponer, que existe daño no obstante ser superior el lucro, algo que amén de inconsecuente plantearía problemas de difícil y aun imposible solución. La realidad es otra: el incumplimiento de la obligación sólo podrá reputarse dañoso y, en consecuencia, surgirá la responsabilidad de resarcimiento por parte del deudor cuando el efecto final sea que el acreedor ha resultado patrimonialmente lesionado en función de dicho incumplimiento. O, si se prefiere, el daño resarcible es únicamente aquello que queda de afección patrimonial al acreedor una vez que se han ponderado de manera conjunta todas las secuelas negativas y positivas derivadas del incumplimiento, ya que, como atinadamente escribe DE CUPIS, la responsabilidad se adquiere por la alteración perjudicial de la situación de un sujeto, y para valorar la entidad del empeoramiento en su conjunto hay que considerar las consecuencias favorables y desfavorables de su acción (5).

4. Punto importante en la consideración de la *compensatio lucri cum damno* es el relativo a la causa que provoque uno y otro. ¿Deberán provenir el daño y la ventaja de un mismo hecho o se admitirá la compensación aunque se originen en acontecimientos diferentes? Tratándose de daños derivados de la inejecución de la prestación debida, el problema se plantea al inquirir si los provechos recibidos por el acreedor deberán tomarse en cuenta aunque tengan una fuente diferente del estricto incumplimiento obligacional que determinó la producción de los perjuicios.

Una larga tradición que arranca de MOMMSEN y fue seguida por WINDSCHEID, PLANCK y STAUDINGER, entre otros, ha considerado que

---

(5) DE CUPIS *El daño*. .. op. cit., pág. 328.

para que tenga lugar la compensación de daños y lucros, unos y otros deben proceder del mismo evento. La fórmula la sintetizó OERTMANN al enunciar que «la ventaja y el perjuicio deben provenir del mismo hecho del que nace la responsabilidad, aunque sólo tengan en él su causa mediata», ya que, como señalará CROME, los principios generales exigen que la ventaja y el daño sean conjuntos, esto es, no hayan nacido de causas diversas (6).

Las razones de semejante limitación causal parecen claras. Si el provecho percibido por el acreedor insatisfecho nada tienen que ver ni inmediata ni mediatamente con el incumplimiento de la obligación, no parece tener mucho sentido la idea de que aquél pueda ponerse en relación a efectos de computación con el perjuicio que dicho incumplimiento haya irrogado. Si son dos eventos diferentes, dos acontecimientos distintos, dos sucesos no interrelacionados, de uno de los cuales deriva un beneficio mientras que del otro proviene un daño, ¿cómo ponerlos en conjunción al objeto de que el quebranto económico del acreedor quede reducido a sus justos términos?

En consecuencia, ello significa que si el daño experimentado por el acreedor hay que referirlo al incumplimiento de una determinada obligación, el beneficio que se reporte a aquél debe ser consecuencia también de dicho incumplimiento, con lo cual el conjunto se armoniza y parece encajar dentro de los límites de lo razonable. Sin embargo, no siempre las cosas se presentarán de forma tal que permitan la nitida aplicación del principio que se comenta, pues puede haber casos en los que aunque el lucro percibido por el acreedor no quepa relacionarlo ni directa ni indirectamente con el incumplimiento de la obligación, efectivamente se produzca y de hecho palíe el quebranto económico derivado de éste.

5. ¿Qué resolver en los mismos? Por la circunstancia de que el provecho producido no pueda conectarse causalmente con el hecho que origina el daño, ¿deberá concluirse que éste habrá de resarcirse en su totalidad y aquél quedará inoperante a estos efectos? Tiene razón DE CUPIS cuando advierte que de no considerarse que la *compensatio lucri cum damno* ha de circunscribirse a aquellos casos en que tanto el lucro como el daño derivan de un mismo hecho, lo único que se conseguiría sería desorbitarla de sus justos límites (7), pero ello tampoco puede hacernos perder la perspectiva de que el resarcimiento del daño cumple la básica función equilibradora del desajuste patrimonial que ha sufrido el perjudicado, y, en consecuencia, la pregunta clave que debe hacerse a la hora de materia-

---

(6) CROME *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto francese*, Milán, 1908, pág. 102, núm. 41.

(7) DE CUPIS *El daño...*, op. cit., pág. 328.

lizarlo es si subsiste dicho desajuste patrimonial, mientras que la cuestión de cuál sea la concreta causa de la que procede el reequilibrio que se ha producido en la esfera económica del acreedor parece que, al menos en algunos casos, puede quedar en una relativa penumbra.

LARENZ considera que excepcionalmente se habrán de traer también a colación las ventajas que sean consecuencia del acaecimiento que crea el deber de indemnizar y que no sean adecuadas al mismo, si así lo exige la equidad según las circunstancias del caso concreto, por ejemplo, cuando la ventaja obtenida lo fue en forma completamente imprevisible y ha resultado desproporcionadamente grave (8). No compartimos esta opinión porque la misma, aunque la llamada a la equidad parezca suficiente, supondría poner a jugar acontecimientos que ninguna relación guardan con el hecho que ha provocado el daño, en nuestro caso el incumplimiento de la obligación, dando lugar, en consecuencia, a una baraúnda de supuestos que en nada facilitaría el siempre difícil juego de las indemnizaciones.

Si el lucro no está en conexión causal, mediata o inmediata, con el incumplimiento, o, en la fórmula de LARENZ, no es adecuado al mismo, desaparece cualquier razón válida para justificar su toma en consideración a la hora de rebajar el resarcimiento del daño inferido, y ni siquiera el recurso a la equidad puede servir para semejante incidencia, ya que ello supondría dar entrada a todo tipo de acontecimientos, con prescindencia de un nexo suficiente que justifique su estima. Como bien dice DE CUPIS, para que la delimitación de la *compensatio lucri cum damno* no pierda su propio valor se necesita no sólo que subsista la relación causal, sino que también guarde una cierta consistencia tanto frente al lucro como frente al daño, pues no hay razón para que se fije un límite a la relevancia jurídica de la causa respecto al daño y no también con relación al lucro, ya que lo equitativo es precisamente lo contrario, que el mismo límite subsista para ambos (9).

La verdad es que el mismo LARENZ se siente obligado a excepcionar su propia tesis de toma en consideración de las ventajas no adecuadas (*rectius*, no vinculadas causalmente al hecho dañoso), cuando reconoce que «no siempre han de compensarse ventajas adecuadas al hecho», y, en tal sentido, «no son computables las prestaciones que el lesionado recibió en virtud de un contrato de seguro por él concluido», en razón de que dichas prestaciones representan la contraprestación por las primas que ha pagado el perjudicado y se vulneraría la sustancia del contrato de seguro si las mismas redundasen en provecho del obligado a indemnizar (10). Si eso

---

(8) LARENZ *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., pág. 204

(9) DE CUPIS *El daño...*, op. cit., pág. 331.

(10) LARENZ *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., págs. 204-205

ocurre con toda evidencia respecto al contrato de seguro, en el que, sin mayor esfuerzo, podría rastrearse una cierta vinculación con el suceso productor del daño, ¿qué habrá que decir en relación a aquellos otros acontecimientos en los que se pierde todo rastro de conexión causal con dicho suceso?

El perjudicado por el incumplimiento de la relación obligatoria, llevado por su desesperanza, juega a la lotería, apuesta o invierte especulativamente, y, por obra de la suerte, obtiene una súbita e inesperada ganancia. ¿Deberá descontarse ésta del detrimento patrimonial que le ha ocasionado el incumplimiento obligacional? El acreedor que ha concurrido al domicilio del deudor a recibir el pago, a su regreso, frustrado, encuentra una valiosa *res derelictae*; el arrendador que por impago de la renta por el arrendatario insolvente se ve forzado a cultivar él mismo la finca, con ocasión del cultivo encuentra un tesoro. ¿Habrá que tomar en cuenta estos enriquecimientos fortuitos a la hora de valorar el monto del daño experimentado por el acreedor?

La particular y dolorosa situación en que ha quedado un determinado acreedor por obra del incumplimiento de una obligación que le era vital mueve los sentimientos filantrópicos de una persona generosa, y aquél obtiene de ésta ayuda significativa que palia de manera sensible el daño ocasionado por la inexecución de la prestación. ¿Deberá estimarse que estamos en presencia de un genuino supuesto de *compensatio lucri cum damno*? Si tal fuere el caso, llegaríamos a la absurda y excluyente conclusión de que un deudor que por causa que le es imputable ha hecho imposible la prestación se vería relevado o aliviado de su responsabilidad por el hecho de que alguien se ha apiadado de su víctima.

Factores por completo ajenos a la relación obligatoria, sentimientos y motivaciones que nada tienen que ver con el contrato inexecutado, acontecimientos que se mueven en órbitas que no conectan con el *vinculum iuris* entre acreedor y deudor tendrían de esta manera un protagonismo injustificado y crearían una situación de gran complejidad y confusión en la esfera del daño contractual resarcible (lo mismo sucedería también en materia de responsabilidad *ex lege Aquiliae*). En relación al último y llamativo supuesto apuntado, DE CUPIS ha resaltado que el responsable no puede pretender que del daño resarcible se deduzca aquello que el perjudicado ha obtenido por la caridad del filántropo, criterio negativo que viene impuesto también por la equidad y por el razonamiento jurídico, «ya que en modo alguno puede ser justo que el responsable saque partido, para aligerarse de su responsabilidad, por la intervención ocasional de la acción caritativa de un tercero» (11).

---

(11) DE CUPIS *El daño...*, op. cit., pág. 331.

Bien, pues, que se admita que la exigencia de que la ventaja obtenida por el acreedor deba nacer del mismo hecho que ocasiona el perjuicio y quepa considerarla en el sentido amplio de que basta con que guarde con aquél una relación causal más o menos cercana, pero de ahí no cabe derivar la posibilidad de computar el lucro cuando el mismo se haya producido en una forma tal que no haya manera de relacionarlo razonablemente con el acontecimiento que ha provocado el daño (en nuestro caso, el incumplimiento de la obligación), ya que ello trastornaría irremediablemente el armónico juego de las indemnizaciones y sus causas. La regla deberá ser que las ventajas habidas por el acreedor sólo podrán tomarse en cuenta cuando guarden una conexión causal con el hecho productor del daño regular o normal, esto es, cuando puedan explicarse según la secuencia ordinaria o lógica de los acontecimientos.

6. De todas maneras, DE CUPIS se plantea que si la liberalidad del tercero restaura el interés afectado, obviando el daño causado, entonces incide, al margen de la *compensatio lucri cum damno*, en la obligación de resarcimiento, ya que ésta quedará en todo o en parte extinguida por el logro del fin, pues «por un camino distinto del cumplimiento, es decir, por medio de la liberalidad del tercero, se satisface el mismo interés del acreedor perjudicado» (12). No creemos que quepa admitir semejante formulación en la estricta esfera del incumplimiento de las obligaciones.

En efecto, en cuanto el genuino incumplimiento es el que tiene lugar cuando la prestación debida resulta imposible y el incorrectamente denominado «incumplimiento culpable» no es tal, ya que mientras su objeto sea viable siempre cabe la ejecución forzosa en forma específica (arts. 1.096 y 1.098, C. C.), por más que un tercero haya actuado benefactoramente respecto al acreedor, nunca cabrá afirmar que, mediante semejante acción, ha quedado satisfecho el interés de aquél, pues, por definición, la prestación ha sobrevenido imposible, y, por ende, la actuación del tercero no podrá reputarse como pago, en cuanto éste supone la exacta ejecución de la prestación debida (13).

Y es que existe una antinomia o contradicción insalvable cuando se afirma, como, por ejemplo, hace CASTÁN, que para que haya lugar al resarcimiento del daño se precisa que exista un incumplimiento culpable de la obligación y que no pueda obtenerse el cumplimiento en forma específica (14). En realidad, una de esas condiciones excluye a la otra,

---

(12) *Ibid.*, pág. 332.

(13) CRISTÓBAL MONTES *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, págs 53 y sigs.

(14) CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1983, pág 241.

pues si estamos en presencia del incorrectamente llamado «incumplimiento culpable» («voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», de la que con tanta frecuencia habla nuestro Tribunal Supremo) (15), no cabe reclamar la existencia de una segunda condición de que no se pueda obtener el cumplimiento de la obligación en forma específica, ya que al no haberse producido la imposibilidad de la prestación debida, aquél siempre será factible, no obstante la negativa a colaborar por parte del deudor (si se trata de una prestación infungible, la obstrucción del deudor determinará que la misma devenga imposible).

7. En el Derecho romano, a pesar de que se intenta derivar de él la *compensatio lucri cum damno*, el principio de que para compensar el lucro y el daño ambos deben provenir causalmente del mismo hecho tuvo un desigual tratamiento. En relación al contrato de sociedad, ULPIANO nos dirá que «si el socio hubiera sido negligente en la sociedad respecto a algunas cosas, y en las demás hubiera aumentado sus intereses, no se compensa el aumento con lo que menoscabó por su negligencia» (16). Y el mismo parecer mantendrá frente al criterio opuesto de POMPONIO en el siguiente texto: «También (pregunta POMPONIO) si la ganancia adquirida por el socio que admitió se deberá compensar con el daño causado por su culpa, y dice que se debe compensar, lo que no es cierto...; porque no se puede decir: Socio, abstenete de la utilidad que resultó por el siervo, si pides el daño» (17). Criterio que avala también PAULO cuando advierte que «no deja de ser responsable el socio de lo que se perdió porque en otras cosas haya aumentado la sociedad por su industria» (18).

Como se observará, *lucrum y damnun* no resultan compensables en el contrato de sociedad en cuanto no provienen del mismo hecho, y aunque se considere que la *admissio socii* o la *praepositio servi* constituye un hecho que origina la obligación de indemnizar, motivando a POMPONIO para aplicar las pautas del régimen de indemnización sobre las de la *compensatio lucri cum damno*, ello no bastará, según hizo notar OERTMANN, para justificar la opinión de dicho *iuris prudens* frente al parecer contrario de PAULO, ULPIANO y MARCELO, ya que, como escribe FISCHER, la aplicación de las normas sobre indemnización no puede colocar al causante del daño en una situación más favorable que la que ocuparía un *socius*, si no incurriese en una conducta general que le obliga a indemnizar los daños inferidos (19).

---

(15) CRISTÓBAL MONTES *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, págs. 93 y sigs.

(16) D.17,2,26.

(17) D.17,2,23,1.

(18) D.17,2,25

(19) FISCHER *Los daños civiles...*, op. cit., pág. 197.

La negativa de las fuentes romanas transcritas descansaría, pues, según la explicación clásica (MOMMSEN, DERNBURG, etc.), en la circunstancia de que al derivar el lucro y el daño de causas distintas, en cuanto uno y otro son consecuencia de actos diferentes, faltará el dato fundamental de la *compensatio lucri cum damno* de que debe haber identidad en el hecho productor de las ventajas y perjuicios patrimoniales.

Sin embargo, en las mismas fuentes romanas se dio un tratamiento completamente diferente al contemplado en materia de sociedad con ocasión de la *negotiorum gestio*. Oigamos a POMPONIO: «Si eres gestor del ausente y del que lo ignora, te obligas al dolo y a la culpa, pues dice PRÓCULO que también obliga alguna vez el caso fortuito, como si tú fueses gestor del ausente e hicieras en su nombre algún negocio nuevo no acostumbrado por él, como comprar siervos no habituados a servir, o mezclándote en alguna otra negociación; porque si de esto hubiese resultado alguna pérdida, será de cuenta tuya y el beneficio será para el ausente, y si en unas cosas hubiese ganancia y en otras pérdida, el ausente debe compensar el beneficio con el daño» (20).

Ante tal disimilitud, ha habido quienes piensan se trata de un parecer aislado del jurisconsulto POMPONIO, el cual, como se ha advertido en otro texto transcrito (D.17,2,23,1), era partidario de la compensación también en el caso de las ganancias y los daños por actos de los socios; y que, por tanto, en materia de *negotiorum gestio* debe aplicarse el criterio mayoritario, contrario a la compensación, que prevalece respecto a la *societas* (CUJACIO).

Frente a este parecer, se alza el de quienes consideran que cabe mantener la tesis de POMPONIO porque entre el contrato de sociedad y el cuasicontrato de gestión de negocios median sensibles diferencias y porque, de manera muy particular, mientras en tema societario se contemplan hechos distintos como productores de los daños y las utilidades, aquí esta dualidad de efectos proviene de un solo acto realizado por el gestor: la adquisición conjunta de esclavos, parcialmente ventajosa en relación a algunos de los *servi* adquiridos y parcialmente perjudicial en relación a otros, por más que dicha adquisición se haya consumado a través de una serie de compras parciales y sucesivas.

Como ha resaltado FISCHER, la gestión a que el texto se refiere versaría sobre una empresa desarrollada con arreglo a un plan único y armónico: la adquisición de una tropa de esclavos que exige la celebración de varias compras sucesivas (*coemendo*) (21). Es decir, en el segundo caso estaría-mos ante la unidad causal en materia de lucros y daños, ya que la multi-

(20) D.3,5,11.

(21) FISCHER *Los daños civiles...*, op. cit., pág. 199

plicidad de operaciones adquisitivas se unificaría en un único objetivo de conjunto, mientras que en el primero nos hallaríamos en presencia de dualidad de causas o de hechos productores del beneficio y el perjuicio. Por lo que cabría defender en el Derecho romano la tesis de la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* sobre bases similares a las que hoy se aducen.

8. Quizá se trate, empero, al llegar a esta conclusión, de un anacronismo al revés y del deseo de trasladar a una normativa histórica que no contempló en su conjunto el supuesto las conclusiones que adelanta la doctrina moderna. Porque lo cierto es que tampoco en nuestros días la materia tiene una solución general y armónica en los ordenamientos civiles, los cuales se debaten, al igual que ocurría en el Derecho romano, entre formulaciones concretas y escasamente conciliables.

Así, tanto el Código general prusiano (art. 215), como el Código Civil francés (art. 1.850), el Código Civil austriaco (art. 1.321) y el Código Civil italiano de 1865 (art. 1.714) establecieron que en materia de sociedad no cabía imputar a los beneficios las pérdidas irrogadas a la *societas* por otros negocios realizados por el socio. Es lo que ocurre también en nuestro Código Civil, cuyo artículo 1.686 establece que «todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado». En el Código Civil italiano de 1942 no se reproduce esta norma, pero la doctrina está de acuerdo en que la misma debe tener aplicación (22).

A la hora de justificar semejante exclusión de la *compensatio lucri cum damno* en el ámbito societario, la doctrina suele alegar que falta en el mismo el requisito básico de aquélla de que el beneficio y el perjuicio deben provenir de un mismo hecho, ya que se trataría de distintos negocios realizados por el socio, de algunos de los cuales derivaría un lucro, mientras que de otros se originaría un daño (aunque en honor a la verdad deba decirse que ello no resulta rigurosamente así del texto de nuestro artículo 1.686).

Lo que sucede es que semejante argumentación se debilita un tanto a la vista de otros preceptos concretos del Código Civil. En efecto, de acuerdo al artículo 488, «el usufructuario podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho»; y a tenor del artículo 1.573, «el arrendatario tendrá, respecto a las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario».

En ellos, sin duda, se produce una compensación entre daños y provechos, y en ellos también no habrá de ordinario ni unidad ni relación causal

---

(22) DE CUPIS *El daño*. .. op. cit., pág. 332.

entre los hechos que produzcan unos y otros. ¿Estaremos en presencia de la *compensatio lucri cum damno*? Si se contesta afirmativamente deberá convenirse también que en ésta no hace falta la relación causal adecuada; mientras que si se responde negativamente se estarán excluyendo los casos reales de compensación que la ley contempla a la hora de conformar la figura en consideración.

El resultado puede ser un tanto paradójico, ya que, por un lado, la configuración ortodoxa de la fórmula exige que la compensación se restrinja a un solo hecho productor del lucro y del daño (aunque la causalidad pueda ser mediata), pero no existen en la Ley puntos de apoyo concretos para inducir semejante formulación, salvo el dato indirecto que proporciona en tema de sociedad, mientras que, por el otro, existen en el Código Civil supuestos específicos en que opera la compensación (usufructo y arrendamiento), pero que no pueden catalogarse como de genuina *compensatio*, pues en los mismos no se dan los requisitos que se predicán un tanto gratuitamente de ésta. Es decir, no puede inducirse la *compensatio lucri cum damno* como fórmula o principio general de específicas normativas porque no las hay, pero las que existen tampoco sirven porque no encajan en el concepto que *a priori* se ha diseñado de aquélla.

9. ¿Qué resolver al respecto? Pienso que la solución debe venir de ensayar el camino contrario al que se sigue, en el sentido de que no debe afirmarse que la *compensatio lucri cum damno* exige que tanto el lucro como el daño deriven de un mismo hecho, para lo cual no hay puntos de apoyo suficientes en la normativa civil actual, sino considerar que siempre que mediante un hecho generador de responsabilidad (o en relación causal con él), el incumplimiento de la obligación en la contractual y el *damnum iniuria datum* en la extracontractual o aquiliana, se produzcan tanto utilidades como perjuicios, procede la compensación de unos y otros, en virtud del elemental principio de justicia de que el perjudicado no puede quedar en una situación patrimonialmente más confortable que la que tenía antes de producirse aquel hecho.

De esta manera se evita la construcción meramente teórica del mecanismo, se pueden explicar los otros casos a través de figuras diferentes, se dota de una fuerte justificación racional a la *compensatio* y se entiende sin dificultad que lo que se pretende, en suma, es que el resarcimiento pueda cumplir a cabalidad su misión equilibradora de los intereses perjudicados. Lo que no cabe es estimar, como pretende FISCHER, que el Derecho actual no admite excepción al requisito de la conexión causal entre el beneficio y el hecho del que nace del daño y con él la obligación de indemnizar (23),

---

(23) FISCHER *Los daños civiles...*, op cit., pág. 204

pues ello trastorna el supuesto y coloca a la *compensatio* sobre una base de la que, con toda evidencia, carece.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Zaragoza

## «El aspecto formal de la representación de Sociedades; la ejecución de acuerdos sociales»

### FE DE ERRATAS

En el estudio cuyo autor es don EMILIANO CANO FERNÁNDEZ, que se publicó bajo este título en el número de esta Revista de julio-agosto pasado, se deslizaron algunas erratas, por las cuales pedimos disculpas, y que señalamos a continuación:

En primer lugar, se cita un trabajo de doña LAURA CANO, como publicado en el *Boletín del Colegio* de mayo de 1989, lo que es inexacto, ya que el artículo publicado se refiere a la inscripción y embargo de acciones y no a otro en materia de representación que está inédito.

En la página 1164, línea 34, donde dice «Consejo de Administradores solidarios», debe decir «Consejo y Administradores solidarios».

En la última línea de la página 1172, donde dice «a nuestro juicio es inscribible», debe decir precisamente lo contrario, o sea, «a nuestro juicio es *in*scribible».

Por último, en la página 1181, línea 17, donde dice «en el *recurso* de disolución», debe decir «en el *acuerdo* de disolución».

Lamentamos estos errores, que seguramente nuestro lectores ya habían advertido con su buen juicio, y los salvamos con esta fe de erratas.

LA REDACCIÓN



# DICTAMENES Y NOTAS



# Legítima del cónyuge supérstite

Bajo este título ha presentado y defendido su tesis doctoral en la Universidad de Santiago de Compostela don José Enrique Maside Miranda, Registrador de la Propiedad de Ponferrada, obteniendo la calificación de *Apto cum laude* y que ha sido editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

A continuación reproducimos la Memoria presentada por el autor, en la que resume su obra y que nos da idea de su amplitud y profundidad doctrinal

Plantear el fundamento de la sucesión *mortis causa* equivale a suscitar una polémica, tanto desde el plano político como del jurídico, por su conexión con el de la propiedad privada, fenómeno comprensible por tratarse de un problema meta-jurídico, que traspasa los límites de una cuestión concreta del Derecho sucesorio.

El mundo, y consecuencia los juristas, está dividido en dos concepciones antagónicas: *a)* La materialista o positivista, considera Derecho cualquier ordenación socialmente eficaz, las reglas que están en vigor en un pueblo determinado; *b)* La iusnaturalista, con diversos matices y denominaciones, afirma la existencia de criterios objetivos y superiores al poder humano.

Estas consideraciones ponen de relieve que la sucesión *mortis causa* o el destino *post mortem* del patrimonio de una persona es un fenómeno sumamente profundo y de una gran complejidad jurídica, que no puede justificarse de una manera simplista, sino que es consecuencia de la concurrencia de una serie de factores de diverso tipo. De ello se deduce la íntima relación de la sucesión *mortis causa* con la propiedad privada, pues la primera presupone la admisión de la propiedad y el patrimonio privado, ya que sin ellos no habría lugar al Derecho sucesorio; ambos son dos momentos de actuación de un mismo derecho, la disponibilidad, *inter vivos* o *mortis causa*, de un patrimonio. Esta relación se encuentra también reflejada en la Constitución española de 1978, al reconocerse simultánea-

mente el derecho a la propiedad privada y a la herencia, imponiendo a ambas una función social a cumplir (art. 33, apartados 1 y 2). Si se reconoce la propiedad privada hay que admitir obviamente la posibilidad de su transmisión; y si el artículo 39-1 de la Constitución proclama y asegura la «propiedad social, económica y jurídica de la familia», un mínimo de coherencia exige el reconocimiento del derecho a la herencia.

De los principios formulados por este artículo 33 pueden deducirse las siguientes consecuencias:

a) Que no se deduce del texto constitucional un concepto liberal o individualista del dominio, sino una propiedad en la que el interés egoísta del propietario viene suavizado de varias maneras para conseguir objetivos más amplios.

b) Ya no se configura la propiedad como un «derecho fundamental», sino que se sitúa entre los «derechos y deberes de los ciudadanos», con lo que parece apartarse de la idea de «atributo de la personalidad», consustancial con la idea individualista del artículo 348 del Código Civil.

c) La referencia a la función social implica una llamada al «principio de solidaridad», con lo que se quiere indicar que la función social se orienta primordialmente a la realización del interés de la comunidad, para lograr fines superindividuales, ante la amenaza para el titular dominical de verse privado de protección jurídica de su derecho por la expropiación forzosa.

Admitida la propiedad privada (art. 33 de la Constitución), se analizan, en este mismo capítulo los diversos sistemas de Derecho sucesorio, el de libertad absoluta de testar y el de legítimas, antes de pasar al concepto y naturaleza jurídica de la legítima. Esta palabra «legítima» se emplea indistintamente para significar:

1. El derecho de los legitimarios a un determinado contenido patrimonial en la herencia del causante o, en otros términos, el conjunto de derechos que aseguran al legitimario la adquisición de este contenido patrimonial.

2. El contenido a que tiene derecho el legitimario.

El uso indistinto de la misma palabra «legítima» para significar unas veces el contenido a que da derecho y otras el derecho a ese contenido tiene el inconveniente de inducir a confusión; por ello, ambas significaciones se fusionan y se traducen en el contenido de «derecho o en sobre ese contenido», de esta manera se equiparan el «derecho a la legítima» y el «derecho o en sobre su contenido material». Esto da lugar a que la atribución de la legítima equivalga a una delación y su adquisición a la de su

contenido material, como ocurre en el sistema legitimario de la reserva germánica; por el contrario, en el sistema romano la adquisición del derecho a la legítima, es decir, del conjunto de derechos que aseguran al legitimario la obtención de su contenido, de una parte, discurren por vías distintas e incluso pueden proceder de diversas fuentes. Por ello, se plantea la duda si en el sistema sucesorio del Código Civil existe o no una sucesión forzosa, además de la testada y de la intestada, o bien, si la legítima es una porción debida a una parte reservada. Se analizan detenidamente las diversas opiniones doctrinales defendidas para explicar la naturaleza jurídica de la legítima (la legítimas como *pars valoris*, como *pars hereditatis*, como *pars valoris bonorum* y, finalmente, como *pars bonorum*), concluyendo que el Código Civil sigue la línea general del sistema romano y no la del germánico, como lo demuestra la preferencia de la sucesión testada sobre la intestada (art. 912), lo confirma históricamente el sistema de la legítima castellana dentro del ámbito del Derecho romano común desde varios siglos antes de la promulgación del Código Civil y, por último, el hecho de que la Ley de Reforma de 13 mayo 1981 no pretendió cambiar nada respecto de la naturaleza de la legítima.

Se analiza la armonización de los artículos 806 y 815 y el sentido de la expresión de herederos forzosos, para concluir señalando que no hay delación legal directa e inmediata de la legítima del cónyuge *supérstite* si no es por sucesión intestada.

El Derecho comparado, estudiado en el capítulo II, es de gran utilidad para el conocimiento y progreso del propio derecho; incluso el más completo sistema jurídico no es perfectamente inteligible hasta que no es contemplado en relación con otros. Los mismos problemas jurídicos se plantean hoy por todas partes y cada legislación está influida, acaso inconscientemente, por las grandes corrientes jurídicas internacionales que sobrepasan las fronteras políticas de los Estados; esta universalización de los conceptos jurídicos es característica de la evolución del Derecho moderno. Por ello, la comparación es el método más adecuado para aprovechar las experiencias y resulta especialmente aconsejable en este tema, donde casi todos los aspectos han sido muy discutidos.

En líneas generales, las legislaciones modernas coinciden en el deseo de reconocer ampliamente unos derechos al cónyuge *supérstite*, si bien difieren en la fórmula adoptada para ello, siendo varios los sistemas que pueden seguirse:

- a) Asignación de una cuota en propiedad (Alemania).
- b) Asignación de una cuota en usufructo (Italia).
- c) Sistema ecléctico o intermedio, consistente en distinguir que en el momento de fallecer un cónyuge existan o no descendientes; caso afirma-

tivo, caso de usufructo; caso negativo, sistema de usufructo (Francia, Suiza, Bélgica).

d) Asignación de un simple derecho a alimentos (Portugal).

La cuota viudal ofrece una serie de rasgos o características, a las que se dedica el capítulo III, que la diferencian de las restantes legítimas; entre esas diferencias pueden apuntarse, esencialmente, su carácter excepcional y su susceptibilidad de conmutación.

El primero de estos contrastes es su carácter excepcional, por cuanto no recae sobre la propiedad, como ocurre con las restantes legítimas, sino que se atribuye un usufructo, si bien parcial y no universal. Ahora bien, si la regla general es que las legítimas se satisfagan en pleno dominio (arts. 806, 808, 841...), sorprende que el legislador altere este principio precisamente en el caso de la cuota viudal, lo que obliga a preguntarse por las razones en que se funda esta decisión de carácter excepcional. Han sido consideraciones de tipo social y económico las que han movido al legislador a tomar esta decisión, no sólo para conciliar los intereses de los distintos miembros de la familia, sino también porque el fallecimiento de uno de los cónyuges repercute en el sobreviviente de un modo especial y distinto a como incide en cualquier otro familiar, ya que el supérstite pierde no sólo a la persona elegida sino también su forma de vida, viéndose afectado en el aspecto personal y en el patrimonial.

Paralelamente con este carácter excepcional o de atribución de usufructo existe otra característica, exclusiva de esta figura, que la diferencia de las restantes legítimas; se trata de la posibilidad concedida a los herederos de satisfacer al cónyuge supérstite su cuota, asignándole un capital en efectivo, una renta vitalicia o los productos de determinados bienes (art. 839); esta posibilidad legal, conocida doctrinalmente con el nombre de «facultad de conmutación», viene a confirmar la expresión del profesor COSSIO, al calificar como «extraña figura» a la cuota viudal; en efecto, que el propio Código Civil conceda, con carácter general, a las personas obligadas, los herederos, la posibilidad de hacer efectiva esta legítima de una manera diferente a la inicial es, cuando menos, sorprendente. Por otra parte, los problemas que suscita este artículo 839 son muy numerosos, razón por la que se estudia detenidamente a lo largo de este capítulo.

Especial atención se dedica también al artículo 814 del Código Civil, uno de los preceptos más utilizados por la doctrina al analizar la cuota viudal, con independencia, como es lógico, de la regulación específica de los artículos 834 a 840; a esta razón debe añadirse, además, la profunda transformación experimentada por el artículo 814, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, que da el mismo trato al cónyuge que a los demás

herederos forzosos, a diferencia de lo que establecía la Ley de 24 de abril de 1958.

Del artículo 834 se deduce una regla general y una excepción:

Regla general, tiene derecho al usufructo viudal el cónyuge viudo, hombre o mujer; excepción: el divorcio.

En principio, el supérstite tiene derecho a percibir la cuota usufructaria (art. 807-3 y 834), facultad derivada de aquella condición jurídica, sin embargo, existen una serie de situaciones en la que tal carácter es, cuando menos, discutible y puede originar dudas. Entre estos supuestos especiales se analizan detenidamente la nulidad de matrimonio, divorcio, separación, judicial y de hecho, desheredación, indignidad, preterición, etc., constituyendo el capítulo IV. En cierto modo estas dudas se ven fomentadas por la propia normativa del Código Civil, redactada en sucesivas reformas legislativas con distinta filosofía jurídica; en efecto, los artículos 834 y 835 subsisten con la redacción de la Ley de 24 abril de 1958; el artículo 836 ha sido suprimido por la Ley de 13 mayo de 1981; los artículos 838 y 839, según la Ley de 24 abril de 1958; y, por último, el artículo 840, según la Ley de 13 mayo de 1981. Ante este panorama legal, la reforma de 1981 debió redactar íntegramente los artículos 834 a 840, acorde con los principios constitucionales que la inspiran, evitando el defectuoso sistema de dejar huecos o lagunas dentro de la normativa del Código Civil.

Finaliza este capítulo analizando la legítima del cónyuge supérstite en la sucesión intestada, a través de las sucesivas reformas del Código Civil, en su redacción originaria, en la reforma de 24 abril de 1958 y, por último, en el régimen vigente.

El capítulo V se dedica a estudiar detenidamente la naturaleza jurídica de la cuota viudal, donde se simplifica, quizá en exceso, el planteamiento al debatir, como cuestión básica, si el cónyuge supérstite es o no heredero, problema indudablemente importante por las consecuencias prácticas que una u otra solución conllevan; sin embargo, éste es sólo un aspecto parcial de esta figura, en otros términos, se viene abordando la cuota viudal con un planteamiento excesivamente simplista, donde el único problema importante parece ser el mencionado, olvidando que la legítima viudal es una institución sumamente compleja, con rasgos diferentes a las restantes legítimas, con un llamamiento en usufructo, no en propiedad; con una facultad de conmutación, fuente de numerosos conflictos; con la posibilidad de un usufructo universal por atribución voluntaria del testador, y la duda de si afecta o no a la intangibilidad de las legítimas; con una afección sobre todos los bienes de la herencia; con la cuota viudal en correlación con el régimen económico matrimonial, etc... Todos estos problemas, y otros más, deben estudiarse, pero no por separado, sino en relación unos

con otros, en su conjunto, lo que permite un enfoque mucho más amplio del tema.

Uno de los hechos que más sorprende a cualquier persona interesada en problemas sucesorios es la confusión de conceptos que se aprecia en los textos legales; en efecto, el Código Civil llama a los legitimarios «herederos» y más concretamente «herederos forzosos» (arts. 140, 756-2, 806, 807, 813 a 817, 820 a 822...), confusión que también se aprecia en otros textos legales, como la *LH* (art. 28), *LEC* (art. 1.046), etc., por ello, se analizan por separado ambos conceptos, el de heredero y el de legitimario, las concepciones romana y germánica de la herencia, de las que surgen las tesis subjetiva, objetiva y cumulativa o mixta, llegándose a la conclusión de que el cónyuge viudo es legitimario, adquiere bienes o valores económicos (arts. 834 y 839), pero no es heredero, no sucede al causante y, por ello, no adquiere la responsabilidad de las deudas del mismo; las obligaciones hereditarias le afectan en el sentido de deducir su percepción legitimaria, pero no se convierte, por ello, en deudor personal (arts. 818 y siguientes).

Especial atención se dedica a la jurisprudencia sobre este tema, por dos razones: por ser muy numerosa y por ser confusa, fragmentaria y, hasta cierto punto, contradictoria. Ello es debido a que la jurisprudencia es invocada frecuentemente en la práctica profesional, e incluso en trabajos doctrinales, con vaguedad e imprecisión, destacando solamente la afirmación general de algún considerando (*obiter dicta*) y no la que verdaderamente se tuvo en cuenta para resolver el caso (*ratio decidendi*). Por ello, deben abandonarse las afirmaciones superficiales, simplistas y procederse a una rigurosa «depuración de la jurisprudencia», para evitar el error tantas veces denunciado por la doctrina, de la dogmatización jurisprudencial.

Se analiza el problema de si el usufructo de herencia es o no un *tertium genus* y las garantías para el pago de la cuota viudal, para finalizar la hipotecabilidad de esta legítima.

El aspecto patrimonial de la cuota viudal se analiza en el capítulo VI, en su doble faceta del usufructo universal por atribución voluntaria del testador y en la correlación entre los regímenes económico-matrimoniales y los derechos viudales.

El problema del usufructo universal se plantea sólo respecto del tercio de legítima, no respecto del tercio libre ni del tercio de mejora, que constituye el ámbito normal del usufructo viudal. El argumento esencial de la postura contraria al usufructo universal es el de la intangibilidad, cuantitativa y cualitativa de la legítima (arts. 806, 813, 815, 820), es decir, el legitimario ha de recibir por legítima lo que le corresponde (intangibilidad

cuantitativa), libre de toda carga o gravamen (intangibilidad cualitativa). Pero al analizar este argumento hay que hacer una matización previa: del principio de intangibilidad de la legítima no puede deducirse necesariamente que toda disposición que la condicione o limite, por este simple hecho, sea nula; esto sólo ocurrirá cuando la propia Ley lo determine de una manera expresa, porque la legítima, en su existencia, cuantía e intangibilidad, es una creación legal, una institución Derecho positivo, no una figura de Derecho natural; prueba de ello es que el propio Código Civil admite una serie de excepciones al principio general de intangibilidad de las legítimas (arts. 820-3, 829, 839...).

Relacionando los artículos 813 (intangibilidad cualitativa) y 820-3 (intangibilidad cuantitativa), cabe a través del mecanismo de la Cautela Socini, aceptar la figura del usufructo universal por atribución voluntaria del testador; el causante puede constituir un legado de usufructo superior al tercio de libre disposición, concediendo a los legitimarios una alternativa, una elección, entre dos opciones distintas, *a*) una mayor porción hereditaria pero gravada con el usufructo universal en favor del cónyuge supérstite; *b*) su legítima estricta.

En todo caso serán los legitimarios quienes aceptarán lo que más convenga a sus intereses y será una decisión por razones de conveniencia, no de legalidad.

Si se efectúa un análisis comparativo entre los regímenes económico-matrimonial y los derechos viduales puede encontrarse una profunda interconexión entre estas instituciones jurídicas: todas ellas regulan la participación de los cónyuges en el patrimonio familiar y el deseo de continuidad del mismo, aun después de la muerte de uno de ellos. Por ello, los derechos viduales, en unos regímenes jurídicos se hallan estrechamente vinculados al régimen económico-matrimonial, pudiendo incluso afirmarse que son integrantes del mismo; por el contrario, en otros sistemas, aparecen como independientes, regulándose como derechos sucesorios estrictamente, con separación del régimen económico-matrimonial. Se produce, pues, una correlatividad entre tales figuras, de suerte que a mayores derechos viduales, derivados del régimen económico-matrimonial, suelen corresponder menores derechos sucesorios propiamente dichos y viceversa. Se analiza esta correlatividad, puesta de relieve en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en 1946, destacando sobre todo la incidencia que ha tenido en ella la Constitución de 1978.

Por razones de sistemática se analiza finalmente la extinción de la cuota vidual. Lo más significativo sobre este punto es el silencio del Código Civil al respecto, pues los artículos 834 y siguientes, reguladores de la cuota vidual, ni siquiera aluden a la extinción de la misma, por ello se

realiza un análisis comparativo entre las causas de la extinción del usufructo general, enumeradas casuísticamente en el artículo 513 y el usufructo viudal, para ver si son o no aplicables a éste último las causas de aquél.

## CONCLUSIONES

*Primera.*—El Derecho sucesorio está íntimamente ligado con la organización familiar, de ahí su diversidad de matices, según las distintas concepciones de la familia existentes en cada región; en todo caso, late la idea de mantener la posición económico-familiar del cónyuge supérstite más allá de la muerte del otro consorte y regular el destino del patrimonio familiar, acorde con la tendencia actual de estrechamiento del grupo familiar y la debilitación progresiva del vínculo colateral.

*Segunda.*—La cuota legal usufructaria del cónyuge supérstite no constituye un supuesto anómalo o excepcional de vocación legitimaria si no es por sucesión intestada.

*Tercera.*—De las enseñanzas del Derecho comparado cabe deducir las siguientes conclusiones:

a) En las diversas legislaciones se aprecia un notable incremento de los beneficios patrimoniales concedidos por la Ley al cónyuge supérstite, provenientes bien del sistema económico-matrimonial, bien del Derecho sucesorio.

b) Las legislaciones utilizan indistintamente tanto la fórmula de dejar al cónyuge supérstite su cuota en propiedad como de asignarle un derecho de usufructo.

c) De una manera tímida, pero paulatina, se empieza a dar entrada al arbitrio judicial para fijar la legítima del cónyuge supérstite.

d) Tendencia generalizada en todas las legislaciones a su reconocimiento como derecho recíproco de ambos cónyuges.

e) Correlación entre el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge supérstite.

*Cuarta.*—La legítima del cónyuge supérstite es una institución sumamente compleja, con características diferentes a las restantes legítimas. Por ello, debe abandonarse la visión, excesivamente lineal y simplista y, por tanto, incompleta, con que se ha venido abordando esta materia, para hacer un planteamiento amplio, pluridimensional, enfocándola en todos sus aspectos, viendo cada uno desde el ángulo en que mejor se le observe, aunque sin perder la perspectiva general.

*Quinta.*—De la facultad de conmutación (art. 839) pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Esta facultad, concedida a los herederos y no al cónyuge supérstite, merece una crítica totalmente favorable, si bien sería más justo invertir este planteamiento, configurándola como un derecho a favor del supérstite frente a los herederos y no de éstos contra aquél; de esta forma se concedería al cónyuge viudo la posibilidad de tomar la iniciativa, solicitando la conmutación, con lo cual se protegerían mejor los intereses de las partes interesadas: a) por una parte, del cónyuge supérstite, porque podrían solicitarla si así conviniera a sus intereses en cada caso; b) de otra parte, de los herederos, porque seguiría siendo necesario su consentimiento o, en su defecto, la decisión judicial.

b) Es exclusivamente aplicable a los territorios de Derecho común y a los forales cuya legislación especial no contenga normas específicas sobre la legítima viudal; en consecuencia, se aplicará en Alava y Vizcaya, Baleares y Galicia, mientras que, por el contrario, no regirá en Cataluña, pues los derechos viudales denominados Any de Flor o Año de Luto, Tenuta y Cuarta viudal tienen una finalidad económica y jurídica, diferente; tampoco será aplicable en Aragón y Navarra, no obstante contener normas específicas sobre la transformación del usufructo, por el predominio, en estas legislaciones, del aspecto familiar sobre el sucesorio dentro del derecho de viudedad.

c) La conmutación presenta una serie de aspectos que, en conjunto, configuran su anturaleza jurídica; es una declaración de voluntad recepticia; es un supuesto de subrogación de valor de origen legal y, por último, no es un acto de división.

d) No constituye un derecho potestativo de los herederos, porque la ley exige expresamente un acuerdo de voluntades de éstos con el cónyuge supérstite. En cambio, encaja en el concepto de obligación facultativa o con facultad alternativa.

e) Caso de cesión de derechos hereditarios, la conmutación no es transmisible al cesionario, porque en el concepto de heredero concurre una doble cualidad, personal y patrimonial. Al ceder sus derechos hereditarios a un tercero, el heredero lo único que transmite es el aspecto patrimonial o económico que puedan corresponderle en la comunidad hereditaria, pero no su cualidad de heredero, de carácter personalísimo.

Paralelamente, es transmisible esta facultad cuando el heredero no haya hecho uso de ella antes de su muerte, dado su contenido netamente patrimonial y no ser un derecho personalísimo del heredero.

Sobre las personas que pueden o no ejercitar esta facultad hay que distinguir:

1. Herederos.—Debe darse una interpretación ampliamente subjetiva del artículo 839, englobando a toda clase de herederos, voluntarios o

forzosos, porque el Código Civil habla sólo de «herederos», sin añadir ningún calificativo y porque esta facultad se establece en favor del gravado, y lo mismo lo está el heredero voluntario que el forzoso.

2. Legatarios.—Pueden utilizar también esta facultad, dado el principio espiritualista que inspira nuestro sistema sucesorio.

3. Cesionarios.—Vale lo dicho para el caso de cesión de derechos hereditarios.

4. Acreedores.—No podrán ejercitar por los herederos o legatarios esta facultad, dada la verdadera finalidad de la acción subrogadora (art. 1.111).

5. Cónyuge supérstite.—Vale lo dicho sobre el planteamiento de esta facultad.

6. Testador.—Puede imponer o prohibir la conmutación, tanto al cónyuge supérstite como a los herederos.

7. Contador-partidor.—Como regla general no pueden decidir, por sí solos, la conmutación; por excepción, si el causante la impone expresamente, indicando el medio solutorio, el contador deberá proceder a la conmutación; si se limita a indicarla simplemente, sin especificar la prestación sustitutoria, el contador deberá cumplir lo ordenado en el testamento, quedando a salvo el derecho del cónyuge supérstite o de los herederos para reclamar, caso de perjuicio para sus derechos legitimarios.

g) Cónyuge y herederos sólo podrán optar por alguna de las tres modalidades previstas en el artículo 839, sin poder acudir a otras; caso contrario, dicha norma no tendría razón de ser.

h) El cauce procesal para ejercitar la conmutación, caso de discrepancia, es el trámite de los incidentes (art. 741 LEC).

i) La conmutación procede también en la sucesión intestada porque el artículo 839 no distingue entre herederos testados e intestados y por la posibilidad de concurrencia de ambas clases de sucesión (arts. 658 y 912).

j) Esta facultad podrá ejercitarse con anterioridad a que se formalice la participación (arts. 839-2 y 1.068).

*Sexta.*—La legítima del cónyuge viudo es un derecho concedido con carácter general e incondicionado, en el sentido de que no está excluido por la existencia de ningún orden preferente de legitimarios, como ocurre con los ascendientes; es, pues, un derecho que puede coexistir, concurrir con el de otros legitimarios y esta concurrencia modaliza su cuantía.

*Séptima.*—Ante la falta de un concepto legal de preterición, debe aceptarse una idea, una definición o un planteamiento, que sirva de punto de partida; éste lo constituyen los artículos 815 y 851, de los cuales resulta que la preterición no es solamente la omisión u olvido de un legitimario en

el testamento sino, además, que el preterido no reciba nada, *inter vivos* o *mortis causa*, del causante. En definitiva, preterición es la omisión de un legionario en el testamento (como defecto formal) sin que reciba atribución alguna, suficiente o insuficiente, en concepto de legítima (como defecto material).

*Octava.*—La nueva redacción del artículo 814 merece crítica favorable, entre otras razones, por regular con mayor precisión los efectos de la preterición, dando el mismo trato jurídico al cónyuge viudo que a los demás herederos forzosos, terminando con la discriminación anterior, que constituía la mayor crítica del antiguo artículo 814.

*Novena.*—No hay contradicción entre los artículos 834, no reformado, y 945, reformado, sino que constituye uno de los muchos ejemplos de las deficiencias que suelen producir las reformas parciales. La Ley de 1981 debió haber modificado el artículo 834, dándole nueva redacción, acorde con la filosofía jurídica que la inspiraba; pudo haberse presentado como enmienda el artículo 836, en lugar de suprimirlo totalmente, evitando el defectuoso sistema de dejar huecos o lagunas en el articulado del Código Civil.

*Décima.*—Teóricamente, la legítima del cónyuge supérstite se satisface, como regla general, en usufructo (art. 834) y sólo, por excepción, en alguna de las prestaciones sustitutorias previstas en la Ley (art. 839); sin embargo, prácticamente, se produce una inversión de este planteamiento, transformándose la excepción en regla general.

*Undécima.*—El derecho a percibir la cuota usufructuaria es una facultad derivada de la condición jurídica de cónyuge supérstite (arts. 807-3 y 834); en los casos en que dicha cualidad sea dudosa deben hacerse las siguientes puntualizaciones:

a) *Nulidad del matrimonio.*—No tiene derecho a la cuota viudal el cónyuge que, de buena fe, hubiera contraído matrimonio declarado nulo, salvo que la nulidad no fuere declarada hasta después del fallecimiento del otro cónyuge.

b) *Divorcio.*—Es aplicable al cónyuge divorciado lo expuesto en el apartado anterior para la nulidad; en consecuencia, no conserva ningún derecho en la herencia del otro ex cónyuge, porque el matrimonio ha quedado civilmente disuelto (art. 85).

c) *Separación.*—Hay que distinguir:

1. *Separación judicial.*—Una de las novedades más acusadas de la reforma de 1981 es, indudablemente, la desaparición, en términos generales, de la influencia de la culpa sobre los efectos de la separación y del divorcio; eso significa que la culpabilidad puede o no existir: a) caso de

separación culpable, la cuota viudal corresponde exclusivamente al cónyuge inocente; b) caso de separación no culpable, el cónyuge viudo no conservará en ningún caso derecho a la cuota.

2. *Separación de hecho*.—El cónyuge supérstite tiene derecho a la cuota viudal; pero, si en la sucesión testada no plantea problema, en intestada no ocurre lo mismo, por la profunda novedad introducida en el artículo 945; por ello, la separación judicial, o la de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, implicarán para el cónyuge viudo la pérdida de la cuota usufructuaria.

d) *Reconciliación*.—El efecto esencial de esta figura es el restablecimiento de la convivencia conyugal, por ello, fallecido uno de los cónyuges, el supérstite conservará su derecho a la cuota usufructuaria.

e) *Falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil*.—Esta omisión no priva al cónyuge viudo del derecho a percibir, en su momento, la cuota viudal, dado que la inscripción es declarativa y, por tanto, de la inscripción no depende la producción de efectos civiles sino su pleno reconocimiento (art. 61-2).

f) *Desheredación e indignidad del cónyuge viudo*.—La culpabilidad en caso de separación del cónyuge supérstite, su indignidad o su desheredación justa producen la desaparición de la cuota viudal.

g) *Preterición*.—Vale lo dicho anteriormente.

h) *Litis pendencia*.—En base al artículo 835 hay que distinguir dos situaciones:

1. Caso de muerte del presunto culpable, el cónyuge inocente no estará obligado a continuar el pleito hasta obtener sentencia, porque carecería de sentido proseguir el litigio.

2. Caso de muerte del cónyuge inocente y sobrevivencia del presunto culpable habrá que esperar al resultado del pleito, porque de la declaración o no del divorcio dependerá la adquisición o no del usufructo por el supérstite.

i) *Transacción sobre el usufructo, pendiente el pleito de divorcio*.—Las partes litigantes, cónyuge supérstite y herederos del premuerto pueden transigir acerca del pleito de divorcio, en base al artículo 839, pues si los mismos interesados, de común acuerdo, pueden hacer efectivo el usufructo viudal en alguna de las formas sustitutorias (art. 839), no hay inconveniente en que las mismas partes, de común acuerdo, puedan transigir en el pleito de divorcio para hacer efectiva la cuota usufructuaria (argumento *ex art. 1.252*).

j) *Partición de los bienes del difunto pendiente del pleito*.—La suspensión del usufructo, pendiente el pleito, impuesta por el artículo 835, no



intentar encajar a la cuota viudal dentro de figuras específicas, porque daría lugar a construcciones forzadas que, en definitiva, nada resuelven; hay que analizarla con objetividad, ver si es una legítima como las restantes, o si, por el contrario, como considero, es una figura compleja, con rasgos propios, dentro de nuestro sistema legitimario.

*Decimoquinta.*—De los tres criterios para formular el concepto de heredero, subjetivo, objetivo y acumulativo o mixto, este último es el que debe seguirse, porque permite una interpretación más lógica y sistemática de las normas del Código Civil, acorde con la influencia que los elementos romano y germánico han desempeñado en la elaboración histórica de nuestro sistema sucesorio y explica su carácter transaccional.

*Decimosexta.*—Aunque el Código Civil llama cónyuge viudo «heredero forzoso» de una manera expresa (art. 807-3), es evidente, en pura técnica jurídica, que no es heredero: *a)* Porque su llamamiento no se hace a título universal (art. 660), sino en usufructo; el usufructuario sólo sucede en relaciones activas concretas, no en las pasivas, las deudas hereditarias le afectarán pero no le obligan (art. 510); *b)* Porque no va a responder a las deudas hereditarias y, por tanto, no sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones (art. 661); el cónyuge viudo no responde de las deudas del causante porque es llamado de modo singular al disfrute temporal de determinada porción hereditaria, por ello, no puede ser demandado por deudas hereditarias ni responde *ultra vires*.

*Decimoséptima.*—Deben diferenciarse claramente los conceptos de heredero y legitimario; éste, a diferencia de aquél, no va a experimentar la confusión de su personalidad con la del causante, por tanto, la legítima no provoca la subrogación del legitimario en la titularidad, activa y pasiva, de los derechos y obligaciones del causante; el legitimario adquiere normalmente un valor patrimonial, pero no se convierte, por este solo hecho, en sujeto personalmente obligado por razón de las deudas del causante, pues ningún precepto del Código Civil obliga al legitimario, como tal, al pago de las deudas.

*Decimoctava.*—El cónyuge viudo es legitimario, adquiere bienes o valores económicos (arts. 834 y 839), pero no es heredero, no sucede al difunto y, por tanto, no adquiere la responsabilidad de las deudas del mismo. Las obligaciones hereditarias le afectan en el sentido de deducir su percepción legitimaria, pero no se convierte en deudor personal (arts. 818 y siguientes).

*Decimonovena.*—La legítima confiere un derecho al caudal cuya determinación posterior corresponde al causante; por ello, la posición jurídica del legitimario en la sucesión vendrá determinada por la voluntad del causante (arts. 806 y 815), dentro de los límites marcados por la Ley.

*Vigésima.*—En orden a las garantías para el pago de la cuota viudal el artículo 15 LH no será aplicable al caso del cónyuge viudo porque, éste como legitimario, puede promover el juicio, voluntario de testamentaria.

*Vigésimoprimer.*—La «afección» del artículo 839-2, figura de Derecho privado, no tiene ninguna relación con la afección al pago del impuesto, figura de Derecho público; el legislador utiliza incorrectamente ese término por pura comodidad terminológica, empleando una fórmula vaga, ambigua e imprecisa, que a nada compromete; el cónyuge viudo podrá asegurar su legítima mientras no le sea especificada o conmutada, a través de la anotación preventiva de derecho hereditario, debiendo descartarse la hipoteca legal tácita porque ésta sólo cabe en los casos taxativamente señalados en la ley y no en base a una expresión vaga e imprecisa.

*Vigésimosegunda.*—Debe aceptarse una interpretación amplia y abierta del artículo 108, número 2, LH, que comprenda no sólo el usufructo viudal regulado en el Código Civil, sino también a los usufructos viudales establecidos en las legislaciones forales, porque el Derecho foral forma parte inseparable del Derecho civil español (arts. 13 y 14 CC); por ello, esta remisión hecha al Código Civil por la LH de entenderse referida al Derecho civil vigente en todos y cada uno de los territorios que integran el país.

*Vigésimotercera.*—El artículo 813 debe ponerse en relación con el artículo 820-3, que aunque no recoge expresamente la Cautela Socini, la situación o supuesto de hecho que contempla coincide, en esencia, con la que hubiera previsto el testador; de esta manera, indirecta y relativa a través del mecanismo de la Cautela Socini, cabe admitir en nuestro ordenamiento jurídico la figura del usufructo universal por atribución voluntaria a favor del cónyuge supérstite.

*Vigésimocuarta.*—Los artículos 813 y 820-3 son complementarios y armonizan sin dificultad porque defienden intereses diversos, que corresponden a las distintas personas que intervienen en la sucesión, testador y herederos; por una parte, el artículo 813 sienta el principio de intangibilidad cualitativa de las legítimas en favor de los herederos; por otra parte, el artículo 820-3 permite compatibilizar el derecho de los descendientes a la legítima con cierta libertad del testador para imponer gravámenes sobre la misma; de esta forma el causante tiene una mayor flexibilidad para disponer del patrimonio familiar, sin infringir el principio general de intangibilidad de las legítimas.

*Vigésimoquinta.*—Existe una profunda correlatividad entre los sistemas económico-matrimoniales y los derechos viudales, de suerte que a mayores derechos viudales derivados del régimen económico del matrimonio corresponden menores derechos sucesorios y viceversa. Esta correla-

ción ya se puso de relieve en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, que marcó un camino a seguir, cuyo objetivo era elaborar un Código General de Derecho Civil, que recogiera las instituciones de derecho común y foral, y en el cual los derechos del cónyuge viudo se regularían dentro del régimen económico del matrimonio. La Constitución de 1978 cambia este planteamiento, al reconocer personalidad jurídica a las Comunidades Autónomas, con competencia legislativa sobre los derechos civiles, forales o especiales, donde existan. En consecuencia, la proyectada unificación civil ya no constituye la finalidad a conseguir, conservándose las distintas concepciones forales sobre la organización social y familiar, que pueden sintetizarse en dos grupos: *a*) regímenes en los cuales los derechos viduales son elementos integrantes o próximos del sistema económico-matrimonial; y *b*) regímenes en los cuales los derechos viduales son independientes del sistema económico del matrimonio.

*Vigésimosexta.*—En el sistema Código Civil no es posible pactar en las capitulaciones matrimoniales los derechos viduales, dado su carácter patrimonial y sucesorio, no familiar, mientras que en el sistema foral cabe que las capitulaciones puedan regular los derechos viduales, por vía de la sucesión contractual, por el predominio del carácter familiar sobre el sucesorio.

*Vigésimoséptima.*—Ante el silencio del Código Civil sobre las causas de extinción de la cuota viudal, debe hacerse un análisis comparativo con las del usufructo en general (art. 513); de ello resulta que existen unas causas aplicables a la cuota viudal (consolidación, muerte y renuncia del usufructuario), otras no aplicables (resolución del derecho del constituyente, plazo o condición resolutorios) y, finalmente, situaciones en que dichas causas pueden aplicarse o no (pérdida total de la cosa objeto del usufructo, prescripción), ya que el planteamiento de ambos usufructos (el normal y el viudal) son distintos.

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA  
Registrador de la Propiedad

# ACTUALIDAD JURIDICA



# I. INFORMACION LEGISLATIVA

## A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Directiva CEE, de 17 abril 1989, sobre folletos de oferta pública de valores negociables.*—Se publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* del 5 de mayo, y su título es «Coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables».

El Consejo de las Comunidades Europeas, considerando que estas inversiones implican riesgo y que debe informarse debidamente a los inversores para que tomen sus decisiones con pleno conocimiento, entiende que la mejor garantía consiste en la información completa y adecuada.

Para ello se dicta esta Directiva que se aplicará a los valores negociables que por primera vez sean objeto de una oferta pública en un Estado miembro, siempre y cuando dichos valores no se negocien ya en una Bolsa de valores situada o que opere en el mismo.

Los Estados miembros garantizarán que toda oferta pública de valores negociables en su territorio esté subordinada a la publicación de un folleto, con los requisitos que se detallan.

Según el artículo 2, la Directiva no será aplicable:

1. A los siguientes tipos de oferta:

a) Ofertas de valores a personas en el marco de sus actividades profesionales, y/o

b) Ofertas valores exclusivamente a un grupo restringido de personas, y/o

c) Ofertas en las que el precio de venta del conjunto de valores no sea superior a los 40.000 ecus, y/o

d) Ofertas de valores que sólo puedan adquirirse con una contrapartida de al menos 40.000 ecus por inversor.

2. A los valores negociables de los siguientes tipos:

a) Valores ofrecidos en unidades cuyo importe sea por lo menos de 40.000 ecus;

b) Participaciones emitidas por los organismos de inversión colectiva de tipo no cerrado.

c) Valores emitidos por un Estado o por uno de sus entes públicos territoriales o por organismos internacionales de carácter público de los que sean miembros uno o varios Estados miembros.

d) Valores ofrecidos en ofertas públicas de canje.

e) Valores ofrecidos en fusiones.

f) Acciones ofrecidas gratuitamente a los titulares de acciones.

g) Acciones o valores asimilables a las acciones ofrecidas a cambio de acciones de la misma sociedad, sin que la oferta de esos nuevos valores implique globalmente un aumento del capital suscrito de la sociedad.

h) Valores ofrecidos por el empresario o por una empresa del grupo a los actuales miembros, o ex miembros del personal o en beneficio de los mismos.

i) Valores resultantes de la conversión de obligaciones convertibles o resultantes del ejercicio de los derechos otorgados por warrants o de acciones ofrecidas como resultado de canjes por obligaciones canjeables, en la medida en que se hubieren publicado en el mismo Estado miembro folletos de oferta pública o de admisión a la negociación en Bolsa relativos a dichas obligaciones convertibles o canjeables o a dichos warrants.

j) Valores emitidos, con el fin de darles los medios necesarios para alcanzar sus fines desinteresados, y por asociaciones regidas por un estatuto legal y por asociaciones sin fines de lucro, reconocidas por el Estado.

k) Acciones o valores asimilables a acciones cuya titularidad constituya la condición para beneficiarse de los servicios prestados por organismos como las «Building Societies», «Crédits populaires» o «Genossenschaftsbanken», «Industrial and Provident Societies» o para ser miembro de dichos organismos.

l) Eurovalores que no sean objeto de una campaña publicitaria generalizada o de captación de clientes a domicilio.

2. *Convenio Europeo para la prevención de la tortura.*—En el BOE del día 5 de julio se publica el Instrumento de ratificación del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

Según su artículo 1.º, se crea un Comité europeo, que por medio de visitas examinará el trato dado a personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Por el artículo 2.º, cada Parte autoriza la visita de dicho Comité a todo lugar bajo su jurisdicción donde haya personas privadas de la libertad por una autoridad pública.

3. *Acuerdo con Francia sobre seguridad vial.*— El BOE del 24 de julio publica un Canje de Notas, constitutivo de acuerdo, entre España y Francia sobre seguridad vial, realizado en París el 15 de diciembre de 1987.

Ambos Gobiernos acuerdan constituir una Comisión mixta permanente de seguridad y circulación por carretera, determinando sus competencias.

4. *Protocolo Adicional sobre inmunidades del Consejo de Europa.*— En el BOE del día 1 de agosto se ha publicado el Instrumento de ratificación del segundo protocolo adicional al Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa, hecho en París el 15 de diciembre de 1956.

Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa,

Considerando que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 59 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, los miembros de la Comisión Europea de Derechos Humanos (a continuación denominada «la Comisión») disfrutan durante el ejercicio de sus funciones de los privilegios e inmunidades previstos en el artículo 40 del Estatuto del Consejo de Europa y en los Acuerdos concluidos en virtud de dicho artículo;

Considerando que es necesario definir y especificar dichos privilegios e inmunidades mediante un Protocolo adicional al Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa, firmado en París el 2 de septiembre de 1949,

Convienen en lo siguiente:

*Artículo 1.* Los miembros de la Comisión disfrutarán —durante el ejercicio de sus funciones y en sus viajes con destino a, o de regreso de, el lugar de sus reuniones— de los privilegios e inmunidades siguientes:

a) Inmunidad en cuanto arresto o detención y embargo de sus equipajes personales, y en lo que se refiere a los actos ejecutados por ellos en su calidad oficial incluidas sus manifestaciones verbales y escritas, inmunidad con respecto a cualquier jurisdicción.

b) Inviolabilidad de cualesquiera escritos y documentos.

c) Exención, para ellos y para sus cónyuges, de cualesquiera medidas restrictivas, relativas a la inmigración y de cualesquiera formalidades de

registro de extranjeros en los países visitados o transitados por ellos en el ejercicio de sus funciones.

*Artículo 2.* No podrá establecerse restricción alguna de orden administrativo o de cualquier clase para el libre desplazamiento de los miembros de la Comisión que se dirijan al lugar de reunión de la Comisión o regresen del mismo.

2. A los miembros de la Comisión se concederán, en materia de aduana y de control de cambios:

a) Por su propio Gobierno, las mismas facilidades que las reconocidas a los altos funcionarios que se dirijan al extranjero en misión oficial temporal.

b) Por los Gobiernos de los demás miembros, las mismas facilidades que las reconocidas a los representantes de Gobiernos extranjeros en misión oficial temporal.

*Artículo 3.* Con el fin de garantizar a los miembros de la Comisión una absoluta libertad de palabra y una completa independencia en el cumplimiento de sus funciones, se continuará concediendo la inmunidad de jurisdicción en lo que respecta a las manifestaciones verbales o escritas o a los actos realizados por ellos en el cumplimiento de sus funciones incluso después de que haya terminado el mandato de dichas personas.

*Artículo 4.* Los privilegios e inmunidades se concederán a los miembros de la Comisión no para su beneficio personal sino con el fin de garantizar una independencia absoluta en el ejercicio de sus funciones. Solamente la Comisión estará facultada para la retirada de las inmunidades; no solamente tendrá el derecho sino también el deber de retirar la inmunidad a alguno de sus miembros en todos los casos en que, según su leal saber y entender, la inmunidad impediría que se hiciera justicia y en que la inmunidad pueda retirarse sin perjudicar el fin para el cual se concediese.

5. *Acuerdo Europeo sobre personas ante la Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*—El BOE del 2 de agosto publica el Instrumento de ratificación del Acuerdo Europeo relativo a las personas que participen en procedimientos ante la Comisión y ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hecho en Londres el 6 de mayo de 1969.

Los Estados miembros del Consejo de Europa, considerando que para mejor cumplir el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, es conveniente que las personas que participen en estos procedimientos gocen de ciertas inmunidades y facilidades, han convenido este Acuerdo, en el que se regulan.

Según el párrafo 1.º del artículo 1, las personas a las que se aplicará este convenio son:

- a) Los agentes de las Partes Contratantes, así como los asesores y los Abogados que les asistan.
- b) Toda persona que participe en un procedimiento incoado ante la Comisión en virtud del artículo 25 del Convenio, sea en nombre propio, sea como representante de uno de los requirentes enumerados en dicho artículo.
- c) Los Abogados, Procuradores o Profesores de Derecho que participen en el procedimiento para asistir a alguna de las personas enumeradas en el apartado b).
- d) Las personas elegidas por los delegados de la Comisión para asistirles durante el procedimiento ante el Tribunal.
- e) Los testigos, los expertos, así como otras personas llamadas por la Comisión o por el Tribunal a participar en el procedimiento ante la Comisión o ante el Tribunal.

*Artículo 2.* 1. Las personas a las que se refiere el primer párrafo del artículo 1 de este Acuerdo gozarán de inmunidad de jurisdicción en lo que respecta a sus declaraciones orales o por escrito a la Comisión o al Tribunal, y a los documentos que presenten.

2. Esta inmunidad no se aplicará en lo referente a cualquier comunicación, íntegra o parcial, hecha fuera de la Comisión o del Tribunal, en nombre o por parte de una persona que goza de la inmunidad en virtud del párrafo precedente, de declaraciones hechas o de documentos presentados ante la Comisión o el Tribunal.

*Artículo 3.* 1. Las Partes Contratantes respetarán el derecho de las personas a que se refiere el primer párrafo del artículo 1 de este Acuerdo a comunicar libremente con la Comisión y con el Tribunal.

2. En lo que respecta a las personas detenidas, el ejercicio de este derecho lleva consigo en especial:

- a) Que si su correspondencia es controlada por las autoridades competentes, su despacho y entrega deberán tramitarse sin excesiva demora y sin sufrir alteración.
- b) Que no podrán ser objeto de ningún tipo de medidas disciplinarias con motivo de una comunicación enviada a la Comisión o al Tribunal por los cauces adecuados.
- c) Que tendrán derecho a comunicar y a consultar, sin ser escuchadas por otras personas, con un asesor autorizado a actuar ante los Tribunales del país en que se encuentren detenidas, en relación con una demanda presentada a la Comisión o cualquier procedimiento resultante de ella.

3. Al aplicarse los párrafos precedentes, no podrá haber injerencia de una autoridad pública, salvo que esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesario para la seguridad nacional, para las pesquisas y la persecución del delito o para la protección de la salud.

*Artículo 4.* 1. a) Las Partes Contratantes se comprometen a no impedir que las personas a que se refiere el primer párrafo del artículo 1 de este Acuerdo, y cuya presencia haya autorizado de antemano la Comisión o el Tribunal, circulen y viajen libremente para asistir y regresar de un procedimiento ante la Comisión o ante el Tribunal.

b) No podrán imponerse a estos movimientos y desplazamientos otras restricciones que las previstas por la ley y que constituyan, en una sociedad democrática, medidas necesarias para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

2. a) En los países de tránsito o en el país donde se instruye el procedimiento estas personas no podrán ser perseguidas ni detenidas, ni sometidas a ninguna otra restricción de su libertad individual, por hechos o condenas anteriores al comienzo del viaje.

b) Cada una de las Partes Contratantes podrá declarar, en el momento de la firma o de la ratificación de este Acuerdo, que lo dispuesto en este párrafo no se aplicará a sus propios nacionales. Esta declaración podrá ser retirada en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario general del Consejo de Europa.

3. Las Partes Contratantes se comprometen a readmitir, cuando vuelvan a su territorio, a las personas que hayan comenzado su viaje en él.

4. Dejará de aplicarse lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente artículo cuando la persona interesada haya tenido la posibilidad, durante quince días consecutivos a partir de la fecha en que deje de ser requerida su presencia ante la Comisión o ante el Tribunal, de volver al país en el que haya comenzado su viaje.

5. En caso de conflicto entre las obligaciones resultantes para una Parte Contratante de lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo y de las que deriven de un Convenio del Consejo de Europa, o de un tratado de extradición, o de otro tratado relativo a la asistencia judicial en materia penal concluido con otras Partes Contratantes, prevalecerá lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo.

*Artículo 5.* 1. Las inmunidades y facilidades se conceden a las personas a que se refiere el primer párrafo del artículo 1 de este Acuerdo con

el solo objeto de facilitarles la libertad de palabra y la independencia necesarias para cumplir sus funciones, cometidos o deberes, o para ejercer sus derechos ante la Comisión o ante el Tribunal.

2. a) La Comisión o el Tribunal, según el caso, son los únicos órganos competentes para suspender total o parcialmente la inmunidad prevista en el primer párrafo del artículo 2 de este Acuerdo; tienen no sólo el derecho, sino también el deber de suspender la inmunidad en todos aquellos casos en que, a su juicio, entorpeciere el curso de la justicia y en que su suspensión total o parcial no redundare en perjuicio del objetivo definido en el primer párrafo de este artículo.

b) La inmunidad podrá ser retirada por la Comisión o por el Tribunal, de oficio o a instancia, del Secretario general del Consejo de Europa, de cualquier Parte Contratante o de cualquier persona interesada.

c) Las decisiones por las que se retira la inmunidad o se rechaza una solicitud en ese sentido deberán ser razonadas.

3. Si una Parte Contratante afirma que la retirada de la inmunidad prevista en el primer párrafo del artículo 2 de este Acuerdo es necesaria para procedimientos por delitos contra la seguridad nacional, la Comisión o el Tribunal deberán retirar la inmunidad en la medida expresada en la declaración.

4. De descubrirse un hecho cuya índole pueda tener una influencia decisiva y que al tiempo de producirse la decisión desestimatoria de la retirada de la inmunidad le era desconocida al autor de la solicitud, éste podrá presentar una nueva solicitud.

6. *Tratado con la República Argentina.*—Se publica en el *BOE* del 28 de agosto el Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Madrid el 3 de junio de 1988.

Se acuerda que las Partes instituirán un sistema regular de consultas políticas de alto nivel que permita, por una parte, un conocimiento recíproco de las acciones de ambos Estados en el campo internacional y, por otra, procuren una armonización de posiciones en ese ámbito.

Según su artículo 8, con sujeción a su legislación y al Derecho Internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra, facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia, siempre que se hubiesen concedido los necesarios permisos de residencia o de trabajo.

## B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley de Reforma y Adaptación de Sociedades*.—El BOE del día 27 de julio ha publicado la esperada «Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades».

Dicha Ley entrará en vigor el 1 de enero de 1990, según su Disposición Final tercera y viene a resaltar el papel del Registro Mercantil, señalándose que, a salvo los efectos propios de la inscripción, los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

La trascendencia de la nueva Ley es evidente para todos los profesionales juristas en general y muy especialmente para los Registradores. Las modificaciones son importantes y su alcance será objeto de estudios sin duda, por lo que nos limitamos a hacer una escueta relación:

En los artículos 1.º y 2.º se da una nueva redacción a los títulos II y III del Libro I del Código de Comercio, que se refieren, respectivamente, al Registro Mercantil y a la contabilidad de los empresarios.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 queda fuertemente modificada, pasando su capítulo IV a ser el nuevo capítulo V y se da una nueva redacción a los capítulos I, II, III, IV y VI. Es importante señalar, entre otros puntos, que el capital social de las Sociedades Anónimas no podrá ser inferior a diez millones de pesetas y a los efectos del Registro de la Propiedad, resaltar que el nuevo artículo 32, *d*), establece que las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años de su constitución habrán de ser *previamente* aprobadas por la Junta general, si su importe excede de la décima parte del capital social.

En el artículo 11 de la nueva Ley se recogen las modificaciones en materia de sociedades de responsabilidad limitada, las cuales habrán de tener en adelante un capital social mínimo de 500.000 pesetas.

Se modifica también la regulación de las sociedades comanditarias por acciones, dando nueva redacción a los artículos 151 a 157 del Código de Comercio.

En la Disposición Transitoria tercera se señala como fecha tope el 30 de junio 1992 para que las sociedades de capital en sus diversas formas adapten sus estatutos a la nueva regulación, correspondiendo a los Registradores Mercantiles la calificación de los títulos en que se realice. Dentro del mismo plazo deberán inscribirse en el Registro Mercantil las Cajas de Ahorros, las Mutuas y Cooperativas de Seguros y las Mutualidades de Previsión.

2. *Ley de Adaptación del Impuesto de la Renta y del Patrimonio.*—Se ha publicado en el *BOE* del día 29 de julio, con inmediata entrada en vigor.

La nueva Ley es consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional ya conocida y regula de forma transitoria la normativa de estos impuestos para los ejercicios de 1988 y 1989.

Las declaraciones deberán presentarse entre el 1 y el 30 de noviembre próximo, debiendo ingresarse las que resulten positivas en un único pago, sin fraccionamientos.

Esta Ley introduce la tributación individual y permite a los matrimonios presentar la declaración conjuntamente o por separado, en las condiciones que se especifican:

3. *Ley de Defensa de la Competencia.*—Se publicó en el *BOE* del 18 de julio y por ella se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o paralela que tenga por objeto o produzca el efecto de impedir, restringir o falsear la libre competencia en el mercado nacional.

4. *Real Decreto-Ley sobre medidas financieras y fiscales.*—Contiene varias disposiciones sobre retenciones a cuenta en rendimientos de capital del Impuesto de la Renta, que se eleva al 25 por 100, y otros impuestos y normas sobre operaciones de seguros.

## C) NORMAS AUTONÓMICAS

*Andalucía.*—En el *Boletín* del día 27 de julio se publica la Ley de 18 de julio 1989 por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección.

*Asturias.*—La Ley de 21 de julio, de ordenación agraria y desarrollo rural, se publica en el *Boletín del Principado* de 21 de agosto.

*Canarias.*—El *Boletín Oficial de esta Comunidad* publicó el 21 de julio la Ley de 13 de julio, de Viviendas para Canarias, que tiene por objeto regular las actuaciones en esta materia dentro de su ámbito territorial.

*Galicia.*—La Ley de 15 de junio, publicada en el *Diario Oficial* del 15 de julio, regula la delimitación y coordinación de las competencias de las Diputaciones Provinciales de Galicia.

También publica el *Diario Oficial de Galicia* del día 16 de agosto la Ley de 20 de julio de Ordenación del Sistema Universitario de Galicia.

*Navarra.*—La Ley Foral de 3 de julio, que se inserta en el *Boletín de la Comunidad* del día 10 del mismo mes, regula las cooperativas de Navarra. Una Ley más sobre esta materia que, al ponerse en relación con las

otras existentes en varias autonomías y la general de la nación originará, sin duda, confusiones y problemas innecesarios.

Hay también otra Ley Foral de 2 de agosto, de modificación parcial de los Textos Refundidos de las disposiciones de los Impuestos de la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades y de las Normas del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio. Se publica en el *Boletín Oficial de Navarra* del día 7 de agosto.

*Rioja.*—La Ley de 23 de junio crea el Consejo Económico y Social de la región y se publica en su *Boletín* del día 13 de julio.

*Valencia.*—En su *Boletín* del 13 de julio se ha publicado la Ley del 7 del mismo mes sobre Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana, que trata del tema en sus diversos aspectos.

## II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Cursos de verano de la Universidad Complutense.*—Se han celebrado en San Lorenzo del Escorial sobre diversas materias. Resaltamos el curso de contenido jurídico que tuvo lugar durante los días 3 a 7 de julio, bajo el título «La Administración de Justicia: Paz y Derecho», dirigido por don Antonio Pedrol Rius, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.

El Derecho constituye una técnica privilegiada para encauzar las relaciones sociales en la dirección de la deseable paz social.

La conferencia inaugural corrió a cargo de don Antonio Hernández Gil, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial y la de clausura fue pronunciada por don Javier Pérez de Cuéllar, Secretario general de las Naciones Unidas.

Reseñamos un esquema de los temas tocados, lo que da idea de su importancia:

4 de Julio: Excelentísimo señor don Luis de Angulo Rodríguez, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, «La Abogacía ante la situación de la Administración de Justicia».

Excelentísimo señor don Antonio Pedrol Rius, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, «Abogacía al servicio de la sociedad».

Mesa Redonda: «Futuro de la Administración de Justicia».

5 de julio: Licenciado Javier Quijano Baz, Presidente de la Barra Mexicana de Abogados, «Abogacía y Estado de derecho en la hora actual de iberoamerica».

Excelentísimo señor don Javier Moscoso del Prado y Muñoz, Fiscal

General del Estado, «El proceso penal como instrumento de pacificación social».

Mesa redonda: Reforma Leyes procesales.

6 de julio: Excelentísimo señor don Luis Martí Mingarro, Abogado-Catedrático excedente, «Ciudadano contribuyente».

Excelentísimo señor don Alvaro Gil-Robles Gil-Delgado, Defensor del Pueblo, «El valor cotidiano de los derechos fundamentales».

Excelentísimo señor don Manuel Amoros Guardiola, Catedrático Derecho Civil-Registrador de la Propiedad.

«Seguridad Jurídica y Publicidad Registral».

7 de julio: Doña María Dolores Vila-Coro Barrachina, Abogado, «Nuevas tendencias en derecho de familia».

Excelentísimo señor don José María Stampa Braun, Abogado-Catedrático, «Justicia Penal».

Mesa Redonda: Una sentencia para una reforma fiscal.

2. *Seminario sobre el fraude fiscal.*—Patrocinado por el Instituto de Estudios Fiscales se ha celebrado del 31 de julio al 4 de agosto en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, bajo el título general de «La sociedad ante el fraude fiscal», contemplándose sus aspectos más importantes.

Hizo la presentación del seminario don Miguel Angel Lasheras Merino, Director general del Instituto organizador y la clausura corrió a cargo de don José Borrel Fontelles, Secretario de Estado de Hacienda, resaltó la gran importancia de estas cuestiones.

El punto concreto del fraude fiscal en el sector inmobiliario, que principalmente nos interesa, fue objeto de estudio el día 3 de agosto en una mesa redonda en la que actuó como moderador don Domingo Carbajo Velasco, Subdirector general de Política Tributaria y en la que participó destacadamente el Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad de España don Carlos Miguel Hernández Crespo, quien detalló el funcionamiento de los Registros y las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario y analizó las repercusiones de la reciente Ley de Tasas; también participó en la mesa don Javier Russines Torregrosa, Director general del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, que aclaró las posibilidades de valoración catastral de las fincas y don Miguel Cruz Amorós, Director general de Tributos, que desde el prisma de su función hizo una brillante exposición de los puntos principales. Todos los participantes en la mesa redonda respondieron a las distintas dudas y preguntas formuladas por los asistentes.

Otras conferencias fueron las siguientes: «La Sociedad española ante el fraude fiscal», Jaime Gaiteiro Fortes, Secretario general de Hacienda.

«Evaluación del fraude fiscal en España», Manuel J. Lagares Calvo, Universidad de Alcalá de Henares.

«El delito fiscal», Ignacio Berdugo Gómez de Latorre, Universidad de Salamanca.

«Infracciones y sanciones tributarias», Fernando Pérez Royo, Universidad de Sevilla.

Además de la ya señalada sobre el fraude fiscal en el sector inmobiliario, hubo las siguientes mesas redonda:

«Características del fraude en España», Moderador, Juan Zornoza, Universidad Autónoma de Madrid.

«El fraude en el uso de los recursos públicos», Moderador: Jesús Ruiz Huerta Carbonell, Subdirector general de Estudios del Gasto Público, Instituto de Estudios Fiscales.

«Los agentes económicos ante el fraude», Moderador: Diego Lozano, Abogado del Estado, Secretaría de Estado de Hacienda.

«Los medios de comunicación ante el fraude fiscal», Moderador: José Manuel Guirola López, Secretario general del Instituto de Estudios Fiscales.

«Los ciudadanos ante el fraude», Moderador: Juan Gimeno Ullastres, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

«La lucha contra el fraude: conclusiones y alternativas», Moderador: Miguel Angel Lasheras Merino, Director general del Instituto de Estudios Fiscales.

3. *Cursos sobre informática jurídica.*—Coincidiendo con la finalización del curso académico se ha celebrado en la Universidad de Zaragoza un Congreso sobre Derecho informático en el que han tomado parte 130 especialistas tanto de las ciencias jurídicas como de la informática y en el que se han abordado los siguientes temas:

«Delitos informáticos».

«Protección jurídica del software.»

«Los contratos informáticos».

«La informática en las transacciones comerciales y bancarias».

«La protección de datos personales».

«El documento electrónico y su valor».

«La clasificación y calificación de los trabajadores del sector de la informática».

Igualmente, en Santiago de Chile, del 10 de julio al 4 de agosto, patrocinado por el Ministerio de Justicia y la autoridad informática del Gobierno, ha tenido lugar el X Curso de Informática y Derecho, con numerosa asistencia, pues en esta ocasión han acudido 27 participantes

precedentes de Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, España, México y Perú. En él, además de la práctica diaria con equipos informáticos por parte de todos los participantes, se han desarrollado temas como la interpretación jurídica, derecho de informática, inteligencia artificial y lógica, contratos informáticos, bases de datos jurídicas e informatización de la oficina judicial.

### III. VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

Este Congreso, que ha tenido lugar en Buenos Aires del 10 al 14 de octubre de 1989, reunió a unos 250 juristas especializados en Derecho Registral y pertenecientes a 20 países de Europa, Africa y América del Norte, Centro y Sur. De las delegaciones asistentes la más numerosa fue la española, compuesta por 60 Registradores de la Propiedad en su mayoría de las últimas promociones y que estuvo presidida por don Antonio Hueso Gallo, quien ostentó la delegación del Decano.

Sirvió de base para los trabajos que se desarrollaron en sesión única de Asamblea General, presidida en su inauguración y clausura por el Secretario General del CINDER (el Registrador español don Eugenio Fernández Cabaleiro), el anteproyecto de conclusiones elaborado en Madrid por una comisión compuesta por Registradores interesados en la materia de Congresos Internacionales, y en la que participó el vocal de la Junta de Gobierno doña Carmen de Grado Sanz.

Los temas tratados fueron: I. La función del Registrador y la seguridad jurídica; II. Informática, seguridad jurídica y responsabilidad del Registrador, y III. Hipotecas Mobiliarias. Siendo de destacar que la elaboración de las conclusiones aprobadas se debe al trabajo y dedicación de un grupo de compañeros compuesto por don Antonio Hueso, don Rafael Arnáiz, don José A. Calvo, doña Angeles Echave, don Joaquín Torrente, doña María Esther Ramos y don Jesús Camy, quienes, bajo la dirección del Secretario General del CINDER, supieron llevar a buen fin la delicada misión recibida. También es justo resaltar el apoyo a los trabajos, prestado en los diferentes temas, por los señores Coronel de Palma, Menéndez Hernández, Florán Fazio, Vaquer Salort y Ramos Blanes.

Finalmente, en la reunión ordinaria del CINDER en la que participaron los diecisiete institutos miembros de unión, de los de Turquía, Costa Rica, Canadá y USA, se acordó por unanimidad que el IX Congreso Internacional se celebre en Sevilla (España) en 1992 y que en él se desarrolle el tema general «Huellas de la Legislación española en las legislaciones ibe-

roamericanas” como respetuoso homenaje a los juristas que participaron en el Descubrimiento.

Las *Conclusiones* aprobadas son las siguientes:

### Tema I. *La función del Registrador y la seguridad jurídica*

1. La seguridad jurídica, valor esencial del derecho, afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social y, por todo ello, resulta ineludible para realizar el bien común. Dicha seguridad debe alcanzar tanto a la titularidad y al contenido de los derechos como a la protección del tráfico sobre los mismos.

2. Los registros jurídicos de bienes, en los términos proclamados por los Congresos de Buenos Aires de 1972, de México de 1980 y de Roma de 1982 sobre su organización y principios, contribuyen eficazmente a la disminución de conflictos judiciales.

3. Es aconsejable que los Registradores informen y orienten en el ámbito de su función, especialmente si así lo requieren las dificultades del caso o la complejidad de la situación registral, para evitar conflictos en el proceso de inscripción.

4. Las cada vez más frecuentes relaciones internacionales imponen la necesidad de la adopción de criterios comunes en la regulación civil y publicidad registral de las diferentes formas de propiedad, para evitar la aparición de fraudes inmobiliarios.

En ese sentido, se estima que las Declaraciones aprobadas en los distintos Congresos Internacionales de Derecho Registral ofrecen, en su conjunto, un sistema de elevado desarrollo técnico y eficacia práctica que proporciona las soluciones adecuadas para la consecución de la seguridad jurídica.

5. Asimismo, para evitar situaciones fraudulentas respecto de adquirentes del dominio o de otros derechos reales cuyo título de adquisición no sea susceptible de inscripción definitiva, se recomienda la adopción de las medidas necesarias que permitan su acceso al Registro bajo la forma de asientos provisionales, adecuados a la técnica que para los mismos declaró el Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Roma en 1982.

### Tema II. *Informática, seguridad jurídica y responsabilidad del Registrador*

6. La actividad del Registrador debe dirigirse a proporcionar seguridad jurídica por los medios técnicos más idóneos. Específicamente, en materia informática, se reitera lo declarado en el Congreso Internacional

de Derecho Registral de Madrid, en 1984, al tratar al Derecho como condicionante de la técnica de procesamiento de datos.

7. La técnica de procesamiento de datos debe considerarse como medio auxiliar del Registrador o encargado del Registro. Los asientos registrales, practicados previa calificación del Registrador, producirán los efectos que les atribuyan sus respectivos ordenamientos jurídicos.

8. De acuerdo con los términos de la Carta de México en lo concerniente a la coordinación entre el Registro inmobiliario y el Catastro parcelario, la utilización de los medios informáticos facilitará la identificación gráfica de las fincas inscritas, con objeto de aumentar la seguridad jurídica proporcionada por los Registros inmobiliarios.

9. Se recomienda que las legislaciones nacionales regulen la responsabilidad resultante de la utilización de técnicas informáticas como medios auxiliares de la actividad registral.

10. Las aplicaciones informáticas en los Registros Jurídicos deberán respetar, en todo caso, el Derecho Fundamental a la intimidad personal, de acuerdo con la normativa de cada Estado.

### Tema III. *Hipoteca mobiliaria*

11. Por su importancia se reiteran las conclusiones aprobadas en el III Congreso Internacional de Derecho Registral de San Juan de Puerto Rico relativas a «principios básicos de los Registros Jurídicos de Bienes Muebles», si bien se recomienda que dichos Registros lo sean a la vez de titularidades y de cargas o gravámenes.

12. Todos los bienes muebles corporales o incorporales son susceptibles de hipoteca, siempre que sean identificables conforme al principio de especialidad registral.

13. En cualquier caso, debe establecerse un criterio que dé cabida a cualquier fórmula contractual que implique la constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos con efectos reales.

## IV. CONGRESO Y COLOQUIO EUROPEOS DE DERECHO AGRARIO

Se ha celebrado en la Universidad de Gante, Bélgica, durante el mes de octubre, organizado por el Comité Europeo de Derecho Rural, con asistencia de numerosas representaciones de todos los países del Viejo Continente.

En la reunión preliminar fue elegido Presidente del Comité Europeo el agrarista español don Alberto Ballarín Marcial, Notario de Madrid y

Presidente también de la Asociación Española de Derecho Agrario, lo que es motivo de satisfacción para nosotros y por ello le felicitamos.

Se trataron los siguientes temas:

— En la Comisión 1.<sup>a</sup>, «El estatuto jurídico del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la empresa agraria». La Ponencia española fue presentada por don Francisco Corral Dueñas, Registrador de la Propiedad de Madrid.

— En la Comisión 2.<sup>a</sup>, «El estatuto jurídico de la mujer en la empresa agraria». Fue ponente por España doña María de los Desamparados Llompart Moragues, Profesora de Derecho Agrario de la Universidad Politécnica de Valencia.

— Y en Mesa Redonda, «Las consecuencias jurídicas del abandono de tierras agrícolas». La Ponencia española fue presentada por don Carlos Alonso García, Letrado del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario en Madrid.

Esperamos publicar el texto de dichas ponencias, así como el resumen general de las mismas redactado por el doctor Meyer, Catedrático de la Universidad de Gante, para una más completa información de nuestros lectores, dado el interés evidente de los temas tratados.

LA REDACCIÓN

# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1988.—LEY DE AGUAS.—Bienes de dominio público. Expropiación forzosa.—Irretroactividad.—Seguridad jurídica.—Competencias de las Comunidades Autónomas.—Pleno.—Ponente: Sr. Leguina Villa.*

## HECHOS:

Se abordan en esta Sentencia varios procesos acumulados: Recursos de inconstitucionalidad registrados con los números 824/1985, 944/1985, 977/1985, 987/1985 y 988/1985, interpuestos, respectivamente, por la Junta de Galicia, 58 Senadores, el Consejo de Gobierno de la CA Islas Baleares, el Gobierno Vasco y el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, todos ellos en relación con la L 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; y conflictos positivos de competencia registrados con los números 995/1986, 512/1987 y 1208/1987, planteados por el Gobierno Vasco, en relación, respectivamente, con el RD 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico en desarrollo de LA; la OM de Obras Públicas y Urbanismo 23 de diciembre de 1986 por la que se dictan normas complementarias sobre autorizaciones de vertidos de aguas residuales, y el RD 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los Planes Hidrológicos. Ha comparecido el Gobierno de la Nación. Ha sido ponente el Magistrado señor Leguina Villa, quien expresa el parecer del Tribunal.

**SENTENCIA:** El Tribunal Constitucional ha decidido:

*Primero.*—Estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LA 29/1985, de 2 de agosto, y en consecuencia:

a) Declarar que son inconstitucionales los artículos 16.1 c) y, por conexión con el mismo, parcialmente, el artículo 16.2, así como el artículo 88.1 y el artículo 51.4 LA, con el alcance, en lo que a este último concierne, que se expone en el fundamento jurídico 23 de esta Sentencia.

b) Declarar que los artículos 53.1 y 2, 54, 69.1 y 70 LA son de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia general sobre los aprovechamientos de las aguas que discurran íntegramente por sus respectivos territorios.

c) Declarar que los artículos 64.2, por lo que se refiere a la caducidad de los derechos de uso privativo que no se obtengan por concesión, 73.1, párrafo 1.º, inciso final, 74.2, a excepción del principio de participación y representación que establece, 78 y 81 son de aplicación supletoria por la CA País Vasco en el ámbito de sus competencias sobre los aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por su territorio.

d) Declarar que los artículos 18.1 b) y e), 38.2 inciso final, 39.2, 40 f), g), h), j) y l) 41.1 y 3, 42.1, 56, 71.1 y 3, 95 párrafo 2.º, 96 inciso final, y 98, no son inconstitucionales si se interpretan en el sentido que se expone en los fundamentos jurídicos de esta Sentencia.

e) Desestimar los recursos de inconstitucionalidad en todo lo demás.

*Segundo.*—Estimar parcialmente el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno Vasco contra determinados preceptos del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por RD 849/1986, de 11 de abril, y en consecuencia:

a) Declarar que los artículos 1.4, inciso final, 89.4, en lo que se refiere a la reversión de obras al Estado procedentes de la extinción de concesiones de aprovechamiento de los recursos hidráulicos en aguas que discurren íntegramente por el territorio del País Vasco, y 197.1 en cuanto que prevé la intervención del Delegado del Gobierno en la Administración Hidráulica del País Vasco, invaden las competencias de la CA País Vasco.

b) Declarar que los artículos 9, 35 a 37, 45, 50.1, 2 y 4, 51, 52, 54.1 y 3, 55 a 58, 61, 62, 63.1, 64 a 67, 69, 70.1, 71, 72, excepto apartado 5, 73 a 88, 89.1, 2.3.5 y 6, 90 a 92, 93.1, 93.3, en lo que se refiere a la mención del Organismo de cuenca, 94 a 96, 97.1, excepto la expresión «será motivada y adoptada en función del interés público». Las concesiones serán susceptibles de revisión con arreglo a lo establecido en el artículo 63 LA, 97.2, 98, 99.2.3 y 4, 100 a 116, 118 a 136, 137.1 y 2, 138 a 142, 144, excepto el inciso inicial apartado 1.º, 145 a 155, 156, excepto el apartado 1 a) y b), 157 a 160, 161.2 y 3, 162.1.2, excepto inciso inicial, y 4, 163 a 18, 189.1 y 3, 190, 191.1, 192 a 195, 197.2, 198 a 231, 233, 237, 238, 244, 245.2, 246.1.2, excepto el párrafo 2.º, y 3, 247 a 249, 250.1, excepto el párrafo 2.º, y 2, 251 d), e), f), g), h) i), 252, 253, 255, 258, 259.1, párrafo 2.º, y 2, 260.1, 261 a 263, 264.2, excepto la expresión «se notificará a la autoridad sanitaria», y 3, 265 a 271, 273, 275.1 y 2, 276.2, 277 a 283.1 y 3, 302, 303, 309 a 322, 324, 327, inciso inicial, 328 a 332, 335, 337 a 340 Reglamento del Dominio Público Hidráulico, son de aplicación supletoria por la CA País Vasco en el ejercicio de sus propias competencias, sin perjuicio de la aplicación directa de los preceptos de la LA que algunos de ellos reproducen y que tienen carácter de legislación aplicable en todo el territorio del Estado

c) Declarar que las competencias atribuidas por los preceptos mencionados en el anterior apartado al Gobierno, a la Administración del Estado y a los Organismos de cuenca, deben entenderse atribuidas a la CA País Vasco en el ámbito de sus propias competencias.

d) Declarar que los restantes preceptos del Reglamento del Dominio Público Hidráulico impugnados por el Gobierno Vasco no invaden las competencias de la CA País Vasco.

*Tercero.*—Declarar que la OM Obras Públicas de 23 de diciembre de 1986 por la que se dictan normas complementarias sobre las autorizaciones del vertido en aguas residuales, no invade las competencias de la CA País Vasco.

*Cuarto.*—Declarar que el RD 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los Planes Hidrológicos no invade las competencias de la CA País Vasco, siempre que los artículos 1.1 y 2.1 c) del citado Real Decreto se interpreten conforme a lo expuesto en el Fundamento Jurídico 35 de esta Sentencia.

### Fundamentos jurídicos

*Primero:* Antes de entrar en el examen del contenido de la LA y de las demás normas que constituyen el objeto de los recursos de incostitucionalidad y conflictos de competencia acumulados, es preciso resolver algunas cuestiones planteadas por los demandantes en los recursos 824/1985, 944/1985 y 988/1985, relativos al carácter y al rango de la mencionada L 29/1985. Alega la representación del Gobierno de Galicia que la Ley tiene, por su contenido, un carácter armonizador de la legislación propia de las Comunidades Autónomas sobre la materia, sin que se haya respetado el trámite que para la aprobación de ese tipo de leyes establece el artículo 150.3 CE. Por su parte, Senadores recurrentes y la representación del Gobierno de Cantabria alegan que la LA vulnera tanto el artículo 81.1 CE, porque implica una reforma de los Estatutos de Autonomía y no tiene el carácter de LO, como los artículos 147 a 149 CE, al tratarse de una Ley interpretativa del sistema de distribución de competencias en materia de aguas que se interpone ilegítimamente entre la CE y los Estatutos de Autonomía.

Como tales objeciones previas, todas estas alegaciones deben ser rechazadas. En primer lugar, es evidente que la LA de 2 de agosto de 1985, no se propone formalmente como una Ley de armonización, por lo que no se alcanza a comprender la razón en virtud de la cual habría de haberse tramitado por el procedimiento especial previsto en el artículo 150.3 CE. Que en su contenido incluya o no preceptos que sólo serían válidos de haberla dotado de tal carácter, porque presuntamente pretendan armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas en materias atribuidas a la competencia de estas últimas, es cuestión distinta y que afecta al fondo del problema. Por consiguiente, lo que procede ahora es examinar si los preceptos de la LA, tal como ha sido aprobada, es decir, como ley ordinaria, infringen o no las exigencias constitucionales, tanto de orden sustantivo y competencial como de forma y rango, pues, en caso afirmativo, deberán ser pura y simplemente declarados nulos, sin necesidad de prejuzgar si podrían tener validez en el caso de que se hubieran incluido en una norma tramitada y promulgada formalmente como Ley de armonización, valoración ésta que corresponde en principio al legislador. En consecuencia, carece de relieve a nuestros efectos enjuiciar el supuesto carácter armonizador del contenido de la Ley, pues bastará señalar, en su caso, si dicho contenido normativo, en tanto que dotado de la forma de ley ordinaria, infringe o no las prescripciones constitucionales o estatutarias sobre la distribución de competencias en la materia, lo que nos remite al examen del articulado.

*Segundo:* De manera semejante, se viene a confundir la existencia de pretendidas infracciones de los Estatutos de Autonomía con la modificación formal de estos últimos, cuando se aduce que la LA infringe el artículo 81.1 CE al carecer de carácter orgánico y alterar, según los recurrentes, las reglas de distribución de competencias contenidas en aquéllos. Con independencia de que, en caso de proponer o implicar una modificación de los estatutos, la LA tampoco sería válida de haber sido aprobada como LO, ya que no basta una Ley de esta naturaleza para operar una modificación estatutaria, sometida a requisitos muy

complejos, lo que en realidad se plantea con este alegato no es un problema de derogación de unas normas, la de los Estatutos, por otras posteriores, las de la ley ordinaria, sino la cuestión sustantiva y no formal de validez de estas últimas en cuanto que no conformes a aquellas otras, a las que están vinculadas. Por ello nos lleva de nuevo al enjuiciamiento del articulado de la LA, con la consecuencia de que, en el supuesto de que los preceptos de esta Ley fueran contrarios a las reglas establecidas en los Estatutos de Autonomía, habrá de declararlos nulos, o, en su caso, de aplicación subsidiaria, no en razón de su rango sino por infracción de las normas del bloque de la constitucionalidad, a cuyo respeto se hallan estrictamente vinculados.

*Tercero:* En tercer lugar, no puede estimarse que la L 29/1985, sea inconstitucional por su naturaleza meramente interpretativa del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia que regula. Una cosa es que el legislador estatal realice, con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, subrogándose en el ejercicio del poder constituyente sin una expresa previsión constitucional o estatutaria (supuesto contemplado en la STC 76/1983, de 5 de agosto, en la que los recurrentes se apoyan), y otra muy distinta que ejercite las potestades normativas que la CE y los Estatutos de Autonomía le atribuyen específicamente para la regulación de un sector material del ordenamiento. El desarrollo de esta actividad requiere, como presupuesto lógico, una interpretación del alcance y los límites de la competencia legislativa del Estado, definida en la CE y en los estatutos. Semejante operación interpretativa, que es común al ejercicio de toda potestad pública, no sólo no está vedada, sino que resulta imprescindible en el *iter* de elaboración de toda norma o acto de los poderes públicos pero que no puede confundirse con el resultado concreto a que se llegue en cada caso. Si en la regulación de una determinada materia el legislador ha desbordado o no los límites establecidos en la CE y en los Estatutos de Autonomía, es cuestión que atañe al correcto o incorrecto desempeño de los poderes que le han sido conferidos por el constituyente, los cuales, por amplios o genéricos que puedan ser en algunos casos, no suponen ejercicio del poder constituyente mismo, estando sujetos en todo caso al control de constitucionalidad de las leyes que la CE encomienda a este Tribunal como su intérprete supremo.

Con la aprobación de la LA, el legislador estatal ha regulado una materia respecto de la que la CE le atribuye expresamente determinadas competencias. No cabe por ello hablar en este caso de la Ley meramente interpretativa, ni de suplantación alguna del poder constituyente, con independencia de que sus preceptos se ajusten o no a los límites que le impone el bloque de la constitucionalidad en cuyo enjuiciamiento debemos, pues, entrar a continuación una vez desestimada esta última objeción previa a la totalidad de la Ley.

*Cuarto:* Los motivos de inconstitucionalidad invocados son numerosos y parcialmente distintos en cada uno de los recursos acumulados en el presente proceso. No obstante, la unidad temática que subyace a los mismos justifica su examen y enjuiciamiento conjunto. Conviene a tal efecto ordenar sistemáticamente los diferentes problemas jurídico-constitucionales que suscitan las alegaciones de las partes. Todos ellos pueden agruparse en dos líneas de razonamiento claramente diferenciadas. La primera incluye los motivos de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LA por infracción de principios constitucionales y de derechos fundamentales, como son los contenidos, respectivamente, en los artículos 9.3 y 33 CE. La segunda comprende las alegaciones de inconstitucionalidad

dad por invasión de competencias de las Comunidades Autónomas que se reprocha a otra serie, mucho más numerosa, de preceptos impugnados. Procede que nos adentramos ya, por este mismo orden, en el estudio de ambos bloques de cuestiones.

*Quinto:* Los Senadores recurrentes y los Gobiernos de las CC.AA. Galicia, Islas Baleares y Cantabria invocan, con diferente extensión y concreción, pero sobre la base de una argumentación sustancialmente idéntica, la infracción de los artículos 9.3 y 33 CE por aquellos preceptos de la LA que establecen, de un lado, la naturaleza demanial de las aguas continentales, de sus cauces lechos acuíferos, y regulan, de otro la transformación de los derechos de aprovechamiento preexistentes sobre las aguas públicas y el nuevo régimen aplicable a los derechos sobre las aguas privadas. Los recurrentes sostienen a este propósito que, aun cuando el legislador puede declarar que un bien es de dominio público, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132 CE, debe respetar al tiempo los principios de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), en relación también con el principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE), así como la garantía del derecho de propiedad privada y demás derechos patrimoniales, que en caso de privación demandan una compensación indemnizatoria (art. 31.1 y 3 CE). A su juicio, la LA infringe aquellos principios y esta garantía porque, por una parte afecta a derechos patrimoniales adquiridos, sin justificación alguna en razones de interés público, y discrimina a quienes opten por preservarlos respecto de los que se inclinan por transformarlos en nuevos derechos de aprovechamiento temporalmente limitados; y otra, porque dispone o prevé la expropiación de aquellos derechos adquiridos, en algún supuesto, sin indemnización. El Letrado del Estado sostiene que los preceptos de la LA impugnados por esta causa no vulneran los aludidos principios y derechos constitucionales, pues al demanializar las aguas continentales el legislador ha desarrollado una previsión constitucional que resulta plenamente justificada en atención a las características específicas de los recursos hidráulicos, al tiempo que ha respetado, hasta donde la CE lo impone, los derechos individuales creados al amparo de la legislación anterior, que no tienen el carácter ilimitado y el contenido absoluto que los recurrentes pretenden.

La solución de esta controversia impone determinar con precisión el contenido y el alcance de la regulación que la Ley recurrida introduce sobre el dominio de las aguas continentales y su incidencia sobre las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del régimen normativo anterior, con el fin de contrastar seguidamente, desde ese punto de partida, los preceptos legales cuestionados con lo dispuesto en los artículos 9.3 y 33 CE a la luz de la doctrina sentada sobre los mismos por este Tribunal.

*Sexto:* La nueva LA declara en su Preámbulo que «el agua es un recurso natural escaso, indispensable para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas; es irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos». Por estos motivos el legislador estima que «se trata de un recurso que debe estar disponible no sólo en la cantidad necesaria sino también con la calidad precisa», que esta disponibilidad «debe lograrse sin degradar el medio ambiente en general y el recurso en particular, minimizando los costos socio-económicos y con una equitativa asignación de las cargas generadas por el proceso, lo que exige una previa planificación hidrológica y la existencia de unas instituciones adecuadas para la eficaz admi-

nistración del recurso». De ello deduce el reconocimiento para el mismo «de una sola calificación jurídica, como bien de dominio público estatal, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario». En congruencia con esta filosofía de la Ley que, por lo que ahora interesa, se extrae de su Preámbulo, los artículos 1.2 y 2 declaran de dominio público las aguas continentales tanto las superficiales como las subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales, los lechos de los lagos, lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, así como los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. No obstante esta declaración general de demanialidad, la Ley no ha desconocido los derechos de naturaleza privada preexistente a la misma. Por el contrario, las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> permiten a sus titulares elegir entre la conversión de aquellos derechos en otros que la Ley denomina «de aprovechamiento temporal de aguas privadas» que serán respetados por un plazo máximo de cincuenta años —a lo que se añade un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa en favor de quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud del título legítimo—, o el mantenimiento de la titularidad de los derechos anteriores «en la misma forma que hasta ahora». En este último supuesto, sin embargo, no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas. Por lo demás, en cualquiera de las dos opciones el incremento de los caudales totales utilizados o la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento requerirán la oportuna concesión que ampare «la totalidad de la explotación». Aparte de que, en todo caso, a los aprovechamientos de aguas a que se refieren una y otra les son de aplicación las limitaciones establecidas en la Ley al uso del dominio público hidráulico. Las mencionadas dispns trans señalan expresamente que «el carácter opcional de la alternativa» exime a la Administración de cualquier obligación compensatoria.

Todas estas determinaciones legales afectan al régimen jurídico de las que el CC (art. 408) denomina aguas de dominio privado, en concreto a las aguas procedentes de manantiales o, como dice el Código, a las «continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos» (art. 408.1), y a las aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación o, según la letra del CC, a las «aguas subterráneas que se hallen» en predios de naturaleza privada (art. 408.3). Pero es necesario advertir que, sin perjuicio de su calificación legal como aguas «de dominio privado», la legislación anterior a la nueva LA no establecía sobre ellas un derecho de propiedad reconducible al régimen general definido en el artículo 348 CC —al que los Senadores recurrentes hacen referencia en sus alegaciones—, y en los preceptos concordantes. La propiedad privada en determinadas aguas terrestres era ya en aquella legislación una «propiedad especial» (tít. IV, libro 2.º, CC), sometida a límites estrictos en lo que atañe a las facultades del propietario. Así, el derecho del propietario de un predio sobre las aguas que nacen en éste —derecho accesorio, pues, a la propiedad fundiaria— se extiende a su «uso y aprovechamiento» mientras las aguas discurran por él (art. 412 CC, y art. 5 LA 1879), y alcanza sólo a las aguas efectivamente utilizadas, pues las no aprovechadas y sobrantes «entran en la condición de públicas», según los mismos preceptos legales que acaban de citarse, «sin que puedan ser en manera alguna desviadas del curso por donde primitivamente se alejaban» (art. 9 LA 1879). Más aún, en el caso de que las aguas o parte de ellas no hayan venido aprovechándose por el dueño o dejen de aprovecharse por espacio de un año y un día consecutivos, este derecho de aprovechamiento privativo, anejo a la propiedad privada del predio, cede en favor de los derechos

de aprovechamiento eventual sobre las mismas aguas, ya publicadas al salir del predio en que nacen, que hayan consolidado los propietarios de los predios inferiores por el uso continuado de aquéllas durante un año y un día (arts. 10, 11 y 14 LA 1879) o durante veinte años en el caso de aguas que pertenecen «a los pueblos» (art. 13 de dicha Ley). En consecuencia, según la legislación general derogada por la LA ahora impugnada, el «dominio privado» sobre determinadas aguas superficiales se limitaba a una facultad de apropiación o aprovechamiento privativo preferente, accesoria a la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio, si bien este derecho o facultad cede ante los derechos consolidados por el tiempo de otros particulares sobre las aguas que el dueño de aquel predio no haya aprovechado o cuyo aprovechamiento interrumpa.

Por lo que se refiere a las aguas subterráneas, la Ley de 1879 atribuía al dueño de un predio «en plena propiedad» las que en él hubiere obtenido por medio de pozos ordinarios (arts. 18 y 21), y al que las hallare e hiciera surgir a la superficie del terreno por medio de pozos artesianos, socavones o galerías le reconoce el carácter de dueño de las mismas «a perpetuidad» (art. 22). Pero una cosa es la propiedad de las aguas ya alumbradas (art. 418 CC) y otra el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas. Este último, igualmente accesorio a la propiedad del predio en cuyo subsuelo se hallen las aguas, es también un derecho estrictamente limitado y condicionado a que no se distraigan o aparten «aguas públicas o privadas de su corriente natural» (art. 23 LA 1879), a cuyo efecto la Ley fijaba una serie de garantías y condiciones —régimen de distancias, autorizaciones, suspensiones—, que ha sido completado en sentido limitativo por una prolija legislación posterior.

Por otra parte, la LA 1879, modificada y completada en este aspecto por una serie de normas posteriores relativas a aprovechamientos hidráulicos para fines específicos, reconocía derechos de utilización privativa sobre aguas de dominio público sometidos a diferentes requisitos y límites, que en cuanto a los de orden temporal eran en algunos casos derechos a perpetuidad (por ejemplo, arts. 188, 220 y 225), si bien el artículo 126 LPE de 15 de abril de 1964, prohibió el otorgamiento de concesiones sobre cualesquiera bienes de dominio público por plazo superior a noventa y nueve años. Sobre estos derechos de aprovechamiento de aguas públicas incide la disposiciones transitorias 1.ª L 29/1985, que se impugna por infracción del artículo 33.3 CE.

*Séptimo:* A la vista de estos antecedentes es posible analizar ya las alegaciones relativas a la vulneración de los artículos 9.3 y 33 CE.

Ante todo se afirma que la LA 1985 incurre en arbitrariedad por un doble motivo. En primer término, porque carecería de justificación razonable desde la perspectiva del interés general, ya que los objetivos de la utilización racional y protección adecuada de los recursos hidráulicos que la Ley persigue podrían haberse alcanzado igualmente, y con mayor respeto hacia los derechos individuales, mediante otras técnicas jurídicas distintas a la demanialización de las aguas, especialmente gravosa para aquellos derechos. La opción del legislador adolecería así de falta de proporcionalidad en relación con los fines perseguidos y equivaldría a una especie de sanción expropiatoria no fundada en el incumplimiento de la función social de la propiedad privada. De ahí la arbitrariedad de la Ley, que el TC debe controlar en aplicación del principio de interdicción de la misma (art. 9.3 CE), de manera semejante, al decir de los recurrentes, a como los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa controlan la arbitrariedad de la Administración.

El segundo motivo, en cierto modo contradictorio con el anterior y que hay que entender formulado con carácter subsidiario, consiste en el reproche de que una vez que el legislador ha optado por la demanialización, es arbitraria la alternativa que se ofrece a los titulares de derechos preexistentes sobre aguas privadas entre aceptar la transformación de su derecho o mantenerlo como hasta ahora, pero sin acceder en este último caso a la protección que brinda la inscripción en el Registro de Aguas, de manera que el carácter opcional de esta alternativa excluye todo derecho a indemnización. La arbitrariedad denunciada radicaría aquí en que se coloca a tales titulares, según expresan algunos de los recurrentes «entre la espada y la pared», pues se discrimina a los que opten por conservar sus derechos en punto a las garantías de los mismos, constriñéndolos, si quieren gozar de tales garantías, a aceptar voluntariamente la pérdida de sus derechos privados originarios, lo que excluye el carácter expropiatorio de la privación. En opinión de los recurrentes, para no incurrir en arbitrariedad la Ley debería haber dispuesto la perpetuación de aquellos derechos privados o, en sentido contrario, la demanialización total imperativa, mediante las correspondientes indemnizaciones.

Tales argumentos no son convincentes. En primer lugar, este Tribunal ha declarado ya que «la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisprudencia constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la CE, que aquélla en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley» (STC 66/1985, de 23 de mayo, y en sentido semejante, SSTC 108/1986, de 29 de julio, y 99/1987, de 11 de junio). En efecto, la función de legislar no puede entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la CE impone, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria. Por ello, el TC ha afirmado también que, si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento «no es suficiente la mera discrepancia política —ínsita en otra opción— para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ora en situaciones personales que se crean o estimen permanentes. Ello habría de razonarlo en detalle y ofrecer, al menos, una demostración en principio convincente» (STC 99/1987, FJ 4.º).

En el presente caso no ofrecen los recurrentes una demostración semejante. No discuten, en efecto, la legitimidad o incluso la necesidad o imperiosa conveniencia de asegurar una mejor y más razonable utilización de los recursos hídricos en su conjunto, habida cuenta de las características de los mismos, que el Preámbulo de la LA describe y que se presentan de forma grave y acuciante en extensas zonas de nuestro territorio. Sostienen, en cambio, que para alcanzar los mismos fines existían otras alternativas posibles y menos lesivas de los derechos patrimoniales de los particulares. Sin embargo, esta alegación no basta para concluir que se ha infringido la interdicción de arbitrariedad.

La CE sanciona una garantía de la propiedad y de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (art. 33). Pero esta garantía no es absoluta, ya que el artículo 128.1 establece que «toda riqueza del país en sus distintas formas

está subordinada al interés general», y, por lo que aquí interesa, el artículo 45.2 impone a los poderes públicos el deber de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». De una interpretación sistemática de estos preceptos no cabe derivar la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, debe atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual. Más en concreto, la CE no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes. Antes bien, el artículo 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros. Conforme a esta previsión constitucional, la opción de incluir las aguas continentales en el dominio público es legítima en todo caso.

Es cierto que aquella potestad del legislador no puede sin infringir la CE, ejercerse desproporcionalmente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares, pero también lo es que, por lo que se refiere a los recursos hidráulicos, la LA no impone tal sacrificio excesivo, si se tiene en cuenta, por un lado, que la mayor parte de dichos recursos son ya del dominio público, conforme una tradición ininterrumpida de nuestro derecho histórico, y por otro, que la propia L 29/1985 permite, aunque con ciertas limitaciones dirigidas en su conjunto a la realización de los objetivos que los recurrentes parecen compartir o al menos no combaten, que los titulares de derechos sobre aguas privadas mantengan su titularidad «en la misma forma que hasta ahora». Si a ello se añade que a todos los aprovechamientos de aguas, sean públicas o privadas, han de aplicarse en el futuro las normas relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico (ap. 4, disp. trans. 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>), no es posible aceptar que la opción del legislador favorable a la demanialización de las aguas continentales, pero respetuoso al tiempo de la voluntaria conservación de los derechos privados preexistentes, haya de entenderse inconstitucional por desproporcionada. En resumidas cuentas, sin entrar en la valoración política que ello pueda merecer a los recurrentes (acerca de la cual ningún pronunciamiento puede hacer este Tribunal), el legislador ha elegido una de las distintas alternativas posibles, explícitamente amparada por el artículo 132.2 CE, sin infringir por ello el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrados en el artículo 9.3 CE.

*Octavo:* La alegación subsidiaria de arbitrariedad, a la que se acompaña la de infracción del principio de buena fe por el legislador y del principio de objetividad de la Administración (art. 103.1 CE), constituye, en realidad, un reproche de discriminación contraria al artículo 14 CE, pues lo que se imputa en tal sentido a la LA, en concreto al apartado 2.º, disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, es la ilegitimidad del trato desigual que se dispensa a quienes opten por mantener la titularidad de sus derechos de naturaleza privada, al negarles la protección administrativa que depara la inscripción en el Registro de Aguas. Sin embargo, según reiterada doctrina de este Tribunal, no toda desigualdad de trato legal es discriminatoria, sino sólo aquella que, afectando a situaciones sustancialmente iguales desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable. En el presente caso no concurren estas circunstancias, ya que no es igual, por referencia a la protección administrativa del Registro de Aguas, la situación en que se encuentran aquellos propietarios que la de quienes hayan optado, previa acreditación de sus derechos, por transfor-

marlos en los derechos que la Ley denomina de «aprovechamiento temporal de aguas privadas». En efecto, la inscripción en el Registro de Aguas es, de acuerdo con lo dispuesto en la propia Ley impugnada (art. 72), un instrumento de prueba de las concesiones administrativas sobre el dominio público hidráulico, que legitima a sus titulares para interesar la intervención administrativa en defensa de sus derechos, en la medida en que tales derechos son de naturaleza pública y otorgados por la Administración. Pero al margen de esta singular protección administrativa, que se explica por los motivos antes dichos, los titulares de cualquier derecho sobre los bienes que la Ley se refiere —e incluso sobre otros a los que pueda afectar— pueden sin duda recabar su tutela de los jueces y tribunales, ya que las concesiones se entienden hechas sin perjuicio de tercero (art. 59.1 de la Ley). Es, sin embargo, enteramente razonable que la Administración no tenga la carga de suministrar una protección específica a derechos que ella misma no ha otorgado, que no han sido previamente acreditados ante la misma y que, en última instancia, afectan a bienes ajenos a su titularidad.

Pues bien, las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> equiparan a las concesiones los «derechos de aprovechamiento temporal de aguas privadas» que regulan, en lo que se refiere la protección administrativa registral. Ello se explica tanto porque tales aguas, cualquiera que sea su calificación en el período transitorio, están abocadas a convertirse en aguas de dominio público por el mero transcurso del tiempo, como por la circunstancia de que los derechos privados preexistentes han tenido que ser debidamente acreditados ante la Administración a los fines de su transformación e inscripción en el Registro de Aguas. Muy distinta es, a tales efectos, la situación de quienes optan por mantener la titularidad de sus derechos privados en la misma forma que hasta ahora, pues, al recaer tales derechos sobre aguas que ni son de titularidad pública ni están llamadas a serlo por ministerio de la Ley al final de un período de transición, no es una situación jurídica que, por esencia y menos por aplicación del principio de igualdad, corresponda necesariamente defender a la Administración. Por otra parte, a estos titulares no se les exige acreditar sus derechos ante aquélla, por lo que mal podría la Administración intervenir para la protección de derechos que ni tiene ni está obligada a tener por acreditados. Por lo tanto no hay infracción alguna del principio de igualdad ante la Ley, ya que se comparan situaciones que no son iguales ni requieren un mismo trato jurídico. Lo que no impide, como queda dicho, que todo titular de derechos e intereses legítimos pueda impetrar la tutela judicial de los mismos, reconocida por igual en la propia CE (art. 24.1), así como acceder, en su caso, a la protección reforzada que dispensan otros instrumentos registrales.

*Noveno:* En relación con el problema de la demanialización *ope legis* de las aguas continentales, consideran asimismo los Senadores recurrentes que se ha vulnerado el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales. Pero esta objeción debe ser rechazada *a limine*, dado que los preceptos de la Ley impugnados por este motivo no tienen carácter retroactivo. En efecto, no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 42/1986, de 10 de abril, y 99/1987, de 11 de junio), una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas» y «lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de

situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad». La L 29/1985 procede a dar una nueva regulación de los derechos individuales sobre las aguas continentales, pero no altera los efectos jurídicos de los derechos que la legislación anterior reconocía mientras estuvo en vigor. Cosa distinta es que el nuevo régimen legal no reconozca ya, en adelante, algunos de aquellos derechos o que los regule de manera más restrictiva.

Sucede aquí que los recurrentes parecen confundir el principio de irretroactividad establecido en el artículo 9.3 CE con el respeto a los derechos que han sido adquiridos al amparo de la legislación que la Ley recurrida viene a derogar. Pero también hemos señalado en anteriores ocasiones que la CE no emplea la expresión derechos adquiridos, que no es posible equiparar el concepto de derecho individual que utiliza el artículo 9.3 con el *ius quaesitum* (STC 27/1981, de 20 de julio) y, en definitiva, que la «invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico» (SSTC 27/1981, 6/1983, de 4 de febrero, y 99/1987, de 11 de junio, entre otras). Sin quebrantar el principio de irretroactividad sancionado en el artículo 9.3 CE, el legislador puede variar, en sentido restrictivo y con eficacia *ex nunc*, el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la CE.

*Décimo:* Junto a las alegaciones examinadas invocan los recurrentes la infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Pero de la misma jurisprudencia de este Tribunal, que acaba de recordarse, se deduce la falta de fundamento de este supuesto vicio de inconstitucionalidad de la LA. Señalábamos en las mencionadas SSTC 27/1981 y 99/1987 que la seguridad jurídica es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad», sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio. En el caso que ahora nos ocupa, es obvio que las normas a las que se imputa la inseguridad no son normas inciertas o faltas de la indispensable claridad, no obstante la inevitable exégesis que de las mismas haya de hacerse; tampoco contradicen la jerarquía normativa y han sido normalmente publicadas; no inciden en irretroactividad desfavorable a los derechos individuales, aunque dispongan un nuevo régimen más restrictivo aplicable en lo porvenir a situaciones jurídicas preexistentes, cuyo respeto no puede producir una congelación del ordenamiento jurídico o impedir toda modificación del mismo, como ya se ha expuesto, y, por último, no incurrir en arbitrariedad ni carecen de razonabilidad por relación a los lícitos, propósitos con que el legislador pretende dar respuesta a la cambiante realidad social. De todo ello se sigue que la Ley no conculca el principio de seguridad jurídica, el cual, debe insistirse, no ampara la necesidad de presevar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas.

*Undécimo:* Cuestión distinta, aunque no completamente ajena a la seguridad jurídica, dada la relación recíproca que media entre numerosos principios y preceptos constitucionales, es saber y decidir ahora si las disposiciones transitorias 1.ª a 3.ª de la Ley impugnada vulneran o no las garantías del derecho de propiedad privada y de los derechos patrimoniales contemplados en el artículo 33 CE.

Los recurrentes atribuyen la vulneración de la garantía indemnizatoria, reconocida en el apartado 3 de aquel precepto constitucional, en caso de privación forzosa de los bienes y derechos, a lo que prescribe, en primer término, la dispo-

sición transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley, en virtud de la cual se fija un plazo máximo de setenta y cinco años para el disfrute de los derechos preexistentes de aprovechamiento de aguas públicas, derechos que en algunos casos se han ganado por plazo superior o a perpetuidad con arreglo a la legislación anterior. Además, las concesiones anteriores se sujetan al régimen jurídico establecido por la nueva Ley, lo que, al implicar la aplicación a las mismas de las nuevas limitaciones legales (arts. 59.3, 63 y 106), puede significar una alteración del equilibrio económico de la concesión. Todo ello se impone, en opinión de los recurrentes, sin causa justificada de utilidad pública o interés social y sin prever la indemnización correspondiente.

Es claro que la garantía expropiatoria del artículo 33.3 CE alcanza, tanto a las medidas ablativas del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los «bienes y derechos» individuales, es decir de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público. Resulta imprescindible determinar por ello si, en el supuesto que ahora examinamos, nos hallamos ante una verdadera expropiación o privación indemnizable o ante otro tipo de intervención limitativa de derechos que no comporta compensaciones económicas. Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (SSTC 108/1986, de 29 de julio; 37/1987, de 26 de marzo, y 99/1987, de 11 de junio, entre otras) al concepto de expropiación o privación forzosa se halla implícito en el artículo 33.3 CE, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del artículo 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos.

Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la CE ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 CE). Y lo mismo puede decirse de los derechos individuales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, ya que su regulación general no sólo puede tener en cuenta el interés individual de los usuarios o titulares de aquellos derechos, sino que debe también tomar en consideración el interés general inherente al carácter público del bien sobre el que recaen.

Es obvio, por otra parte, que la delimitación del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones

jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente. Pero no puede olvidarse que, de manera semejante a lo que ya dijéramos en la STC 37/1987 sobre el derecho de propiedad, la fijación del contenido esencial «no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales» que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo.

En el supuesto que regula la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> y, en concreto, por lo que atañe a la fijación con carácter general del plazo máximo de setenta y cinco años, a partir de su entrada en vigor, como límite temporal de los derechos de aprovechamiento de aguas públicas ganados con anterioridad, no puede decirse que se produzca una ablación de los mismos, ni siquiera parcial, a la que convenga el calificativo de expropiatoria, sino que se trata de una nueva regulación del contenido de aquellos derechos, que afecta, sin duda, a un elemento importante de los mismos, pero que no restringe o desvirtúa su contenido esencial. En efecto, a diferencia del derecho de propiedad privada, no sujeto por esencia a límite temporal alguno conforme a su configuración jurídica general, es ajeno al contenido esencial de los derechos individuales sobre bienes de dominio público, garantizado indirectamente por la CE a través de la garantía expropiatoria, su condición de derechos a perpetuidad o por plazo superior al máximo que determine la ley. Antes bien, debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no puramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el artículo 132.1 CE consagra, pues el significado y el alcance de estos principios no puede quedar reducido a la finalidad de preservar en manos de los poderes públicos la nula titularidad sobre los bienes demaniales, sino que se extienden en sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, cuya incongruencia con la cesión ilimitada en el tiempo del dominio útil o aprovechamiento privativo resulta patente. Por ello, la limitación temporal de tales aprovechamientos privativos no es una privación de derechos, sino nueva regulación de los mismos que no incide en su contenido esencial.

Finalmente, de acuerdo con lo declarado en anteriores fundamentos la fijación de la duración máxima de estos aprovechamientos en setenta y cinco años no es tampoco arbitraria ni engendra inseguridad jurídica, ya que, aun cuando pueda suponer una disminución de las expectativas de rentabilidad patrimonial originadas por situaciones creadas al amparo de la legislación anterior, este nuevo límite temporal es razonable y suficiente, a efectos de la amortización de las obras necesarias para la normal utilización de la concesión, más aún si se tiene en cuenta la posibilidad de prórroga que el artículo 57.6 de la propia Ley impugnada previene.

Sentado lo anterior, no alcanza a comprender la razón por la que la regulación general de los artículos 59.3, 63 y 106 de la Ley, también impugnados con una argumentación semejante a la utilizada frente a la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> pueda infringir los artículos 9.3 y 33.3 CE, si se tiene en cuenta que el artículo 63 prevé la indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa, en el caso de que se revisen las concesiones por causa imputable a la voluntad de la Administración, mientras que los otros preceptos no arrojan sobre los concesionarios carga alguna que no sea estrictamente compensada (art 59.3), o que no provenga de los beneficios que les reporten las obras realizadas a cargo del Estado (art. 106).

*Duodécimo:* Los Senadores recurrentes y los representantes de la Junta de Galicia, del Gobierno balear y del Gobierno cántabro imputan también al apartado 3.º, disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª, de la Ley la vulneración del artículo 33.3 CE, porque, de una parte, según alegan, se establece en ellos una limitación permanente de la facultad de aprovechamiento de recursos hidráulicos ya apropiadas por los particulares, dado que éstos no podrán aumentar el caudal de agua propio del mismo, salvo por concesión administrativa discrecional, y, de otra, porque se expropian las facultades de libre disposición del propietario, ya que, según estos preceptos, toda modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento de las aguas requiere la oportuna concesión que ampare no ya sólo el incremento del caudal, sino la totalidad de la explotación.

El enjuiciamiento de esta pretensión requiere algunas precisiones previas. En primer lugar, como ya se ha señalado, la L 29/1985 no produce efecto expropiatorio alguno sobre los caudales de aguas continentales ya apropiados por particulares en el momento de su entrada en vigor, pues de lo contrario debería haber previsto la correspondiente indemnización al ser tales aguas de la propiedad de los dueños de los predios donde se hallan los manantiales de los que brotan, en el caso de las superficiales, o de quienes las hayan alumbrado, en el caso de las subterráneas, todo ello dentro de los límites que imponía la legislación derogada. Por el contrario, esta legislación no disponía la propiedad de aquéllos sobre las aguas aún no alumbradas, que habían de considerarse, por tanto, según la opinión dominante en la doctrina de los autores, como *res nullius*. De ahí que no exista obstáculo jurídico alguno para que la nueva Ley califique en general a estas últimas como bienes de dominio público.

El nuevo régimen legal afecta sólo, por lo que ahora interesa, a los derechos que sobre las aguas superficiales y subterráneas reconocía la legislación anterior en tanto que accesorios al derecho de propiedad privada sobre los terrenos en donde surgen o se extraen a la superficie, derechos que no eran de aprovechamiento, extracción o disposición ilimitada, sino estrictamente condicionados en su alcance por razones de interés general y en atención a los derechos preferentes de terceros, como ya dijimos anteriormente.

En este sentido, si la Ley hubiera dispuesto imperativamente la privación de la facultad de los propietarios de aprovechar las aguas que nazcan en sus predios mientras discurran por ellos, con exclusión de las sobrantes, o si hubiera establecido de igual manera la supresión del derecho a alumbrar aguas subterráneas que fluyen o se hallan en el subsuelo de terrenos de propiedad privada, en la forma y volumen material determinantes del contenido de los derechos preexistentes, podría haberse discutido en qué medida aquella privación comportaba un despojo expropiatorio indemnizable o, por el contrario, cómo ha estimado el TC Federal alemán ante un supuesto semejante al que ahora nos ocupa (S 15 de julio de 1981), introducía sólo una mera limitación general del contenido y alcance del derecho de propiedad sobre inmuebles o una transformación de situaciones jurídicas individuales por exigencias del bien común, que no confiere derecho a indemnización. Sin embargo, en nuestro caso, una discusión semejante es del todo supérflua, puesto que las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª L 29/1985, permiten a los interesados mantener la titularidad de sus derechos «en la misma forma que hasta ahora», lo que, a la luz del apartado 3 de ambas disposiciones, significa que se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular. Cosa

distinta es que, de acuerdo con el apartado 4 de dichas disposiciones transitorias, tales derechos deban ejercerse en adelante con respeto a «las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico», límites éstos que los recurrentes no combaten y que evidentemente, carecen de virtualidad expropiatoria, por tratarse de prescripciones generales que delimitan el contenido del derecho de propiedad privada (art. 33.2 CE), de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae, en este caso los recursos hidráulicos, están llamados a cumplir (STC 37/1987, de 26 de marzo).

La Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como aducen los recurrentes, «congelándolos» en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión. Pero esta congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues con ello sólo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse en razón, por un lado, de la titularidad del derecho de propiedad inmobiliaria, pero también, y en necesaria concurrencia con ello, del carácter de *res nullius* que las aguas no afloradas o alumbradas tenían según la legislación anterior y de la inexistencia o preferencia de derechos de terceros. En definitiva, lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie un título concesional. Ahora bien, desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman *ex lege* en aguas de dominio público, es lícito que, aun partiendo del estricto respeto a los derechos ya existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados sólo puedan obtenerse mediante concesión administrativa.

Por último, es claro que tampoco existe expropiación forzosa por el hecho de que la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales totales utilizados o de modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento se extienda obligatoriamente a la totalidad de la explotación, incluyendo así los caudales aprovechados en virtud de la titularidad privada del predio donde las aguas nacen o se alumbran. En este supuesto, la decisión de incrementar el aprovechamiento o de modificar las condiciones corresponde libremente al interesado, lo que por sí sola excluye su carácter expropiatorio. En realidad se trata aquí de una nueva transformación voluntaria del derecho originario, habida cuenta de que éste alcanza únicamente a la obtención, uso privativo y eventual disposición de caudales determinados. Que el legislador preserve los derechos privados preexistentes sólo en los estrictos términos en que venían disfrutándose y que no permita su modificación o ampliación sin una simultánea novación de su naturaleza y previa intervención de la Administración, podrá ser objeto de discrepancia o de crítica en términos de valoración política, pero no supone una transferencia coactiva de facultades integradas en el patrimonio del propietario titular de la explotación.

*Decimotercero:* En las alegaciones que versan sobre el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de aguas, los recurrentes imputan a la mayor parte de los preceptos legales impugnados la vulneración de las reglas constitucionales y estatutarias que configuran dicho sistema. Ello nos obliga, con carácter previo al enjuiciamiento de cada uno de los preceptos impugnados, que son muy numerosos, a formular algunas con-

sideraciones generales sobre el esquema de distribución competencial que en materia hídrica se infiere de la CE y de los Estatutos de Autonomía.

Esta operación previa, como viene a reconocer todas las partes, se revela especialmente ardua. Para llevarla íntegramente a cabo, es necesario partir, ante todo, de las específicas referencias constitucionales a la materia «aguas» que se contienen en los artículos 148.1.10 y 149.1.22 CE. Según el primero de estos preceptos, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias sobre «los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma» respectiva; de conformidad con el segundo, el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma». Ambos preceptos no son coincidentes, ni desde el punto de vista de la materia que definen, ni en atención al criterio que utilizan para deslindar las competencias estatales y autonómicas sobre la misma, que, en el primer caso, es el interés de la Comunidad Autónoma, y en el segundo, el territorio por el que las aguas discurren. A esta inicial dificultad viene a sumarse la que comporta desentrañar el significado preciso de la expresión «legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos», que se contiene en el citado artículo 149.1.22 CE. En cualquier caso, son los Estatutos de Autonomía los que, de acuerdo con aquellas previsiones constitucionales, determinan las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma. Será preciso, por tanto, acudir a las normas estatutarias para conocer el concreto sistema de delimitación competencial que se ha producido en cada caso, pues no todos los estatutos utilizan las mismas fórmulas conceptuales para definir las competencias de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de aguas.

En relación con la aludida diversidad de formulaciones estatutarias, debe señalarse también, como observación preliminar, que las Comunidades Autónomas que se han constituido por el procedimiento del artículo 143 CE (salvo en el caso de que se haya ampliado su ámbito competencial por la vía del art. 150 CE) no pueden haber asumido competencias sino en el marco de lo dispuesto en el artículo 148.1, en tanto que las Comunidades que han accedido a la autonomía por el procedimiento previsto en el artículo 151 o disposición transitoria 2.<sup>a</sup> CE han podido incluir en sus Estatutos cualesquiera competencias no reservadas al Estado por el artículo 149.1 (art. 149.3 CE). Dicho está con ello que, en materia de aguas terrestres, las competencias de las primeras, cualesquiera que sean las expresiones con que se plasmen en los estatutos, no pueden exceder del ámbito material acotado por el artículo 148.1.10 CE, a cuya luz deben ser interpretadas y aplicadas; en tanto que el límite material de las competencias asumidas por las segundas viene constituido por las que el artículo 149.1.22 reserva en exclusiva al Estado, siendo preciso determinar, dentro de este límite, cuáles han asumido efectivamente y cuáles no.

A este respecto, es necesario rechazar la tesis, defendida por el Gobierno de las islas Baleares y por el de la Diputación Regional de Cantabria, de que sus respectivas Comunidades Autónomas pueden haber asumido, y han asumido en sus Estatutos, competencias que, aun sobrepasando los límites establecidos en el artículo 148.1 CE, no desborden, sin embargo, el marco de las reservadas al Estado en el artículo 149.1. Semejante asunción de competencias no es posible sino mediante el procedimiento de reforma estatutaria previsto en el artículo 148.2 o por transferencia del Estado *ex* artículo 150 CE, circunstancias ambas que, como es notorio, no concurrirán en ninguna de las dos Comunidades Autó-

nomas. Y aunque sus Estatutos de Autonomía prevean expresamente una futura asunción de competencias complementarias en esa materia cuando se actúen los procedimientos constitucionales que lo permiten, no pueden extraerse de ello la conclusión de que las mismas han sido entre tanto negadas al Estado. Esta conclusión carece de todo fundamento en las normas constitucionales aplicables al caso, que no permiten reconocer en este momento la titularidad autonómica de competencias que todavía no se han podido asumir efectivamente, ni menos aún llevar a la absurda conclusión de que tampoco el Estado puede ejercerlas. Es más cierto, por el contrario, que el Estado tiene todas las competencias que, de acuerdo con la CE, no han sido o no han podido ser asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos, y mientras no las asuman o les sean transferidas, puesto que las previsiones estatutarias sobre una futura ampliación del ámbito competencial autonómico no constituyen en sí mismas sino meras expectativas, como reconoce la representación del Gobierno cántabro, que, en cuanto tales, no se ven coartadas porque el Estado continúe ejerciendo aquellas competencias como titular actual de las mismas.

Hecha esta salvedad, y dirigiendo de nuevo la atención al modelo constitucional de distribución competencial en materia de aguas terrestres, debe tenerse en cuenta también, en la completa definición de dicho modelo, que los recursos hídricos no sólo son un bien respecto del que es preciso establecer el régimen jurídico de dominio, gestión y aprovechamiento en sentido estricto, sino que constituyen además el soporte físico de una pluralidad de actividades, públicas o privadas, en relación con las cuales la CE y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas: concesiones administrativas, protección del medio ambiente, vertidos industriales o contaminantes, ordenación del territorio, obras públicas, régimen energético, pesca fluvial, entre otros. Como admiten las partes, la incidencia de éstos y otros artículos competenciales debe ser tenida asimismo en cuenta para la resolución de los presentes recursos de inconstitucionalidad.

En todo caso, parece claro que del conjunto de las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación, sin forzar los conceptos empleados por tales normas y dentro siempre de los límites constitucionales. La misión de este Tribunal no consiste en señalar en abstracto cuál de entre las constitucionalmente posibles resulta la más oportuna, adecuada o conveniente, sino que debe ceñirse a enjuiciar en concreto si las normas legales ahora cuestionadas infringen o no la CE o los Estatutos de Autonomía. A tal efecto, sin que ello suponga una descalificación de otras opciones desde la perspectiva estricta de su legitimidad constitucional, debemos determinar si dichas normas son o no ajustadas a una interpretación de las reglas constitucionales y estatutarias que pueda considerarse lícita. Tal interpretación no puede desconocer la necesidad de analizar el sentido de aquellas reglas de manera sistemática y armónica, a la luz de los principios de unidad, autonomía y solidaridad que se establecen en el artículo 2 CE, de manera que ninguno de ellos padezca. Pero además, en el desempeño de la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la CE y en los Estatutos de Autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la CE, que exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos, este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hidráulicos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que

obliga a todos los poderes públicos a velar por la «utilización racional de todos los recursos naturales» (art. 45.2 CE). Por ello, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado.

*Decimocuarto:* Objeto primero y principal de impugnación en todos los recursos dirigidos contra la LA es el artículo 1.2 de la misma en cuanto dispone que las aguas continentales superficiales y las subterráneas renovables «forman parte del dominio público estatal». Se rechaza esta declaración inicial porque, a juicio de los recurrentes, desconoce las competencias que han asumido diversas Comunidades Autónomas sobre las aguas que discurran íntegramente por su territorio, lo que impediría al Estado, por un lado, declarar la demanialidad de recursos hidráulicos sobre los que carece de competencias, y por otro, atribuirse la titularidad de esas aguas intracomunitarias.

Como con mayor detalle ha quedado expuesto en los antecedentes, la Junta de Galicia y los Senadores recurrentes, así como, de manera menos contundente, el Gobierno balear, alegan que cuando las aguas discurren íntegramente por una Comunidad Autónoma corresponde a ésta la potestad de declararlas o no demaniales, tanto porque ese criterio territorial es el que se utiliza en el artículo 149.1.22 CE como eje de la distribución de competencias en materia de aguas, como porque algunos Estatutos de Autonomía (por ejemplo, art. 28.4 EA Galicia) atribuyen a las Comunidades Autónomas potestades de reserva demanial o de reserva al sector público de recursos esenciales, que el artículo 128 CE no confiere sólo al Estado. Por otra parte, en todos los recursos interpuestos contra la LA se razona también que, aun aceptando la potestad del legislador estatal para declarar la demanialidad de todas las aguas continentales, el Estado no puede atribuirse, sin embargo, la titularidad de aquellas aguas que discurran íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma, pues el criterio territorial establecido en el artículo 149.1.22 CE es válido, así para diferenciar las competencias sobre el aprovechamiento de las aguas, como para determinar a quién corresponde la titularidad de las mismas, cuando son públicas. Según los recurrentes, separar titularidad dominical y competencias sobre aprovechamientos sería artificioso, pues aquélla es instrumental a las potestades públicas de gestión de los recursos hidráulicos, de manera que, aunque la CE y los Estatutos de Autonomía no atribuyan expresamente a las Comunidades Autónomas la titularidad demanial de las aguas que discurran por su territorio, dicha titularidad sería una potestad inherente a las competencias asumidas por aquéllas sobre los aprovechamientos. Se dice también que, aunque los Estatutos de Autonomía, salvo el de Andalucía (y los de Aragón y Extremadura, debe añadirse), no utilizan el concepto de «recursos hidráulicos», sino sólo el de aprovechamientos, para delimitar las competencias autonómicas, al contrario de lo que hace el artículo 149.1.22 para definir las competencias reservadas al Estado, esta diferencia terminológica carece de todo significado, pues la expresión «recursos hidráulicos» no es equiparable a dominio de aguas, ni tiene un valor preciso en el Derecho positivo, en la doctrina jurídica o en el lenguaje común.

A estos argumentos responde el Letrado del Estado afirmando que las aguas continentales forman un ciclo único, independiente y cerrado, sometido, como recurso natural, a las exigencias del interés general, lo que, en la línea trazada por los artículos 128.1 y 132.2 CE, permite al Estado declararlas por entero como

bienes del dominio público estatal. Esta potestad del Estado no altera, a su juicio, el esquema del artículo 149.1.22 CE, pues una cosa es la titularidad de los recursos hidráulicos y otra las potestades administrativas que entran en juego con la técnica del dominio público, a las que se refiere aquel precepto y los demás concordantes de la CE y los Estatutos de Autonomía. La pretensión de las Comunidades Autónomas de declarar como bienes de «su» dominio público las aguas que discurran íntegramente por sus respectivos territorios respondería más bien a una concepción patrimonialista del dominio público que para el Letrado del Estado no es aceptable, pues ello significaría que podrían legislar también sobre aspectos relativos a la propiedad del agua, en colisión con lo prevenido en los artículos 132.2 y 149.1.1, 3, 8 y 18 CE.

A ese conjunto de alegaciones de las partes cabe formular las siguientes observaciones:

En primer lugar, del artículo 149.1.22 CE no se infiere expresamente que el legislador pueda incluir en el dominio público del Estado únicamente las aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma, y tampoco se establece en ese precepto y en ningún otro de la CE y de los Estatutos de Autonomía que a las Comunidades Autónomas corresponda la potestad de demanializar o, en su caso, de ser titulares de las aguas continentales que discurran íntegramente por su territorio. A esta primera constatación, fundada en el tenor literal del artículo 149.1.22 y de los que con el mismo concuerdan, hay que añadir que tampoco es manifiesto que la potestad de demanializar y la titularidad de los bienes de dominio público constituya una atribución implícita o inherente a las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido sobre los aprovechamientos hidráulicos, según el indicado criterio territorial. Muy al contrario, en un plano de reflexión más general, puede afirmarse que, con base en el texto de la CE y de los Estatutos de Autonomía, las normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre bienes del dominio público no prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o a aquéllas. Así lo demuestra el hecho de que varios Estatutos de Autonomía, entre ellos EA País Vasco (art. 10.31) EA Galicia (art. 27.3) y EA Islas Baleares (art. 10.3), hayan asumido competencias sobre la ordenación litoral, siendo así que el artículo 132.2 CE considera inequívocamente como de dominio público estatal la zona marítimo-terrestre y las playas. Otros preceptos estatutarios atribuyen también competencias a las Comunidades Autónomas para ser ejercidas sobre bienes de dominio público de titularidad estatal. Así, por ejemplo, el artículo 12, apartados 9 y 10 EA País Vasco, relativos a la ordenación del transporte, aunque discorra sobre las infraestructuras de titularidad estatal, y al salvamento marítimo y vertidos en aguas territoriales del Estado. De donde se sigue que son, en principio, separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural. En otros términos, no puede compartirse sin más la afirmación de que, en todo caso, la potestad de afectar un bien al dominio público y la titularidad del mismo sean anejas a las competencias, incluso legislativas, que atañen a la utilización del mismo.

En segundo término, es cierto que el artículo 128.2 CE no atribuye en exclusiva al Estado la facultad de reservar al sector público, mediante ley, recursos esenciales, como también lo es que algunas normas estatutarias («entre ellas el artículo 28.3 EA Galicia») permiten a las respectivas Comunidades Autónomas efectuar reservas semejantes a su propio sector público. Pero aparte de que «reserva de recursos al sector público» y «demanialización» no son conceptos

jurídicamente equivalentes, pues cabe la reserva sin incorporación al demanio y, viceversa, dominio público sin reserva de uso del bien demanial, de ello tampoco se sigue en qué supuestos específicos y con respecto a qué tipos de bienes o recursos en concreto pueden actuar el Estado y las Comunidades Autónomas aquellas potestades públicas.

En definitiva, la cuestión planteada no puede resolverse induciendo libremente de las reglas competenciales sobre la ordenación, gestión, aprovechamiento o reserva al sector público de determinados recursos lo que esas mismas reglas no dicen sobre la titularidad demanial de los mismos. Por eso parece conveniente partir del análisis de los preceptos constitucionales que regulan específicamente el dominio público.

La CE se refiere expresamente a los bienes de dominio público en los apartados 1 y 2 del artículo 132. Este precepto reserva a la ley la regulación de su régimen jurídico, sobre la base de algunos principios que ella misma establece (ap. 1), y dispone que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental» (ap. 2). Ciertamente, este artículo 132.2 no es en sí mismo una norma de distribución de competencias, ni traza nitidamente la frontera entre un dominio público estatal y otro autonómico. Lo que establece, junto a la asignación directa y expresa de algunas categorías genéricas de bienes al dominio público estatal, es una reserva de ley —obviamente de ley del Estado— para determinar qué otros bienes han de formar parte de ese mismo dominio público adscrito a la titularidad estatal. Pero eso no significa, como es evidente, que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse, por esta misma razón, de la titularidad del Estado.

Ello no obstante, el artículo 132.2 CE ofrece una clara pauta interpretativa para determinar los tipos de bienes que al legislador estatal corresponde en todo caso demanializar, si así lo estima oportuno en atención a los intereses generales, incluyéndolos en el dominio público estatal. Dicha pauta se deduce de una lectura sistemática del conjunto del precepto, y se confirma, en la línea de la interpretación unitaria de la CE a que hemos hecho referencia con anterioridad, si se tiene en cuenta, por un lado, el significado y alcance de la institución del dominio público y, por otro, los preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que guardan directa relación con el régimen jurídico de la titularidad de los bienes.

En efecto, no es casual, como lo demuestran también los antecedentes parlamentarios, que la CE haya incorporado directamente al dominio público estatal en el artículo 132.2 determinados tipos de bienes que, como la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial, etc., constituyen categorías o géneros enteros definidos por sus características físicas o naturales homogéneas. La CE ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio «natural» formen parte del dominio público del Estado. Sin embargo, con un criterio flexible, no ha pretendido agotar la lista o enumeración de los géneros de bienes que, asimismo, en virtud de sus caracteres naturales, pueden integrarse en el demanio estatal («en todo caso», reza el art. 132.2), pero sí ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración. Así se desprende, por lo demás del inciso inicial de este artículo 132.2: «Son de dominio público estatal los que determine la ley...» Tanto el verbo utilizado —«son», en vez de la

expresión «pueden ser», como la misma reserva absoluta de ley indican a las claras que la CE se está refiriendo no a bienes específicos o singularmente identificados, que pueden ser o no de dominio público en virtud de una afectación singular, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas. En caso contrario, resultaría difícilmente explicable la reserva absoluta a la voluntad del legislador estatal que el precepto establece, pues no es imaginable que la afectación de un bien singular al dominio público requiera en todo caso la aprobación de una ley, asimismo singular, sino que normalmente deberá bastar el correspondiente acto administrativo adoptado en virtud de una genérica habilitación legal. En cambio, cuando se trata de categorías completas de bienes formados por la naturaleza, a semejanza de los que en el propio precepto constitucional se declaran de dominio público, el artículo 132.2 exige la demanialización por ley y sólo por ley del Estado. Al tiempo, y por lo que aquí interesa, viene a señalar que, en tales supuestos, los bienes demanializados se integran necesariamente en el dominio público estatal.

El significado de la institución jurídica del dominio público refuerza esta interpretación. En efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes de dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 CC), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares. Dentro de esta amplia categoría de los bienes demaniales es preciso distinguir entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias. En los primeros, la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material. En cambio, a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el artículo 45 CE, o bien a la defensa y utilización racional de la «riqueza del país», en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 CE). Por ello, en el supuesto de la afectación en régimen demanial de un bien singular a un servicio público *stricto sensu*, resulta claro que la titularidad del bien es accesoria a la de la competencia para la gestión del servicio, salvo prescripción expresa en contrario, a lo que no se opone el art. 132.2 CE. En tales casos tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden ejercer las potestades que les confieren la CE (art. 128.2) y los Estatutos de Autonomía, cuando ello implique una afectación de bienes al dominio público, y de acuerdo con las leyes que regulen el régimen jurídico de este último (art. 132.1 CE). Por el contrario, tratándose del «demanio natural», es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Esta afirmación resulta

más evidente aún por referencia a un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene y que la propia LA impugnada le reconoce. Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, en virtud de la CE y de sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencias a las que, por los motivos señalados, no es inherente la potestad de afectación y la titularidad del bien sobre el que recaen.

Pero es que, además, las normas constitucionales relativas a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que inciden directamente sobre el régimen jurídico de la titularidad de los bienes conducen a la misma conclusión. Si la técnica jurídica del dominio público supone ante todo la segregación de determinados bienes del tráfico jurídico privado, es obvio que la inclusión en el mismo de categorías enteras de bienes, definidas por sus elementos naturales, constituye una línea divisoria, de alcance general, respecto de la clasificación de los bienes en susceptibles o no de ser objeto del derecho de propiedad privada. Las normas jurídicas establecen así una *summa divisio* que, sin perjuicio de la afectación singular de otros bienes que pueden ser indistintamente objeto de apropiación privada, repercute de manera directa en el régimen jurídico del derecho que reconoce el artículo 33.1 CE, al que fijan un límite objetivo esencial. En consecuencia, aquella forma de afectación general al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el artículo 149.1.1 CE. Por estricto que sea el alcance de este último precepto, es fácil advertir que la igualdad sustancial de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de propiedad quedaría quebrantada si la zona marítimo-terrestre, las playas, las aguas continentales u otros tipos de bienes naturales semejantes pudieran ser o no objeto de apropiación privada en las distintas zonas del territorio del Estado. De ahí que sólo el legislador estatal pueda disponer, como condición básica que garantice la igualdad sustancial, la determinación de las categorías de bienes naturales que quedan excluidas del tráfico privado. Por otra parte, a la luz de los antecedentes históricos, no cabe duda de que la regulación de la clasificación primaria de los bienes en susceptibles o no de dominio privado constituye parte de la legislación civil, sin perjuicio de carácter público de la legislación que fije el régimen exorbitante de protección y uso de los bienes públicos.

El conjunto de razones expuestas permite concluir que corresponde al legislador estatal en exclusiva la potestad para excluir genéricamente del tráfico jurídico privado las aguas continentales, consideradas como un género de bienes naturales o un recurso natural unitario, y para integrarlas en el dominio público del Estado. Por tanto, no es inconstitucional el artículo 1.2 LA 29/1985, de 2 de agosto, como tampoco lo son los preceptos que se impugnan por estricta conexión con aquél.

*Decimoquinto:* La titularidad estatal del dominio público hidráulico no predetermina, como se ha dicho, las competencias que el estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en relación con el mismo. Si es cierto, como alega

el Letrado del Estado, que del artículo 149.1.22 CE no se deriva la titularidad dominical autonómica sobre las aguas que, en virtud de ese precepto, los recurrentes califican de intracomunitarias, pues ello responde a una concepción patrimonialista del dominio público que no se desprende de la CE ni de los Estatutos de Autonomía, también lo es que no cabe servirse de esa misma concepción para sostener, sin más, que al Estado corresponden una serie de potestades exclusivas sobre las aguas públicas en concepto de dueño de las mismas. Por ello, lo que importa es analizar los preceptos constitucionales y estatutarios que regulan la distribución de competencias en esta materia. Entre ellos merece atención preferente el artículo 149.1.22 CE, que reserva en exclusiva al Estado la «legislación ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma».

El primer problema que plantea la interpretación de este precepto constitucional es el que concierne al significado de la expresión «aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma», ya que la LA parte del principio de unidad de gestión de cada cuenca hidrográfica, entendida como «territorio en la que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único» (arts. 13.2 y 14). Desarrollando el criterio territorial de delimitación de las competencias del Estado, enunciado en la norma constitucional antes citada, la Ley impugnada utiliza el de la cuenca hidrográfica, distinguiendo así entre funciones que corresponden al Estado en las cuencas «que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma» (art. 15) y las que pueden ejercer las Comunidades Autónomas, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, sobre el dominio público hidráulico «en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio» (art. 16).

El Gobierno Vasco considera que, con arreglo a la CE y a los Estatutos de Autonomía, el criterio de la cuenca hidrográfica no es válido para deslindar el ámbito territorial de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre las aguas continentales, ya que tal criterio territorial, así entendido, implica en la práctica un desapoderamiento de las competencias autonómicas. Considera por ello que el criterio más respetuoso con las normas del bloque de la constitucionalidad es el del «curso fluvial concreto», según el cual corresponden a cada Comunidad las competencias que su Estatuto de Autonomía le atribuye sobre los cursos fluviales o corrientes de agua que discurran íntegramente por su territorio, ya desemboquen íntegramente en otro curso fluvial, en un lago o en el mar. Más aún, entiende el Gobierno Vasco que, ese criterio principal puede matizarse por referencia a los cursos fluviales que discurran por más de una Comunidad Autónoma, en el sentido de que aquella donde muera cada curso tendría competencia sobre el tramo final, desde que entra en su territorio, pues en tal caso la utilización que se haga del caudal afecta sólo a los intereses de esa Comunidad Autónoma.

Sin embargo, no puede entenderse que el criterio de delimitación territorial utilizado por el legislador sea contrario a lo dispuesto en el artículo 149.1.22 CE y preceptos concordantes de los estatutos de Autonomía. La expresión «aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma» es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia. Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condi-

cionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios. Este condicionamiento, por lo demás, no sólo se produce aguas arriba en perjuicio de los territorios por los que una corriente desemboca en el mar, sino también aguas abajo, en posible perjuicio de los territorios donde nace o por donde transcurre, ya que la concesión de caudales implica en todo caso el respeto a los derechos preexistentes, de manera que los aprovechamientos concedidos en el tramo inferior o final de un curso pueden impedir o menoscabar las facultades de utilización de las aguas en tramos superiores. Por el contrario, el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto e intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios. Desde un punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea, como pone de relieve el Letrado del Estado, sin que a ello oponga objeción alguna la representación del Gobierno Vasco. Así lo pone de manifiesto la experiencia internacional sobre la materia. No es ocioso recordar a este respecto los principios que se incluyen en la Carta Europea del Agua, aprobada en 1967 por los países miembros del Consejo de Europa, en la que se declara que «el agua no tiene frontera» (punto 12) y, en concreto, que «la administración de los recursos hidráulicos debiera encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en el de las fronteras administrativas y políticas» (punto 11). La experiencia de gestión de estos recursos en nuestro país, articulada en torno a la unidad de cada cuenca, desde que se adoptó una concepción global de la política hidráulica, conduce a la misma conclusión.

De todo ello cabe deducir que, cuando la CE utiliza la expresión «aguas que discurran», no toma en consideración necesariamente las corrientes o cursos aislados, ni menos aún obliga a compartimentar las competencias sobre los diferentes tramos de un mismo curso fluvial. Antes bien, es lícito y razonable entender, como así lo hace la Ley impugnada, que, para delimitar las competencias exclusivas del Estado, la CE permite referirse al conjunto integrado de las aguas de cada cuenca que, a través de corrientes principales y subalternas, transvasan los confines del territorio de una Comunidad Autónoma. A ello no se opone el hecho de que la CE y los Estatutos de Autonomía no hayan sancionado explícitamente el concepto estructural de la cuenca hidrográfica, pues en ningún caso podría atribuirse a esta omisión el sentido de que sus redactores lo han querido excluir implícitamente, lo que no se desprende, antes al contrario, de los antecedentes parlamentarios. Aún más, la virtual totalidad de los Estatutos de Autonomía, y entre ellos el EA País Vasco (art. 10.11), atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias sobre las aguas que discurran «íntegramente» por su territorio, lo que indica que se ha adoptado también una concepción integral de la gestión del recurso como la que proporciona el criterio de la cuenca hidrográfica, pues en otro caso el adverbio resultaría supérfluo.

No es, por tanto, inconstitucional que la LA utilice como criterio territorial para el ejercicio de las competencias del Estado en materia de aguas continentales el de la cuenca hidrográfica que exceda de una Comunidad Autónoma. Ello no obstante, es claro también que no es este criterio territorial el único que debe tenerse en cuenta, pues, aparte el alcance jurídico de las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el

artículo 149.11.22 CE y concordantes de los Estatutos, éstas pueden asumir también competencias sobre «los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma», conforme al artículo 148.1.10 CE y a sus respectivos Estatutos de Autonomía, criterio éste, el del interés comunitario, que no es necesariamente coincidente con el criterio territorial de la cuenca hidrográfica, y que debe ser concretado en cada caso.

*Decimosexto.* Alega también el Gobierno Vasco que en el artículo 10.11 EA País Vasco, la asunción de competencias autonómicas sobre las aguas subterráneas no está condicionada al criterio de la territorialidad, en el sentido que se acaba de exponer, lo que, a su entender, significa que, aun cuando se aceptara la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica, aquel criterio distributivo de competencias no sería aplicable a las aguas subterráneas, en relación con las cuales la CA País Vasco tiene competencia exclusiva con el único límite general del alcance territorial de sus potestades *ex* artículo 20.6 EA País Vasco. La Junta de Galicia se refiere también a esta cuestión de forma más matizada, si bien el artículo 27.14 EA Galicia limita las competencias autonómicas sobre aguas subterráneas a lo dispuesto en el artículo 149.1.22 CE.

A este respecto, es preciso tener en cuenta ante todo que la LA sólo regula el régimen de las aguas subterráneas renovables (art. 1.1, en conexión con los arts. 1.2 y 2 a), es decir, de las aguas corrientes o fluyentes, y, por lo tanto, no prejuzga la titularidad de las competencias sobre las aguas subterráneas no corrientes, fósiles o estancadas. Por lo que se refiere a las primeras —única cuestión que cabe abordar ahora—, no es posible ignorar que las aguas subterráneas renovables tienen una relación directa de conexión o comunicación recíproca con los cursos de aguas superficiales y que, en el caso de las llamadas aguas subálveas o en el de algunas corrientes que en ciertos tramos desaparecen de la superficie, forman parte inescindible de esos mismos cursos. En consecuencia tales flujos o corrientes de aguas subterráneas, en la medida en que convergen en la red de cauce de una cuenca hidrográfica, según el concepto que proporciona el artículo 14 LA, pertenecen a dicha cuenca y se integran así, a través de la misma, en el ciclo hidrológico.

Ahora bien, una vez admitida la constitucionalidad del criterio de la cuenca hidrográfica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.22 CE, no es dudoso que el mismo criterio territorial de delimitación de competencias puede aplicarse a las aguas subterráneas, siempre que se trate de aguas renovables integradas en la red de cauces confluyentes en una misma cuenca, y en tal sentido deben interpretarse las referencias a las aguas subterráneas que se contienen en los Estatutos de Autonomía, lo que viene a significar que las competencias de las Comunidades Autónomas, y en concreto las del País Vasco, no están condicionadas por el límite territorial específico que impone el artículo 149.1.22 CE sólo en relación con los acuíferos o masas de aguas subterráneas no renovables que carecen de relación con el conjunto de la cuenca intercomunitaria.

*Decimoséptimo.* En conexión con este mismo problema advierten los Senadores recurrentes que en los archipiélagos balear y canario no existen aguas intercomunitarias o continentales y que, en consecuencia, no es de aplicación en estas Comunidades ni la reserva al Estado sobre este tipo de aguas contenida en el artículo 149.1.22 CE, ni la cláusula residual del artículo 149.3. El Gobierno de las islas Baleares señala también que al Estado no corresponde en su territorio ninguna competencia derivada del mencionado precepto constitucional, al no

existir en el mismo aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma, al tiempo que considera que se discrimina a las islas Baleares respecto de la CA Canaria, ya que la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley respeta la vigencia de la legislación especial de aguas de Canarias, con algunas excepciones.

La resolución de esta cuestión requiere, ante todo, despejar un equívoco que en parte anida en el razonamiento de los Senadores recurrentes. No es aceptable utilizar un concepto estricto y unívoco de «aguas continentales» con la pretensión de que la LA sólo puede aplicarse en el territorio continental y no en los archipiélagos. Ni la CE ni los Estatutos emplean ese concepto, mientras que no hay duda de que la LA (art. 1.2 y 2 a) lo utiliza como equivalente al de «aguas terrestres», por contraposición a las «aguas marítimas», y no como equivalente al de aguas «peninsulares», por oposición a las aguas «insulares», términos estos últimos que carecen de toda significación en nuestra tradición jurídica, positiva y doctrinal. Dicho lo cual, es manifiesto que en las CC. AA. Balear y Canaria no existen aguas terrestres intercomunitarias, lo que ciertamente priva de operatividad en tales Comunidades Autónomas al criterio territorial específico que el artículo 149.1.22 CE utiliza a efectos de la distribución de competencias. Pero ello no significa que el Estado carezca de toda potestad o de cualquier competencia en materia de aguas en Canarias y Baleares. Por de pronto, si la tiene para regular el régimen de la propiedad de las aguas y para declararlas del dominio público estatal, pues esa potestad deriva, como se ha expuesto, del artículo 132.2, en conexión con el artículo 149.1.1 y 8 CE. Por ello no es inconstitucional la disposición adicional 3.<sup>a</sup> al disponer que serán de aplicación en Canarias los artículos de la misma «que definen el dominio hidráulico estatal y aquellos que supongan una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el CC, debiendo recordarse a este propósito que la LO 11/1982, de 10 de agosto, ha transferido, en efecto, a la CA Canaria la potestad legislativa en materia de aguas superficiales y subterráneas (art. 34 A).2 EA Canario, pero sólo «en cuanto no se encuentre reservada al Estatuto por la CE (art. 2 LO 11/1982). Además, corresponden al Estado en ambas Comunidades, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.3 CE, todas aquellas competencias que no hayan asumido efectivamente en sus Estatutos de Autonomías, conforme al artículo 148.1.10 CE, o que no les hayan sido transferidas de acuerdo con el artículo 150 CE, así como las que, en conexión con los recursos hidráulicos, deriven en su favor de otros títulos competenciales enunciados en la CE.

A este respecto, la constitucionalidad de la LA, en relación con las competencias asumidas por la CA Canaria no plantea problema alguno, aparte la demanialización de las aguas, ya justificada, dado que la referida disposición adicional 3.<sup>a</sup> establece que la Ley no tiene efectos derogatorios sobre la legislación especial aplicable en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, a la que remite la potestad de derogar o modificar esa legislación especial preexistente, si bien, desde la entrada en vigor de la nueva legislación autonómica, se aplican en Canarias los artículos de la L 29/1985, «que definen el dominio público hidráulico estatal y aquellos que supongan una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el CC». En lo que atañe a las islas Baleares, sus competencias propias se ciñen hoy en día a lo que dispone el artículo 10.6 EA Balear, que debe ser interpretado de acuerdo con el 148.1.10 CE.

De otro lado, el hecho de que no se establezca para la CA Balear una regla semejante a la que se contiene en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> LA respecto de la CA Canaria no supone discriminación alguna para aquélla. La alegación que al efecto formula el Gobierno Balear, sin apoyo expreso en precepto constitucional

alguno, carece de fundamento, pues no es discriminatoria la diversidad entre las Comunidades Autónomas en razón de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos, ya que la CE no impone que todas ellas tengan el mismo ámbito o nivel competencial, sino que remite a cada Estatuto y, en su caso, a las leyes de transferencia la determinación de dicho ámbito, que puede ser y es naturalmente diferente, en el marco de lo que la propia CE dispone. Así ocurre en materia de aguas entre las dos Comunidades Autónomas insulares, según lo dispuesto en el artículo 10.6 EA Balear y en los artículos 29.6 y 34 A).2 EA Canarias, teniendo en cuenta la relación con este último la LO 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias para Canarias. Por lo demás, debe recordarse aquí que, a diferencia de las islas Baleares, el archipiélago canario contaba, antes de la entrada en vigor de la CE, con una legislación especial sobre el régimen de las aguas terrestres. Es esta circunstancia, y no el hecho insular en sí, la que explica y justifica, junto con las competencias asumidas ya transferidas a esa Comunidad Autónoma, la singularidad de la disposición adicional 3.<sup>a</sup> LA.

*Decimotavo:* Aun cuando el criterio del territorio por el que discurren las aguas es esencial dentro del sistema distribución de competencias que rige esta materia, no es, sin embargo, el único aplicable al caso. Por ello, una vez admitida la constitucionalidad del criterio de la cuenca hidrográfica utilizado por la Ley, la respuesta que haya de darse a las pretensiones de los recurrentes exige determinar las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas (singularmente a las que actúan como partes en este proceso) sobre las aguas que integran cuencas hidrográficas intracomunitarias, así como, en su caso, en relación con otros recursos o aprovechamientos hidráulicos.

La respuesta a esta cuestión no puede ser la misma para todas las Comunidades Autónomas, pues depende de lo que, en cada caso, dispongan los Estatutos de Autonomía y las Leyes orgánicas de transferencias aprobadas conforme a las previsiones del artículo 150.2 CE.

Por lo que se refiere a las CC. AA. Balear y Cantabria, la cuestión no ofrece especiales dificultades, ya que, como queda dicho, sus competencias actuales están condicionadas por lo dispuesto en el artículo 148.1.10 CE, en cuya virtud han podido asumir competencias sobre «los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad autónoma». El EA Cantabria, en su artículo 22.8, reproduce el contenido de aquel precepto consuetudinal, añadiendo como límite adicional de las competencias de la Comunidad Autónoma el de que las aguas discurran íntegramente por Cantabria. El EA Balear (art. 10.6) utiliza una fórmula más genérica, pero que en la actualidad es forzoso entenderla como referida estrictamente a los «proyectos, construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos» de interés autonómico. En razón del carácter insular de esta Comunidad Autónoma, es evidente que su interés en esta materia no puede incidir en aguas ajenas a su territorio, pero por la misma razón debe entenderse, en sentido contrario, que la regla general ha de ser la de que todos aquellos aprovechamientos no exceden del propio interés de la Comunidad autónoma balear, salvo excepción justificada.

Distinto es el caso de Galicia y el País Vasco, cuyas competencias no tienen el límite del artículo 148.1.10 CE, sino el del artículo 149.1.22. Sin embargo, las competencias asumidas por ambas Comunidades en sus Estatutos y, en relación con las cuencas intracomunitarias, se ciñen a los «aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos» (art. 10.11 EA País Vasco y art. 27.12 EA Galicia), salvo en el

caso de las aguas subterráneas intracomunitarias, no sujetas a este límite (art. 10.11 EA País Vasco y art. 27.14 EA Galicia). Sobre esta materia, las competencias de ambas Comunidades no son sólo ejecutivas, sino también legislativas, como se desprende de sus respectivos Estatutos y no discute el Letrado del Estado. Resulta por ello indispensable que analicemos ahora el alcance de la expresión «aprovechamientos hidráulicos» utilizada por ambos Estatutos, pues los conceptos de canales y regadíos no plantean, en lo que ahora importa, problemas de interpretación.

Tanto las partes recurrentes como el Letrado del Estado hacen notar que el artículo 149.1 CE utiliza los conceptos de «recursos» y de «aprovechamientos» hidráulicos, en tanto que los EE. AA. Galicia y País Vasco aluden sólo a este último. Pero la coincidencia termina aquí, puesto que aquellas privan de todo significado a esta diferencia terminológica y, en concreto, al concepto de «recursos hidráulicos», al paso que el Letrado del Estado insiste en que las Comunidades Autónomas de primer grado o techo competencial más elevado, como es el caso de Galicia y el País Vasco, no han asumido más competencias que las relativas a los aprovechamientos. Así planteada la controversia, puede convenirse en que, aun aceptando que la competencia de las Comunidades autónomas *ex artículo* 149.1.22 puede alcanzar también a los recursos hídricos y no sólo a los aprovechamientos, sin perjuicio de la reserva de Ley estatal para incorporar las aguas continentales al dominio público del Estado, lo que importa en este proceso es determinar, como se acaba de indicar, la extensión que haya de darse a la materia de aprovechamientos hidráulicos, en relación con la cual han asumido competencias estatutarias las Comunidades antes citadas de Galicia y País Vasco, según lo permitido por el citado artículo 149.1.22 CE.

El concepto de «aprovechamientos hidráulicos» admite una definición suficientemente precisa, a la luz de la concepción del dominio público que está latente en las nociones de la CE, los Estatutos y la LA utilizan en esta materia. El régimen demanial comporta la titularidad pública de los bienes sobre los que recae, pero sobre todo supone que tales bienes quedan sujetos a reglas exorbitantes del Derecho privado. Estas reglas pueden clasificarse en dos grupos: las que se refieren a la protección del demanio, de un lado, y las que regulan su utilización o aprovechamientos, incluida la denominada policía de aguas o regulación y vigilancia del buen orden en el uso y aprovechamiento, de otro. Los EE. AA. Galicia y País Vasco aluden concretamente a este grupo de materias. En cambio, no atribuyen a las respectivas Comunidades Autónomas las competencias sobre la protección del dominio público hidráulico, concepto éste que no es posible encuadrar estrictamente en el de aprovechamientos. Por lo demás, si el Estado ha asumido la titularidad de las aguas continentales públicas, es lógico que haya de corresponderle también la potestad de protección del demanio hídrico, con el fin de asegurar la integridad de aquella titularidad sobre todos los bienes que lo componen, en aplicación y desarrollo de los principios establecidos en el artículo 132.1 CE.

En consecuencia, por lo que se refiere a las aguas públicas superficiales y subterráneas renovables que discurren por cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente en sus respectivos territorios, las CC. AA. Galicia y País Vasco tienen atribuida la competencia general sobre el régimen de utilización y aprovechamiento. De acuerdo con lo dispuesto en sus estatutos de Autonomía, y como admite el Letrado del Estado, para el ejercicio de esta competencia no sólo les corresponden funciones de carácter ejecutivo o administrativo, sino también funciones legislativas. Ahora bien, dicha competencia autonómica general sobre

el régimen de aprovechamiento de los citados recursos hidráulicos no puede enervar el ejercicio de las que, sobre esos mismos bienes, corresponden al Estado en virtud de específicas habilitaciones constitucionales. De modo singular, aquella genérica competencia autonómica sobre el aprovechamiento de los recursos hidráulicos no puede desconocer la competencia específica que el citado artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado sobre la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas.

De tales premisas se desprende lógicamente que, en principio, no puedan estimarse inconstitucionales ni invasoras de competencias autonómicas las normas del Estado que determinan el régimen de protección de los bienes del dominio público hidráulico y establecen las reglas básicas del sistema concesional, aun cuando incidan, como es obvio, en el régimen de aprovechamiento de las aguas continentales sobre las que las Comunidades Autónomas extienden sus competencias en virtud del artículo 149.1.22 CE y preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía.

Las consideraciones que preceden deben cerrarse con una última precisión, ya apuntada en fundamentos jurídicos anteriores. Consiste ésta en que sobre los recursos hidráulicos convergen diferentes actividades, que responden a finalidades distintas y se enmarcan en otras tantas políticas sectoriales, respecto de las cuales la CE y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias sea al Estado, sea a las Comunidades Autónomas. El sistema de distribución competencial en relación con las aguas continentales no se agota, por tanto, en los enunciados normativos de los artículos 148.1.10 y 149.1.22 CE y en los preceptos de los Estatutos de Autonomía específicamente referidos a los aprovechamientos hidráulicos, de la misma manera que el régimen jurídico de las aguas no se reduce a la regulación de su propiedad, a la protección del demanio y a la utilización de los caudales en sentido estricto. Por ello, caso por caso, en atención a los distintos preceptos impugnados, será necesario tener en cuenta la posible concurrencia de otros títulos competenciales y resolver los problemas de entrecruzamientos o prevalencia de unos u otros.

*Decimonoveno:* El artículo 1, único precepto del título preliminar, se recurre en su totalidad. La impugnación del apartado 1 no puede ser estimada, pues dicho precepto carece de contenido material propio, limitándose a señalar el objeto de la Ley sin prejuzgar su regulación.

El apartado 2 declara la pertenencia de las aguas continentales superficiales y subterráneas renovables al dominio público estatal. Este apartado no es inconstitucional por las razones ya expuestas. En conexión con el mismo se impugna también el título I (arts. 2 a 12), con excepción de los artículos 3, 8 y 11. Este título define los bienes que constituyen el dominio público hidráulico del Estado, así como los recursos hídricos y bienes accesorios que tienen naturaleza privada. No es aceptable la tesis de que es a las Comunidades Autónomas recurrentes —o a algunas de ellas— a las que corresponde efectuar tal declaración sobre las aguas que discurren íntegramente por su territorio, pues, tratándose de categorías genéricas y unitarias de bienes naturales, dicha competencia corresponde en exclusiva al Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132.2, en conexión con el artículo 149.1.1 y 8 CE. Por ello, los preceptos del título I que se impugnan por dicho motivo no son inconstitucionales.

*Vigésimo:* El apartado 3 del artículo 1 citado dispone que «corresponde al Estado, en todo caso, y en los términos que se establecen en esta Ley, la planificación hidrológica a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico». Este precepto se desarrolla en los artículos 15 a), 16.1 c), 18.1

a) y b), 21 a), 33 y en el título III (arts. 38 a 44). Todos ellos se impugnan por entender los recurrentes que no respetan las competencias de las Comunidades Autónomas y no se acomodan a las prescripciones que, en materia de planificación estatal, establece el artículo 131 CE.

a) Esta última alegación no es atendible. Como declara el STC 29/1986, de 20 de febrero, «el artículo 131 CE responde a la previsión de una posible planificación económica de carácter general como indica su propio tenor literal, y (...) de los trabajos y deliberaciones parlamentarias para la elaboración de la CE se deduce también que se refiere a una planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica. Por ello, resulta claro que la observancia de tal precepto no es obligada constitucionalmente en una planificación de ámbito más reducido, por importante que pueda ser». Ello sin perjuicio de que el legislador pueda «llevar a cabo la planificación por Ley, previas las consultas que estimara pertinentes en la fase de elaboración de cada plan, para garantizar su mayor acierto y oportunidad». De acuerdo con esta doctrina no cabe aceptar que la planificación sectorial hidrológica regulada en la LA vulnere el artículo 131 CE, puesto que no le es aplicable lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que el legislador haya ordenado que el Plan Hidrológico Nacional se apruebe por Ley (art. 43), y haya previsto asimismo la participación de las Comunidades Autónomas interesadas en el procedimiento de elaboración de los Planes Hidrológicos estatales [art. 17, en conexión con los arts. 18.1 a) y b), 23, 33, 39 y cc.], participación ésta que, como se insistirá más adelante, resulta necesaria como instrumento general de colaboración y coordinación de la planificación hidrológica con otras medidas de planeamiento concurrentes.

b) Los recurrentes no consideran inconstitucional la facultad que se atribuye al Estado para elaborar y aprobar la planificación hidrológica en relación con las aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma, pero niegan que aquél pueda ejercer competencias de planificación sobre los recursos hidráulicos que denominan intracomunitarios, ora regulando esa planificación, ora atribuyendo al Gobierno la potestad de aprobar los Planes que elaboren las Comunidades Autónomas.

No es posible desconocer, sin embargo, que el agua constituye un recurso de vital importancia, imprescindible además para la realización de múltiples actividades económicas. Por esta razón, la ordenación de los recursos hidráulicos, donde quiera que se hallen, no puede sustraerse a las competencias que el Estado ha de ejercer para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.13 CE. Esta competencia no atrae hacia el Estado toda la actividad planificadora, sino sólo la de fijación de las bases y la de coordinación de la planificación que recaiga sobre objetos o ámbitos ajenos a la competencia estatal, en cuanto que afecte de manera directa a la ordenación de la actividad económica. Ahora bien, la Ley impugnada no encomienda en exclusiva al Estado la planificación hidrológica. El artículo 1.3 asigna al Estado dicha competencia de planificación «en los términos que se establecen en esta Ley», reconociendo explícitamente a las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente en su territorio la potestad de elaborar sus propios planes hidrológicos [art. 16.1 c), 38.6 y 39]. Por consiguiente, la competencia del Estado en materia de planificación hidrológica, enunciada en los artículos 1.3 y 15.a), debe entenderse que no menoscaba las que, según sus Estatutos, son propias de las Comunidades Autó-

nomas para elaborar y revisar los planes hidrológicos de cuentas intracomunitarias a que la propia Ley se refiere. Es cierto, no obstante, que, conforme al mandato del artículo 38.6, estas competencias autonómicas deben ejercerse con observancia de las prescripciones establecidas en los artículos 38 a 44, en comunicación con la Administración del Estado [art. 16.1 c)], en coordinación con las diferentes planificaciones que les afecten (art. 38.4) y con sujeción a la aprobación final de los planes por el Gobierno (art. 38.6). Pero tales determinaciones legales no suponen en sí mismas una ilegítima sustracción a las Comunidades Autónomas de toda competencia sobre la planificación hidrológica. Por ello, y en respuesta a los razonamientos y pretensiones de las partes, nuestra atención debe centrarse ahora en la indagación de si aquellas limitaciones impuestas por la LA al ejercicio de las potestades de planificación de las Comunidades Autónomas habilitadas para ello exceden o no de la competencia del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación económica.

El artículo 16.1 c), en lo que atañe a la previsión de comunicación entre el Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas para la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca, sin entrar ahora en la forma en que dicha comunicación se instrumenta, no es inconstitucional, pues es la expresión de un principio general de colaboración inherente al modelo de organización territorial del Estado adoptado por la CE (TCSS 18/1982, de 4 de mayo; 64/1982, de 4 de noviembre; 80/1985, de 4 de julio; 96/1986, de 10 de julio, entre otras).

El artículo 38, apartados 1 a 4, establece reglas sobre la finalidad, la forma y la eficacia jurídica y la necesidad de coordinación de la planificación hidrológica con otros planes sectoriales. Se trata de preceptos generales, relativos todos ellos a aspectos esenciales de la planificación de los recursos hidráulicos, que permiten muy diversas opciones y modalidades de desarrollo y concreción de sus mandatos, por lo que no es dudoso su carácter de normas básicas. Igual juicio merecen el artículo 40, que prescribe los aspectos que deben contemplar los planes, y el artículo 41.1 y 2, que permite establecer reservas de agua y terrenos y declarar de protección especial determinadas zonas, cuencas o tramos de cuenca, acuíferos o masas de aguas; son preceptos básicos en la medida en que fijan las especificaciones de los planes, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de si alguna de estas determinaciones puede invadir las competencias que las Comunidades Autónomas ostenten en virtud de otros títulos sectoriales. El artículo 42.2 es también básico, puesto que se refiere a un efecto esencial de la aprobación de los planes, cual es la declaración de utilidad pública de los trabajos de investigación, proyectos y obras previstos en los mismos. El artículo 42.1 debe interpretarse en el sentido de que la potestad que atribuye al Gobierno alcanza sólo a los planes que corresponde elaborar y revisar a la Administración del Estado o a organismos que de ella dependan, pues, en materia de su propia competencia, la declaración de utilidad pública de los trabajos, estudios e investigaciones requeridas corresponde a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la doctrina establecida en nuestra STC 37/1987, de 26 de marzo. El artículo 43 se refiere a una materia, el Plan Hidrológico Nacional, que es ajena a la competencia autonómica, y cuya regulación, como ya se ha dicho, no vulnera el artículo 131 CE.

c) Con vinculación a las normas básicas establecidas en los preceptos mencionados anteriormente, la Ley reconoce a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias sobre el dominio público hidráulico en cuencas intracomunitarias la facultad de elaborar y revisar los planes hidrológicos de esas cuencas. Sin embargo, el artículo 38.2 remite al reglamento la determinación

del ámbito territorial de cada Plan Hidrológico, y el artículo 39.2 dispone que el procedimiento para la elaboración y revisión de los Planes Hidrológicos se regulará por vía reglamentaria. Alegan los recurrentes que el Estado no puede dictar las correspondientes normas reglamentarias en relación con los planes hidrológicos de competencia autonómica, pues al hacerlo excedería su competencia sobre las bases de la planificación. Debe aceptarse, en efecto, que estas remisiones normativas no pueden entenderse realizadas únicamente en favor del Gobierno o de la Administración del Estado. En relación con las cuencas intracomunitarias y en aquellas Comunidades Autónomas que han asumido competencias sobre los aprovechamientos hidráulicos —lo que incluye su regulación y ordenación, como el Letrado del Estado admite—, es claro que la determinación del ámbito territorial de cada plan y el procedimiento para su elaboración y revisión corresponde fijarlos a la Comunidad Autónoma, pues no cabe calificar como aspectos básicos de la planificación económica la delimitación del ámbito espacial de cada plan hidrológico y la regulación en detalle de su procedimiento de elaboración, una vez que la propia Ley reconoce la competencia autonómica sobre la materia. Por el contrario, puede considerarse básico y acorde con la necesidad de coordinación el mandato del artículo 39.2 de que se establezca en todo caso, por el titular de la potestad reglamentaria, la participación de los Departamentos ministeriales interesados, así como los plazos de elaboración del plan. Pero la ordenación concreta de tales aspectos corresponde a las Comunidades Autónomas que no se hayan limitado a asumir las competencias enunciadas en el artículo 148.1.10 CE, en lo que se refiere a las cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente en su territorio. Así interpretados, los artículos 38.2, inciso final, y 39.2 no son inconstitucionales.

d) En lo que atañe a la planificación hidrológica, los recurrentes centran especialmente su atención en el artículo 38.6, que atribuye al Gobierno la facultad de aprobar los planes elaborados o revisados por las Comunidades Autónomas. Si esta facultad hubiera de considerarse como un simple mecanismo de control de la actividad planificadora de las Comunidades Autónomas con competencia para ello, el citado artículo 38.6 debería ser declarado inconstitucional, por infracción de lo dispuesto en el artículo 153 CE. Pero no es ésa la conclusión a la que debe llegarse en este caso, y ello porque la aprobación exigida por el precepto legal impugnado no configura un supuesto de control sobre el ejercicio de una competencia propia y exclusiva de las Comunidades Autónomas. Los planes hidrológicos de cuenca, cuyo contenido regula el artículo 40 y que tienen carácter vinculante según el artículo 38.3, comprenden una serie de disposiciones relativas a la protección y aprovechamiento de los recursos hidráulicos (prioridad y compatibilidad de usos, medio ambiente, ordenación del territorio, agricultura y montes, infraestructura, aprovechamientos energéticos, protección civil, etc.), que inciden en la actividad de diferentes Administraciones públicas —las de las Comunidades Autónomas, en primer lugar, pero también las del Estado y otros entes territoriales e institucionales—, siendo patente tanto su directa relación con la ordenación general de la actividad económica como la obligación de respetarlas que a todas ellas incumbe. Por ello, si hubiera de admitirse que cada Administración puede realizar las actividades de su competencia en régimen de estricta separación, la planificación hidrológica se haría imposible. De donde se sigue que en materia de política hidráulica se acentúa la necesidad de una específica coordinación entre las diferentes Administraciones interesadas; coordinación que, como hemos declarado en anterior ocasión, «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema,

evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirán o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema» y que, por lo mismo, «debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades (...) estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias» (STC 32/1983, de 28 de abril, y en el mismo sentido, SSTC 42/1983, de 20 de mayo; 11/1984, de 2 de febrero; 144/1985, de 25 de octubre, entre otras). Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149.1.13 CE en materia de planificación de la actividad económica, la coordinación es competencia del Estado, lo que permite entender, siguiendo la doctrina sentada en la STC 144/1985, de 25 de octubre, que en este caso el acto de aprobación que contempla el artículo 38.6 LA es materialmente una actividad de coordinación, ya que a través del mismo se integran en un solo sistema ordenado las acciones emprendidas por diversas entidades u órganos, de suerte que es la determinación definitiva y unitaria del plan la que posibilita la acción homogénea de todos ellos en relación con un mismo recurso. Por lo demás, no es dudoso que la regulación del precepto impugnado no trata de suplantar la voluntad planificadora de la Comunidad Autónoma por la del Estado, sino que pretende sólo integrar aquella en el conjunto superior de la política hidráulica general, evitando las disfunciones que pudieran producirse. En definitiva, la coordinación de actividades que implica la planificación hidrológica de cuenca se realiza, según la Ley, mediante un doble mecanismo: la integración de voluntades y actividades afectadas en el procedimiento de elaboración del plan, que corresponde llevar a cabo a las Comunidades Autónomas competentes en relación con las cuencas intracomunitarias, y un acto final de aprobación por el Gobierno mediante el cual se coordina la decisión de aquellas con las peculiares exigencias de la política hidráulica, a las que antes se ha hecho referencia. Por todo ello, el artículo 38.6 LA no puede reputarse inconstitucional.

Por el contrario, la previsión final del artículo 39.2 de una actuación subsidiaria del Gobierno, en caso de falta de propuesta de planes hidrológicos de cuenca, no puede alcanzar a las Comunidades Autónomas que sean competentes para formular dicha propuesta, ya que se trata de una forma de control sustitutivo que no ha sido previsto por la CE en las relaciones ordinarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 153). Dicha previsión sólo puede ser aplicable, por tanto, a los planes cuya elaboración y revisión corresponda a organismos no dependientes de las Comunidades Autónomas, pues en caso contrario sería inconstitucional. Por lo demás, la falta de plan no impide, como es obvio, la vigencia de las cuencas hidrográficas intracomunitarias de los preceptos que establecen normas de directa observancia en relación con los aprovechamientos hidráulicos, ni la aplicación en tales cuencas de las determinaciones que se contengan en el Plan Hidrológico Nacional, ni es obstáculo, en fin, el ejercicio efectivo de las demás competencias que al Estado y a las Comunidades Autónomas corresponden en materia hídrica.

e) Como ya se ha expuesto, el artículo 40 LA preceptúa el contenido necesario de los planes hidrológicos de cuenca y, desde dicha perspectiva, no es inconstitucional, pues debe entenderse incluido entre las bases de la planificación económica. Ahora bien, desde otro ángulo, se objeta a algunos de los apartados del citado artículo 40 que constituyen o permiten una invasión estatal de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente o de ordenación del territorio. Este efecto puede producirse cuando corresponde al Estado la elaboración del plan hidrológico de cuenca; es decir, en relación con

las cuencas intercomunitarias, vinculando con ello el ejercicio de otras competencias estatutarias que las autoridades autonómicas ostentan sobre la ordenación del medio físico en su propio territorio, tal y como se establece expresamente en el artículo 41.3 LA, aparte el efecto general vinculante de los planes hidrológicos (art. 38.3). Es cierto que alguna de aquellas previsiones, singularmente las que se contienen en los apartados *f)*, *g)* *h)* y *j)*, artículo 40 y en el artículo 41.2, pueden concurrir o coincidir con el ejercicio de competencias autonómicas fundadas en otros títulos ajenos a la materia de aprovechamientos hidráulicos; como también lo es, en sentido inverso, que la ordenación del territorio, los planes de conservación de suelos o las obras de infraestructura que competen a las Comunidades Autónomas o a otras Administraciones públicas pueden tener una incidencia más o menos directa sobre la protección y el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, que corresponde planificar y administrar al Estado en las cuencas hidrográficas que no sean intracomunitarias.

La proyección sobre un mismo medio físico o recurso natural de títulos competenciales distintos en favor del Estado o de las Comunidades Autónomas impone la colaboración entre ambas Administraciones; colaboración que «resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías», como ha señalado este Tribunal, por relación genérica a supuestos como el que ahora se plantea, en STC 76/1986, de 5 de agosto. Más aún, este entrecruzamiento de competencias obliga, como queda dicho, a la coordinación entre las Administraciones implicadas, según se declara también en aquella Sentencia; coordinación que corresponde al Estado en la medida en que resulten afectados los objetivos de la planificación económica. Sentado esto, procede afirmar también que ni la competencia en materia de coordinación ni la competencia sobre las bases de la planificación autorizan al Estado para atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las Comunidades Autónomas por el mero hecho de que su ejercicio pueda incidir en el desarrollo de las competencias estatales sobre determinadas materias. La coordinación no supone «una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma; antes bien, presupone, lógicamente, la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada», STC 27/1987, de 27 de febrero; por lo que no puede servir de instrumento para asumir competencias autonómicas, ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen.

La coordinación de los planes hidrológicos de cuenca que corresponde elaborar a la Administración del Estado o a Organismos de ella dependientes con las diferentes planificaciones que les afecten ha de realizarse primordialmente a través del procedimiento de elaboración de aquéllos, como dispone el artículo 38.4 LA; a cuyo efecto, resulta necesaria la participación de las Comunidades Autónomas que la Ley regula. Pero, sin perjuicio de esta participación, la Administración del Estado no puede establecer unilateralmente en los planes hidrológicos cualesquiera prescripciones vinculantes para la planificación urbanística en virtud de una genérica potestad de coordinación, sino tan solo en la medida en que cuente con un título competencial específico para ello.

De acuerdo con el razonamiento anterior, puede afirmarse que los apartados *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, *e)* e *i)* del artículo 40 LA no invaden ni autorizan invasión alguna de competencias autonómicas sobre otros sectores o materias, ya que afectan estrictamente al régimen de protección y aprovechamiento de los recursos hidráulicos. El apartado *f)* dispone la inclusión en los planes hidrológicos de las «normas básicas sobre mejoras y transformaciones en regadío que aseguran el mejor aprovechamiento del conjunto de recursos hidráulicos y terrenos disponibles».

En cuanto que se trata de una disposición básica, esta previsión encuentra su justificación en el artículo 149.1.13 CE y concordantes de los Estatutos de Autonomía, siempre que las normas a que alude el precepto legal se propongan estrictamente el logro de un mejor o más racional aprovechamiento de las aguas continentales, como recurso económico esencial, y no se extiendan a otras prescripciones sobre la política agrícola. El apartado g) establece que los planes regularán «los perímetros de protección y las medidas para la recuperación del recurso y entorno afectados». La inclusión en los planes hidrológicos de los denominados «perímetros de protección», entendiéndose por tales la delimitación de zonas dentro de las que no es posible el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas (art. 54.2 LA) o en las que se limiten ciertas actividades que puedan constituir un peligro de contaminación o degradación del dominio hídrico (art. 54.3), no plantea ningún problema competencial, ya que se trata de medidas relativas a la protección y aprovechamiento de los recursos hidráulicos que corresponde adoptar al Estado en las cuencas intercomunitarias. Lo mismo puede decirse, en principio, de la referencia a las «medidas para la conservación del recurso y el entorno afectados», previstas en el mismo apartado g). Conviene, sin embargo, precisar que, por lo que se refiere a la conservación y protección del «entorno», las medidas que el Estado puede incluir en los planes hidrológicos están limitadas por las competencias que, en relación con la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, corresponden a las Comunidades Autónomas. El alcance efectivo de dichas medidas de conservación y protección mencionadas en el citado artículo 40 g) debe ponerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 6 b) de la misma Ley, que sujeta las márgenes de los cauces públicos a «una zona de policía de 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen». La constitucionalidad de este precepto resulta de la competencia estatal para aprobar la legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), correspondiendo a los planes hidrológicos la creación en cada caso de las medidas que sean necesarias para limitar los usos del suelo, a efectos de conservación y recuperación medioambiental, sin perjuicio de la competencia de las Comunidades Autónomas que la tengan atribuida para establecer normas complementarias y adoptar las medidas precisas para la protección del medio ambiente. De manera semejante, los planes hidrológico-forestales que deben formar parte de la planificación hidrológica de cuenca, según el apartado h) del artículo 40 LA, sólo pueden incluir normas básicas que tengan por objeto la protección del medio ambiente, sin perjuicio también de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía. En cuanto a las «infraestructuras básicas requeridas por el plan», a que alude el apartado j) con independencia de las obras públicas de interés general (art. 44 LA), la Administración del Estado puede prevenir en los planes hidrológicos las que sean indispensables o accesorias al ejercicio de las competencias de protección y aprovechamiento de los recursos hidráulicos que le corresponde ordenar en las cuencas hidrográficas de su competencia, ya que en tales términos la previsión de infraestructuras resulta inherente al ejercicio de dichas competencias sobre el demanio hidráulico en tales cuencas, sin menoscabo de la colaboración y coordinación con las Comunidades Autónomas para disponer y ordenar otras infraestructuras no básicas, en el sentido expuesto, a través de las correspondientes medidas de planificación territorial o de actuaciones específicas. Por último, el apartado l, que obliga a recoger en los planes hidrológicos «los criterios sobre estudios, actuaciones y obras para fenómenos hidráulicos», es susceptible

de ser reconducido a la materia de «protección civil», y en tal sentido, si se entiende que tales criterios son simples prescripciones genéricas de coordinación y no suponen la previsión de actuaciones y obras concretas, no puede estimarse que invada competencias autonómicas, pues constituyen una manifestación de la competencia general sobre seguridad pública que al Estado reserva el artículo 149.1.29 CE, de acuerdo con lo ya declarado en nuestra STC 123/1984, de 18 de diciembre.

El artículo 41.1 dispone, por último, que «en los planes hidrológicos de cuenca se podrán establecer reservas de agua y de terrenos, necesarios para las actuaciones y obras previstas». Nada hay que objetar a las reservas de agua, en cuanto que afectan al aprovechamiento de las mismas, que puede ordenar el Estado en las cuencas intercomunitarias. En cambio, las reservas de terrenos afectan directamente a la planificación territorial, de competencia autonómica. Es cierto que la disposición adicional 7.<sup>a</sup> LA señala que las limitaciones en el uso del suelo y reservas de terrenos previstas en dicho precepto (y en otros que ahora no vienen al caso) «se aplicarán sin menoscabo de las competencias que las Comunidades Autónomas puedan ejercer en materia de ordenación del territorio». Pero esta cláusula general de salvaguarda de las competencias de las Comunidades Autónomas en tal materia no resuelve definitivamente el problema, ya que será preciso dilucidar en su momento si una reserva de terrenos prevista en un plan hidrológico estatal menoscaba o no las competencias autonómicas, o bien en qué circunstancias puede producirse dicho menoscabo. En última instancia, es preciso insistir, particularmente en este punto, en la necesidad de cooperación y coordinación entre las distintas planificaciones que afectan al territorio y a la ordenación de los recursos hidráulicos. Pero, en caso de conflicto, no puede considerarse legítima una reserva de terrenos prevista en un plan hidrológico estatal que afecta a un ámbito territorial superior al estrictamente necesario para realizar las infraestructuras básicas requeridas por el plan. Si, como antes se ha dicho, la programación de tales infraestructuras es una facultad inherente a las competencias sobre protección y aprovechamiento del dominio público hidráulico, también debe serlo la reserva de terrenos imprescindible para realizarlas; pero sólo en ese supuesto la reserva de terrenos contenida en los planes hidrológicos estatales puede vincular el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre ordenación del territorio. Así interpretado, el artículo 41.1 LA, en conexión con el artículo 41.3, no es inconstitucional.

El artículo 41.2 prevé un supuesto en el que convergen actuaciones encaminadas a la protección de los recursos hidráulicos con otras que pueden encuadrarse en la ordenación del territorio y en la protección del medio ambiente. Sin embargo, el precepto deja intacta la determinación de las autoridades que sean competentes, de acuerdo con la legislación ambiental, para declarar de protección especial determinadas zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o masas de agua y, en concreto, por lo que ahora importa, no atribuye tal competencia a la Administración que elabora el correspondiente plan hidrológico, puesto que se limita a señalar que estos planes «recogerán» la clasificación de dichas zonas y las condiciones específicas para su protección. Lo que la Ley impugnada ordena en este punto es que, cualquiera que sea la entidad administrativa competente para realizar la referida declaración de protección especial, cuestión sobre la que no es preciso añadir nada ahora, dicha declaración vincula el contenido de los planes hidrológicos y debe, por tanto, «recogerse» o incluirse en los mismos, con la obligada consecuencia de que tales reglas tuitivas del demanio hídrico deben ser respetadas a su vez por los diferentes instrumentos de ordena-

ción del territorio (art. 41.3). por consiguiente, en la medida en que no prejuzga la distribución de competencias sobre la declaración de zonas, cuencas o tramos de protección especial, el artículo 41.2 LA tampoco puede ser tachado de inconstitucional.

En suma, de cuando antecede se deduce que las prescripciones de los planes hidrológicos que, de acuerdo con su contenido necesario (art. 40) o facultativo (art. 41.1 y 2), se adopten en los términos referidos, no suponen invasión de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio o en otras materias conexas. Por ello, en la medida en que la planificación hidrológica estatal se ajuste a esos estrictos términos, es lícita la opción del legislador que obliga a respetar aquellas prescripciones en los diferentes instrumentos de ordenación del territorio (art. 41.3 LA).

f) El título III LA, relativo a la planificación hidrológica, se cierra con el artículo 44, según el cual «las obras públicas de carácter hidráulico que sean de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma habrán de ser aprobadas por Ley e incorporadas al Plan Hidrológico Nacional». El Gobierno Vasco impugna este precepto porque se refiere a las obras hidráulicas de interés general con independencia de que afecten a aguas que caen bajo la competencia autonómica, pues, a su juicio, en estas últimas las obras hidráulicas que se realicen no pueden ser de interés general. Pero esta impugnación no puede ser estimada. El artículo 44 LA se limita a reiterar, por relación al supuesto específico de las obras hidráulicas, lo dispuesto con carácter general en el artículo 149.1.24 CE. Este precepto, al reservar al Estado competencia sobre las obras públicas de interés general, no utiliza un criterio territorial de distribución de competencias semejante al que se establece en la regla 22 del artículo 149.1, por lo que no puede excluirse *a priori*, como el Gobierno Vasco pretende, que puedan existir obras de interés general que afecten a las aguas que discurren íntegramente por el territorio del País Vasco. Por lo demás, el mencionado artículo 44 LA no prejuzga qué deba entenderse por obras hidráulicas de interés general ni cuáles sean éstas, lo que excluye que en este proceso constitucional el Tribunal deba pronunciarse sobre dicha cuestión. En consecuencia, el artículo 44 LA no incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias autonómicas.

*Vigésimoprimeramente:* El Gobierno Vasco discute la constitucionalidad de la casi totalidad de los preceptos del título II LA, relativo a la «Administración Pública del agua», porque parten del concepto de cuenca hidrográfica como delimitador de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pero, una vez admitido que la utilización de ese criterio territorial de delimitación no es inconstitucional, tal como razonado queda en anterior fundamento jurídico, no puede estimarse la impugnación que por este motivo se hace de los artículos 13.2, 14, 15 c) y d) y 19 a 37 LA. De otro lado, hemos señalado también que las referencias a la planificación hidrológica contenidas en los artículos 15 a), 17 y 18 no invaden competencias autonómicas ni infringen el artículo 131.2 CE. Al margen de estas dos precisiones iniciales, que reiteran lo ya declarado más arriba, es necesario que procedamos a examinar los alegatos de las partes sobre los demás preceptos recurridos del mencionado título II.

a) Entre los principios que rigen el ejercicio de las funciones del Estado en materia de aguas, el artículo 13.3 LA menciona la «compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza». A ello se objeta por los Senadores recurrentes y el Gobierno Vasco que una disposición de esta natura-

leza es prácticamente ilimitada en su alcance y, por lo mismo, permite que se produzcan interferencias en el ejercicio de las competencias autonómicas sobre aquellas otras materias «compatibles» con la gestión del agua. No obstante la relativa imprecisión del concepto utilizado, dicha «compatibilidad» no puede ser entendida como lo hacen los recurrentes. Por el contrario, como señala el Letrado del Estado, el precepto impugnado debe ser interpretado en el sentido de que las competencias estatales de gestión en materia de aguas dejan expresamente a salvo el ejercicio de las competencias autonómicas sobre ordenación del territorio y protección ambiental, y que, en ese sentido precisamente, son compatibles con las mismas, en los términos que la propia LA, de conformidad con la CE y los Estatutos de Autonomía, establece.

b) El artículo 15 b) atribuye al Estado la función de adoptar «las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas». Para el representante de la Junta de Galicia, a menos que se interprete como habilitante de una mera facultad de supervisión o fiscalización, conforme al artículo 93 CE, dicha norma supone una infracción de los preceptos de algunos Estatutos de Autonomía que atribuyen explícitamente a las correspondientes Comunidades la potestad de ejecución de los tratados y acuerdos internacionales en materias de su competencia, así como del resto de los Estatutos que implícitamente reconocen también dicha facultad a las Comunidades Autónomas. Pero el tenor literal del precepto desmiente esta tesis, pues es evidente que el artículo 15 b) no autoriza al Estado para ejecutar, en todo caso, los convenios y acuerdos internacionales en materia de aguas, por lo que es susceptible de una interpretación conforme con las prescripciones constitucionales y estatutarias. Baste decir a este propósito que, cuando así lo disponen los Estatutos de Autonomía, corresponde a las Comunidades Autónomas la ejecución de los tratados y convenios internacionales en materia de su competencia, sin perjuicio de la obligación del Estado de garantizar su cumplimiento, y dentro de este esquema competencial encuentra legítimo encaje el citado artículo 15 b) LA, cuyo alcance en cada caso dependerá de los supuestos concretos que se planteen.

c) Al artículo 16.1 se reprocha, en primer lugar, que alimenta la equivocada idea de que las Comunidades Autónomas sólo tienen competencias ejecutivas en materia de aguas, ya que en su inciso inicial utiliza la expresión «ejercer competencia» al referirse a las potestades autonómicas sobre el dominio público hidráulico. Pero esta alegación es del todo inconsistente, pues no cabe confundir el ejercicio de una competencia con el carácter meramente ejecutivo o administrativo de la misma, ni del citado inciso puede deducirse restricción alguna de las competencias autonómicas de cualquier naturaleza que, en cada caso, según sus Estatutos, ostenten las Comunidades Autónomas.

Resulta, en cambio, enteramente atendible la impugnación del apartado c) de ese mismo artículo 16.1, que crea la figura de un delegado del Gobierno en la Administración hidráulica de las Comunidades Autónomas con la misión de asegurar la comunicación entre esta última y los organismos correspondientes de la Administración del Estado. De este modo, la Ley impone una prescripción orgánica específica a la Administración autonómica, que vulnera directamente la competencia asumida por todas las Comunidades Autónomas para organizar su propia Administración. Pues, no habiendo duda de que esta potestad de autoorganización administrativa se halla limitada por la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE), es también evidente que este título competencial del Estado no es bastante en

ningún caso para legitimar la inserción forzosa en el seno de la Administración autonómica de un órgano jerárquicamente dependiente de la Administración del Estado, pues a ello se opone de raíz el derecho de todas las nacionalidades y regiones a la autonomía (arts. 2 y 117 CE), cuya más genuina expresión es la capacidad de autoorganizarse libremente, con respeto a los mandatos constitucionales. El Letrado del Estado aduce, en defensa del precepto de que ahora se trata, que el delegado del Gobierno en la Administración hidráulica autonómica no limita ni condiciona las atribuciones de las Comunidades Autónomas, ya que sus funciones se circunscriben al ámbito de la coordinación y la colaboración. Pero, con independencia de si son éstas u otras sus funciones, y de la incidencia que puedan tener en el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de aguas, la mera previsión legal de dicha figura organizativa conculca las competencias que las Comunidades Autónomas tienen para organizar libremente sus propias instituciones. Por lo demás, como indican todos los recurrentes, la CE ha previsto otro órgano específico de coordinación entre la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la Administración de esta última, que es el Delegado del Gobierno (art. 154), ajeno a la organización autonómica. La previsión del artículo 16.1.c) LA, resulta también incompatible con dicha prescripción constitucional, que establece el cauce orgánico ordinario de coordinación entre ambas Administraciones. Dicho sea todo ello sin perjuicio de que, al amparo del artículo 149.1.18, el Estado pueda establecer normas básicas que aseguren la comunicación en información inmediata entre dichas Administraciones en materia hídrica. Por estas razones, el artículo 16.1.c) LA debe declararse inconstitucional.

Por conexión con el mismo, también es inconstitucional el apartado 2 del artículo 16, en lo que se refiere a la facultad de impugnación de los actos y acuerdos de las Comunidades Autónomas que se asignan al Delegado del Gobierno en la Administración hidráulica. Dicho sea sin daño de la legitimación de la Administración del Estado para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos y acuerdos de las Comunidades Autónomas, conforme a las leyes generales.

Las demás prescripciones del artículo 16 [ap. 1 a) y b)] pueden ser calificadas de un modo natural como normas básicas del régimen jurídico de las Administraciones públicas en materia hidráulica, cuya legitimidad deriva de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE. Tienen, en efecto, ese carácter los principios del artículo 13 a los que se remite el apartado 1.a) del artículo 16, tanto por su mismo contenido principal como porque se refieren a aspectos esenciales de la Administración hidráulica la unidad de gestión, el tratamiento integral, la economía del agua, el respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico, la compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza— o porque reiteran algunos principios organizativos que han sido consagrados en la CE —desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios— (arts. 103.1 y 129.1 CE). Para el desarrollo de estas normas básicas, las Comunidades Autónomas disponen de un amplio margen de libertad de decisión, que les permite sin duda expresar sus propias opciones políticas sobre la organización administrativa que de ellas depende. Otro tanto puede decirse del apartado 1.b) de este mismo artículo 16, que se limita a fijar un porcentaje mínimo de participación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica, con el fin de garantizar el carácter representativo de dichos órganos colegiados, a través de

los cuales se plasma el principio de participación establecido en el artículo 13 LA, cuyo carácter básico ha quedado ya justificado. Tratándose en ese caso de una garantía mínima, esta regla debe considerarse asimismo básica, ya que, como declaramos en un supuesto análogo, no contiene una regulación tan precisa que vacíe de contenido la competencia de las Comunidades Autónomas e impida su adaptación a las características específicas de cada una de ellas (SSTC 48 y 49/1988, de 22 de marzo).

*d)* El Gobierno Vasco impugna específicamente los apartados *B)* y *e)* del artículo 18.1, porque, en su criterio, no cabe imponer a la Comunidad Autónoma en materias de su competencia la intervención de un órgano consultivo estatal, como es el Consejo Nacional del Agua. El apartado *b)* del citado precepto demanda, en efecto, que, antes de su aprobación por el Gobierno, el Consejo emita informe sobre los planes hidrológicos de cuenca, sin excluir de aquella exigencia los elaborados por las Comunidades Autónomas. Pero, frente a este alegato, debemos declarar que, si al Gobierno compete aprobar también estos planes (art. 38.6), el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua, dirigido precisamente al Gobierno, no invade competencia autonómica alguna, siempre que tal informe se ciña a aquellos aspectos que condicionan su aprobación gubernativa, según el citado artículo 38.6.

El apartado *e)* del artículo 18.1 prevé asimismo el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua sobre las cuestiones comunes a dos o más organismos de cuenca. Por las razones que esgrime el Gobierno Vasco, esta intervención necesaria del Consejo podría considerarse inconstitucional, si el citado informe hubiera de emitirse en relación con las cuestiones comunes a dos cuencas hidrográficas localizadas en una misma Comunidad Autónoma, supuesto éste en el que el Estado carecería de competencias, incluso consultivas, por tratarse de problemas internos a una sola Administración hidráulica autonómica. Sin embargo, la LA no contempla expresamente este tipo de supuestos, rigurosamente excepcionales en la práctica, pues el concepto de «organismo de cuenca» que utiliza el artículo 18.1 *e)* se refiere inequívocamente en la propia Ley a la organización administrativa específica de las «cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma» (art. 19). En consecuencia, el informe exigido por el precepto que ahora nos ocupa debe entenderse referido sólo a las cuestiones comunes que se planteen entre dos o más organismos dependientes de la propia Administración del Estado en cuencas hidrográficas de su competencia, por lo que, así interpretado, no afecta al ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, la Junta de Galicia recurre el apartado *c)* del artículo 18.1, por entender que, al admitir este precepto la posibilidad de que se aprueben «disposiciones de carácter general de aplicación en todo el territorio nacional relativas a la ordenación del dominio público hidráulico», entraña una invasión de la potestad reglamentaria de aquella Comunidad Autónoma en relación con las aguas continentales de su competencia. El alegato carece de fundamento, pues el precepto en cuestión se limita a exigir el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua sobre los proyectos de reglamentos de aplicación general elaborados por el Gobierno u otros órganos de la Administración del Estado, pero no prejuzga cuáles sean las disposiciones a informar —que, obviamente, al tratarse de normas de aplicación en todo el territorio nacional, deberán referirse a aquellos aspectos de la ordenación de los recursos hidráulicos sobre los que el Estado tiene competencias exclusivas— ni excluye el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración gallega dentro de su propio ámbito de com-

petencias en la materia. El precepto impugnado no supone, por tanto, una alteración inconstitucional del régimen de distribución de competencias sobre las aguas continentales.

*Vigésimosegundo:* El Gobierno Vasco impugna por entero el capítulo 1.º, título IV, LA, relativo a las «servidumbres legales» (arts. 45 a 47), y la Junta de Galicia y el Gobierno Balear combaten algunos de estos artículos, por entender que se refieren sea a la utilización del dominio público hidráulico, sea a su protección o a la policía demanial, aspectos sobre los que el Estado carece de competencia en aquellas Comunidades cuando se trata de aguas intracomunitarias. Pero estas alegaciones deben ser rechazadas. Como se deduce del contenido de los artículos 45 a 47, así como de la remisión al CC prevista en el artículo 46, estos preceptos regulan determinados extremos de las servidumbres legales en materia de aguas, servidumbres que recaen no sobre el dominio público hidráulico, sino sobre predios sirvientes, normalmente ribereños o próximos a los cauces o lechos de las aguas continentales, respecto de los que se imponen determinadas limitaciones de las facultades de el propietario con el fin de garantizar el uso de los recursos hidráulicos por terceras personas o por la colectividad. Esta regulación no puede considerarse propiamente como disciplina del uso o protección del demanio hídrico, sino que se encuadra en el concepto material de legislación civil, que al Estado corresponde establecer en exclusiva, en virtud del artículo 149.1.8 CE, en cuyo enunciado halla también encaje la servidumbre legal de uso público prevista en el artículo 6.a) LA. A cuanto antecede debemos añadir que la propia LA habilita a los Organismos de cuenca para imponer las servidumbres legales mencionadas en el artículo 46, y que, de acuerdo con la disposición adicional, esta función corresponde a las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico en virtud de sus Estatutos de Autonomía, cuando se trate de cuencas intracomunitarias. Sentado lo cual, ningún obstáculo existe en la Ley impugnada para que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.7 EA País Vasco pueda establecer y regular las servidumbres públicas que, en materias de su competencia, sean necesarias en beneficio de los bienes de dominio público y patrimoniales cuya titularidad corresponda a dicha Comunidad Autónoma.

*Vigésimotercero:* El régimen de uso o aprovechamiento del dominio público hidráulico tiene su regulación específica en los capítulos 2.º y 3.º, título IV, LA (arts. 48 a 72), que se refieren, respectivamente, a los usos comunes y privativos y a las autorizaciones y concesiones. Casi todos estos preceptos han sido impugnados, con más detalle y mayor énfasis en el recurso de el Gobierno Vasco, por supuesta invasión de las competencias que las Comunidades Autónomas ostentan sobre el aprovechamiento de las aguas que discurren íntegramente por su territorio y en materia de medio ambiente y ordenación del territorio.

De acuerdo con nuestras consideraciones anteriores, es necesario recordar aquí la distinción entre las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia genérica sobre el régimen de los aprovechamientos hidráulicos en las aguas que discurren íntegramente por su territorio y aquellas otras que ostentan competencias en materia de aguas dentro de los límites establecidos por el artículo 148.1.10 CE. En el primer caso, la regla general es que corresponde a las Comunidades Autónomas legislar sobre los aprovechamientos de las aguas públicas en las cuencas intracomunitarias, con las únicas salvedades que deriven de otros títulos competenciales del Estado, como son los referidos a la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y sobre el medio ambiente o a las bases del régimen minero y energético (art. 149.1.18, 23 y 25 CE), entre

otros. Con estas excepciones, procede declarar que, en estas Comunidades Autónomas y en relación con las cuencas intracomunitarias, la legislación del Estado sobre el aprovechamiento de las aguas públicas sólo puede tener carácter supletorio del Derecho propio de las mismas. Por el contrario, en los demás casos, el Estado puede regular el uso y aprovechamiento de las aguas continentales, siempre que se salvaguarden las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de su interés, así como las demás que ostenten sobre materias conexas, cuando haya de darse prioridad a otros títulos competenciales. Con arreglo a estos criterios generales procede analizar ahora los preceptos impugnados de los capítulos 2.º y 3.º, título IV, LA.

a) El Gobierno Vasco impugna los apartados 1 y 2 del artículo 48 LA, relativos al uso común general del dominio público hidráulico, porque considera que invaden las competencias del País Vasco sobre los aprovechamientos hidráulicos en las aguas que discurren íntegramente por su territorio. De acuerdo con lo ya declarado en otro momento de esta Sentencia, es cierto que a esa Comunidad autónoma le corresponde la regulación del uso común en dichas aguas. Pero es preciso advertir que el artículo 48, en sus apartados 1 y 2, no establece la regulación de este tipo de utilización del demanio hídrico, sino que se remite a «lo que dispongan las leyes y reglamentos», sin prejuzgar el carácter estatal o autonómico de unas y otras. Por el contrario, se ciñe a determinar los supuestos en que el uso de las aguas, por ser común, no requiere autorización ni concesión administrativa, especificando los límites que circundan el ejercicio de este derecho que todos tienen a usar de las aguas superficiales. De ahí que deba entenderse que este precepto guarda una relación directa e inmediata, como alega el Letrado del Estado, con el sistema general o básico de concesiones administrativas de aguas públicas; por lo mismo que, a través de dicho precepto legal, se viene a impedir, conforme a una ininterrumpida tradición legislativa, la extensión de aquel sistema concesional a determinadas formas de utilización de tales aguas públicas. En consecuencia, los apartados 1 y 2 del artículo 48 no invaden competencias autonómicas, pues se reconducen a la competencia que al Estado reserva el artículo 149.1.18 CE.

Los Senadores recurrentes y los Gobiernos de Galicia, Baleares y Cantabria impugnan el apartado 3 del artículo 48 por invasión de las competencias de aquellas Comunidades Autónomas sobre protección del medio ambiente y pesca fluvial. No cabe estimar la impugnación, ya que este precepto no establece ninguna regulación sustantiva, sino que se remite a la legislación general del medio ambiente o a otras legislaciones específicas, sin prejuzgar la titularidad de la competencia para dictarlas.

b) Por idéntico motivo al de la impugnación del artículo anterior, el Gobierno Vasco combate también el artículo 49, relativo a los usos comunes especiales de las aguas, a lo que se opone el Letrado del Estado con igual razonamiento, fundado en la competencia estatal para aprobar la legislación básica de las concesiones administrativas. Las mismas razones arriba invocadas sirven para declarar que este precepto tampoco puede considerarse inconstitucional, puesto que sólo delimita los supuestos de uso común especial que no excluyen la utilización de las aguas públicas superficiales por terceros, en los que no cabe emplear la técnica concesional, sino la autorización administrativa previa. Dicho sea sin perjuicio de la competencia de la CA País Vasco para regular en concreto cada tipo de uso especial y para otorgar las correspondientes autorizaciones.

c) El mismo debate se produce por el Gobierno Vasco y el Letrado del Estado en relación con el artículo 50.2 LA, que impide adquirir por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico. A semejanza de lo declarado en los supuestos anteriores, en este caso nos encontramos ante un precepto que regula una de las bases de las concesiones administrativas de aguas públicas, que corresponde aprobar al Estado, pues en realidad viene a reiterar de otro modo la regla general contenida en el apartado 1 del artículo 50, según la cual el uso privativo de aguas públicas se obtiene sólo por concesión administrativa, a salvo los específicos supuestos de adquisición *ex lege*. Bien puede entenderse que si las Comunidades Autónomas con competencia sobre los aprovechamientos hidráulicos pudieran establecer otros modos de adquisición del uso privativo de las aguas en las cuencas intracomunitarias, se daría al traste con el principio general de la adquisición por concesión, es decir, previa intervención administrativa constitutiva de aquel derecho, principio que, sin lugar a dudas, figura entre las bases del sistema concesional en materia de aguas, de acuerdo con la Ley impugnada.

d) El artículo 51 regula la extinción del derecho al uso privativo de las aguas. Pero, si se excluye la mención a la expropiación forzosa, que especifica para un supuesto concreto lo que establece el artículo 33.3 CE, la norma impugnada se limita a determinar el régimen de extinción de las concesiones sobre el dominio público hidráulico, sus causas, requisitos esenciales del procedimiento y efectos. Constituye, por tanto, la regulación aplicable a un elemento esencial de la relación concesional, susceptible de incluirse entre las bases de las concesiones administrativas, que corresponde al Estado regular en exclusiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE. En consecuencia, el artículo 51 LA no modifica el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y es de directa aplicación en todo el territorio, con la sola excepción prevista en la disposición adicional 3.<sup>a</sup>, respecto de la CA Canaria.

La Junta de Galicia, los Senadores recurrentes y los Gobiernos de Baleares y Cantabria impugnan específicamente el apartado 4 del artículo 51, por entender que la reversión de las obras que regula debe operar en favor de las Comunidades Autónomas cuando sean titulares del demanio hidráulico concedido. En sentido contrario, el Letrado del Estado considera que las obras construidas deben revertir al Estado, como el precepto establece, por ser éste el titular único de todo el dominio público hidráulico. Ambos razonamientos se apoyan en una concesión patrimonialista del dominio público que el propio Letrado del Estado dice rechazar y que ya hemos descartado con anterioridad. Sin necesidad de compartir la tesis en la que los recurrentes se apoyan para sostener la impugnación de este precepto, tesis que ya ha sido rechazada en otro lugar de esta Sentencia, puede admitirse, no obstante, que el artículo 51.4 LA da respuesta a una cuestión que se inserta directamente en el régimen de aprovechamiento de las aguas, y, en tal sentido, debe afirmarse que la reversión de las obras construidas para la explotación de las mismas ha de producirse en favor de la entidad que en cada caso sea competente en materia de aprovechamientos hidráulicos. Por ello, en la medida en que la norma recurrida extiende imperativamente la reversión en favor del Estado a las obras realizadas en los aprovechamientos concedidos por las Administraciones hidráulicas autonómicas en aguas intracomunitarias, procede declararla parcialmente inconstitucional por invasión de las competencias estatutarias asumidas en esta materia por las Comunidades Autónomas.

e) El artículo 52 es impugnado en su totalidad por el Gobierno Vasco y, en su apartado 2, por la Junta de Galicia y el Gobierno Balear, porque consideran que contempla dos modalidades de aprovechamiento de los recursos hidráulicos cuya regulación concierne a sus respectivas Comunidades Autónomas en aguas intracomunitarias. El Letrado del Estado alega, en sentido contrario, que aquella regulación estatal forma también parte de las bases de las concesiones administrativas, conforme a lo ordenado en el tantas veces citado artículo 149.1.18 CE.

El artículo 52 establece y delimita los derechos al uso privativo de ciertos recursos hidráulicos por ministerio de la ley, distinguiendo dos supuestos. El primero se refiere a la utilización de aguas que no son de dominio público, según la propia Ley, lo que supone una delimitación general *ex lege* de las facultades del propietario de las fincas por las que discurren aguas pluviales o en las que se encuentren aguas estancadas (ap. 1). Se trata por ello de la regulación de un aspecto específico del régimen de la propiedad privada fundiaria, cuya determinación corresponde al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE.

El apartado 2 crea un derecho de aprovechamiento privativo de aguas de dominio público que no requiere concesión administrativa. Ahora bien, en el contexto de la LA, se trata de una excepción a la regla general establecida en el artículo 57, según la cual el uso privativo de las aguas exige la previa concesión administrativa, precepto este último que debe considerarse básico por la evidente razón de que consagra la regla general de sometimiento de los usos privativos al sistema concesional. Por lo mismo, la excepción a dicha regla general ha de entenderse también básica, ya que, como es fácil entender, si las Comunidades Autónomas pudieran regular libremente los supuestos de adquisición del derecho al uso privativo de las aguas públicas por disposición legal, la norma general que impone el otorgamiento concesional en cada caso podría quedar vacía de contenido y virtualmente anulada por una legislación autonómica contraria a aquella opción básica del legislador estatal.

f) Los artículos 53 y 54 han sido impugnados por el Gobierno Vasco y la Junta de Galicia, así como el primero de ellos por los Senadores recurrentes, por entender que invaden las competencias autonómicas sobre los aprovechamientos hidráulicos, a lo que el Letrado del Estado responde una vez más que forman parte de las bases del régimen de las concesiones administrativas. Pero sin perjuicio de la relación que estos preceptos tienen con el sistema de concesiones administrativas para aprovechamientos hidráulicos, lo cierto es que se ciñen a prever algunas potestades administrativas de ordenación y limitación de la explotación de los recursos hidráulicos en circunstancias excepcionales o para garantizar la utilización racional de los mismos. Por su carácter potestativo y su indirecta incidencia en el régimen de las concesiones no pueden considerarse amparados por el título competencial que reconoce al Estado el artículo 149.1.18 CE. No obstante, es necesario advertir que el artículo 53.3 se refiere a un supuesto concreto de otorgamiento de concesiones en precario, sobre caudales reservados o comprendidos en algún plan del Estado, es decir, sobre aguas respecto de cuyo aprovechamiento ostenta la competencia exclusiva el propio Estado. Por consiguiente, este apartado 3 del artículo 53 no invade competencia autonómica alguna ni puede reputarse inconstitucional, mientras que, conforme a lo arriba expuesto, los apartados 1 y 2 de este mismo artículo 53 y el artículo 54 LA tienen sólo valor supletorio del Derecho que puedan establecer las Comunidades Autónomas con competencia general sobre los aprovechamientos hidráulicos en las cuencas intracomunitarias.

g) El artículo 55, impugnado por el Gobierno Vasco por el mismo motivo que los artículos precedentes, regula un supuesto específico de utilización de las aguas que se capten con ocasión de las explotaciones mineras y cuyo destino exclusivo ha de ser el de los propios aprovechamientos de minas. No obstante su inserción en el texto de LA, este precepto viene a regular en realidad un aspecto importante del régimen de explotación de los recursos mineros y, por lo mismo, debe considerarse incluido entre las bases del régimen minero que corresponde establecer al Estado según lo dispuesto en el artículo 149.11.25 CE, ya que, dado el contenido del precepto impugnado, ese último título competencial es preferente sobre el más general relativo a los aprovechamientos hidráulicos.

h) El artículo 56, que ha sido impugnado también por el Gobierno Vasco, prevé la adopción de medidas urgentes y extraordinarias, en casos de estado de necesidad, relativas a la utilización del dominio público hidráulico. Se disciplina así un aspecto del régimen general de los aprovechamientos hidráulicos que incide directamente en el sistema de concesiones administrativas, pues expresamente se prevé que aquellas medidas de emergencia pueden adoptarse aun cuando la utilización del dominio público hidráulico «hubiera sido objeto de concesión». Es claro, por tanto, que la determinación legal de los supuestos de hecho excepcionales y de las medidas que hayan de adoptarse en tales casos debe considerarse básica y aplicable directamente en todo el territorio del Estado.

Sin embargo, junto a la regulación sustantiva de los supuestos de hecho y de los efectos de las medidas consideradas, el artículo 56 habilita también al Gobierno para adoptar tales medidas por Decreto, oído el Organismo de Cuenca. Esta apoderamiento al Gobierno no puede tener alcance incondicionado, pues si así fuera, podría privarse a la CA País Vasco de sus competencias sobre los aprovechamientos de las aguas que discurren íntegramente por su territorio. Por eso debe entenderse, y así lo permite el precepto al imponer la audiencia del Organismo de cuenca, que al Gobierno corresponde aprobar las referidas medidas cuando afecte la situación de emergencia a cuencas intracomunitarias, así como en los casos en que la citada situación excepcional y las medidas que hayan de adoptarse para combatirla afecten de manera conjunta o interdependiente a esas cuencas hidrográficas y a las aguas continentales que discurren íntegramente por el territorio del País Vasco. En cambio, si la situación de necesidad o de emergencia no excediera de los límites de la aguas intracomunitarias, la competencia para adoptar las medidas tendentes a superarlas corresponde a los órganos de la CA País Vasco. Así interpretados, el artículo 56 LA no es inconstitucional.

i) Los artículos 57 a 64 LA establecen el régimen general de las concesiones de aguas. De entre ellos, el Gobierno Vasco impugna los artículos 57.1, 2,3, 5 y 6; 58; 59.2, 3 y 4; 60; 61; 63. c) último párrafo, y 64.2, por considerar que no tienen carácter básico. El Tribunal no puede compartir esta tesis, pues un análisis detenido de tales preceptos muestra que todos ellos se refieren a aspectos imprescindibles del régimen concesional en materia de aguas, como sostiene con razón el Letrado del Estado. Así, el artículo 57, tras establecer el principio general de que el uso privativo de las aguas se adquiere sólo por concesión (con las excepciones previstas en la propia Ley), que es, como ya se ha dicho, una opción fundamental de la nueva legislación en materia hídrica, regula otros tantos elementos esenciales del sistema concesional, como son: a) la necesidad de tener en cuenta la explotación racional del conjunto de los recursos hidráulicos y la no garantía de la disponibilidad de los caudales concedidos (ap. 2); b) la posibilidad

de modificación de las concesiones preexistentes cuando así lo exija la realización de obras de una nueva concesión (ap 3); c) la facultad que se reconoce a las Administraciones estatal y autonómica de acceder a la utilización de aguas, previa autorización especial, como excepción al régimen concesional general (ap. 5), y d) la posibilidad de prorrogar excepcionalmente y por causa justificada el plazo de la concesión (ap. 6), plazo que el propio Gobierno Vasco considera básico. Tanto por el carácter esencial de los aspectos regulados como por su contenido principal, estos preceptos deben considerarse básicos. Lo mismo puede decirse de la regulación del sistema de preferencia de las concesiones que se contiene en el artículo 58, cuyo orden concreto puede ser parcialmente modificado, por lo demás, en cada plan hidrológico de cuenca, lo que equivale, por tanto, a reconocer esta potestad a las Comunidades Autónomas en relación con los planes de su competencia. El artículo 59 delimita, en sus apartados 2 a 4 el alcance del principio general de especialidad o predeterminación del destino de la concesión, con singular referencia a las concesiones de aguas para riegos, en relación con las cuales el artículo 60 establece algunas prescripciones básicas que han de respetarse en los casos en que los peticionarios sean empresas o particulares interpuestos no titulares de las tierras beneficiarias del riego. El artículo 61 recoge el principio básico de la transmisibilidad de los aprovechamientos y constitución de gravámenes sobre los mismos, con la exigencia, que debe entenderse asimismo básica en cuanto garantía del destino concesional, de autorización administrativa previa en ciertos casos. Del mismo modo, merece la calificación de básico el artículo 63 en su conjunto, ya que contempla y regula en lo esencial otro aspecto indispensable del régimen concesional, cual es el de la revisión de las concesiones otorgadas y los efectos económicos que comporta. Este mismo razonamiento puede ser aplicado al artículo 64.2, también impugnado por el Gobierno Vasco, pero sólo en lo que se refiere a la caducidad de los aprovechamientos privativos adquiridos por concesión, no en cambio a la de los demás usos privativos ganados por otro título, cuyo régimen de caducidad tiene sólo carácter supletorio de la legislación que sobre este punto pueda dictar la CA País Vasco para los aprovechamientos de aguas intracomunitarias.

j) En particular, la Junta de Galicia y los Senadores recurrentes atacan el artículo 57.5, en conexión con el 41.1 y con el 53.3, porque, a su entender, anula la potestad autonómica de reserva de recursos esenciales que confieren a las Comunidades Autónomas sus Estatutos de Autonomía y, entre ellos, el artículo 28.4 EA Galicia. Pero este reproche carece de valor impugnatorio, pues, aun cuando pudiera entender que está en juego ese título competencial autonómico, lo cierto es que los preceptos que ahora se cuestionan no impiden el ejercicio de las potestades que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas al respecto. Antes bien, el artículo 57.5 se limita a facilitar al Estado y a las Comunidades Autónomas el acceso al uso de las aguas en general sin necesidad de concesión previa, mientras que los artículos 41.1 y 53.3 se refieren a reservas de aguas o a caudales reservados por los planes hidrológicos o por los planes del Estado, pero sin predeterminar en el primer caso la autoridad competente para crear la reserva, que lógicamente debe ser la que elabore y apruebe, en los términos señalados, el plan hidrológico, ni excluir en el segundo que puedan existir caudales reservados en planes elaborados por las Comunidades Autónomas.

k) La Junta de Galicia y el Gobierno Vasco impugnan también los artículos 65 a 68, que regulan el alumbramiento y utilización de las aguas subterráneas. Pero las razones que invocan pierden toda trascendencia, ya que, una vez declaradas de dominio público las aguas de esta naturaleza, el régimen de su utiliza-

ción previsto por la Ley responde, como regla general, a la técnica concesional, quedando así reducida la cuestión a determinar si los preceptos impugnados se ciñen o no a establecer las bases del sistema concesional en materia de aguas subterráneas. La respuesta ha de ser positiva, pues las normas impugnadas determinan sólo las líneas maestras de ese específico sistema concesional, como son, de un lado, el requisito imprescindible del otorgamiento previo de autorizaciones de investigación y la prioridad para conseguirlas (arts. 65 y 66), y, de otro, algunas condiciones fundamentales de las concesiones mismas (arts. 67 y 68), remitiéndose a la legislación sobre expropiación forzosa al objeto de determinar las indemnizaciones que procedan en favor de los propietarios de los terrenos donde las aguas se investiguen o alumbren o en favor de los titulares de aprovechamientos preexistentes afectados por la nueva concesión.

l) Dentro del título IV LA, el Gobierno Vasco recurre finalmente contra los artículos 69.1, 70, 71.1 y 3 y 72.1, 2 y 3. Por lo que se refiere a este último precepto —art. 72—, admite que puede ser básico que exista un Registro de Aguas, y así debemos, en efecto, declararlo aquí, por ser éste un elemento esencial del sistema de concesiones administrativas sobre las aguas, en cuanto instrumento indispensable de garantía de las mismas. Lo que el Gobierno Vasco rechaza es la referencia a los Organismos de cuenca contenida en los tres primeros apartados del artículo 72 y la remisión al reglamento de la regulación de la organización y funcionamiento del Registro. Pero tales especificaciones no invaden competencia alguna de la Comunidad Autónoma vasca. Y no lo hacen porque, de un lado, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional 4.<sup>a</sup> LA, las funciones atribuidas a los Organismos de cuenca corresponden a la Administración hidráulica del País Vasco en las cuencas intracomunitarias; y, de otro, porque la remisión al reglamento debe entenderse que opera sólo en relación con las cuencas hidrográficas a las que se extiende la competencia exclusiva del Estado, ya que en relación con las demás corresponde a las Comunidades Autónomas regular su propia Administración hidráulica, incluido el necesario Registro de Aguas, sin otro límite que el de la legislación básica del Estado sobre el régimen de las Administraciones públicas (art. 149.1.18), que, por lo que aquí interesa, se contiene ya en el artículo 72 LA.

Análoga consideración merecen las remisiones reglamentarias que efectúa el artículo 71.1 y 3 en materias sustantivas y de procedimiento, pues, aunque al Estado compete regular el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE), ello no obsta a las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, que pueden adaptar por ello las reglas comunes a sus necesidades e intereses peculiares respecto de los procedimientos especiales que aprueben en materia de su competencia. Así interpretado, el artículo 71, en sus apartados 1 y 3, no es inconstitucional.

Por lo que se refiere a los artículos 69.1 y 70, debe entenderse que son de aplicación meramente supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia general sobre los aprovechamientos hidráulicos de las aguas que discurran íntegramente por su territorio, ya que, al referirse a determinados usos especiales o privativos de bienes del demanio hidráulico, no establecen reglas imperativas básicas de las concesiones administrativas, al margen de la alusión a los principios de protección del medio ambiente y de la calidad de las aguas, que en todo caso vinculan a las Comunidades Autónomas, por imperativo de los artículos 13.3 y 84 LA, que sí tienen carácter básico.

*Vigésimocuarto:* El recurso presentado por el Gobierno Vasco se dirige también contra la totalidad de los preceptos del capítulo 4.º del título IV LA (arts. 73

a 83) que regula las comunidades de usuarios. Alega el órgano recurrente, de un lado, que esas normas no son aplicables a la utilización de las aguas que discurran íntegramente dentro del País Vasco, y, de otro, que desconocen las potestades exclusivas de autoorganización que corresponden a la Comunidad Autónoma según su Estatuto. El alegato no es convincente, porque no cabe identificar la determinación del régimen de utilización del dominio público hidráulico, que corresponde al Estado o a la Comunidad Autónoma del País Vasco en los términos señalados en el fundamento jurídico anterior, con la regulación de la organización administrativa que sea necesaria para la gestión de los recursos hidráulicos. No es dudoso que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene una potestad de autoorganización que se manifiesta, por lo que ahora interesa, en la configuración de su propia Administración hidráulica y en la de los organismos, corporaciones o entidades administrativas de ella dependientes y en la determinación de su régimen jurídico de organización y funcionamiento. Pero esta potestad organizatoria se halla limitada por la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), que alcanza también a las corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos o profesionales (SS TC 76/1983, de 5 de agosto, y 20/1988, de 18 de febrero). Las comunidades de usuarios que regula la Ley son, como se indica expresamente en el artículo 74.1 de la misma, Corporaciones de Derecho público, adscritas al Organismo de cuenca (o a la Administración hidráulica autonómica correspondiente, de acuerdo con la disp. adic. 4.<sup>a</sup>), por lo que el Estado es competente para regular las bases de su régimen jurídico, pudiendo corresponder a las Comunidades Autónomas, según sus Estatutos y en el ámbito de su competencia organizativa en materia de Administración hidráulica, las demás funciones normativas o ejecutivas sobre tales Corporaciones. Nada alega el Gobierno Vasco sobre el eventual carácter no básico de las prescripciones contenidas en los artículos 73 a 83 LA, o de algunas de ellas. Pero ello no nos exime de analizar si las mismas se hallan amparadas por lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE.

A este respecto debe tenerse en cuenta que, como declaramos en las recientes SSTC 48 y 49/1988, de 22 de marzo, reiterando una doctrina constante de este Tribunal, «la finalidad perseguida por la CE al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de una materia es asegurar, en aras de intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, un común denominador normativo, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia en cuestión le ha sido asignado por la CE y su propio Estatuto». Tratándose de Corporaciones de Derecho público, como es el caso de las comunidades de usuarios de aguas públicas, cuya finalidad no es otra que la gestión autónoma de los bienes hidráulicos necesarios para los aprovechamientos colectivos de los mismos, en régimen de participación por los interesados, las bases del régimen jurídico de este específico sistema de administración pueden contemplar los siguientes aspectos esenciales o de común aplicación: *a*) constitución y modalidades de las comunidades de usuarios; *b*) régimen general de potestades administrativas que se les atribuyen; *c*) relaciones básicas con la Administración pública de que dependan, y *d*) configuración de sus órganos de administración, entendiéndose por básica en este punto, según el criterio sostenido en las SSTC 48 y 49/1988 citadas con relación a un supuesto análogo, «la normación que prevea, en sus líneas fundamentales, la creación de órganos unipersonales y colegiados,

así como el modo de integración de estos últimos (su composición y los mínimos de participación de los diferentes componentes de la comunidad) y sus atribuciones esenciales». Esta regulación básica debe respetar un margen de desarrollo normativo lo suficientemente amplio como para permitir a las Comunidades Autónomas competentes en la materia adoptar las opciones organizativas que mejor se acomodan a sus necesidades e intereses, sin olvidar tampoco en este punto, conforme a la doctrina sentada en las citadas Sentencias constitucionales, que «no pueden considerarse incluidas en el marco estatal básico aquellas normas que no resultan justificadas por el objetivo de garantizar los principios básicos que informan el modelo organizativo diseñado por el legislador estatal».

A la luz de las observaciones generales que preceden, el examen de los preceptos impugnados conduce a las siguientes conclusiones. En primer lugar, deben considerarse básicos aquellos preceptos que se refieren a la constitución de las comunidades de usuarios, en su modalidad general o en las variantes de Comunidad General y Junta Central de usuarios, ya sea obligatoria por disposición legal (art. 73.1, inciso inicial) o por decisión del Organismo de cuenca, lo que equivale a decir de la administración hidráulica del País Vasco en lo que concierne a las aguas a que se extiende su competencia (arts. 73, 79, 80, 82 y 83), ya sea facultativa para los usuarios (arts. 73.2 y 3, 82 y 83). También es básica por la misma razón la excepción contemplada en el artículo 73.5 CE de las Corporaciones de Derecho público que en los apartados anteriores se regulan. Ninguna de estas normas sobrepasa los límites materiales de la normación básica, pues se ciñe a establecer los supuestos de constitución de las entidades corporativas en cuestión.

En segundo lugar son básicos aquellos preceptos que anuncian, en términos generales, las potestades administrativas que se confieren a dichas Entidades para el cumplimiento de sus fines, tales como la ejecutividad de sus acuerdos en el ámbito corporativo y su ejecución forzosa por la vía de apremio (arts. 75.1 y 4 y 76.5 y 6, último párr.), el carácter de beneficiarias de la expropiación forzosa y de la imposición de servidumbres (art. 75.2) y la potestad sancionadora (art. 76.6, párr. 1.º), puesto que todos ellos establecen otros tantos elementos esenciales del régimen jurídico de estas Corporaciones públicas.

En tercer lugar, también deben considerarse básicos los preceptos que definen en sus líneas maestras las relaciones de estas Corporaciones con la Administración de que dependen o que ostenta la potestad de tutela sobre las mismas. Así, tienen tal carácter los párrafos 2.º, *in fine*, y 4.º del artículo 73.1, que prescriben la aprobación de los Estatutos u Ordenanzas de las Comunidades de usuarios por el Organismo de cuenca (o la Administración hidráulica autonómica, en su caso) y la naturaleza y alcance de dicha potestad de aprobación. Lo mismo puede decirse del artículo 73.5, referido a la aprobación por el Organismo de cuenca de los convenios específicos que sustituyan el régimen de comunidad; del artículo 74.1, que establece el principio general de la tutela de las comunidades de usuarios por el Organismo de cuenca; el artículo 74.3, en cuanto prescribe la aprobación por el Organismo de cuenca de las Ordenanzas y Reglamentos de las Comunidades Generales y de las Juntas Centrales de Usuarios; del artículo 74.4, que prevé un control sustitutivo de la Administración hidráulica para el caso de que las comunidades de usuarios no aprueben sus Ordenanzas; del artículo 75.3, que establece la obligación de las comunidades de realizar las obras e instalaciones que la Administración les ordene a fin de evitar el mal uso del agua o el deterioro del demanio hidráulico, así como la sanción administrativa del incumplimiento de dicha obligación y, por último, del artículo 76.5, que

permite recurrir en alzada ante el Organismo de cuenca contra los acuerdos de la Junta General y de la Junta de Gobierno de las Comunidades de usuarios.

En cuanto a los preceptos que regulan la organización interna de las Comunidades de usuarios, sólo pueden considerarse básicos, según el criterio expuesto con anterioridad, aquellos que prevén la creación de los órganos fundamentales y sus atribuciones esenciales, así como los que fijan las reglas generales de articulación de la participación de los usuarios en tales órganos. De acuerdo con ello, son básicos el artículo 73.1.2, que prescribe la elaboración y aprobación de los Estatutos y Ordenanzas de la Comunidad por los propios usuarios, sin perjuicio de la aprobación definitiva por la Administración de tutela; el artículo 74.2, que establece el principio de participación y representación obligatoria de los titulares de bienes y servicios y de los participantes en el uso del agua, en relación a sus respectivos intereses; el artículo 76.1, 2, 3, 4 y 6, que regula el esquema general de los órganos fundamentales de las Comunidades de usuarios, los principios de su integración o composición, en atención al principio de participación, y sus atribuciones esenciales; y, por conexión, es también básico el artículo 77, que respeta la organización tradicional de los aprovechamientos colectivos de las aguas y, en especial, de los Jurados o Tribunales de Riego. Todos los preceptos de la LA mencionados constituyen el armazón legislativo básico de las Corporaciones de usuarios, en cuyo desarrollo la CA País Vasco dispone de un amplio margen de libertad de decisión para la configuración normativa de los Organismos correspondientes que dependan de su propia Administración hidráulica.

Por el contrario, no tienen carácter básico, porque establecen reglas de detalle ajenas a los aspectos fundamentales del régimen de las comunidades de usuarios, los siguientes preceptos: el inciso final, párrafo 1.º, del artículo 73 1, relativo a las denominaciones específicas de las comunidades; el artículo 74.2, que prescribe el contenido de los Estatutos u Ordenanzas, excepción hecha del principio de participación y representación que sanciona; el artículo 78, que regula un aspecto concreto del modo de definición de la titularidad de las obras que integran los aprovechamientos colectivos. Tampoco es básico el artículo 81, que no regula un nuevo tipo de comunidad de usuarios, sino que condiciona el otorgamiento de concesiones para abastecimiento de aguas a varias poblaciones a la constitución de mancomunidades, consorcios u otras entidades semejantes. El régimen jurídico básico de estas entidades se establece en la legislación de régimen local, que a la CA País Vasco corresponde desarrollar y, en su caso, ejecutar, en el ámbito de sus competencias. Por otra parte, el condicionamiento de las concesiones que prevé el artículo 81 LA no puede considerarse como una norma básica sobre concesiones administrativas, habida cuenta de que regula un supuesto específico y no contiene una norma general del propio sistema concesional. En consecuencia, el citado precepto, al igual que los referidos artículos 73.1, párrafo 1.º, inciso final; 74.2, con excepción del principio de participación que establece, y 78 son de aplicación meramente supletoria en el País Vasco.

*Vigésimoquinto:* El título V L 29/1985, bajo la rúbrica «De la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas continentales», incluye una serie de disposiciones de diferente alcance y finalidad. Alguna se refiere a la protección del dominio público *stricto sensu*, en concreto el artículo 87, que atribuye al Estado el apeo y deslinde de los cauces demaniales. Esta reserva estatal de competencia no es inconstitucional, ya que, como hemos declarado en un fundamento jurídico anterior, las competencias sobre la protección del demanio hidráulico corresponden al Estado para el cumplimiento de los mandatos establecidos en el artículo 132 1 CE. Dicho sea lo anterior sin perjuicio de que

aquellas competencias estatales de apeo y deslinde puedan ejercerse, por delegación, a través de los Organismos de cuenca, como señala el propio artículo 87 o, en su caso, por medio de la Administración hidráulica autonómica en las cuencas intracomunitarias, con arreglo a lo previsto en la disposición adicional 4.<sup>a</sup>.

La casi totalidad de los preceptos de este título V regulan la denominada policía demanial. En lo que concierne a las aguas que discurran íntegramente por su territorio, las competencias sobre esta materia corresponden, sin duda, a las Comunidades Autónomas que hayan asumido en general las relativas a los aprovechamientos hidráulicos. Así lo hemos indicado ya en anterior fundamento jurídico y procede reiterarlo ahora, pues la policía de aguas debe entenderse comprendida en el concepto de aprovechamientos hidráulicos. Como admite el Letrado del Estado, la propia LA viene a reconocerlo expresamente cuando en el artículo 86 previene que «la policía de las aguas superficiales y subterráneas y de sus cauces y depósitos naturales, zonas de servidumbre y perímetros de protección se ejercerá por la Administración hidráulica competente». A este respecto, la Ley se limita, en términos generales, a establecer algunas prescripciones de principio, con el fin de garantizar la calidad de las aguas continentales y de su entorno, sin merma de la competencia de las Comunidades Autónomas para desarrollar o complementar aquellas normas generales y para ejecutarlas en el ámbito de sus competencias administrativas sobre el dominio público hidráulico. Tales prescripciones encuentran fácil encaje en la legislación básica sobre protección del medio ambiente, que al Estado corresponde dictar *ex* artículo 149.1.23 CE, por lo que no pueden reputarse inconstitucionales los artículos 85, 89 *d*) y 91.

Dentro de este repertorio de medidas protectoras de la calidad de las aguas, destaca la facultad que el artículo 88.1 atribuye al Gobierno para establecer alrededor de los lechos de los lagos, embalses y lagunas un área de protección en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen. Es ésta una competencia de ejecución que no encuentra respaldo en el artículo 149.1.23 CE, ni tampoco en el artículo 149.1.22, cuando se trate de aguas que discurran íntegramente por una Comunidad Autónoma. De ahí que esta atribución no pueda corresponder al Gobierno en relación con las aguas o lechos intracomunitarios. Por otra parte, cuando se ejerza respecto de lagos, lagunas o embalses en cuencas intercomunitarias, la decisión gubernativa puede incidir en el ejercicio de las competencias autonómicas sobre ordenación del territorio. La competencia del Estado sobre la ordenación de recursos y aprovechamientos hidráulicos en estas aguas no justifica una interferencia semejante en la esfera competencial de las Comunidades Autónomas, máxime con el grado de indefinición que, en cuanto al condicionamiento del uso del suelo y de las actividades en aquellas áreas, se deriva del artículo 88.1. En fundamento jurídico anterior ya se ha señalado que no es inconstitucional el artículo 6 LA, que sujeta las márgenes de los cauces públicos a una zona de policía de 100 metros, dado que puede considerarse como una norma general básica de protección del medio ambiente. El artículo 88.3 extiende esta zona de policía a las márgenes de lagos, lagunas y embalses, por lo que merece la misma calificación. También se ha expuesto que, respecto de tales zonas, los planes hidrológicos de cuenca podrían establecer una regulación, asimismo, básica de protección medio ambiental. Ahora bien, atribuir, además, al Gobierno la potestad, de imprecisos límites, que le confiere el artículo 88.2 supone una extralimitación competencial, en detrimento de las potestades que todas las Comunidades Autónomas han asumido sobre la ordenación del territorio y la gestión del medio ambiente. Por ello el artículo 88.1 LA debe ser declarado inconstitucional.

No puede decirse lo mismo del artículo 88.2, que permite a los Organismos de cuenca prever en sus proyectos zonas de servicio para la explotación de los embalses. En la medida en que tales zonas de servicio sean estrictamente indispensables para los aprovechamientos hidráulicos de competencia estatal, aquella facultad resulta inherente al ejercicio de las competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1.22 CE, bien entendido que debe ser ejercida en coordinación con la planificación y ordenación del territorio. Por lo demás, las extralimitaciones en que pudiera incurrir la Administración hidráulica del Estado, respecto de las estrictas condiciones que legitiman dicha facultad, podrán ser impugnadas ante los órganos judiciales competentes.

*Vigésimosexto:* El capítulo 2.º, título V (arts. 92 a 100) incluye determinadas normas sobre los vertidos en aguas continentales que afectan a la policía demanial, pero que tienen el carácter de normas básicas de protección del medio ambiente, cuya legitimidad deriva de lo dispuesto en el artículo 149.1.23 CE. No obstante, algunos de los preceptos impugnados atribuyen potestades de ejecución. Las que asignan estas potestades a los Organismos de cuenca (arts. 96 y 99) no son inconstitucionales, habida cuenta de que las mismas se entienden conferidas a las Administraciones hidráulicas de las Comunidades Autónomas con competencia general en materia de aprovechamientos hidráulicos respecto de las aguas que discurren íntegramente por su territorio (disp. adic. 4.ª LA). En cambio, las competencias de ejecución que se atribuyen al Gobierno (arts. 95, párr. 2.º, 96 *in fine* y 98) corresponden a aquellas Comunidades Autónomas respecto de las aguas intracomunitarias, y sólo podrán ser ejercidas por el Estado, como expresamente dispone el artículo 98, cuando puedan considerarse incluidas en el ámbito de las competencias del Ejecutivo estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.22 CE.

*Vigésimoséptimo:* El artículo 101 se refiere a una materia —la reutilización de aguas depuradas— que se enmarca en el concepto de aprovechamientos hidráulicos, aunque también pueden incidir sobre la misma otros títulos competenciales. En principio, corresponde a las Comunidades Autónomas con competencia general sobre dichos aprovechamientos, en aguas intracomunitarias, regular y gestionar la reutilización de aguas depuradas, pero ello sin perjuicio de la competencia del Estado sobre la legislación básica del medio ambiente, las bases y coordinación de la sanidad u otras competencias reservadas al mismo en la CE. El párrafo 1.º del artículo 101 habilita precisamente al Gobierno para establecer las «condiciones básicas para la reutilización directa de las aguas, en función de los procesos de depuración, su calidad y los usos previstos», es decir, para dictar determinadas normas que, siempre que su contenido sea efectivamente básico, se inscriben en el título competencial sobre la sanidad que al Estado reserva el artículo 149.1.16 CE. Es cierto que el precepto legal impugnado no fija directamente las condiciones que hayan de cumplirse para proceder a la reutilización de las aguas, sino que remite a la potestad normativa del Gobierno para que, por vía reglamentaria, se especifiquen en cada caso tales condiciones básicas. Pero es éste un supuesto en el que concurren razones de orden técnico o coyuntural que, de acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal permiten exceptuar la exigencia de rango legal que, como regla general, deben cumplir las normas básicas que rijan en una determinada materia, pues no es dudoso que los distintos procesos de depuración, la calidad necesaria en cada caso y los diferentes usos a que se destinen las aguas inutilizadas hacen virtualmente imposible una determinación *ex lege* de los requisitos básicos que hayan de respetarse en las

diversas operaciones de reutilización directa de las aguas. Por todo ello, el párrafo 1.º del artículo 101 no es inconstitucional.

El párrafo 2.º del artículo 101 contiene una norma sustantiva, que debe considerarse básica en materia de concesiones administrativas, pues introduce un específico supuesto concesional en el caso de que la reutilización de las aguas se lleve a cabo por persona distinta del primer usuario, considerando a tal efecto que ambos aprovechamientos son independientes y deben ser objeto de concesiones distintas. Por ello, este precepto no excede de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.18 CE.

El artículo 102 remite al reglamento la determinación de eventuales ayudas o auxilios del Estado a quienes realicen algunas de las actividades que el precepto legal enuncia. Pero es claro que este precepto no establece por sí mismo regulación alguna de directa aplicación que limite o menoscabe competencias autonómicas, lo que, sin necesidad de otras razones, obliga a rechazar la pretensión de inconstitucionalidad dirigida frente al mismo. Sea dicho sin perjuicio de recordar aquí la reiterada doctrina de este Tribunal, según la cual la facultad del Estado de otorgar subvenciones o beneficios económicos con cargo a sus presupuestos no es concepto o título válido para delimitar sus competencias respecto de las que son propias de las Comunidades Autónomas (SSTC 39/1982, de 30 de junio; 144/1985, de 25 de octubre; 179/1985, de 19 de diciembre; 95/1986, de 10 de julio, y 152/1988, de 2 de julio, entre otras).

Por último, el artículo 103 recoge algunas prescripciones sobre el régimen jurídico de las llamadas zonas húmedas. En rigor, no es ésta una materia que quepa incluir necesariamente dentro de la relativa a las aguas o al dominio público hidráulico, aunque en ocasiones sea notoria su relación con la ordenación y gestión de los recursos hidráulicos. Pero, en cualquier caso, el contenido normativo de este precepto legal no excede de la legislación básica que el Estado puede aprobar para proteger el medio ambiente, sin atribuir a los Organismos de cuenca potestades decisorias que pudieran coartar las atribuciones que corresponden a las Administraciones autonómicas en esta misma materia.

*Vigésimocuarto:* Del título VI LA se impugnan los artículos 104 y 105, que regulan el canon de utilización de determinados bienes del dominio público hidráulico y el canon de vertidos en aguas públicas, respectivamente. Consideran los recurrentes que, por lo que atañe a las aguas intracomunitarias, esos preceptos son inconstitucionales, sea porque gravan objetos tributarios de competencia autonómica, sea porque el sujeto activo de las exacciones debe ser la Comunidad Autónoma y no el Estado. El Letrado del Estado sostiene, por el contrario, que, siendo todas las aguas de titularidad estatal, el Estado es el sujeto activo de la imposición. Ahora bien, como se ha declarado con anterioridad, el hecho de que el dominio público hidráulico sea en su totalidad de titularidad estatal no significa que todas las competencias que se ejerzan sobre el mismo hayan de corresponder también al Estado, ya que el dominio público no es concepto que por sí solo delimite competencias en la CE o en los Estatutos de Autonomía. Pero tampoco puede aceptarse, sin más, la tesis —que los recurrentes no justifican en precepto específico alguno— en virtud de la cual los artículos 104 y 105 de la Ley gravan objetos tributarios de competencia autonómica.

Las exacciones que regulan estos artículos tienen como presupuesto o hecho imponible la utilización del dominio público hidráulico en determinados casos o para determinados fines. Para deslindar las competencias en relación con ese régimen económico-financiero, resulta decisivo atender a lo que establecen las normas reguladoras de la financiación autonómica a que se refieren estos su-

puestos. El artículo 7.1 LOFCA, a la que se remiten tanto el artículo 157.3 CE como los Estatutos de Autonomía, dispone a este propósito que las Comunidades Autónomas podrán establecer tasas sobre la utilización de su dominio público, de donde se sigue *a contrario sensu* que corresponde al Estado establecer las tasas que graven la utilización del dominio público estatal. En consecuencia, los artículos 104 y 105 LA no exceden de la competencia del Estado en materia financiera, sin perjuicio de que, como los mismos preceptos disponen, los tributos que en ellos se crean hayan de ser gestionados, recaudados o percibidos por los Organismos de cuenca, lo que equivale a decir por la Administración hidráulica de las Comunidades Autónomas en las cuencas intracomunitarias, que han de destinarlos a la protección y mejora del dominio público y de la calidad de las aguas. A mayor abundamiento, en lo que atañe al canon de vertidos autorizados, a que se refiere el artículo 195, hay que entender que la creación de este tributo responde también a la competencia del Estado sobre la legislación básica en materia de medio ambiente, puesto que se trata de una opción esencial de la acción administrativa encaminada a la protección y mejora de la calidad de las aguas y demás recursos naturales integrados en el dominio público hidráulico. En consecuencia, los citados artículos 104 y 105 LA no invaden las competencias de las Comunidades Autónomas.

El artículo 107, también impugnado por su conexión con los anteriores, es susceptible de idéntico pronunciamiento en lo que atañe al apartado 1, por su parte, el apartado 2 contiene normas comunes de procedimiento, de competencia estatal *ex artículo* 149.1.18 CE, y directamente aplicables, por tanto, en todo el territorio nacional.

*Vigésimonoveno:* Por lo que concierne a las impugnaciones dirigidas contra los preceptos incluidos en el título VII LA, procede recordar ahora la doctrina de este Tribunal establecida en STC 87/1985, de 16 de julio, y reiterada en SSTC 102/1985, de 4 de octubre; 137/1986, de 6 de noviembre, y 48/1988, de 22 de marzo, entre otras, según la cual las Comunidades Autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostentan competencias y, en su caso, pueden regular las infracciones y sanciones ateniéndose a los principios básicos del ordenamiento estatal, pero sin introducir divergencias irrazonables o desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, por exigencia derivada del artículo 149.2.1 CE. Con arreglo a esta doctrina, debe declararse que los artículos 108 y 109 LA, cuyas prescripciones tienen carácter básico, puesto que establecen de manera general los tipos de ilícitos administrativos en materia de aguas, los criterios para la cualificación de su gravedad y los límites mínimos y máximos de las correspondientes sanciones, son de aplicación directa en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de la legislación sancionadora que puedan establecer las Comunidades Autónomas en relación con los aprovechamientos hidráulicos de su competencia, incluida la policía demanial o de aguas, llegando, en su caso, a modular tipos y sanciones en el marco de aquellas normas básicas, en atención a razones de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales. Asimismo, la asignación de competencias ejecutivas sancionadoras que dispone el artículo 109.2 debe entenderse referida a los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas en materia de su competencia. Por otra parte, los artículos 110 y 111 son también de aplicación directa en todo el territorio del Estado, puesto que se limitan a regular, de un lado, las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados en el dominio público hidráulico (art. 110.1), lo que constituye un supuesto específico de responsabilidad civil por daños, materia que forma parte

de la legislación civil reservada al Estado por el artículo 149.1.8 CE, o a disponer, de otro, medios de ejecución forzosa de las medidas sancionadoras, que forman parte del procedimiento administrativo común cuya aprobación corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.18 CE, ya que en este caso el precepto impugnado no hace otra cosa que especificar la aplicación de tales medios de ejecución forzosa previstos en la legislación general sobre el procedimiento administrativo, y fijar un límite máximo a la cuantía de las multas coercitivas, para garantizar un tratamiento sustancialmente igual de los interesados (arts. 110.2 y 111).

*Trigésimo.* Por último, la Junta de Galicia impugna la disposición final 2.<sup>a</sup> y, en parte, la disposición derogatoria 1.<sup>a</sup> LA. Aquélla autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias precisas para el cumplimiento de la LA, lo que, según la Junta de Galicia, precluye inconstitucionalmente las potestades legislativas y reglamentarias de las Comunidades Autónomas en la materia. El alegato no requiere un examen muy detenido para desecharlo, pues es obvio que semejante remisión genérica a la potestad reglamentaria del Gobierno sólo puede ser interpretada, de conformidad con la CE, como habilitación para el ejercicio de aquella potestad normativa en las materias de competencia estatal a que la propia LA se refiere, sin merma alguna de las que correspondan a las Comunidades Autónomas.

Frente a la disposición derogatoria 1.<sup>a</sup> la recurrente afirma que no puede operar un efecto derogatorio de la LA de 13 de junio de 1879, ni del artículo 38.5 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, sin infringir al tiempo la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> EA Galicia. Como en el supuesto anterior, el alegato es también inconsistente, ya que es del todo claro que la citada disposición estatutaria gallega no impide, ni podría impedir, a las Cortes Generales legislar en materias de su competencia, pudiendo por lo mismo modificar por nuevas Leyes las que estuvieran vigentes antes de la entrada en vigor del EA Galicia, las cuales tendrán en dicha Comunidad Autónoma valor aplicativo directo o supletorio, según las normas distributivas de competencias que se contienen en la CE y en el citado Estatuto. Lo contrario llevaría a la consecuencia de que, hasta tanto legisle el Parlamento de Galicia sobre las materias de su competencia, la legislación del Estado previa al Estatuto quedaría indefinidamente congelada, singular y paradójico efecto éste que, como razonado queda, no se desprende en modo alguno de aquella norma transitoria, que carece de fuerza para enervar la potestad de modificar o derogar las leyes del Estado que las Cortes Generales ostentan y que pueden ejercer según el modo que en cada momento estimen más oportuno. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que el Parlamento de Galicia pueda legislar cuando lo considere necesario, en materias de su competencia, pero sin olvidar que en tal caso, y respecto de las materias sobre las que ostente competencia exclusiva, será aplicable en Galicia, con carácter supletorio, la legislación estatal que en su momento se halle en vigor y no la que lo estaba cuando entró en vigor el Estatuto de Autonomía.

*Trigésimoprimeros:* En el conflicto positivo de competencias número 995/1986, acumulado en el presente proceso constitucional, el Gobierno Vasco combate la mayor parte de los preceptos de RD 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en desarrollo de los títulos preliminar, I, IV, V, VI y VII L 29/1985. El órgano que plantea el conflicto reproduce en sus alegaciones la argumentación utilizada en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, aplicándola de manera genérica, con algunas excepciones, a los preceptos reglamentarios impugnados. Por su parte, el Letrado del Estado se opone a la estimación del conflicto por las mismas o análogas

razones invocadas en defensa de la constitucionalidad de los preceptos impugnados de la Ley, si bien señala que, en el caso de que se reconozca a la Comunidad Autónoma actora la titularidad de alguna de las competencias controvertidas, ello no acarrea la nulidad de los correspondientes preceptos, sino tan sólo su no aplicabilidad directa en el País Vasco.

Planteada en estos términos la controversia, procede afirmar que la fundamentación jurídica general que ha quedado expuesta en relación con los preceptos de la Ley impugnados por el Gobierno Vasco con base en motivos competenciales es, en principio, aplicable a la resolución del presente conflicto positivo de competencia, lo que nos exime ahora de ociosas repeticiones, más aún si se tiene en cuenta que muchos de los preceptos del Reglamento de Dominio Público Hidráulico cuestionados por el Gobierno Vasco reproducen con exactitud otros tantos preceptos de la LA, conviniéndoles, por tanto, idénticos razonamientos y conclusiones.

No obstante lo cual, la circunstancia de que el Reglamento no incluya ninguna cláusula general de salvaguarda de las competencias autonómicas en materia de aguas, semejante, por ejemplo, a las que establecen las disposiciones adicionales 4.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> LA, así como el carácter infralegal de las normas controvertidas, nos obligan a formular algunas observaciones preliminares que permitan centrar el alcance del conflicto y resolverlo en sus justos términos constitucionales.

*Trigésimosegundo:* Al País Vasco corresponde la competencia sobre los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro de su territorio, y la competencia exclusiva sobre las aguas subterráneas no renovables que se hallen en su territorio, sin perjuicio del dominio público estatal de los recursos hidráulicos a que se refiere el título I LA, y de las competencias del Estado derivadas de otros títulos constitucionales específicos, en el sentido ya expuesto. Aunque el Reglamento del Dominio Público Hidráulico no alude expresamente a aquel criterio primordial de distribución competencial, en función del carácter intercomunitario de las aguas, hay que entender, conforme a lo dispuesto en la LA que desarrolla, que las competencias de ejecución que atribuye al Gobierno, a la Administración del Estado o a los Organismos de cuenca corresponden al Gobierno y a la Administración hidráulica del País Vasco en relación con las aguas superficiales de las cuencas intracomunitarias y respecto de las aguas subterráneas no renovables que se hallen en su territorio, salvo excepción justificada en títulos competenciales distintos.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que el RD 849/1986 desarrolla o complementa la regulación de la LA en relación con materias, aspectos o cuestiones de distinta naturaleza. Esta regulación afecta, en primer lugar, a materias de la exclusiva competencia del Estado —así el régimen de titularidad del dominio hídrico y sus pertenencias, las servidumbres legales de carácter civil y el régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico estatal—; en segundo lugar, tiene por objeto materias respecto de las cuales la CA País Vasco ostenta competencia legislativa plena en lo tocante a las aguas que discurren íntegramente por su territorio —los aprovechamientos hidráulicos, en general, incluidos los usos comunes y especiales y la policía demanial—; en tercer lugar, toma en consideración determinados aspectos sobre los que el Estado tiene sólo competencia para establecer las bases o la legislación básica —régimen jurídico de las Administraciones públicas, concesiones administrativas, medio ambiente, entre otras—, o, por último, incluye una regulación pormenorizada de distintos procedimientos administrativos, que el Letrado del Estado

considera que corresponde aprobar al Estado por tratarse de normas de procedimiento común.

Corolario necesario de la distinción anterior es que la aplicabilidad directa o meramente supletoria en el País Vasco de los diversos preceptos impugnados del Reglamento, respecto de las aguas que discurren íntegramente por su territorio, depende de la materia a la que cada uno de tales preceptos se refiera o de la competencia del Estado que hayan pretendido actuar. Así, mientras que los que regulan las pertenencias del demanio hídrico o cuestiones de índole civil o relativas al régimen económico-financiero de la utilización de los bienes demaniales del Estado son directamente aplicables en todo el territorio del Estado, aquellos otros que disciplinan el régimen de utilización del dominio público hidráulico resultan, salvo excepción justificada en títulos competenciales distintos, de aplicación supletoria en el territorio de la CA País Vasco.

De otro lado, es necesario advertir que los preceptos reglamentarios que desarrollan las normas legales básicas sobre el régimen jurídico de la Administración hidráulica, las concesiones administrativas, el medio ambiente u otras materias conexas no pueden por ese solo hecho considerarse también básicos. Según ha declarado recientemente este Tribunal en S 69/1988, de 19 de abril, recogiendo y sintetizando su anterior doctrina sobre el particular, «la tarea que a este Tribunal corresponde para la defensa del sistema de distribución de competencias [art. 161.1 c) CE y 59 LOTC] cuando entra en juego (...) la competencia estatal para la ordenación de lo básico, se debe orientar en atención a dos finalidades esenciales, consistente la primera en procurar que la definición de lo básico no quede, en cada caso, a la libre disposición del Estado —pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas— y cifrada la segunda en la preservación de que el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado la facultad para oponer sin advertencia a las Comunidades Autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura». Como dijimos entonces, a la primera finalidad da satisfacción el concepto material de norma básica, mientras que a la segunda atiende, como criterio general, la exigencia de Ley formal para la definición de lo básico, exigencia ésta cuya trascendencia se acentúa «como garantía de la certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas», una vez superada la etapa inicial de vigencia de la CE en la que el concepto material de norma básica pudo adquirir excepcional relevancia, ya que «no le era posible al Estado desplegar una actividad legislativa tan intensa que pudiera, de manera inmediata, configurar todas las ordenaciones básicas que contemplan la CE y los Estatutos». De ahí que, como resulta del citado pronunciamiento —cuya doctrina se reitera en STC 80/1988, de 28 de abril— y de otros anteriores (SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 42/1983, de 20 de mayo), la operación de definición de las bases debe llevarse a cabo normalmente por las Cortes Generales, sea de manera expresa, sea de forma que, en razón de la estructura de la norma, dicha definición se puede «inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad», siendo excepcional la posibilidad que el Gobierno de la Nación tiene de hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto los aspectos básicos de una materia, posibilidad limitada a los supuestos que sean «complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases», y siempre que el Decreto en cuestión muestre «por su identificación expresa o por su estructura» tal carácter básico, en atención a la exigencia de seguridad jurídica antes mencionada. En consecuencia, cuando la Ley estatal

postconstitucional ha regulado una materia sobre la que compete al Estado establecer las bases, no puede entenderse, como regla general, que las disposiciones reglamentarias que el Gobierno apruebe en desarrollo o para la ejecución de la Ley tengan también carácter básico, a menos que tales normas complementarias de rango infralegal indiquen expresamente su pretendida naturaleza básica o así resulte sin lugar a dudas de su propia estructura normativa en cuanto complemento indispensable de las normas legales básicas.

Aplicada esta doctrina constitucional al caso que ahora nos ocupa, es de sencilla comprobación que el Reglamento del Dominio Público Hidráulico no define a alguno o algunos de sus preceptos como básicos, ni de su propia estructura se deduce claramente que lo sean, salvo en lo que concierne al artículo 272, que desarrolla en sus aspectos esenciales la habilitación conferida al Gobierno por el artículo 101.1 LA, por lo que es obligado concluir que los restantes preceptos de dicho Reglamento no contienen normas básicas aplicables en todo el territorio nacional, con excepción también, claro está, de las que se limitan a reproducir preceptos básicos de la LA, que lo son en cuanto que sus prescripciones forman parte de dicha Ley. En resumidas cuentas, hecha la salvedad concerniente al artículo 272, procede declarar que todos los demás preceptos del Reglamento que desarrollan o complementan las normas básicas establecidas en la LA tienen valor meramente supletorio de la legislación que corresponde aprobar a la CA País Vasco, en el marco de aquellas bases, respecto de los aprovechamientos de las aguas que discurren íntegramente por su territorio.

Por último, es de señalar que una buena parte de los preceptos del RD 849/1986 que el Gobierno Vasco combate tienen por objeto la regulación, con el detalle propio de una norma reglamentaria, de los aspectos procedimentales de la gestión administrativa en materia de aguas. Según el criterio del órgano que plantea el conflicto, tales preceptos desbordan con mucho los principios o reglas procedimentales básicas, mientras que el Letrado del Estado justifica la constitucionalidad de todas estas normas procedimentales en la cláusula del «procedimiento administrativo común» que el artículo 149.1.18 CE reserva a la competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

La resolución de esta convocatoria exige determinar ante todo lo que debe entenderse por «procedimiento administrativo común», a los efectos prevenidos en el citado artículo 149.1.18 CE. El adjetivo «común» que la CE utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del «procedimiento administrativo común», que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia —lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio artículo 149.1.18—, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La CE no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades

Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

*Trigésimotercero:* De acuerdo con las consideraciones generales que se acaban de exponer, debemos dar respuesta a las pretensiones deducidas por el Gobierno Vasco frente a los numerosos preceptos impugnados del RD 849/1986 en el presente conflicto positivo de competencia.

Procede declarar, en primer término, que invaden las competencias de la CA País Vasco los siguientes preceptos: artículo 1.4, inciso final, en cuanto que exige oír al MOPU en el expediente de calificación de las aguas minerales y termales, pues el País Vasco ha asumido la competencia exclusiva en esta materia (art. 10.11 EA País Vasco), competencia que el Estado no puede interferir mediante el trámite establecido en aquel precepto del Reglamento, aunque sea para la eventual defensa de las aguas de titularidad estatal que no tienen aquel carácter, ello sin perjuicio de que la Administración del Estado puede comparecer como parte interesada en el expediente de calificación y defender sus derechos y competencias en la vía judicial competente, conforme a las leyes generales; el artículo 89.4, en la medida en que prevé la reversión de obras al Estado al extinguirse las concesiones de aprovechamiento de los recursos hidráulicos en aguas que discurren íntegramente por el País Vasco, por las razones expuestas en relación con el artículo 51.4 LA, cuyos mandatos el precepto reglamentario reproduce; el inciso final del artículo 197.1, que previene la intervención del «Delegado del Gobierno en la Administración hidráulica correspondiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16.1 LA», puesto que la creación de este órgano administrativo es contraria a la CE, según ha quedado razonado con anterioridad.

En segundo término, debe declararse que no invaden las competencias de la CA País Vasco, dado que regulan materias de la competencia exclusiva del Estado, los siguientes preceptos: el artículo 1, apartados 2 y 3, este último en los términos que establece la LA, cuyo artículo 1.3 reproduce sustancialmente; los artículos 2, 4, 6 a 8, 10, 12, 13 y 15.2, referidos todos ellos a la definición de los bienes que integran el dominio público hidráulico estatal y a la regulación de las zonas de servidumbre, siendo básica la determinación de la zona de policía que prevé el artículo 6 LA; los artículos impugnados del capítulo I, título II, relativos a las servidumbres legales, con excepción de los artículos 35 a 37 y 45, que establecen normas especiales de procedimiento, que tienen sólo carácter supletorio de las que pueda establecer la CA País Vasco en relación con el ejercicio de las competencias de su propia Administración hidráulica; por referirse también a las servidumbres legales, no exceden de la competencia del Estado *ex artículo*

149.1.8 CE los artículos 162.3 y 333 del Reglamento; tampoco invaden las competencias del País Vasco el artículo 53, que se refiere estrictamente a autorizaciones administrativas de competencia estatal, según el artículo 15 LA, aunque su tramitación se pueda atribuir a las Comunidades Autónomas, así como el artículo 117, que se refiere sólo a concesiones que corresponde otorgar al Estado; de igual modo no invaden las competencias autonómicas los artículos 235 y 240 a 242, que regulan el apeo y deslinde de los cauces de dominio público estatal, aunque su ejecución pueda encomendarse a las Comunidades Autónomas; el mismo razonamiento es aplicable a los artículos 68, 323, 325 y 326, que regulan materias propias de la legislación civil, como son las referidas a la obligación de reparar o indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico, así como a los artículos 327, último inciso, y 334, por conexión con aquéllos; por su parte, el artículo 272 contiene ciertas normas sobre la reutilización de las aguas depuradas que, por su propio contenido esencial, cabe calificar de básicas, y que desarrollan la habilitación conferida al Gobierno por el artículo 101.1 LA, que ya hemos declarado conforme a la CE, de donde se deduce que el citado artículo 272 no excede de las competencias del Estado; los artículos 54.2, 63.2, 72.5 y 284 a 295 y 313.1, ambos inclusive, son también de aplicación directa por la CA País Vasco, pues regulan los cánones de ocupación y vertido, conforme a la competencia del Estado, según lo declarado con anterioridad respecto de los artículos 104 y 105 LA; por último, tampoco invaden las competencias de la CA País Vasco los artículos 197.1, excepción hecha de la referencia al Delegado del Gobierno en la Administración hidráulica autonómica, 260.2, 264.2, párrafo 1.º, en cuanto a la obligación de notificación a la autoridad sanitaria, y 283.2, que se limitan a prever supuestos de colaboración entre las autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas, y son, por lo mismo, plenamente acordes con la CE, según reiterada doctrina de este Tribunal, o bien establecen obligaciones de coordinación con las autoridades sanitarias, que corresponde regular al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.16 CE.

Todas las demás normas del Reglamento del Dominio Público Hidráulico impugnadas por el Gobierno Vasco no resultan conformes con las competencias que aquella Comunidad Autónoma ostenta sobre los aprovechamientos de las aguas que discurren íntegramente por su territorio, según su Estatuto de Autonomía, bien porque regulan aspectos de la competencia exclusiva del País Vasco, bien porque desarrollan las normas básicas del Estado establecidas en la Ley de Aguas, sin que pueda atribuirse a dichos preceptos reglamentarios el mismo carácter básico, sin perjuicio de que algunas de ellas reproduzcan normas básicas de la Ley, de obligado cumplimiento por la Comunidad Autónoma recurrente, o bien porque contienen reglas sobre los procedimientos administrativos especiales en materia de utilización de las aguas, policía demanial u otras materias conexas, que corresponde regular al País Vasco en el ámbito de sus competencias, respetando las normas del procedimiento administrativo común. Ahora bien, como acertadamente afirma el Letrado del Estado, de ello no se sigue la invalidez de tales normas reglamentarias, sino tan sólo su carácter de normas de aplicación supletoria por dicha Comunidad Autónoma en defecto de lo que disponga en cada caso su Derecho propio, de acuerdo con lo que establece el artículo 149.3 CE. Por lo demás, debe entenderse asimismo que las competencias ejecutivas que el Reglamento atribuye a la Administración del Estado o a los Organismos de cuenca corresponden también a la Administración autónoma del País Vasco en lo que concierne a los aprovechamientos hidráulicos intracomunitarios.

*Trigésimocuarto:* El Gobierno Vasco ha promovido también conflicto positivo

de competencia frente a la OM de 23 de diciembre de 1986, que establece normas complementarias que han de ser aplicadas por las Confederaciones Hidrográficas en relación con las autorizaciones de vertidos de aguas residuales. Como se desprende del propio texto de la Orden impugnada, en conexión con los artículos 19 y 20.1 LA, tales normas vinculan solamente a los Organismos de cuenca dependientes del MOPU, que reciben la denominación tradicional de Confederaciones Hidrográficas. No atañen, en cambio, a la Administración hidráulica propia de la CA País Vasco, en las cuencas intracomunitarias, y no hay, por tanto, invasión competencial alguna. En consecuencia, el conflicto debe ser desestimado.

*Trigésimo quinto:* Finalmente, el Gobierno Vasco plantea también conflicto de competencia frente al Estado en relación con los artículos 1.1 y 8; 2.1 c), y 8.3 14 y disposición transitoria 1.ª RD 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos.

El primero de los preceptos objeto del conflicto (art. 1) define el ámbito territorial de los Organismos de cuenca, disponiendo a este propósito que la Confederación Hidrográfica del Norte «comprende el territorio español de las cuencas hidrográficas de los ríos que vierten al mar Cantábrico desde la desembocadura del río Eo, incluida la de este río, y la frontera con Francia. Además, el territorio español de las cuencas de los ríos Miño-Sil, Limia, Nive y Nivelles» (ap. 1), y que la Confederación Hidrográfica del Ebro «comprende el territorio español de las cuencas hidrográficas del río Ebro, del río Garona y de las demás cuencas hidrográficas que vierten al océano Atlántico a través de la frontera con Francia, excepto las de los ríos Nive y Nivelles. Además, la cuenca endorreica de la Laguna de Gallocanta» (ap. 8). De conformidad con esta delimitación, el artículo 2.1 c) define el ámbito territorial del Plan Hidrológico III de la Confederación Hidrográfica del Norte, que comprende las cuencas de los ríos que vierten al mar Cantábrico entre el límite de los términos municipales de Castro Urdiales y San Julián de Musques y la frontera con Francia», y el artículo 2.8 establece que el Plan Hidrológico de la Confederación Hidrográfica del Ebro será único y extendido a la totalidad del ámbito territorial definido en el artículo 1.8. Si se tiene en cuenta, de un lado, que conforme al artículo 14 LA, se entiende por cuenca hidrográfica «el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal y único», y se repara, por otro, que en las cuencas que discurren íntegramente por el territorio del País Vasco comprende a esta Comunidad Autónoma el régimen de los aprovechamientos hidráulicos, comprendida la planificación hidrológica, en los términos establecidos en la LA conforme a la CE y el Estatuto de Autonomía, así como la organización de su propia Administración hidráulica, es del todo claro que la competencia estatal sobre estos extremos no puede extenderse a las cuencas intracomunitarias. Por ello, los artículos 1.1 y 2.1 c) RD 650/1987, que no distinguen entre cuencas intracomunitarias y extracomunitarias, sólo pueden entenderse conformes con el bloque de la constitucionalidad si se interpretan en el sentido de que los ámbitos territoriales definidos en los mismos no incluyen en ningún caso las aguas intracomunitarias del País Vasco. En cambio, no hay indicios de inconstitucionalidad en los artículos 1.8 y 2.8 RD 650/1987, que no afectan, con toda evidencia, a cuencas intracomunitarias del País Vasco. Esta misma interpretación debe darse, por lo que se refiere a la Confederación Hidrográfica del Norte, a la disposición transitoria 1.ª del citado Real Decreto.

El artículo 3.14 prevé la posibilidad de incorporación de la CA País Vasco a las

Juntas de Gobierno de las Contederaciones Hidrográficas del Norte y del Ebro. Esta previsión, adoptada en desarrollo de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LA, no desconoce competencias propias de la CA País Vasco, ya que sólo se refiere a cuencas intercomunitarias. En consecuencia, no puede considerarse inconstitucional.

## II. Resoluciones de la Dirección General

POR EMILIANO CANO FERNÁNDEZ,  
ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES y  
EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

*COMENTARIO DE LA RESOLUCION DE 18 DE MAYO DE 1989 («BOE» DE 27 DE JUNIO DE 1989).*

Al menos de curiosa hemos de calificar la resolución comentada, ya que verdaderamente no resuelve lo que se tiene que resolver en un recurso gubernativo, o sea la cuestión de fondo del mismo, sino una cuestión completamente diferente, como es la de si debe tenerse por correctamente interpuesto el recurso cuando el escrito de interposición no se basa en la nota extendida al pie del documento sino en la de manifestación hecha por el Registrador a los interesados, cuando ésta aparece firmada por el Registrador calificador.

Los problemas que plantea el supuesto examinado son tantos y tan graves que nos parece conveniente realizar un breve estudio de la referida Resolución, por el peligro que conlleva el considerar como modificación de la calificación cualquier alteración que, respecto a la comunicación informativa hecha por escrito, suponga la nota extendida al pie del documento con la consiguiente corrección disciplinaria a que hace referencia el artículo 127 del Reglamento Hipotecario.

Pero vayamos a lo importante. La primera cuestión que se nos plantea, y que aborda la Resolución, es la de si cabe la interposición del recurso contra la nota informativa de defectos o si, por el contrario, es precisa la extensión de la nota al pie del título.

Nosotros, «a priori», sostenemos la segunda posición a pesar del contenido de la Resolución comentada. Es evidente que los Registradores cuando califican el documento, y observan en el mismo defectos, han de comunicarlo a los interesados sin extender al pie del mismo la nota de denegación o suspensión. Ello es una simple consecuencia de lo que ya llamaba ROCA SASTE «actuación patriarcal de los Registradores», ya que la finalidad de la presentación es conseguir la inscripción, a cuyo efecto, si existen defectos, se comunican a los interesados para proceder a su subsanación y no para que entablen recurso, lo cual sólo sucederá, como veremos, cuando se extienda la nota al pie del título.

Que ello es así lo demuestra la propia legislación en la materia y coincide con esta afirmación el artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil cuando nos

dice que: «Cuando el Registrador observase algún defecto que impida la inscripción lo manifestará al presentante o a los interesados para que opten por retirar el título o subsanarlo durante la vigencia del asiento de presentación». Es claro que la *manifestación* de los defectos no es la nota de denegación o suspensión y, frente a tal manifestación, el presentante ha de ejercitar la opción prevenida en el referido precepto: retirar el título o subsanar los defectos. Esa opción la ejercita antes de que se extienda la nota de denegación o suspensión, ya que así lo reconoce el artículo 427 del Reglamento Hipotecario, aplicable igualmente a los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores Mercantiles por virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de la propia Dirección General de 21 de enero de 1986, cuando en su penúltimo Considerando nos dice que «este tipo de recurso recae sobre materias de Derecho Privado y por eso las normas a aplicar, en defecto de las específicamente suyas, serán las del Reglamento Hipotecario».

Efectivamente el artículo 427 citado nos dice que «Extendido el asiento de presentación el presentante o el interesado podrán retirar el documento *sin otra nota que* la expresiva de haber sido presentado. También podrá retirar el documento para satisfacer los impuestos o para subsanar defectos».

He aquí el primordial derecho de los interesados: el de retirar el documento sin más nota que la de la presentación.

Lo corroboran además los artículos 429 del mismo Reglamento y el artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil, y así el inciso segundo del párrafo primero de este último precepto dispone «En otro caso devolverá el documento con nota de calificación para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes»... Resulta evidente que ese *otro caso* ha de ser distinto de los dos a que hace referencia al primer párrafo y que antes hemos examinado, o sea, el de retirar el título o subsanar los defectos manifestados. Así si el interesado no quiere retirar el documento ni opta por subsanar los defectos, el Registrador extenderá la nota de denegación o suspensión para que puedan entablarse los recursos correspondientes. Resulta evidente que la extensión de la nota al pie del título siempre queda condicionada a una manifestación de que así se haga o de que no se retire ni se subsanan los defectos, y sólo cuando se extiende al pie del título caben los recursos correspondientes. No sólo lo expresa así el comentado precepto sino que lo corrobora el artículo 48 del propio Reglamento cuando expresa «Si el documento presentado fuera calificado como defectuoso y se hubiere extendido *al pie del mismo la nota de calificación conforme al artículo 45*»..., por lo que nuevamente se remite al 45 que únicamente permite la extensión de la nota para que se puedan entablar los recursos correspondientes una vez ejercitada la opción que a los interesados compete conforme al precepto comentado.

No es distinta la postura adoptada por el Reglamento Hipotecario y así el artículo 434 del texto anterior a la reforma de 12 de noviembre de 1982 ya disponía que «lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio del derecho del interesado a que se le devuelva el documento, sin otra nota que la expresiva de haberse practicado el asiento de presentación... por ser defectuosos los documentos presentados», norma que recoge actualmente el artículo 427 antes citado con ligeras variantes y que corrobora, como antes decíamos, el artículo 429 al expresar que «si la calificación fuere desfavorable al despacho del documento presentado se notificará al presentante o al interesado, verbalmente o por escrito, haciéndose constar dicha notificación por nota al margen del asiento de presentación».

Esta notificación en ningún caso puede considerarse como la nota de califi-

cación denegatoria o de suspensión de la inscripción ya que, como vemos, puede ser oral o escrita y ambas surten los mismos efectos, ya que la norma no distingue, o sea, el de tener conocimiento de los defectos a los efectos de la opción que el propio precepto contiene en su párrafo segundo. Y no creemos que nadie pueda sostener que quepa el recurso contra la notificación oral de los defectos, por lo que igual resultado hay que aplicar a la escrita.

Pero es que además la nota a extender al margen del asiento de presentación es distinta en uno y en otro caso. La de notificación sólo expresará el hecho de haber sido notificados los defectos y la devolución del documento, pudiendo el Registrador exigir la firma del interesado o presentante conforme al último párrafo del artículo 427 del Reglamento Hipotecario y último párrafo del artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil, mientras que la nota al margen del asiento de presentación cuando se extiende la nota de denegación o suspensión tiene idéntico contenido que la extendida al pie del título tal y como lo disponen los artículos 435 y 48 de los respectivos Reglamentos citados. El primero expresa que «al margen del asiento de presentación se extenderá, el mismo día una nota análoga a la extendida al pie del documento» y el segundo, ya transcrito parcialmente antes, que «se extenderá al margen del asiento de presentación una nota igual a aquélla».

Como decíamos la notificación de defectos no tiene otra finalidad que la de que el interesado conozca los mismos para que ejercite las opciones que la Ley le concede, recogidas en el párrafo segundo del artículo 429 del Reglamento Hipotecario y artículo 434 del mismo texto legal en su párrafo tercero. Así, el primero de los preceptos citados ya nos dice en primer lugar que el Registrador no puede extender la nota de denegación o suspensión antes de que transcurran treinta días desde la presentación, plazo incompatible con el de la notificación a que se refiere el párrafo primero de dicho precepto por cuanto la calificación ha de verificarse dentro de los quince días siguientes a la presentación y es en este plazo cuando ha de notificarse; sin embargo, la nota de denegación, como hemos visto, no puede extenderse hasta que han transcurrido treinta días, y es precisamente por consecuencia de la notificación por la que surgen las opciones de los interesados que recoge el precepto y así el presentante o interesado puede verbalmente o por escrito optar por retirar el documento, subsanar el defecto, pedir anotación preventiva por defecto subsanable en su caso, o *solicitar la extensión de la nota de suspensión o denegación, con expresión de los motivos*.

En resumen, que la notificación oral o escrita no tiene más finalidad y valor que la de que los interesados conozcan los defectos y no tiene especiales requisitos de forma; que, como consecuencia de ella, el interesado tiene derecho a ejercitar unas opciones que, a más de las enumeradas en el párrafo anterior, comprende la recogida en el párrafo tercero del artículo 434, o sea, la de que se le devuelva el documento sin otra nota que la prevenida en el artículo 427, o sea, la de haber extendido el asiento de presentación; y que entre las opciones a que se refiere el artículo 429 está la de que se extienda la nota de denegación o suspensión.

Únicamente cuando transcurridos treinta días desde la presentación el presentante o interesado no haya ejercitado las opciones previstas tendrá el Registrador que extender la nota de denegación o suspensión por sí, sin necesidad de petición de aquéllos; luego, si la nota ha de extenderse al pie del documento y no puede extenderse más que a petición de parte después de la notificación, o de oficio después de transcurridos treinta días de la presentación, resulta evidente que la notificación, que no se hace a petición de parte ni puede hacerse después

de transcurridos treinta días, no puede ser la nota de calificación susceptible de ser objeto de recurso.

Frente a esta argumentación estrictamente jurídica vamos a examinar la postura de la Dirección General. Sólo encontramos una cita genérica a los artículos 44 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil hecha en los *visos*, mas es lo cierto que ningún precepto concreto es objeto de estudio en los *fundamentos de derecho*, lo cual ya resulta en cierto modo sorprendente, y sólo aparecen en ellos dos consideraciones exclusivamente de carácter práctico: una, la de que la notificación es suficientemente expresiva del defecto impugnado y que queda garantizada su correspondencia con el título calificado, y la otra, la del principio de economía procesal.

Sin embargo, no compartimos el que tales razones constituyan fundamentos de derecho para dictar la Resolución en los términos que se hace, pues, refiriéndonos a la primera de ellas, el hecho de que se pueda deducir el defecto y que éste corresponda a un título determinado, no lo juzgamos suficiente por cuanto la nota no sólo debe señalar el defecto sino que, para ser completa y no producir indefensión, debe señalar el fundamento jurídico que sirve de soporte a la calificación con los preceptos o doctrina jurisprudencial que se juzguen infringidos, debiendo además determinar el alcance de la calificación. Es claro que cuando el Registrador extendió la notificación, convencido de que aquello no era la nota de denegación o suspensión ya que aún no podía denegar o suspender nada, no se limitaba a señalar los defectos con la correspondiente argumentación jurídica, sino que expresaba qué es lo que había que hacer para que el documento pudiese inscribirse, y así, en ambas notas, expresa que «para la inscripción se estimen precisas las siguientes subsanaciones» Los consejos u opiniones del Registrador no son materia propia de las notas de denegación o suspensión con lo que para que el recurso fuese jurídicamente correcto habría de versar no sobre defectos concretos que se señalan sino sobre las opiniones del Registrador, lo cual parece poco adecuado. Pero es que el Registrador además tuvo buena precaución de señalar que tales opiniones se manifestaban a los efectos del artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil, o sea, como ya hemos visto, a los efectos de que los interesados retiren el título o subsanen el defecto como dice el primer párrafo o, si no hacen ninguna de ambas cosas, para poder extender la nota de denegación o suspensión.

El Registrador queda un tanto sorprendido en su buena fe, pues frente a una notificación constructiva, ya que no sólo señala el posible defecto sino el procedimiento para subsanarlo a la espera de la opción de los interesados, se encuentra con la interposición de un recurso basado en el texto de la notificación mucho más impreciso que las notas de calificación y que en cierto modo le van a producir una cierta indefensión.

Ciertamente que el recurrente, al menos de lo que se deduce del Hecho III, no ataca el texto de la notificación (aunque como no tenemos el contenido del escrito de interposición ignoramos en qué términos se produce aquél), sino que se limita a una argumentación jurídica contra la opinión del Registrador, pero éste, como decimos, se encuentra en una difícil postura, ya que por virtud de la Resolución ha de considerar como nota lo que no lo es, y se ve obligado ahora a extenderla en el título, pues como dice el fallo «se le devuelve el expediente para que, tras expresar en el título *la nota* de calificación que proceda, entre a conocer del fondo del asunto».

Ante este fallo el Registrador sólo tiene dos opciones: bien reproducir el texto de la notificación en el título y entrar en el fondo del asunto, o bien extender una

nota de denegación o suspensión en forma más correcta, incluso con posibles señalamientos de otros defectos, con lo que podría ser corregido disciplinariamente de conformidad con el artículo 127 del Reglamento Hipotecario y 58 del Reglamento del Registro Mercantil. Si opta por lo primero es claro que la nota puede ser atacada por no cumplir lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario; si opta por lo segundo, la sanción disciplinaria se cierne sobre su cabeza.

Todo este planteamiento estaba lejos de la imaginación del Registrador cuando hizo la notificación, y buena prueba de ello es que la primera notificación no fue excesivamente precisa, pues independientemente de que debe existir una errata en la transcripción del *BOE*, ya que en vez de decir «al tener un poder» debe seguramente decir «ni tener un poder» ya que de otro modo carece de sentido, expresa que «al no ser el señor Guillén Albacete *Consejero* de la sociedad *ni tener un poder con facultad de llevar la firma social, debe ser ratificada su actuación por el Consejo de Administración*, en lo que se refiere al otorgamiento de la que se inscribe». Resalta, como vemos, la contradicción entre que un *Consejero* hubiese podido ejecutar el acuerdo y que en cambio para subsanar la falta de actuación de un *Consejero* se precise un acuerdo de Consejo cuando lo lógico sería que bastase la intervención de un *Consejero*. (Volveremos después sobre este punto, ya que es de suma importancia en orden al ejercicio de la facultad representativa de los órganos colegiados de administración). Y también resalta la imprecisión que acusa el inciso final cuando expresa «en lo que se refiere al otorgamiento de la que se inscribe» ya que no se inscribe sino que se pretende inscribir.

Todo ello es lógico desde el punto de vista de la interpretación del Registrador. Se trataba de una simple notificación, se explicaba en que consistía el defecto y se indicaba el procedimiento para subsanarlo. Con ello el interesado tenía más datos de los necesarios para realizar la opción que le concede el artículo 45 y no era necesario afinar demasiado en la redacción porque eso ya se haría cuando hubiere de extender la nota al pie del título si el interesado optaba por esta solución, mas he aquí que contra lo previsto se encuentra con la difícil situación antes apuntada.

La otra consideración a que hace referencia la Resolución, «las exigencias del principio de economía procesal», tampoco la encontramos suficientemente documentada. Bien que ello fuese así si el Registrador, al tiempo de argumentar la inadmisibilidad del recurso, hubiese entrado en el fondo de la cuestión como sucedió en la Resolución de 26 de febrero de 1987, en que el Registrador alegó la interposición fuera de plazo aunque dictó también acuerdo respecto al fondo, aunque la Dirección al estimar lo primero no entró en el problema planteado; mas en este caso en que el Registrador se limita a resolver sobre la improcedencia del recurso por falta de la nota de calificación no vemos que exista economía procesal alguna, antes al contrario, los problemas que se plantean son de gran entidad. Así baste pensar que dado que el Registrador estimó que tal escrito no es de recurso, ya que falta el presupuesto básico necesario para el mismo que es la nota, pudo perfectamente dar entrada del escrito en el Libro de entrada de documentos y no al margen del Diario de presentación, pues las notas al margen del Diario a que se refieren los artículos 51 del Reglamento del Registro Mercantil y 107 del Reglamento Hipotecario sólo son posibles si precedentemente aparece la nota de denegación, ya que tienen por objeto hacer constar la interposición de recurso contra la nota de calificación precedente y producen el efecto de dejar subsistente o prorrogar el asiento hasta la Resolución del recurso. Difícilmente

podrá extenderse una nota marginal de prórroga si no existe la de calificación que se recurre. Consecuencia de ello sería que cuando el documento, remitido ahora por la Dirección General, vuelva al Registro el asiento de presentación estará caducado y entrará en juego el artículo 108 del Reglamento Hipotecario, o sea, que los títulos «han de someterse a nueva calificación» bien por el mismo Registrador o por otro diferente, y aquí la economía procesal se va por los suelos, nueva calificación, nuevo escrito de recurso, etc.

Mas aunque el Registrador, a nuestro juicio equivocadamente, hubiese extendido la nota marginal en el Diario, la verdad es que la economía procesal es muy pequeña, por cuanto si el Registrador en uso de la facultad que le concede el fallo «de expresar en el título la nota de calificación que proceda» introduce alteraciones respecto a la notificación, provocaría la indefensión del recurrente que no tendría términos hábiles para hacer alegaciones contra la nueva calificación, o bien habría que concederle a éste un nuevo plazo para impugnar la misma, con lo que estaríamos otra vez en la necesidad de realizar íntegramente el proceso del recurso.

Sobre la diferencia que, en la práctica, supone realizar la notificación del defecto y extender una nota de denegación o suspensión, tenemos gran experiencia los Registradores, y baste para ello recordar uno de los documentos más frecuentes en nuestras oficinas: las escrituras de constitución de hipoteca. Sabido es que tales escrituras contienen una serie de cláusulas no inscribibles según reiterada doctrina de la Dirección General (prohibición de enajenar o hipotecar la finca hipotecada, extensión de la hipoteca a nuevas construcciones hechas por terceros adquirentes, garantía para intereses moratorios sin hipoteca de seguridad, vencimiento por incumplimiento de cualquier obligación, o por suspensión de pagos, quiebra o embargo, obtención de segundas copias con carácter ejecutivo, etc.), pero a las que las entidades financieras no renuncian a pesar de, como decimos, conocer su imposibilidad de inscripción, lo que normalmente consienten por la vía del artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Pues bien, cuando en una escritura de tal naturaleza se desliza un nuevo defecto, bien por introducción de cláusula nueva, bien por contradicción entre dos cláusulas (es frecuente en la designación de domicilio y en la fijación del tipo de interés), normalmente en la notificación de defectos sólo se contienen los defectos nuevos; no se procede a la enumeración detallada de todos los ya reiteradamente manifestados. Con esta técnica de equiparar la notificación y la nota nos veríamos obligados a inscribir, en caso de recurso, todas aquellas cláusulas no contenidas en la notificación, ya que sobre ellas no podría versar el recurso a pesar de que tanto interesados como Registrador conocerían su carácter de defectuosas. Ni en la teoría ni en la práctica se pueden equiparar ambas cosas porque la notificación va dirigida a los interesados para conseguir la subsanación y el despacho del documento, razón por la que no es nada formalista y de ahí que incluso pueda ser oral; la nota se extiende cuando al no haber acuerdo en orden a la subsanación hay que abrir la vía del recurso para el que, según nuestra opinión, es requisito imprescindible, y está sujeta a unos requisitos formales rigurosos para no provocar indefensión del recurrente. Por otra parte, tampoco se comprende muy bien que si el Reglamento permite dos formas para la notificación de defectos, la oral y la escrita, éstas produzcan efectos diferentes pues la norma ni regula los efectos de la notificación ni mucho menos que tales efectos sean distintos.

Otro de los problemas que plantea la Resolución comentada es el de que al admitirse el recurso sin haberse extendido la nota de denegación o de suspensión, en su caso, no hay forma de saber si el Registrador considera los defectos

apuntados en la notificación como subsanables o insubsanables y, en consecuencia, si cabría o no la anotación preventiva de suspensión. Pero en cualquier caso lo que está claro es que aun cuando se trate de defectos subsanables, no podrá nunca extenderse anotación preventiva de suspensión, dado que la misma implica, aparte de la solicitud por parte del interesado, la previa extensión de la nota de suspensión, como se desprende del propio artículo 65 de la Ley Hipotecaria, cuando dispone: «Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando lo solicite el que presentó el título». Lo mismo señala el artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil al decir: «En otro caso devolverá el documento con nota de calificación, para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes, sin perjuicio de extender la oportuna anotación preventiva cuando estuviere prevenido así por alguna disposición legal o reglamentaria o lo solicitare el interesado».

En consecuencia, la doctrina de la Dirección en cuanto a la admisión del recurso no favorece en nada a la parte recurrente, dado que la preferencia que le podría dar la toma de la anotación preventiva de suspensión frente a otros títulos que ingresen después en el Registro se pierde, dado que en caso de inexistencia de nota de suspensión tampoco procederá practicar la anotación preventiva.

Otro problema no menos importante es el de cómputo del plazo para recurrir, pues como dicen los artículos 55 del Reglamento del Registro Mercantil y artículo 113 del Reglamento Hipotecario, éste se cuenta desde la fecha de la nota contra la que se recurra, y si la nota no existe difícilmente puede computarse tal plazo, y que la nota no existe lo confirma la propia Resolución comentada cuando dispone que «se devuelva el expediente para que exprese en el título la nota de calificación que proceda».

Y no digamos nada de los posibles problemas que podrían plantearse si no extendida la nota de prórroga del asiento accediesen documentos contradictorios que adquirirían preferencia sobre los anteriores; y si bien este peligro es menor en los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad por cuanto el Presidente de la Audiencia, en cumplimiento del artículo 114 del Reglamento Hipotecario, ordenará la práctica de tal nota si se admite el recurso, es sin embargo muy grave en las calificaciones de los Registradores Mercantiles, por cuanto en el recurso gubernativo del Reglamento del Registro Mercantil no existe este trámite.

La única conclusión práctica que puede deducirse de la comentada Resolución, cuya doctrina no compartimos, es que los Registradores deben optar siempre por la notificación oral de los defectos, o bien la escrita, pero sin firma ni fecha, pues la expresión de la Resolución de que queda garantizada la correspondencia del defecto con el título porque la notificación está fechada y firmada por el Registrador ya que ambos documentos hacen referencia al asiento de presentación, nada resuelve por cuanto la circunstancia de ser por escrito es opcional del Registrador, y si se hace por escrito tampoco existe norma alguna que imponga lleve fecha y firma del Registrador. Si esto se hace en la práctica lo es por cortesía hacia el interesado o Notario autorizante, y bajo ese prisma, de trato benevolente, actuó el Registrador brindando sus soluciones al problema planteado para encontrarse con la sorpresa de un recurso extemporáneo.

Con lo expuesto podríamos dar por terminado este breve comentario de una Resolución cuyo contenido seguramente no se reproducirá, pues los Registradores optarán, como decimos, por la notificación oral o escrita informal, mas como ya apuntábamos ante el tema de fondo es de gran importancia por cuanto atañe

al problema de la ejecución de los acuerdos sociales, lo cual ya ha motivado otro trabajo del que suscribe pendiente de publicación en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ya que en esta materia es frecuente el error, y la propia notificación, considerada como nota por la Dirección, lo pone de manifiesto.

Como ya vimos, la notificación no admite la actuación del señor Guillén Albacete para ejecutar el acuerdo de ampliación de capital por no reunir la condición de Consejero de la Sociedad ni tener poder con facultad de llevar la firma social, por lo que debe ser ratificada su actuación por el Consejo de Administración, y el acuerdo del Consejo a que se refiere la segunda notificación ha de ser ejecutado por un miembro del mismo o apoderado con facultad de llevar la firma social y no por el citado señor Guillén que no reúne tal condición.

Es uno de los supuestos que más frecuentemente se dan en la práctica. La Junta General adopta un acuerdo y designa a una persona para que ejecute el acuerdo, y la mayoría de las veces sin tener en cuenta las características de las personas designadas, por lo que, para que éstas puedan actuar, precisan tener conferida la facultad representativa. La cuestión aún se complica más si el órgano de representación de la sociedad es colegiado, o sea, Consejo de Administración.

Por tal razón ya señalábamos antes el contrasentido que suponía la presunta nota cuando exigía la condición de Consejero para ejecutar el acuerdo y señalaba como medio de subsanación del defecto el acuerdo del Consejo de Administración. Estamos de acuerdo con el procedimiento de subsanación, pero no con la premisa de que se deriva, pues aun cuando el señor Guillén hubiese reunido la condición de Consejero igualmente carecería de facultad representativa. La segunda notificación, que es objeto del recurso, ya que la primera fue en principio subsanada mediante el correspondiente acuerdo del Consejo ejercitando la opción prevenida en el artículo 45, si bien después en la ejecución de tal acuerdo se cometió el mismo error que en la ejecución del acuerdo de la Junta anterior, o sea, el de facultar a persona que carecía de facultad representativa, fue a nuestro juicio correctísima, lo que demuestra bien a las claras que la postura del Registrador era firme y única desde el principio, si bien la relajación que supone el que no se trataba de nota para recurso sino de simple manifestación de defectos le pudo hacer incurrir en las imprecisiones apuntadas que en modo alguno trascienden a la cuestión debatida por cuanto, como decimos, la que es objeto de recurso es la segunda y ésta aparece perfecta en su formulación.

El recurrente en el Hecho III se extiende en orden a esta cuestión en unas consideraciones respecto a la representación de las personas jurídicas tanto en su faceta orgánica como en la voluntaria que están dentro de la más ortodoxa doctrina jurídica, y así, efectivamente, las sociedades han de actuar necesariamente a través de otras personas físicas, lo que realizan a través de sus órganos de representación, ya sean éstos los propios administradores en la forma prevista para actuar cada una de aquéllos (colegiadamente si es Consejo, conjuntamente si son mancomunados o individualmente si son solidarios) con lo que se trataría de la representación orgánica, o bien a través de apoderados generales o singulares, con lo que entraríamos en el campo de la representación voluntaria, limitada ésta en cuanto a su actuación por la amplitud de las facultades conferidas.

Sin embargo, donde ya no coincidimos con el recurrente es en la aplicación que hace de la propia doctrina jurídica que recoge previamente, y así manifiesta que «no existe ningún impedimento legal para que el órgano de administración delegue en un tercero, para un acto concreto, la ejecución de cualquiera de los acuerdos que dicho órgano haya adoptado». No entramos en el error de hablar

de *delegación* en un terreno que es imposible, ya que la delegación es una institución que sólo puede darse cuando existe Consejo de Administración y se realiza a favor de un Consejero conforme a los artículos 77 y 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que cuando se trata de terceros que no reúnen la condición de Consejeros sólo se puede hablar de apoderamiento. La cuestión está resuelta hasta la saciedad por la doctrina jurídica, que señala con absoluta precisión las diferencias entre una y otra figura jurídica como igualmente lo hizo la Dirección General en Resoluciones de 31 de marzo de 1979, 3 de septiembre de 1980, 26 de octubre de 1982 y 16 de julio de 1984, si bien esta última, tras manifestar que «el artículo 77 de la Ley distingue entre delegación —que sólo cabe dentro del Consejo de Administración y tiene lugar a favor de miembros del propio órgano administrativo— y el apoderamiento que se puede conferir a cualquier persona», tolera sin embargo la utilización incorrecta del término delegación en aras del principio de buena fe recogido en el artículo 57 del Código de Comercio «pese a la incorrección técnica cometida». Pues bien, independientemente de tal error, la aplicación que hace el recurrente de la propia doctrina que recoge no se ajusta a las normas legales, como veremos a continuación.

Cierto que nuestra legislación no exige que la elevación a instrumento público de los acuerdos adoptados por la Junta General haya de ser llevada a cabo por un Consejero o Apoderado general, y que puede ser realizada por un Apoderado singular siempre que tal facultad le venga atribuida por el órgano adecuado para concederla. Ciertamente, lógicamente, que no es preciso *como norma general* que los apoderamientos singulares figuren previamente inscritos en el Registro Mercantil por su propia naturaleza y por disponerlo así el artículo 86.6 del Reglamento del Registro Mercantil. Ciertamente, del mismo modo, que se trata de un apoderamiento singular amparado por el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, y cierto, por último, que tal apoderamiento no recae sobre facultades indelegables del Consejo, que ha sido acordado (el segundo, que es objeto del recurso) por el órgano que ostenta la representación social en uso de la facultad que toda persona física o jurídica tiene de conferir su representación voluntaria a terceros. Mas lo que no es cierto es que haya sido documentado en escritura pública de conformidad con el artículo 1.280, 5, del Código Civil, ni que no precise de inscripción en el Registro Mercantil.

Aquí, a nuestro modesto juicio, el recurrente incide en un grave error bastante generalizado, el de entender que la elevación a público del acuerdo del Consejo implica al mismo tiempo la elevación a público del poder conferido. Nada más lejos de la realidad. El poder ha de otorgarlo al comparecer ante el Notario en la escritura pública quien ostenta la facultad representativa y es claro que el apoderado designado aún no la ostenta, sería algo así como admitir que el apoderado designado por una persona física mediante una carta pudiese comparecer ante el Notario con la referida carta para otorgarse el poder. El acuerdo del Consejo, en el caso que nos ocupa, es tan documento privado como la susodicha carta y nos encontraríamos con el absurdo de que existiría un poder que se confiere a sí mismo el propio apoderado como Juan Palomo. La cuestión ya fue resuelta por Resoluciones de la Dirección General de 13 de mayo de 1976 y 26 de octubre de 1982, no bastando que las facultades del apoderado consten en escritura pública y la persona resulte designada por una simple certificación, sino que es preciso que ambas circunstancias consten en escritura pública.

Nadie discute que un apoderado pueda ostentar únicamente la facultad de ejecutar acuerdos sociales adoptados por la Junta o por el Consejo, pero este poder ha de ser previo a la actuación del apoderado que únicamente puede

actuar cuando el órgano de representación le haya conferido el poder y una vez obtenido éste ya puede elevar a públicos los acuerdos adoptados. Esto es lo que el Registrador reclama en su calificación, pues dado que el señor Guillén no ostenta la facultad representativa orgánica ni voluntaria habría de ser un Consejero quien ejecutase tal acuerdo. Claro que alguien podría preguntarse ¿Por qué sí puede un Consejero, que tampoco tiene facultad representativa por sí solo, dada la naturaleza de órgano colegiado del Consejo y no en el tercero designado? La contestación es sencilla. La decisión la realiza el Consejo en el correspondiente acuerdo y la ejecución la lleva a efecto el Consejero designado porque la Ley únicamente exige requisitos especiales de forma y quórum para la delegación de facultades cuando esta delegación es de carácter permanente (véase art. 78 de la LSA), mas la delegación para acto concreto no precisa más requisitos que el acuerdo del Consejo designando al Consejero que ha de ejecutarlo. Lo contrario supondría que para la ejecución de cualquier acuerdo del Consejo habrían de comparecer ante el Notario todos los Consejeros. Mas esta doctrina no es aplicable a los Apoderados que no pueden actuar sin estar provistos del oportuno poder, que cuando ha de ser para actos sujetos a inscripción o ha de perjudicar a terceros ha de constar en escritura pública por aplicación del artículo 1.280, 5, del Código Civil, como ya declaró en su último Considerando la Resolución de 3 de septiembre de 1980.

Y Aquí surge el otro tema que antes apuntábamos cuando se trataba de la ejecución del acuerdo de la Junta que fue objeto de la primera nota y afirmábamos que era correcta en el sentido de requerir acuerdo de Consejo y que no bastaba la ejecución por un Consejero, y ello precisamente motivado por la naturaleza colegiada del órgano de representación. La voluntad de un órgano colegiado se forma en la reunión convocada al efecto ya que se trata de una suma de voluntades individuales, unas veces concordantes y otras no, por lo que el régimen que se adopta para concretarlas es el de mayoría, pero ello requiere la citación previa a todos los integrantes de tal órgano y reunidos con el quórum suficiente prevenido por la Ley y adoptada la decisión también con el quórum legal, la ejecución compete a quien ostente la representación social. Así cuando el acuerdo es de la Junta, habida cuenta de que este órgano carece de la facultad representativa que está atribuida por la Ley al Consejo de Administración (art. 76, LSA), no puede ésta atribuir una facultad de la que ella misma carece y es el Consejo de Administración quien ha de ejecutar tales acuerdos, bien a través de Consejeros Delegados previamente designados a quienes se confirió la facultad representativa, bien a través de cualquier Consejero a quien una reunión previa o simultánea del Consejo haya atribuido tal función. La determinación de la Junta de que determinada persona ejecute el acuerdo adoptado sólo es posible cuando la persona designada ostente un poder previo que le faculte para la ejecución de acuerdos sociales. Si tal poder no existe hay que otorgarlo, pues el acuerdo de la Junta recogido en la correspondiente certificación, al igual que sucede con los del Consejo, no son más que documentos privados.

La cuestión ya fue resuelta claramente por la Resolución de 3 de septiembre de 1980, que en su último Considerando nos dice: «Considerando por último y tal y como se ha indicado anteriormente que al no realizar la sociedad por sí misma y a través de su órgano de gestión correspondiente la ejecución del acuerdo adoptado, la persona que actúa en su nombre —sea un extraño o incluso *uno de sus propios representantes* que por sí solo carece de facultades para usar de la firma social según los Estatutos en vigor— habrá de justificar la representación a través del documento adecuado —art. 1.280, 5, del Código Civil—, lo que no ha

tenido lugar». Clara doctrina que excluye tajantemente que uno de los componentes del órgano de gestión que no ostente facultad representativa por sí solo pueda ejecutar los acuerdos de la Junta si no se le concede el oportuno poder en escritura pública. Doctrina lógica, por otra parte, pues admitir que cada uno de los Consejeros o Administradores mancomunados pudiera actuar por sí solo supondría transformar la administración colegiada o mancomunada en solidaria contra las propias normas estatutarias que establecieron tal régimen de gestión.

En resumen, que cuando se trata de acuerdos de Junta la ejecución compete al Consejo bien mediante la actuación de un Consejero Delegado si éste existe previamente designado, bien mediante el Consejero que el propio Consejo designe para tal caso, o bien mediante Apoderado, a quien previamente se le haya conferido tal facultad en escritura pública, y cuando se trata de acuerdos de Consejo puede ejecutarlos cualquier Consejero designado al efecto o bien un apoderado a quien se le haya conferido tal facultad en forma legal.

Modalidad especial, que no excepción a esta doctrina, se da cuando en la propia Junta se encuentra reunido el Consejo de Administración, bien porque han asistido todos los Consejeros, bien porque siendo la Junta Universal los Estatutos establecen como requisito para ser consejero reunir la condición de accionista, pues en tal caso resulta evidente que el Consejo está presente cuando se adopta el acuerdo facultando para su ejecución a un Consejero. Este es el supuesto que se dio en la Resolución de 9 de junio de 1980 y que, por desconocimiento del supuesto de hecho, es interpretada a veces erróneamente basándose en la literalidad del último Considerando que parece admitir la actuación de un Consejero para la ejecución de acuerdos de la Junta como supuesto de representación orgánica, mas basta leer el Resultando III de tal Resolución para comprobar, según resulta del inciso final «que en la Junta en que se adoptó el acuerdo unánime de nombrar al señor Malapeira como ejecutor de los acuerdos, estaban presentes y participaron *todos los miembros del Consejo*, por lo que no puede entenderse que este órgano ha sido excluido de su función representativa por una decisión de la Junta...», aparte de que en el caso de tal Resolución el artículo 15 de los Estatutos establecía la posibilidad de ejecución de acuerdos de la Junta por el Presidente del Consejo de Administración o la persona al efecto designada por la Junta.

Son pues, concordantes, frente a lo que pudiere deducirse de un examen somero, las dos Resoluciones comentadas y el caso de la de 9 de junio de 1980 no es más que una modalidad de actuación del Consejo, por su presencia en la propia Junta de todos los Consejeros, con acuerdo unánime y designación de uno de sus componentes para la ejecución del acuerdo. Por ello nos llama la atención que en el excelente trabajo de recopilación de las Resoluciones de la Dirección General dictadas en los recursos contra calificaciones de los Registradores Mercantiles llevado a cabo por los Registradores Mercantiles de Madrid y publicado en *Civitas, S. A.*, en 1989 no aparezca en los epígrafes relativos a representación ni en el de apoderamientos la referencia a la Resolución de 3 de septiembre de 1980, a pesar de su indudable trascendencia y sí la de 9 de junio de 1980. Es un olvido que debería corregirse en ediciones futuras.

Sólo nos resta examinar la otra cuestión, con la que no coincidíamos, recogida en el Hecho III de la Resolución que comentamos, o sea la no necesidad de inscripción en el Registro Mercantil de los poderes concedidos para actos singulares, y aquí el recurrente, cuando cita el artículo 86.6 del Reglamento, olvida que tal apartado contiene una norma de excepción a la de no inscribibilidad de los poderes conferidos para actos concretos y determinados, y es cuando éstos

se confieren para actos sujetos a inscripción. Resulta evidente que la ampliación de capital acordada en el supuesto que motivó la Resolución es un acto sujeto a inscripción, y además a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que no le es aplicable la excepción a tal norma que supuso la Resolución de 25 de agosto de 1976, con lo que llegamos a la conclusión de la necesidad de la inscripción del poder en el Registro Mercantil, inscripción que lógicamente no podría practicarse sin la previa formalización del mismo en la correspondiente escritura pública, circunstancia que como vemos no se ha producido, lo que evidencia la acertada calificación del Registrador.

No nos extendemos más sobre este punto relativo a la representación por cuanto como ya dijimos anteriormente ha sido objeto de otro trabajo bajo el título «Aspecto formal de la representación de sociedades. La ejecución de los acuerdos sociales», que próximamente será objeto de publicación y al que nos remitimos, ya que en él se recogen mucho más ampliamente las ideas aquí vertidas en esta materia dada la importancia del tema.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

Registrador de Barcelona, 14

*ES INSCRIBIBLE LA VENTA HECHA POR UN APODERADO, ALEGANDO UN PODER REVOCADO, SI EL «DOMINUS» LO HA RATIFICADO «A POSTERIO- Rb» (RESOLUCIÓN DE 5 DE DICIEMBRE DE 1988, «BOE» DE 24 DE DICIEMBRE)*

#### HECHOS

1. *El 11 de junio de 1980* don Juan, don Antonio y don Jesús Bori Folguera otorgaron, ante el Notario de Sariñena don José Manuel Senante Romero, un poder en favor de su padre, don Juan Bori Bosch, del cual sólo se expidió una copia común para los tres poderdantes.

2. *El 15 de abril de 1987* don Juan Bori Folguera compareció ante el Notario de Sariñena don José Manuel Martínez Sánchez para revocar el poder anteriormente citado.

3. *El 4 de mayo* fue requerido don José Lorenzo Iribarne Pérez, Notario de Lérida, para notificar tal revocación al Apoderado.

4. *El 15 de mayo, a las diez horas y quince minutos* el citado Notario de Lérida efectuó la notificación de la revocación al Apoderado don Juan Bori Bosch, requiriendo la devolución del documento.

5. *El 29 de mayo de 1987* don Juan Bori Bosch compareció ante el Notario de Barcelona don Carlos Cabades O'Callaghan y en nombre de don Juan Bori Folguera, y alegando el poder revocado, vendió una cuota indivisa de una finca propiedad de su hijo.

6. *El 4 de junio* la citada escritura de venta se presentó en el Libro Diario de Operaciones del Registro de Sariñena, asiento número 259 del Diario 26.

7. *El 12 de junio* se presentó en el mismo Diario 26 de este Registro la escritura de revocación de poder anteriormente citada, asiento número 283. Y el mismo día se hizo constar tal revocación, en los libros del Registro, por nota al margen de la inscripción quinta de la finca número 5.942, que es vendida en la escritura objeto del presente recurso.

8. *El 7 de agosto de 1987*, ante el Notario de Sariñena don José Manuel Martínez Sánchez, compareció don Juan Bori Folguera ratificando la venta efectuada por su padre en su nombre, alegando el poder revocado.

9. *El 13 de agosto* se practicó la inscripción de la citada escritura de venta, denegándose la misma, en cuanto a la cuota indivisa perteneciente a don Juan Bori Folguera, según consta en la nota al pie del título. La citada escritura inscrita se acompañaba del poder que en la misma se menciona, pero no de la escritura de ratificación citada.

10. *El 28 de septiembre de 1987* fue nuevamente presentada en el Diario 26 de este Registro la escritura de venta junto con el poder y la ratificación anteriormente mencionados.

#### NOTA DE CALIFICACIÓN

Presentadas las escrituras de compraventa y ratificación antes citadas en el Registro de la Propiedad de Sariñena fueron calificadas con la siguiente nota: «Vuelto a presentar el precedente documento, junto con el poder que en el mismo se cita y con una escritura de ratificación otorgada por don Juan Bori Folguera, en Sariñena el 7 de agosto del corriente año de 1987, ante el Notario don José Manuel Martínez Sánchez, no se admite a registración en cuanto a la tercera parte indivisa de la finca perteneciente al citado ratificante don Juan Bori Folguera, por los siguientes defectos o motivos: 1.º Al haber revocado don Juan Bori Folguera el poder citado, según consta en nota al margen de la inscripción quinta, no puede don Juan Bori Bosch actuar en su nombre. 2.º Y al haber actuado el indicado don Juan Bori Bosch en virtud de un poder revocado, y conociendo su revocación, su actuación es nula, no cabiendo revivir una actuación nula por medio de la ratificación. Ambos defectos o motivos se califican de insubsanables, denegándose la inscripción, no siendo procedente, por tanto, tomar anotación preventiva.—Sariñena, 28 de septiembre de 1987.—El Registrador.—Fdo.: Enrique Carbonell García».

#### RECURSO DEL NOTARIO

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: a) Respecto al primer defecto, es decir, que don Juan Bori Bosch no puede actuar en nombre de don Juan Bori Folguera porque éste había revocado el poder, incurre el Registrador en un error. En efecto, a pesar de la opinión del funcionario calificador, es evidente que don Juan Bori Bosch dice expresamente que actúa en nombre y representación de don Juan Bori Folguera; la voluntad del compareciente es actuar en nombre de otra persona a la que considera como el *dominus negotii*, es un gestor que actúa *contemplatio domini*. Acredita la representación mediante un poder cuya copia auténtica exhibe y a pesar de estar revocado el mismo (cosa que el apoderado podía ignorar), esta revocación no impide en absoluto que el gestor obre en nombre del dueño del negocio. Otra cosa es la consecuencia de la actuación con poder revocado.

No es objeto del presente recurso la trascendencia jurídica que puede tener respecto a terceros de buena fe la actuación del ex Apoderado que manifiesta que el poder está vigente y que exhibe copia del mismo. De lo dispuesto en los artículos 1.733 y 1.219 del Código Civil se podría derivar la necesidad de proteger a este tercero y, por lo tanto, la eficacia de lo hecho por el ex Apoderado con apariencia de subsistencia del poder.

Pero la existencia de la ratificación nos impide, y hace innecesario, entrar en el estudio del referido problema.

Consiguientemente, no es aceptable la opinión del Registrador de la Propiedad de que don Juan Bori Bosch no puede actuar en nombre de don Juan Bori Folguera, porque tal opinión es contraria a la realidad de los hechos. Téngase en cuenta que aun cuando se hubiera revocado el poder, el representado puede ordenar al representante que actúa reviviendo así la representación, la cual surtirá plena eficacia con la ratificación.

b) Tampoco es defendible el segundo defecto. Lo actuado en nombre de otro, sin poder o con poder revocado, no es nulo como pretende el Registrador.

El Tribunal Supremo en múltiples sentencias (7 de julio de 1944, 29 de enero de 1945, 25 de julio de 1946, 11 de junio de 1966) dice que lo así realizado es un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *conditio iuris*, la ratificación, que cuando se produzca determinará la validez y eficacia del negocio desde el principio a favor o en contra del representado.

Incluso la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de fecha 26 de julio de 1905 admitió la posibilidad de que el menor, una vez alcanzada la mayoría de edad, pudiera ratificar la venta realizada por el padre sin haber obtenido la autorización judicial.

Por otra parte, la posición del Registrador vacía de contenido la figura de la ratificación que viene recogida en los artículos 1.259, párrafo 2.º, 1.727 del Código Civil, que admiten la ratificación del mandante en lo que el mandatario se haya excedido, y el artículo 1.892 del mismo texto legal al decir que la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso.

Si la ratificación no sirve para dar eficacia o revivir lo hecho por un gestor sin mandato, no alcanzamos a comprender que función desempeña esta figura en el mundo jurídico.

La revocación del poder, de naturaleza unilateral, no impide que el «dominus» se haga representar acto seguido por el mismo gestor que fue destinatario del poder revocado, ni muchos menos le vincula a no poder aceptar *a posteriori* lo hecho por gestor sin mandato en su nombre, lo cual no es más que la ratificación que ha efectuado don Juan Bori Folguera.

#### INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó que:

I. En primer lugar, y según los hechos, hay que dejar sentado que el Apoderado conocía la revocación del poder, no pudiendo alegar ignorancia, pues tal revocación le fue notificada personal y notarialmente, y desde este momento de la revocación el poder ya no existe jurídicamente, por lo que don Juan Bori Bosch no podrá actuar en nombre del *dominus negotii* en base ese poder revocado, y todo ello sin entrar a calificar el hecho de actuar en un documento público, en base a un poder revocado.

Es evidente que una vez revocado el poder, el *dominus*, para proteger la seguridad del tráfico jurídico, debería compeler al apoderado a la devolución del documento acreditativo para evitar la subsistencia de la apariencia del poder. Pero esta afirmación general debe ser atemperada con las circunstancias del caso: a) esta norma va dirigida a proteger a los terceros adquirentes, y como

condición importantísima del tercero se requiere su buena fe, cuestión de hecho que no procede examinar en este momento, pero que en todo caso estará mediada por el hecho de la relación familiar (paterno-filial), que existe entre poderdante y Apoderado y entre este y el tercero comprador; *b*) y el documento acreditativo de tal poder es continente de tres poderes diferentes, de don Juan, don Antonio y don Jesús, pues se expidió una sola copia íntegra que comprendía los tres, por lo tanto no creo que don Juan Bori Folguera tuviese la facultad, aun revocando el poder, de pedir la devolución de un documento acreditativo de otros dos poderes vigentes y de terceras personas.

Además la protección a esta apariencia tiene un límite claro, si revocado el poder se requiere la devolución del documento, con lo que ya cumple el poderdante, no es necesario que esta devolución se produzca, y si por la negativa del ex Apoderado no se produce, primara la protección de los intereses del *dominus*, frente a los del tercero que contrató con el ex Apoderado, y ello a pesar de la apariencia.

Por todo lo anterior no creemos que se pueda alegar para proteger los intereses del tercero contratante la apariencia de poder y el incumplimiento de la obligación formal de requerir la devolución del documento acreditativo del mismo, cuando tal requerimiento no se podría legalmente efectuar al tratarse de un documento común a otros dos poderes.

Tampoco se puede acusar al *dominus* de actuación negligente, pues ante la imposibilidad de compeler a la devolución del documento acreditativo del poder optó por otra vía alternativa de publicidad, y no pudiendo poner en conocimiento de todos los posibles terceros tal revocación la presentó en el Registro de la Propiedad. Tratándose de un comerciante individual, la revocación debería haberse inscrito en el Registro Mercantil (art. 1.219 del Código Civil y 76 del Reglamento del Registro Mercantil), pero aun en este caso le cabe la posibilidad de llevarlo al Registro de la Propiedad donde radique sus bienes, no al efecto de conseguir la inscripción de tal revocación que no es posible, sino para que haciendo constar tal revocación del poder (cuya copia documental no ha recuperado), por nota meramente informativa al margen de las fincas integrantes de su patrimonio (lo que no produce el cierre registral), se evite el acceso al Registro de la Propiedad de ninguna actuación del ex Apoderado en base a la apariencia creada por el poder revocado, informando al Registrador al calificar de tal circunstancia.

En cuanto a la posibilidad de don Juan Bori Bosch de actuar en nombre del *dominus negotii* evidentemente no podrá hacerlo en base a un poder revocado, sí que podría haberlo hecho como mandatario verbal, o alegando otro poder diferente del revocado, pero para producirse una relación representativa no basta que el gestor actúe *contemplatio domini*, sino que debe existir un poder escrito o verbal, se pueda justificar documentalmente o no. Pero la pregunta a formularse es si cabría configurar su actuación dentro de la gestión de negocios ajenos, y no creo que la actuación de don Juan Bori Bosch sea subsumible en la figura del gestor sin mandato; nos vamos a examinar uno por uno los requisitos de la gestión de negocios ajenos sin mandato, pero señalaremos aquellos que no se dan en el presente caso: *a*) En primer lugar, y como su propio nombre indica, no ha de existir mandato, y en el supuesto objeto del recurso, en la realidad jurídica no existe el poder alegado por don Juan Bori Bosch, pero éste no lo manifiesta así, luego entre las partes actuantes en el negocio no se da la figura del gestor sin mandato, al manifestar el ex Apoderado al tercero contratante la existencia de un poder y contratar éste confiado en tal circunstancia. *b*) En

segundo lugar no ha de existir oposición del *dominus*, es decir, ni mandato ni oposición, ni encargo ni antiencargo, y en el presente supuesto no existe una prohibición expresa, pero cabe entender, que si a una persona con poder se le revoca éste, entra dentro de la intención del *dominus* prohibirle la actuación en su nombre, incluso como un gestor sin mandato, se ha roto la relación de confianza entre ellos. c) Además debe existir una abstención del *dominus*, y en el presente caso no se da tal abstención por parte de don Juan Bori Folguera cuando con una antelación mínima a la fecha de la compraventa revocó tal poder, demostrando a lo menos que estaba pendiente de sus negocios. d) Y, por último, y como todos los cuasi-contratos, la *negotiorum gestio* ha de ser un hecho lícito, licitud que debe abarcar no sólo al asunto gestionado (que en sí es lícito), sino al hecho de la gestión ajena sin mandato, y la intervención en este supuesto de don Juan Bori Bosch es ilícita, interviene en un contrato como Apoderado de otra persona estando revocado tal poder y conociéndolo.

De todo lo dicho se deduce que la actuación de don Juan Bori Bosch no es subsumible en ninguno de los supuestos tipo de actuación en nombre de otro, por lo tanto no obliga al *dominus*, y además produce como consecuencia que falta uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato, *ex* artículo 1.261 del Código Civil, el consentimiento de uno de los contratantes.

II. Sin entrar en la distinción entre negocios nulos e inexistentes, es evidente que la falta de uno de los elementos esenciales del contrato determinará la nulidad del negocio; y no cabe asimilar los supuestos de quien actúa sin poder o extralimitándose de las facultades concedidas, con el supuesto presente de poder revocado. En los dos primeros supuestos (no hay poder o el Apoderado se excede de sus facultades) nos encontramos ante un negocio incompleto, pero que se puede completar subsanando el defecto por medio de la ratificación; mientras que en el supuesto del poder revocado nos encontramos con un gestor prohibiente *domino*, un ex Apoderado que pretende seguir obligando al *dominus* como si la relación representativa siguiese viva; no es un *factus procurator*, el tercero contratante no es consciente de la falta de poder, desconoce que la eficacia y validez del negocio penda del cumplimiento de la *conditio iuris* de la ratificación, pues esta circunstancia ha de ser contemplada como tal por los dos autores del negocio.

Así, calificada jurídicamente la actuación de don Juan Bori Bosch y sus consecuencias, de la nulidad de la compraventa se deriva que al faltar uno de los requisitos expresados en el artículo 1.261, este contrato no será confirmable, artículo 1.310 del Código Civil, además como tal negocio nulo su ineficacia se produce *ipso iure* sin necesidad de intervención judicial, será apreciable de oficio por los tribunales y funcionarios públicos, y no es sanable por prescripción.

Por todo ello, y contrariamente a la opinión del Notario recurrente, no creo que la ratificación por parte del *dominus* produzca la convalidación del negocio, con mucho, y al no poder ir nadie contra sus propios actos, impedirá al ratificante instar en su favor la declaración de nulidad, pero no sana el negocio, ni impide al Registrador de la Propiedad en su función calificadora apreciar tal nulidad, pues aunque el artículo 1.259, párrafo 2, del Código Civil emplee la expresión «contrato... nulo» se está refiriendo a lo que doctrinalmente se denomina contrato anulable (supuestos de actuar sin poder o excediéndose del mismo), y no al supuesto presente de poder revocado que supone la nulidad absoluta e insanable.

## AUTO

El Presidente de la Audiencia Territorial de Zaragoza revocó la nota del Registrador fundándose en los siguientes argumentos: *a)* El supuesto es encuadrable dentro del ámbito de posible ratificación del artículo 1.259-2 del Código Civil. *b)* La ratificación del *dominus* purifica y da validez al negocio jurídico cualquiera que sea su naturaleza (nula, anulable, etc.), pues opera a modo de *conditio iuris*. *c)* Las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1958 y 10 de octubre de 1963 siguen este criterio; y *d)* El principio de economía jurídica así lo demanda.

## RESOLUCIÓN

Vistos los artículos 1.259, 1.717 y 1.892 del Código Civil:

1. En el presente recurso ha de decidirse exclusivamente sobre si la ratificación por el vendedor de una compraventa realizada en su nombre por quien ostentó en su día poder suficiente para ello, pero que al tiempo de la venta había sido revocado, posibilita la inscripción del acto dispositivo cuestionado.

2. Alega el Registrador que han de distinguirse las hipótesis de actuación a nombre de otro por quien carece de poder para ello o es insuficiente y el supuesto contemplado, pues mientras en aquéllas el negocio es incompleto, pero puede completarse por medio de la ratificación, en éste es radicalmente nulo e insanable, por cuanto el tercero contratante no es consciente de la falta de poder, desconoce que la eficacia del negocio depende de las *conditio iuris* de la ratificación.

3. Mas debe tenerse en cuenta: *a)* El supuesto de hecho contemplado en el artículo 1.259 del Código Civil se limita a una actuación en nombre ajeno por quien carece de facultades representativas suficientes al efecto, sin prejuzgar si el tercero conocía o no tal carencia; ese conocimiento o desconocimiento determinará unas u otras repercusiones jurídicas en la relación entre el tercero y el falso representante, y, en el caso de revocación, entre el tercero y el *dominus*, pero resulta irrelevante para la consecución del objetivo perseguido por el precepto cual es la culminación —en caso necesario (cfr. art. 1.738)— del iter negocial, mediante la aceptación por el *dominus* de lo actuado en su nombre por quien por falta de poder no puede comprometer su esfera jurídica. El carácter fraudulento o diligente de la actuación del supuesto representante (al ocultar el tercero su carencia de facultades representativas o al perseguir de buena fe un beneficio para el *dominus*) no puede trascender a la aplicación de un precepto que inspirado en el principio del favor *negotii* pone su centro de gravedad en una facultad del *dominus* para asumir una actuación que en principio no le vincula. Es más, tal como aparece formulada la posibilidad revocatoria del tercero, el precepto está más en consonancia con el supuesto de ignorancia por éste de la falta de representación que con el conocimiento de tal extremo. *b)* El supuesto de hecho del artículo 1.259 del Código Civil tanto se produce si el falso representante nunca gozó de poder suficiente al efecto como en la hipótesis de actuación al amparo de un poder que había sido ya revocado y comunicada oportunamente al Apoderado la revocación, y al carecer la norma de otras precisiones restrictivas adicionales, ninguna razón autoriza para excluir la segunda hipótesis de su ámbito de aplicación. *c)* No es admisible la alegación de que la doctrina de los actos

propios impide al *dominus* que revocó oportunamente el poder, la posterior ratificación de lo actuado en su nombre, pues es evidente que ni la revocación del poder ni su presentación en el Registro de la Propiedad implican el rechazo de dicha actuación, que, además, podría ocurrir que le fuera desconocida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto apelado.

#### COMENTARIO

Varias son las cuestiones que se derivan de esta resolución. En síntesis, son las siguientes: *a)* Determinación de la figura jurídica que se produce. *b)* Naturaleza del negocio celebrado. *c)* Posibilidad de su ratificación; y *d)* Eficacia si no mediara ratificación. Pasamos a examinar cada una de ellas.

*a) Determinación de la figura jurídica que se produce.*— En contra de la opinión del Registrador, considero que nos encontramos ante la figura de un «representante sin poder» o *fictus procurator*, puesto que existe una actividad por y para un *dominus negotii* por quien no tiene poder de representación, y dicha figura se da, según la doctrina, no sólo cuando nunca ha existido poder o el acto se ha realizado excediendo de los límites del mismo, sino también cuando el poder ya se ha extinguido, como ocurre en el presente supuesto, en el cual se alega un poder ya revocado.

Los argumentos que utiliza el funcionario calificador para negar la figura del «representante sin poder» nos parecen equivocados y vamos a intentar demostrar por qué. Primero alega que al manifestar el ex Apoderado que actúa en virtud de un poder, no puede hablarse de representante «sin poder», y ello no es correcto, porque como afirma Díez Pícazo «la apariencia creada exclusivamente por el representante, aunque sea culpable o fraudulentamente, como puede ocurrir en este caso, no cambia el hecho de la inexistencia en la realidad jurídica objetiva de poder de representación», y esa manifestación, por tanto, en nada afecta al *dominus* ni a la calificación de la figura, sino únicamente a las relaciones entre el representante y el tercero, como luego veremos. Es más, esa manifestación de actuar en virtud de un poder que ya no existe es lo que hace que estemos ante un *fictus procurator*, pues si el ex Apoderado manifiesta claramente que actúa en virtud de un poder revocado, estaríamos ante la figura de la *negotiorum susceptio* y el *fictus procurator* actúa, en cambio, simulando un poder que en realidad no tiene, haciendo creer al tercero que es representante, aunque no lo sea.

En segundo lugar, sostiene que la revocación del poder y su constancia en el Registro de la Propiedad implican una oposición o prohibición del *dominus* que impide la «gestión de negocios ajenos», presunción ésta que estimo inadmisibles, ya que no sólo puede ocurrir, como dice la D.G.R.N., que el *dominus* desconociera la actuación del ex Apoderado, sino que dados los términos generales del primitivo poder, su intención fuera revocarlo para excluir determinadas facultades, pero con la idea de permitir el ejercicio de otras, como se confirma con la ratificación posterior.

También afirma que la intervención como Apoderado de otra persona, en virtud de un poder revocado y conociéndolo, es una actuación ilícita, y efectivamente lo es, pero es que, según se infiere del artículo 1.259, párrafo 1, del Código Civil: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado», toda representación sin poder es «per se» inicialmente ilícita, en cuanto invasión

de la esfera jurídica ajena sin causa que lo justifique, y la posibilidad, como luego veremos, de su ratificación posterior por el *dominus* es lo que le confiere la licitud, y así el artículo 1.892 establece que: «la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso» y el artículo 1.259, párrafo segundo, que «contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización es nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue». De todo lo dicho se infiere que el requisito de la licitud se refiere sólo al negocio gestionado.

b) *Naturaleza del negocio celebrado*.—Una vez determinado, ya que quien actúa es un *fictus procurator*, corresponde ahora analizar la eficacia del negocio celebrado por él y hacerlo desde la perspectiva del *dominus*, cuyo interés en este caso debe protegerse en primer lugar, y ello porque como señala Díez PÍCAZO: «en estos casos, la eventual protección de los terceros que hayan tratado con el *fictus procurator* no se sitúa en primer plano, porque estos terceros han soportado una carga de diligencia en la investigación de los poderes de representación de la persona con la cual se han relacionado» y esta opinión es perfectamente aplicable al supuesto contemplado en esta resolución, en que la revocación del poder goza de la publicidad que le proporciona su constancia en el Registro de la Propiedad.

Esta cuestión de la naturaleza o situación jurídica del negocio es fundamental, tal como dice RIVERO HERNÁNDEZ, de ello dependerán cuestiones tan importantes como las de la posibilidad de revocación o modificación del contrato, bien unilateralmente por el tercero o bien por acuerdo de éste con el falso representante, así como los relativos a la construcción de la ratificación. Las teorías mantenidas han sido numerosas. A continuación exponemos las principales:

1. *Teoría de la nulidad absoluta*.—De acuerdo con ella, el negocio del representante sin poder es inexistente por faltar el consentimiento del *dominus* (art. 1.261 del C.C.), que es la auténtica parte contractual. Esta teoría, que es la que sigue el Registrador, impide la ratificación del *dominus*, ya que la nulidad es insanable y, por ello no es aplicable en nuestro Derecho, pues el artículo 1.259 del Código Civil, como luego veremos, permite dicha ratificación.

2. *Teoría de la nulidad relativa*.—Con arreglo a ella, el acto del falso procurador es nulo en cuanto que es inmediatamente ineficaz, sin necesidad de impugnación del *dominus*, pero esta nulidad es relativa y no absoluta, en el sentido de que la invalidez depende de la falta del concurso necesario de la declaración de voluntad del interesado y que ésta se puede manifestar *a posteriori* mediante la ratificación. Frente a esta teoría se aduce que la nulidad es siempre insanable, lo que en principio es nulo, no se puede convalidar, y ello contrasta con los efectos sanadores y retroactivos de la ratificación.

3. *Teoría de la anulabilidad*.—De acuerdo con ella, el negocio celebrado por el representante sin poder es anulable, esto es, sanable, pero también susceptible de anulación mediante el ejercicio de la correspondiente acción. Frente a esta postura teórica se ha argumentado que asimila la ratificación y la confirmación cuando en realidad son figuras distintas. Efectivamente, la confirmación es la sanación de un vicio en un negocio que se encuentra completo e implica la extinción de la acción de nulidad, mientras que la ratificación supone completar *a posteriori* el negocio con un elemento esencial que le faltaba: la voluntad del *dominus*, el cual por otra parte no tiene poder de impugnación porque no le es necesario, al ser en principio ineficaz frente a él el negocio.

4. *Teoría de la eficacia sometida a condición*.—Para los defensores de esta teoría, el negocio es válido, pero sin la eficacia propia del tipo negocial corres-

pondiente, la cual queda suspendida, subordinada al advenimiento de la ratificación, que opera como una condición de eficacia del acto. Se arguye, sin embargo, contra esta postura que la ratificación no es una condición en sentido técnico, ya que no se trata de un evento futuro e incierto al que las partes someten la eficacia del negocio, sino que se trata más bien de una *conditio iuris*.

5. *Teoría de la oferta*.—Según este punto de vista, el tercero al tratar con el representante sin poder, no hace otra cosa que transmitir por medio de éste una oferta contractual al *dominus*, siendo la ratificación la aceptación de dicha oferta y no existiendo mientras no se produce ningún vínculo jurídico entre las partes. Pero esta teoría no es acertada, pues no explica los efectos que se pueden producir como consecuencia de la protección del tercero de buena fe, además de que este tercero cuando contrata desconoce que la eficacia y validez del acto dependa de una posterior ratificación del *dominus*.

6. *Teoría del negocio imperfecto o incompleto*.—De acuerdo con esta tesis, el negocio del falso procurador es una entidad jurídica inacabada, un negocio imperfecto o incompleto al que le falta aún el consentimiento del *dominus* que es precisamente la ratificación y opera como una *conditio iuris*. Esta es la teoría defendida por la mayoría de la doctrina y por el Tribunal Supremo.

Como se ve, todas las teorías, excepto la primera, permiten la ratificación del negocio celebrado por el *factus procurator*. Pasamos ahora a estudiar esta ratificación desde la perspectiva concreta del supuesto objeto del recurso.

c) *Posibilidad de ratificación*.—Es en este punto en el que se centra la resolución, con la cual, como se infiere de lo dicho hasta ahora, estamos de acuerdo por las siguientes razones que coinciden básicamente con la misma.

1. La ratificación es una entidad jurídica admitida en nuestro Derecho en los artículos 1.259, 1.727 y 1.892 del Código Civil, de los cuales se infiere que es posible en las hipótesis de actuación a nombre de otro por quien carece de poder para ello o por quien excede los límites del poder. Pues bien, el supuesto de representación sin poder tanto se produce si el falso representante nunca gozó de poder suficiente o si la relación representativa se ha extinguido, como en la presente hipótesis, en la cual el falso Apoderado actúa en virtud de un poder ya revocado, sin que, como acertadamente expone la resolución, haya razones para excluir esta hipótesis del ámbito de aplicación del artículo 1.259 del Código Civil y concordantes.

2. El artículo 1.259 del Código Civil no prejuzga para su aplicación el conocimiento o no por el tercero de la falta de poder y tampoco la buena o mala fe de falso Apoderado, por lo cual, como analizamos en el apartado a) de este comentario, ni el conocimiento de la revocación por el Apoderado ni la publicidad registral de la misma merman para nada la posibilidad de dicha ratificación, sino que afectará únicamente a las relaciones entre el tercero y el falso representante y a la posible aplicación de los artículos 1.738 y 1.733 *a sensu contrario* del Código Civil, como veremos en el apartado siguiente.

3. En el ámbito de la representación sin poder, que presupone que el *dominus* no ha participado en absoluto en la actividad del falso Procurador, se coloca en primer plano, como ya dijimos anteriormente, la protección del *dominus* sobre la del tercero, al que se traslada la diligencia en la comprobación de los poderes, por ello, el artículo 1.259 pone la facultad de ratificar del *dominus* por encima de la de revocar del tercero.

4. El negocio celebrado por el falso procurador es, como ya hemos visto, un negocio incompleto, por lo que encaja perfectamente en el marco del artículo

1.259 del Código Civil, cuya expresión «contrato nulo» es interpretada por la doctrina dominante precisamente en el sentido de ser un negocio incompleto.

5. La revocación del poder no impide al *dominus* hacerse representar a continuación por el mismo apoderado, ni mucho menos ratificar *a posteriori* lo hecho por éste como *factus procurator*, pues dicha revocación no puede interpretarse como rechazo de lo actuado.

6. La DGRN ha admitido la posibilidad de ratificación en supuestos mucho más dudosos: *a)* Los menores de edad pueden ratificar, llegados a la mayoría, los contratos celebrados en su nombre por sus padres sin autorización judicial (Resolución de 26 de julio de 1905), y *b)* es posible la ratificación en escritura pública por apoderado de una venta hecha por mandatario verbal, después de la muerte de los poderdantes, si el poder era de fecha anterior a la misma (Resolución de 9 de mayo de 1988).

d) *Eficacia si no hubiere mediado ratificación.*—La existencia de ratificación hace innecesario entrar en el estudio de este problema, pero dado que es en él donde tiene trascendencia el conocimiento o no por el tercero de la revocación del poder y la buena o mala fe del ex apoderado, vamos a analizarlo brevemente, exponiendo primero los efectos desde el punto de vista teórico, según exista o no conocimiento y señalando luego los que se producirán en la hipótesis de la resolución de no existir la ratificación.

Si el falso representante y el tercero son concededores de que el primero carece de poder de representación, no existe vínculo jurídico alguno entre el representante y el tercero y tampoco existe una especial responsabilidad del gestor por su actuación sin poder. Si el tercero desconoce la falta del poder, antes de la ratificación, tiene una triple opción: apartarse del negocio ejercitando la facultad de revocar del artículo 1.259 del Código Civil, considerar obligado frente a él al representante sin poder *ex* artículo 1.725 o hacer a éste responsable de los daños y perjuicios. Para que estas dos últimas posibilidades sean admisibles, la doctrina exige que el tercero actúe de buena fe y que haya culpa del gestor.

Hemos de partir, para analizar cuál es la solución aplicable a la hipótesis estudiada, de que el poder se encuentra plenamente revocado, por las siguientes razones: 1. Se ha notificado notarialmente la revocación del apoderado. 2. Si bien el poderdante no ha recogido el documento en que consta el poder, requisito éste necesario para la plena eficacia de la revocación (art. 1.733 del Código Civil), si lo requirió, y este requerimiento es suficiente, ya que la doctrina considera que no es necesaria la desposesión efectiva. 3. El poderdante, ante la negativa del apoderado a la devolución, hizo constar la revocación en el Registro de la Propiedad, y ello pone de manifiesto la diligencia de aquél en dar a conocer a los posibles terceros dicha revocación, dada la publicidad general que éste otorga. No consideramos, sin embargo, admisible el argumento del Registrador de la imposibilidad de recuperar el documento por recogerse en él otros dos poderes, pues sería factible su recogida sólo para hacer constar mediante diligencia notarial la revocación y su posterior devolución, diligencia ésta que, por otra parte, parece exigir el artículo 1.219 del Código Civil.

Pasando a estudiar el comportamiento del apoderado y del tercero, consideramos que el primero actuó fraudulentamente, al alegar un poder que sabía revocado y al no devolver el documento. Entiendo que el apoderado debió actuar de otra forma, como mandatario verbal o como gestor sin mandato. Respecto al segundo actuó, creo, con desconocimiento y con error excusable, pues si bien es verdad que frente a las manifestaciones del Registro de la Propiedad no se

puede alegar ignorancia, también es cierto que la publicación de la revocación mediante nota en dicho Registro no es habitual y, por tanto, aun actuando diligentemente el tercero, no hubiera podido prever dicha constancia, aparte de que no son aplicables los efectos de la publicidad del Registro de la Propiedad a una relación personal cual es la de apoderamiento, máxime cuando siendo el poderdante comerciante, la constancia de la revocación debió hacerse en el Registro Mercantil para que afectara a terceros (arts. 21 y 291 del Código de Comercio y 76 del Reglamento del Registro Mercantil).

No creemos, por último, que se pueda alegar la existencia de mala fe en el tercero por la relación filial-paterna que tiene con el apoderado, pues no sólo dicha apreciación subjetiva escapa del ámbito de la calificación registral, sino también porque podría entenderse en el sentido contrario de creencia de buena fe de la existencia del poder era frecuentemente utilizado y que había sido revocado recientemente.

De todo lo expuesto creemos, que si no hubiera mediado la ratificación, el negocio celebrado por el ex apoderado hubiera sido ineficaz frente al *dominus* que actuó diligentemente en la revocación, y respecto del tercero, no hubiere sido posible la aplicación del artículo 1.738, y creemos que su posible negligencia, ya se califique de excusable o de inexcusable, se habría compensado con la conducta fraudulenta del ex apoderado, por lo que tendría la triple opción antes vista para el caso de desconocimiento por el tercero de la falta de poder.

#### EPÍLOGO

Para finalizar, dejamos la alegación de un principio latente en numerosas resoluciones de la DGRN y que contribuye a reforzar la posibilidad de ratificación del negocio estudiado y es el de «economía jurídica» brillantemente expuesto en el auto de la Audiencia que por su interés reproducimos: «Si jurídicamente esa solución de la cuestión planteada, parece ser la más conforme a derecho, considera el juzgador que esa solución se halla avalada por el principio de economía que se fundamenta en razones de tipo pragmático pues de no tomarse esa resolución, vendría obligado el poderdante a otorgar una nueva escritura de venta, respecto de su tercera parte indivisa, a favor de los compradores, cuando es así que ya ha manifestado, notarialmente, su total conformidad con esa misma operación de venta. Y es evidente que el Derecho constituye un conjunto de normas reguladoras de las relaciones humanas, con una finalidad facilitadora de la pulcritud y rectitud de tales relaciones y en definitiva, de la convivencia, que no se debe ver entorpecida por más formalismos y formulismos que los estrictamente necesarios».

ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES  
Registrador de la Propiedad

#### BIBLIOGRAFÍA

- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Poderes, su problemática* (R.C. D. I. año 1963).  
DÍEZ PICAZO: *La representación en el Derecho Privado*.  
DÍEZ PICAZO: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I y II.  
LACRUZ BERDEJO: *La gestión de negocios sin mandato*. (R.C. D. I. año 1975).  
LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*. Tomos I y II.  
RIVERO HERNÁNDEZ: *Naturaleza y situación del contrato del falsus procurator* (AD. C. año 1976).

**EL TESTIMONIO DE LA SENTENCIA QUE APRUEBA EL CONVENIO REGULADOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL ES INSCRIBIBLE SIN NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA (RESOLUCIONES DE 25 DE FEBRERO, 9 Y 10 DE MARZO DE 1988, «BOE» DEL 10 Y 22 DE MARZO).**

*Advertencia previa.*—Las resoluciones a comentar son trillizas, es decir, iguales en sus antecedentes, fundamentos y fallo. Pero, al igual que los hermanos trillizos, presentan alguna pequeña diferencia. Salvo error, he encontrado diversidad en las notas de calificación y en los informes de los Magistrados. Copiaré, entonces, en los antecedentes la resolución de 25 de febrero de 1988, y en el lugar oportuno introduciré las diferencias advertidas.

*Antecedentes.*—En los autos de separación conyugal número 71/1986, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Castellón, a instancia de los cónyuges don D.M.G. y doña P.V.D., se dictó sentencia estimatoria con fecha 4 de abril de 1986, en la que se acordaba la separación instada por dichos consortes, a la vez que se aprobaba el convenio regulador aportado junto a la solicitud inicial. En el citado convenio regulador los cónyuges acordaban, entre otras medidas, la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, cuyos bienes se adjudicaron recíprocamente como tuvieron por conveniente. Una vez firme la sentencia que recogía dicho convenio, se interesó del Juzgado la inscripción del mismo en el Registro de la propiedad correspondiente, librándose para ello mandamiento y expidiéndose testimonio tanto de la sentencia como del convenio regulador acordado en autos.

*Calificación registral.*—Presentados los documentos antes aludidos en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Castellón de la Plana, fue calificado (sic) con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no constar elevado a escritura pública el convenio regulador de la separación que se aprueba en la sentencia.—Castellón, 20 de diciembre de 1986.—El Registrador.—Firmado: Salvador Mínguez Sanz.»

En el Registro de Castellón número 1, la nota de calificación fue la siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento en el Registro de la Propiedad número 1 de esta capital por no constar el convenio de liquidación de la sociedad de gananciales en escritura pública como exigen los artículos 3.º de la Ley Hipotecaria y 1.280 del Código Civil. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado.—Castellón, 22 de diciembre de 1986.—La Registradora.—Firmado: María del Carmen Pérez y López Ponce de León.»

*Recurso gubernativo.*—La Procuradora de los Tribunales doña Ana Torres Tarazona, en representación de don D.M.G. y doña P.V.D., interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que se estima carente de base jurídica la decisión del señor Registrador al elevar su función calificadora por encima de una resolución judicial, pretendiendo que posee más fe pública un Notario que un Juez. Que, conforme a lo establecido en la disposición adicional novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio, cuando una sentencia de separación puede ser inscrita en el Registro es porque la misma produce efectos en cuanto al patrimonio de los consortes, y si la citada Ley no distingue en qué casos basta con la sentencia y en qué otros deben presentarse documentos complementarios, se entiende que no debe irse más allá de lo expresado en la norma, en virtud del principio *ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere*. Que el señor Registrador no suspende la inscripción porque la documentación presentada adoleciera de algún defecto en cuanto a su autenticidad, sino que reduce por su

cuenta el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria a la primera parte de su contenido, al considerar que sólo es imprescindible la escritura pública. Que, a la vista del artículo 34 del Reglamento Hipotecario, se considera que el convenio regulador testimoniado por un Magistrado tiene la misma autenticidad que si hubiese sido otorgado ante Notario. Que aunque el artículo 1.436 del Código Civil trata de un procedimiento distinto, sus efectos son idénticos a los de la causa matrimonial, por cuanto que en ambos casos se produce una disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, y si el primero de ellos, la sentencia firme, es título suficiente para inscribir, no se ve motivo legal alguno para negar tal carácter al segundo. Que el artículo 1.280-3.º del Código Civil habla de documento público, y el artículo 1.216 de dicho Código los define como «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley», y, de igual manera, el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que bajo la denominación de documentos públicos y solemnes se comprenden las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie. Que, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, los Registradores están facultados para poner objeciones a un mandamiento judicial en cuatro supuestos, entre los que no se encuentra la insuficiencia de la fe pública judicial que el Registrador calificante parece observar, pues si el mandamiento rechazado está expedido por el Juez competente, si es congruente con el procedimiento judicial de que dimana, si el documento presentado reúne las formalidades y solemnidades requeridas por la ley para que surta efectos, y si no hay ningún obstáculo registral que impida su inscripción, es claro que el señor Registrador no tiene facultad alguna para suspender la inscripción, otorgando por su cuenta mayor credibilidad a la fe pública notarial que a la judicial.

*Informe del Registrador.*—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que como cuestión previa cabe plantear el ámbito de la calificación de los documentos judiciales. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria señala la función calificadora del Registrador y mediante ella se hace efectivo el principio de legalidad, de manera que en los libros hipotecarios solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos. La calificación consiste en el examen, censura o comprobación que de la legalidad de los títulos presentados a Registros verifica el Registrador antes de proceder a la inscripción de los mismos, registrando, si ello es procedente, o denegando o suspendiendo la inscripción cuando no estén arreglados a Derecho. En la calificación es donde reside la esencia de la función registral y la calificación de un documento es deber inexcusable del Registrador. Que, al margen de lo anterior, hay que señalar que, no obstante lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en el presente caso no se trata de calificar un documento judicial en cuanto a tal, sino de determinar si la forma judicial es la adecuada al título que se pretende inscribir, y ello está dentro de la competencia de calificación del Registrador, como reconocen, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de julio de 1880, 14 de marzo y 26 de octubre de 1984 y 11 de julio de 1936, que señalan que ciertas actuaciones judiciales no le dan a un documento el carácter de tal documento judicial. Que, a mayor abundamiento, hay que decir que si bien la sentencia de separación no es calificable en cuanto al fallo, el cual para nada se discute, sí que es calificable en orden a la congruencia del mandato con el procedimiento seguido y, en modo alguno, aparece de la sentencia judicial que se haya ordenado al Registrador la inscripción de los bienes comprendidos en el convenio a favor de sus respectivos adjudicatarios. Lo inscribible sería la sentencia, mas no las adjudicaciones, que es lo solicitado por el presentante, y lo que el

Registro publicaría sería la separación, pero no la titularidad de los bienes concretos a favor de cada esposo, por lo que difícilmente puede el Registrador hacer operaciones registrales que no se le ordenan, máxime si no reviste la forma jurídica adecuada para su acceso al Registro de la Propiedad y, es más, se calificó la falta como subsanable cuando en realidad, al precisar de un nuevo otorgamiento sustancial en escritura pública, debería quizá haberse configurado como insubsanable. Que a las deducciones que el recurrente hace de los artículos 3.º de la Ley Hipotecaria y 34 de su Reglamento, hay que decir que no se trata ni de anteponer la fe pública notarial a la judicial, ni se otorga mayor credibilidad a una que a otra, sino que cada una ha de actuar dentro de su propio ámbito. En este sentido, se manifiestan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1916 y 31 de julio de 1917. La distinción de la diferente esfera de actuación de la autoridad judicial se manifiesta claramente en diversos supuestos existentes en nuestra legislación, de los que resultan que no es lo mismo en orden a la forma, aunque intervenga el Juez, la sentencia o el auto que la escritura, como por ejemplo en los procedimientos ejecutivos, en el trámite de la subasta, y es que el legislador ha separado claramente la esfera de actuación de la fe judicial de la notarial, determinando qué actos han de estar sujetos a una u otra forma documental. Que no se puede pensar que la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, haya tenido la intención de alterar las áreas de competencias de los diferentes funcionarios que pueden autorizar los distintos documentos públicos susceptibles de producir inscripción. Que lo que establece la disposición adicional novena de la Ley antes citada hay que ponerlo en relación con el artículo 1.333 del Código Civil, que hace una remisión a los preceptos de la Ley Hipotecaria que, según su artículo segundo, para que un título sea inscribible ha de referirse al dominio o derecho real sobre bien inmueble o afectar a la capacidad de la persona en cuanto pueda incidir sobre su libre disposición. Pues bien, el propio artículo 102, al señalar los efectos que produce la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, establece en el número segundo la revocación de poderes y añade al final que «a estos efectos, se podrá tomar la oportuna anotación en los Registros de la Propiedad y Mercantil», y ello es así porque afectan a la capacidad de disposición, pero a estos efectos (en relación con el artículo 2.º-4 de la Ley Hipotecaria) y no a otros, pues no hay una reclamación de titularidades, a diferencia de lo que ocurriría, por ejemplo, en la anotación preventiva de demanda. En este mismo sentido y a estos mismos efectos, podrían inscribirse en el Registro o tomarse razón de las sentencias de separación, nulidad o divorcio, al amparo del citado artículo 2.º-4 de la Ley Hipotecaria, y los efectos que produce la anotación de la demanda o la inscripción de la sentencia son los mismos que los de la declaración judicial de incapacidad. Que; no obstante, lo que se trata de determinar y es objeto del presente recurso, es si son inscribibles las sentencias de separación y divorcio no sólo en cuanto a dicha separación o divorcio, sino, además, en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la adjudicación de los bienes consorciales. En principio, las sentencias de separación sólo producen los efectos determinados en los artículos 83 y 95 del Código Civil, pero la sentencia propiamente dicha no lleva consigo la liquidación de la sociedad de gananciales ni atribuye la propiedad de los bienes comunes, y así queda cumplido el principio procesal de la congruencia entre lo pedido y la sentencia que lo resuelve, ya que el Juez se limita a declarar la separación y a aprobar el convenio, en su caso; dos actos distintos y completamente separados: El primero es decisorio y contiene la voluntad judi-

cial, el segundo es un mero acto aprobatorio de la voluntad de las partes y no forma parte de la voluntad decisoria judicial, y esta decisión aprobatoria no provoca transmisión alguna patrimonial entre ambos esposos. Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 del Reglamento Hipotecario, hay que plantearse la cuestión de si una sentencia de separación es título de la atribución del dominio de los bienes comunes, debiendo distinguirse dos supuestos: a) El caso en que no haya previamente un convenio aprobado judicialmente (supuesto del artículo 103 del Código Civil) y que recoge el artículo 91 del mismo texto legal; aquí, y precisamente por falta de acuerdo entre los cónyuges, el Juez puede «tomar medidas» en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales, debiendo plantearse la cuestión de si estas medidas pudieran producir la liquidación de la sociedad de gananciales por mandato judicial, o si dichas medidas sólo serían las que sentaran las bases para una posterior liquidación, pero sin que la sentencia implique por sí misma la referida liquidación. Habrá que estar a lo que declare la sentencia y a su congruencia con el *petitum* de la demanda para poder determinar si sería directamente inscribible el testimonio de la misma o bien, en cumplimiento a ella, la escritura en que los cónyuges establecieran lo pertinente en orden a la liquidación de los bienes conyugales; b) El caso que aquí se plantea es que existe un convenio entre los cónyuges aprobado judicialmente. ¿Qué es, en este supuesto, lo que sirve de título al dominio y va a ser objeto de inscripción? No es la propia sentencia de separación, artículos 83 y 95 del Código Civil, pues ésta no liquida la sociedad de gananciales, sino que se limita a recoger el convenio regulador. Es el acuerdo de voluntades de los cónyuges, plasmado en el convenio regulador, el título por el cual se produce la liquidación de la sociedad de gananciales, con la consiguiente atribución de dominio de los bienes comunes. Inmediatamente conectado con lo anterior, surge el problema de la colisión entre capacidad procesal y capacidad para disponer sobre bienes inmuebles. De lo establecido en los artículos 46, 316, 323 y 1.329 del Código Civil, resultaría una colisión entre las normas sustantivas y las adjetivas sobre capacidad, ya que los menores de edad podrían efectuar actos dispositivos sobre bienes inmuebles mediante convenios reguladores en caso de separación o de divorcio, no debiendo ser esto así, y será el tiempo de elevar el convenio a escritura pública cuando deba completarse la capacidad en forma legal. Que todo lo expuesto hace necesario un previo examen de la naturaleza jurídica del convenio regulador que exige se presenten juntamente con la demanda de separación o divorcio los artículos 81 y 86 del Código Civil, y que está regulado por su artículo 90, y sin que esta necesidad le dé el carácter de imperativo como tal acuerdo, pues puede tratarse de una mera propuesta por cada parte y no llegarse, como prevé el artículo 91 del Código Civil: 1.º) Originariamente el convenio es un mero documento que expresa el acuerdo de voluntades entre los cónyuges y que se presenta para su aprobación judicial. 2.º) En un segundo momento la ratificación tampoco lo convierte en documento público. Pues según la disposición adicional 6.ª-4 es la petición de separación o divorcio la que se ratifica ante el Juez y no el convenio, y ello porque lo que solicita en la demanda es la separación o el divorcio y no otra cosa. Por ello no puede verse en esta ratificación un caso de elevación a público de un documento privado, pues ni es ésta la función del Juez ni es de su competencia y sería convertir al Juez en Notario, supuesto que la Dirección General de los Registros y del Notariado no admitió en la Resolución de 25 de julio de 1980, y así lo establecen los artículos 1 y 2 del Reglamento Notarial. 3.º) En un tercer momento se produce la sentencia declarando la separación o el divorcio y es necesario ver de qué forma puede ésta incidir sobre el convenio. El

artículo 90-2 del Código Civil establece la aprobación judicial, que es de mero control del acuerdo de las partes; es un control de su no lesividad, pero que no se impone a la voluntad de los cónyuges, entre los que no hay controversia; por lo tanto, dicha aprobación judicial no altera el carácter contractual del convenio, y la misma no eleva a público el documento privado firmado por los cónyuges; en este sentido hay que señalar la existencia de un paralelismo entre las normas que regulan la partición hereditaria y las de la liquidación de la sociedad de gananciales por la expresa remisión que hace el artículo 1.410 del Código Civil. El hecho de que esta aprobación judicial se inserte en la sentencia y el propio convenio se testimonie en la misma tampoco desvirtúa el carácter del convenio ni el de la aprobación, y así en virtud de la disposición adicional 6.<sup>a</sup>-7 se evidencia que la aprobación del convenio no es contenido propio de la sentencia. Por tanto, nos encontramos con un convenio privado y, aunque se considere que no es propiamente un acuerdo capitular, al que sería aplicable el artículo 1.327 del Código Civil, que exige la escritura pública, lo que sí es cierto es su naturaleza contractual, por lo que, tratándose de la forma, le sería de aplicación el artículo 1.280 del Código citado. Que, se entiende, si la forma pública es necesaria para poder inscribir el convenio regulador y ésta no le viene dada por la aprobación judicial, la forma adecuada será la escritura pública, pudiendo las partes compelerse a ella, conforme al artículo 1.279 del Código Civil; y en este sentido hay que entender el artículo 90-2 de dicho Código, que lo que hace es remitirse a las normas generales de los artículos 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y especialmente al artículo 1.514-2, de forma que si una de las partes no quisiera otorgar voluntariamente la escritura, podrá hacerlo el Juez en rebeldía de ella. Este mismo sentido adopta el artículo 90-4 del Código Civil, puesto que el Juez puede solamente establecer garantías judiciales, que son las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero por sí sólo no podrá constituir una hipoteca, sino que se limitará a ordenar a un cónyuge que la constituya, y en su rebeldía lo podrá hacer el Juez en la correspondiente escritura. Que, en conclusión, la disposición adicional 9.<sup>a</sup>-2, tratándose de la liquidación de la sociedad de gananciales, hay que entenderla en el sentido de que las demandas y sentencias a que alude sólo serían inscribibles cuando fuera la propia sentencia título de la liquidación y, por ende, del traslado o atribución del dominio, y ello por aplicación de los artículos 1.133 (*sic*; ¿1.333?) del Código Civil, en relación con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y 34 de su Reglamento; pero no serían inscribibles cuando exista convenio regulador, siendo el título de inscripción el convenio y no la sentencia, habiendo de constar aquél en documento público conforme a los artículos 1.280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria, y no dándole este carácter la aprobación judicial, será necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Que, finalmente, hay que señalar que no guardan ninguna conexión las capitulaciones matrimoniales y la sentencia de separación o divorcio, a pesar de que el artículo 1.280-3.<sup>o</sup> del Código Civil recoja las capitulaciones matrimoniales como uno más de los actos que han de constar en documento público, y el artículo 1.327 del referido Código aclara que ese documento público es precisamente la escritura pública y no cualquier otro de los comprendidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

*Informes de los Magistrados.*—El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Castellón informó: Que la consideración de la posibilidad de que las sentencias de nulidad, separación o divorcio accedan al Registro de la Propiedad como corolario del contenido de los artículos 90, 91, 95 y 96 del Código Civil, contemplada en la disposición adicional IX de la Ley de

7 de julio de 1981, no ampara las pretensiones de los recurrentes por tener una finalidad distinta. Que para lo pretendido por éstos bastará, caso de conflicto entre ellos, acudir al órgano jurisdiccional para, por los trámites de ejecución de sentencia, instar el otorgamiento de la oportuna escritura y, en su caso, realizarse por el propio Juzgado. Que se entiende debe rechazarse el recurso interpuesto en base igualmente a las sólidas razones expuestas por el señor Registrador de la Propiedad.

El ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Castellón informó: Que la cuestión planteada se centra en determinar si las sentencias de separación y de divorcio pueden tener acceso al Registro de la Propiedad en cuanto a los efectos accesorios o colaterales que de ellas dimanar, y muy especialmente lo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial o, por el contrario, los extremos relativos a medidas relacionadas con dicha liquidación, en el supuesto de afectar a adjudicaciones concretas de bienes inmuebles a cada cónyuge han de ser plasmadas en escritura pública complementaria. Que conviene tener en cuenta las especialidades que se dan en la tramitación de las demandas formuladas de común acuerdo y las que siguen el cauce del procedimiento contencioso: *a)* Respecto a las últimas, lo normal será diferir la liquidación del régimen económico a la fase de ejecución de sentencia, limitándose la sentencia a hacer un pronunciamiento sobre tal extremo, en los términos contenidos en el artículo 95 del Código Civil; posteriormente se ha de proceder a la liquidación propiamente dicha de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, a través del procedimiento previsto para el juicio voluntario de testamentaria, de aplicación por analogía, en virtud de la remisión que hace el artículo 1.410 del citado Código. Lo que interesa resaltar es que del contenido de los artículos 1.081, 1.083 y 1.092 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende que las operaciones divisorias serán aprobadas por medio de auto, y para el caso que se quiera proceder a la inscripción registral de tales adjudicaciones, se entiende que sería suficiente o bien la presentación del testimonio expedido por el Secretario del Juzgado, o bien el acta de protocolización de las operaciones particionales efectuadas, puesto que en ambos casos se trata de títulos consignados en documentos auténticos a tenor de lo que establece el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 33 y 34 de su reglamento. *b)* Si, por el contrario, el trámite seguido para la separación o el divorcio ha sido el de la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la Ley 30/1981, de 7 de julio, conforme a lo establecido en su punto 2, y el artículo 90 del Código Civil, será el Juez quien efectúe la calificación sobre la pertenencia (sic) o no de los acuerdos sometidos a su consideración, bastando un testimonio de la resolución judicial aprobando el convenio regulador para proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de que dicho convenio, en lo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial, se refleje en escritura pública para tener acceso al Registro (y ello aún en el supuesto de que en la parte dispositiva de la mencionada resolución no se plasme literalmente el contenido del convenio regulador, bastando que se adjunte a la misma mediante el oportuno testimonio). Que se estima no existe obstáculo legal que impida el acceso al Registro de las operaciones particionales llevadas a cabo por los cónyuges, contenidas en el convenio regulador, aprobado por el Juez mediante sentencia o auto ratificador del mismo.

El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Castellón informó: Que la cuestión estriba en determinar si las sentencias de separación, como el caso objeto del recurso, son inscribibles en cuanto recojan

los efectos derivados de la misma, como son las medidas adoptadas de común acuerdo entre las partes colitigantes, pero especialmente las referentes a una específica y concreta liquidación y partición de bienes gananciales, con expresa adjudicación por documento privado (convenio) de bienes inmuebles y derechos reales o, por el contrario, tal acto o contrato inter-partes debe estar formalizado en escritura pública para su acceso al Registro. Que en aquellos casos en los que la sentencia contiene la aprobación de un precedente convenio regulador, mutuamente aceptado y suscrito, y que por economía de escritura se da por reproducido el fallo, la inscripción en el Registro es absolutamente posible, ya que siendo firme puede entenderse como ejecutoria a los efectos del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Que los testimonios librados y dirigidos en forma al Registrador de la Propiedad son documentos auténticos expedidos por la autoridad judicial, como expresa el citado artículo 3.º, y de acuerdo con el artículo 2.º, 3, de dicha ley, no es otra cosa que el convenio regulador que un contrato, que en virtud de estar aprobado por la autoridad judicial deviene en documento auténtico que da fe por sí solo al ser testimonio por el Secretario judicial (artículo 34 del Reglamento Hipotecario).

*Auto del Presidente de la Audiencia.*—El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia revocó la nota del Registrador, fundándose en los artículos 3.º de la Ley Hipotecaria, 34 de su Reglamento y 369 y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es que el convenio regulador en el que los cónyuges abordaron la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se integró plenamente en la ejecutoria, en cuanto, según testimonio de ella expedido por el fedatario judicial, ese convenio regulador obra en los autos y en la sentencia se aprueba expresamente, incardinándose en la ejecutoria y constituyendo su propia y específica entraña. En que el artículo 3 antes citado admite la posibilidad de inscribir una ejecutoria y un documento auténtico, y el convenio regulador que sirve de título al dominio o al derecho real o al asiento practicable ha sido expedido por el funcionario competente para darlo; es claro y patente que esa ejecutoria hace fe por sí sola y ninguna razón válida puede oponerse a que proceda su inscripción. Y, por último, en que el propio legislador previó la posibilidad de la inscripción de las sentencias de separación, nulidad y divorcio, autorizando a las partes para que así pudieran instarlo y conseguirlo, expresándolo de forma rotunda y precisa en el párrafo segundo de la disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

*Apelación del Registrador.*—El señor Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que en la calificación no se ha cuestionado el carácter de documento público de las sentencias o ejecutorias y demás actuaciones judiciales, puesto que todas lo son *in abstracto* o por propia disposición legal. Que tampoco se ha cuestionado el carácter de la fe pública del Juez o Secretario judicial, en cuanto a las actuaciones judiciales que se circunscriban al ámbito judicial. Que la sentencia y, por tanto, su ejecutoria no es título del dominio, ya que, como el propio Presidente de la Audiencia reconoce en el fundamento 4.º, lo que sirve de título de dominio o derecho real o al asiento practicable es el convenio regulador. Que éste es un acuerdo o contrato privado entre los cónyuges y voluntario, como dicho Presidente reconoce en el fundamento 3.º, y es necesario darle forma pública para que tenga acceso al Registro de la Propiedad. Que al tratarse asimismo de un convenio voluntario, se debe entrar en el ámbito de la fe pública notarial y no de la judicial, como reconoce, expresa y terminantemente, el artículo 2.º del Reglamento Notarial. Que, en consecuencia, ni la sentencia ni la ejecutoria, por muy públicas que sean, son los documen-

tos exigidos formalmente por la Ley para producir la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales, cuando la misma se origina por voluntad de las partes, ya que, aunque recojan la aprobación judicial del convenio, la misma tiene un carácter tutelar y no decisorio por ser un control de no lesividad.

*Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 de la Ley del Notariado, 3 de la Ley Hipotecaria, 34 del Reglamento Hipotecario y 2 del Reglamento Notarial.

1. La única cuestión planteada es si para inscribir un convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial hasta el testimonio judicial acreditativo del convenio y de que éste ha sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación a petición conjunta de ambos cónyuges, o si se requiere, además, que conste que el convenio ha sido «elevado a escritura pública».

2. Se trata en el presente supuesto de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado; no cabría, pues, replantear cuestiones substantivas relativas al convenio que no implicaran replantear la misma cuestión, decidida ya por sentencia firme; no cabe, por tanto, negar que el documento auténtico expedido por el Secretario judicial, acreditativo de la sentencia y del convenio regulador aprobado por la sentencia, es documento auténtico suficiente para acreditar los términos del convenio, con plenitud de efectos (cf. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 34 del Reglamento Hipotecario).

3. El artículo 2 del Reglamento Notarial, de acuerdo con las mencionadas disposiciones de rango legal y con el artículo 1 de la Ley del Notariado, debe entenderse en el sentido de no comprender los actos que acontecen y se perfeccionen dentro de la esfera judicial.

Con la conformidad del Consejo Consultivo, esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y revocar la nota del Registrador.

*Comentario.*—1. En una obra de Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, cuya cita exacta no podría precisar ahora, recuerdo haber leído una frase que después he meditado y apreciado en toda su exactitud con ocasión de ponderar el alcance de cualquier reforma legislativa. Decía el ilustre tratadista de Derecho Mercantil que «las revoluciones jurídicas se quedan mucho más cerca de donde se proponen ir». Y, efectivamente, algo de esto ha sucedido con la reforma de la regulación de la sociedad de gananciales en el Código Civil tras la Ley de 13 de mayo de 1981. No quiero decir con ello que todo ha seguido igual, ni mucho menos, en nuestros gananciales después de la promulgación de esa importante Ley. Pero tengo la impresión de que la interpretación que generalmente se da a la regulación actual del régimen económico matrimonial está demasiado marcada por la formación del intérprete bajo la normativa anterior a la Constitución de 1978, es decir, bajo el que entonces se denominaba contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, que heredamos de los legisladores del siglo pasado, apenas retocado por leyes posteriores, entre los que merece mención la de 2 de mayo de 1975, que muchos recordarán con simpatía porque se dictó para «celebrar» en España el famoso Año Internacional de la Mujer.

2. La precedente afirmación la hago apoyado en la constatación de ser usual en la doctrina —salvo algunas brillantes excepciones, que han sugerido la ruta adecuada— seguir considerando que, en la normativa del Derecho común, una pareja que se casa sin capítulos, es titular, al día siguiente de la boda, de tres patrimonios: el privativo del marido, el privativo de la mujer y el ganancial. Y, además, no le faltan a esta mayoritaria opinión algunos apoyos legales que, como los artículos 1.344, 1.355 y 1.364 del Código Civil, al menos en su letra,

parece que no han comprendido hasta las últimas consecuencias —y con esto enlace con la frase de Garrigues que cité al principio— la revolución jurídica que en esta materia representa o debería representar el artículo 32.1 de la Constitución Española cuando dice que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

3. Cada uno puede interpretar este texto como le dicte su propia convicción, pero a mí me gusta ponerlo en relación con el artículo 1.1 de la propia Constitución, que erigió la libertad y la igualdad, entre otros, como los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Y todo esto, proyectado sobre los regímenes económico-matrimoniales, nos debe llevar a interpretar la igualdad jurídica del artículo 32 en el sentido, no sólo de que entre el marido y la mujer no debe existir desigualdad dentro del matrimonio, sino también de que el matrimonio, por una parte, no debe producir restricciones de derechos a quienes lo contraen —o, lo que es lo mismo, el casado, sea marido o mujer, no debe tener menos derechos que el soltero—, y, por otra parte, que, entre españoles, debe existir una igualdad básica, cualquiera que sea su vecindad civil. Esto último implica que la interpretación que se haga de los regímenes económico-matrimoniales debe aproximarlos entre sí: o sea, que los supletorios de separación de Cataluña y Baleares se vayan acercando a los de comunidad del resto de España y éstos se aproximen a aquéllos, para desembocar todos en el llamado régimen patrimonial familiar mínimo, igual para todos, en el que los cónyuges deben contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio, con la responsabilidad de los bienes de cada uno.

4. En este intento de aproximar nuestra sociedad de gananciales a los regímenes de separación, es hora de que percibamos, para lograr esa convergencia, que el legislador de 1981, aunque no lo pudo desplegar con absoluta claridad debido al inevitable lastre de las adherencias de la regulación precedente, quiso desarrollar un régimen económico matrimonial supletorio que, aun conservando el nombre del anterior y muchas de sus reglas, presentara con aquél insalvables diferencias. ¿No parece chocante que siga llamando sociedad a los gananciales, incluso después de desaparecida la supletoriedad del contrato de sociedad por la eliminación de lo que originariamente era el artículo 1.395?

5. Entre estas diferencias, encuentro que una de las más significativas y fecundas en consecuencias prácticas es la de que ahora, en el matrimonio del Derecho común, no aparecen los tres patrimonios de que antes hablábamos, sino que siguen siendo dos, como antes de la boda: el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer. Ha desaparecido, tras la reforma de 1981, interpretada a la luz de la revolución jurídico-constitucional de 1978, el patrimonio ganancial. Ahora, todos los bienes en el matrimonio son de él o son de ella; lo que sucede es que, dentro de cada patrimonio privativo, unos bienes están sujetos a un régimen especial de administración, disposición, responsabilidad y liquidación, que llamamos bienes gananciales, y otros no están sujetos a tal régimen especial, sino a las normas generales del Derecho patrimonial, que llamamos bienes privativos de cada cónyuge. Demostrar estas afirmaciones con citas de Derecho positivo es algo que dejo fuera de un comentario de jurisprudencia hipotecaria, porque presiento que, a estas alturas, alguno de los que se toman la molestia de leer estas líneas, ya se estará preguntando a qué viene esta introducción respecto de unas resoluciones que para nada trataron acerca de la naturaleza del régimen económico matrimonial, y estará sintiendo legítimas tentaciones de cambiar esta lectura por otra más provechosa. Me limitaré, entonces, a remitir a quien esté interesado en profundizar lo dicho al tomo I del Curso de Derecho de

Familia, escrito por el Profesor (hoy Magistrado en el Tribunal Superior de Justicia de Navarra), José Antonio Álvarez Caperochipi, que dio solidez académica a las brillantes ideas formuladas al respecto por el Notario Santiago Echevarría Echevarría. También merece la pena resaltar que un eco de esta doctrina puede encontrarse en el fundamento 5.º de la Resolución de 25 de abril de 1986 e incluso —aunque conserve la equívoca terminología de los tres patrimonios— en la de 14 de abril de 1989. Todo ello, sin olvidar la doctrina precursora —y entonces juzgada desfavorablemente— contenida en la Resolución de 17 de octubre de 1979.

6. Pues bien; me he sentido en la obligación de hacer estas consideraciones previas porque creo que, en las resoluciones objeto de este comentario, tanto las notas de calificación como los informes (casi se podría hablar, en singular, de informe, pues los dos Registradores de Castellón 1 y 2 se pusieron de acuerdo, a diferencia de los Jueces de Primera Instancia, que presentaron informes distintos y uno de ellos discrepante con la solución de los otros dos) se cifieron exclusivamente al aspecto formal-documental de la cuestión debatida, olvidando que los aspectos sustantivos hubieran proporcionado mejor defensa a la nota de calificación recurrida.

7. Antes de que se publicasen las resoluciones comentadas, habían llegado a mi poder, por fotocopia, unas notas anónimas sobre este tema, que llevan por título «La inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de convenio regulador aprobado judicialmente». Tales notas —no publicadas en ningún sitio, que yo sepa—, empiezan diciendo lo siguiente: «Parece que ha empezado a inscribirse en algunos Registros de la Propiedad la liquidación de la sociedad de gananciales, con las consiguientes adjudicaciones de inmuebles a los cónyuges, en virtud del convenio regulador que deben acompañar a la demanda de separación (art. 81.1.º C.C.) o de divorcio (art. 86.2) interpuestas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, una vez que esté aprobado por el Juez (art. 90.2) presentándolo como una inscripción de la sentencia misma de separación o de divorcio. El presente esquema —que si persiste el problema deberá ser completado con ulteriores estudios— tiende a demostrar que, conforme a las reglas generales, sigue siendo precisa en tales casos la escritura pública». A continuación, a lo largo de cinco hojas, el anónimo autor de esas notas —que sin duda tuvieron también a la vista los Registradores informantes, ya que recoge, a veces textualmente, algunos de sus argumentos— trata de llevar agua al «molino notarial», para terminar con esta escueta pero contundente conclusión: «en consecuencia, las inscripciones que pudieran verificarse serían nulas».

8. Desde que el problema analizado se planteó doctrinalmente hasta que la Dirección General se ha pronunciado por partida triple e idéntica en las resoluciones que comentamos, se han publicado, además de las notas anónimas, que —insisto— ignoro si llegaron a ver la luz en alguna revista especializada, dos trabajos que tratan de este tema (y que me perdonen si hay otros que no cito, pero uno no tiene tiempo de leer todo lo que se publica ni estanterías para almacenarlo): unas notas del Notario Jesús Hernández, aparecidas en el «Boletín del Colegio Notarial de Granada» y en un trabajo del Registrador Antonio Isac sobre las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio, publicado en el número 577 de esta REVISTA.

9. El breve estudio de Hernández, aunque con otros argumentos, está en la línea de las notas anónimas que antes he citado. La idea central de ambos es la siguiente: el convenio regulador en los casos de separación y divorcio no dejan

de ser un documento privado aunque lleve la vestidura judicial. La sentencia es constitutiva respecto de la separación o del divorcio, es decir, respecto del estado civil de los ex-cónyuges, que viene a modificar, y respecto del régimen económico matrimonial hasta ese momento existente, que viene a disolver por imperativo legal. En cambio, respecto de la suerte ulterior de los bienes, es decir, de la liquidación y subsiguiente adjudicación de bienes, el Juez —se dice— se limita a un control de la no lesividad para hijos y cónyuges de lo pactado en el convenio, pero sin que esta homologación suponga elevar a documento público un convenio regulador estipulado privadamente, como tampoco la aprobación judicial de la partición hereditaria en que interviene un tutor en representación de un incapacitado, exigida por el artículo 271.4.º del Código Civil, exonera de elevarla a documento público, si desea inscribirse, cuando está formalizado en documento privado.

10. Esta fue igualmente la línea argumental desarrollada —con muy nutrido e inteligente acopio de recursos dialécticos, hay que reconocerlo— por los Registradores de Castellón de la Plana, pero que sólo sirvió para convencer al Magistrado-Juez del Juzgado número 2, el cual, en su informe otorgó el piropeo de «sólidas» a las razones expuestas por el Registrador. Sin embargo, no lograron aquéllos convencer a los otros dos Magistrados de Castellón que también tuvieron que informar, ni al Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia, que estimó los recursos entendiendo que el convenio quedó integrado en la sentencia ejecutoria y el testimonio de ambos sirve de *título* al dominio que se trata de inscribir.

11. La Dirección General debió de entender que el asunto, acaso por su novedad, merecía ser debatido por varias cabezas, y para ello reunió al Consejo Consultivo, cosa que ocurre pocas veces. Sin embargo lograda la conformidad de ese órgano de asesoramiento interno, despachó el recurso con tres sencillos fundamentos de Derecho —mejor dicho, dos, porque en el primero se limita a plantear la cuestión debatida— que por fuerza nos dejan el extraño paladar de las comidas que nos saben a poco. Aunque pensáramos que la Dirección tuviera razón en la postura adoptada, creo que un informe como el de los Registradores que, resumido, ocupa más de una página de la apretada letra del *Boletín Oficial del Estado*, hubiera merecido una más elaborada respuesta por parte del Centro directivo. No siempre lo bueno, si breve, es dos veces bueno. Acaso la Dirección se vio constreñida, según el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, a las cuestiones directamente relacionadas con la calificación y, aunque las notas propiamente dichas —redactadas en términos similares, aunque la del Registro 1 está más perfilada que las firmadas dos días antes por el Registrador del número 2— se pronunciaban en términos abiertos a cualquier enfoque en la argumentación, tanto el escrito del recurrente como los informes (sin duda arrastrados éstos por aquél) se ciñeron exclusivamente a la discusión documental, y, en este terreno de juego, el partido estaba perdido... o, mejor dicho, ganado por el recurrente. No obstante, nos hubiera gustado encontrar respuesta en la doctrina de la Dirección a dos objeciones alegadas por los Registradores: Primera: ¿Sería inscribible el convenio regulador aunque los cónyuges fueran menores de edad? No parece que éste haya sido el caso de autos, pero podría suceder en la práctica que unos menores de edad contraigan matrimonio con dispensa, y antes de llegar a la mayoría de edad se tiren los trastos a la cabeza (lo cual es frecuente en estos matrimonios apresurados e inmaduros; lo que ya no es tan frecuente es que tengan bienes gananciales para liquidar). Si se lleva hasta las últimas consecuencias la doctrina de la Dirección, estos menores, emancipados por el matrimonio,

podrán por sí solos comparecer en el juicio de separación o divorcio, en virtud del párrafo segundo del artículo 323 del Código Civil, pero el convenio regulador, que puede contener actos de gravamen y enajenación de inmuebles, se aprobaría e inscribiría sin la asistencia o consentimiento paterno previsto en el primer párrafo de dicho precepto. Es un punto oscuro que ha quedado sin luz. Segunda: Si el Juez, al amparo del último párrafo del artículo 90 del Código Civil, acuerda una garantía real consistente en una hipoteca inmobiliaria, ¿sería inscribible sin necesidad del otorgamiento de escritura pública? Contestar afirmativamente a esta pregunta parece demasiado atrevimiento, pero, al ser esa hipoteca un acto que *acontece dentro de la esfera judicial*, no hay más que seguir el hilo de la argumentación propuesta para dar el paso.

12. Decía que por esa vía el partido estaba perdido. Y lo estaba por dos razones. Primera: Porque cuando una sentencia recoge, haciéndolo suyo, el convenio regulador, no puede decirse que éste siga siendo un documento privado sin ofender los oídos de los fedatarios judiciales y sin pronunciar una herejía frente a la ortodoxia de los artículos 1.216 del Código Civil; 369, último inciso, y 596, 7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Luego, los Registradores se retractan de la herejía y vuelven a la comunión eclesial en el escrito de apelación, pero ya era tarde. Por lo demás, la cita de los artículos 1.280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria que veo en la nota de la Registradora del número 1 me parece demasiado precipitada: tanto el artículo 1.280 del Código como el 3 de la Ley recogen, con mejor o peor expresión, la posibilidad de inscripción de documentos judiciales con paridad a los notariales y administrativos. Concretamente, la redacción del 1.280 habla en general de documentos públicos, a diferencia, por ejemplo, del 633, que exige, sin asomo de duda, escritura pública para la donación de inmuebles. Segunda —y aquí fue donde más se encasquillaron los breves argumentos de la Dirección General— la calificación desfavorable parece querer entrometerse en el santuario de la cosa juzgada, y de esta intromisión todos debemos huir como el diablo del agua bendita. Suscribo, con ciertas reservas, la primera de las razones de la estimación del recurso, pero no así la segunda. Exigir la escritura pública no era entrometerse en lo decidido por sentencia firme sino exigir el ropaje documental que se consideraba adecuado —acertadamente o no— para provocar el asiento registral. Y en esta línea merece un aplauso el informe del Magistrado número 2 cuando apreció que, efectivamente, era necesaria la escritura pública y dio a entender que él estaba dispuesto a otorgarla en trámite de ejecución de sentencia si, a petición de uno de los ex-cónyuges, el otro se negare a ello. La doctrina subrayada en las resoluciones comentadas y que reaparece en la de 25 de abril de 1989, que cita dos de aquéllas, cuando afirma que «como tiene reiteradamente declarado este Centro directivo, quedan fuera del ámbito de la fe pública notarial todas las actuaciones que acontecen y se perfeccionan dentro de la esfera judicial», leída así en términos generales y extraída de su contexto, me parece, si no atrevida, sí muy peligrosa para la buena marcha de los Juzgados. Si se descubre el filón, pocas compraventas irían a las Notarías. Bastaría con acudir a un juicio declarativo en el cual el demandante sería el comprador, el demandado sería el vendedor y la cuestión litigiosa, la propiedad de la cosa vendida. El vendedor se allanaría y el comprador obtendría a su favor una sentencia que, previo paso por la Oficina Liquidadora, sería inscribible si tomamos al pie de la letra aquella «reiterada» afirmación del Centro directivo. Por este camino resucitaríamos la antigua *in iure cessio* de los romanos, pero nuestros Juzgados explotarían por algún lado al no poder digerir el trabajo que se les vendría encima. Algo de esto

quisieron insinuar los Registradores en su informe al decir que «sería convertir al Juez en Notario», pero la desafortunada cita de una Resolución de 25 de julio de 1980, que no existe, desvaneció el argumento como el humo por la chimenea. La fecha exacta de la resolución invocada es de cien años antes, es decir, 25 de julio de 1880 —cuando se pretendió, sin éxito, nada menos que en Cangas de Tineo, hoy Cangas del Narcea, inscribir el testimonio del acta extendida en un acto de conciliación con avenencia, sin pasar por la Notaría. Y aquí no sabe uno a quién echarle la culpa del error en el año: si a los redactores del informe, al mecanógrafo de la resolución o a la imprenta del *Boletín Oficial del Estado*.

13. Lástima que esta REVISTA se publique con cierto retraso. Me explico. Las notas de calificación de las resoluciones que comento están fechadas el 20 y 22 de diciembre de 1986. Pues bien, en el número 577, de noviembre-diciembre del mismo año, de esta REVISTA aparece, con la firma de Antonio Isac Aguilar, el trabajo que hubiera podido dar la clave a los Registradores de Castellón para defender su calificación con algunas probabilidades de triunfo. Dice Isac, dentro de un contexto más amplio y a propósito del título inscribible cuando la sentencia aprueba el convenio propuesto por las partes, que «al crearse la modificación jurídico-real en el convenio, recibe su autenticación en la sentencia; pero todo ello sólo referido al concepto “título” en su aspecto sustantivo». «Por ello —sigue diciendo— en la sentencia sólo tenemos declaraciones de voluntad creadoras y homologadoras, y de conformidad con los artículos 609 y 1.095 del Código Civil —y del 433 del mismo Código, añado yo, que nadie cita a este respecto, siendo el único precepto de todo el Código que emplea las dos palabras “título” y “modo”, al igual que se ven en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303.4.º de su Reglamento— que sientan la teoría del título y el modo en orden a la adquisición derivativa de los derechos reales, faltará el “modo” o entrega que efectúa esta adquisición.» «El sistema más completo y ágil para cumplir con el requisito de la tradición será el otorgamiento de la escritura pública, en la que las partes entreguen aquello de que dispusieron en el convenio, aprobado ya, cumpliéndose así los requisitos formales y materiales de la transmisión de los derechos reales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.462.2.º del Código Civil.»

14. Digo que aquí estaba la clave —al menos en parte— para defender las calificaciones con algunas probabilidades de éxito. Porque —y ahora enlace con lo dicho al principio a propósito de la existencia de dos patrimonios solamente en los matrimonios sin capítulos sujetos al Derecho Común, y dentro de cada uno de ellos, dos clases de bienes, según su régimen, los privativos y los gananciales— el convenio regulador en las situaciones de crisis matrimonial, dejando aparte otros aspectos que no interesan a la calificación registral, lo que hace es convertir en privativos los bienes de uno y otro cónyuge que, por una u otra causa, tuvieron la consideración de gananciales y así aparecen inscritos en el Registro de la Propiedad.

15. Entonces, en este punto, se hace necesaria una distinción que a Isac le pasa inadvertida. Hay que distinguir según que el bien inmueble ganancial se adjudique, como privativo, al mismo cónyuge propietario o al otro cónyuge. Si se adjudica al propietario, para nada podemos argumentar con que, en el iter traslativo, falta el requisito de la tradición o entrega de la posesión. La posesión ya la tiene, al menos mientras la documentación presentada en el Registro no desvirtúa la presunción de posesión en favor del titular registral contenida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, en estos casos, el convenio aprobado judicialmente es inscribible sin necesidad de escritura pública porque el Registro no publicará una transmisión de propiedad en el asiento que se practique, sino

el cambio de régimen de un inmueble —con importantes efectos en orden a su disposición posterior— que deja de ser ganancial y pasa a ser privativo del mismo titular registral. En cambio, si se adjudica al cónyuge no propietario —lo cual es perfectamente posible, y hasta frecuente, dentro de la variada casuística que pueden presentar las liquidaciones de los matrimonios desechos— aquí hay una verdadera transmisión de la propiedad, aunque el legislador fiscal la trate con benevolencia, en contra de sus costumbres en otros casos, y requiere, además del título, que es el testimonio judicial de la sentencia aprobatoria del convenio, el modo o entrega de la posesión, que puede ser la escritura pública, acaso otorgada por el Juez en rebeldía del cónyuge que se niegue a ello, u otro medio posible para autenticar la posesión, como podría ser el testimonio de una sentencia interdictal, si se hubiese originado un juicio posesorio debido al morrocotudo grado de embestida alcanzado por la pelea conyugal.

EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

# III. Sentencias del Tribunal Supremo

## 1. DERECHO CIVIL

### B) OBLIGACIONES ∨ CONTRATOS

POR RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

## 3. JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

*TERCERIA DE DOMINIO. DESISTIMIENTO DEL EJECUTANTE Y LITIS CONSORSICIO PASIVO ENTRE EJECUTANTE Y EJECUTADO. RENUNCIA DE DERECHOS. FRAUDE DE LEY: REQUISITOS* (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1988).

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Los hechos de que parte la sentencia recurrida para la desestimación de la demanda de tercería de dominio interpuesta por la entidad «Ptenso X, S. A.», los mismos que sirvieron de base al Juzgado de Primera Instancia para estimar aquella demanda, son esencialmente los siguientes: a) Don Francisco S. P. interpuso demanda de juicio ejecutivo contra don Serafín R. F., en cuyo procedimiento se embargaron 3.077 cerdos que estaban depositados en las fincas «La Pingona» y «El Alamito», semovientes que se trabaron como de propiedad del citado ejecutado. b) Por la entidad ahora recurrente se interpuso demanda de tercería de dominio con fecha 6 de abril de 1979 para obtener el levantamiento de la traba, proceso en el que después de tramitada su fase alegatoria y cuando fue recibido a prueba se unió testimonio de escrito del ejecutante demandado señor S. P., desistiendo del juicio ejecutivo iniciado, sin renunciar a la demanda, cuya acción se reserva para ejercitarla en otro juicio, y solicitando se alce el embargo; lo que obtiene por providencia de 27 de julio del mismo año. c) El proceso de tercería continuó y en él quedó acreditada la propiedad a favor del ahora recurrente sobre los semovientes embargados, a virtud de diferentes

pruebas, en las que destacan las documentales consistentes en haberse expedido guías veterinarias y una cartilla ganadera a favor de la recurrente, sin contrapuebas que las desvirtúen. d) El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de tercería de dominio, declarando la propiedad de los bienes embargados a favor del demandante y dejando sin efecto el embargo recaído sobre ellos. En cambio, la sentencia recurrida la desestimó, por entender que, al haber mediado desistimiento del demandado ejecutante, «si el asunto principal del que nace la acción de tercería ya no existe, por haber desistido de él el ejecutante y archivado después de proceder al levantamiento de la traba, no puede continuar el incidente, por carecer de objeto el proceso y no tener ya contenido su pretensión procesal».

Frente a esa resultancia fáctica, el recurso de casación del demandante en tercería de dominio se basa en un solo motivo, formulado al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación del artículo 6.º, 2.º y 4.º, del Código Civil, en relación con el 24, número 1, de la Constitución, y 5, números 1 y 4, así como el 11, 2.º y 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que por virtud de la sentencia impugnada «los bienes han pasado a disposición del demandado, señor R. F., con el evidente y muy grave perjuicio ocasionado a la recurrente a consecuencia del desistimiento realizado por el demandado ejecutante, privando a la recurrente de la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». El motivo debe ser estimado en virtud de los siguientes razonamientos.

No se ha tenido en cuenta en la instancia de apelación el litis consorcio pasivo necesario que deriva del artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decir que las tercerías «se sustanciarán con el ejecutante y ejecutado», de modo que la tercería de dominio ha de dirigirse simultáneamente frente a ambos, sin que el desistimiento de uno impida que la sentencia que caiga afecta el otro, precisamente por efecto de aquel litis consorcio que se ha de estimar incluso de oficio, máxime cuando en este caso lo declara expresamente la Ley, y así lo ha reconocido esta Sala de casación, por ejemplo, en su sentencia de 8 de mayo de 1986. Por ello, como también ha declarado esta Sala (Sentencias de 14 de diciembre de 1984 y 21 de noviembre de 1987), la tercería de dominio tiene por objeto liberar del embargo de bienes que se encuentran indebidamente trabados al ser presentada la demanda, excluyéndolos de la vía de apremio, para lo que se ha de tener presente la situación de su dominio existente en la fecha en que la traba fue practicada, sin poderse tomar en consideración para ese juicio situaciones surgidas con posterioridad, como sería sin duda la derivada de un desistimiento que deja ineficaz el *jus ad rem* en que consiste el embargo del que lo ha obtenido a favor y lesiona gravemente las expectativas jurídicas del tercerista. Otro criterio, además de contravenir esta doctrina, descuida el carácter reivindicativo del proceso de tercería de dominio, que, sin olvidar sus diferencias con la acción reivindicatoria propiamente dicha (Sentencias, entre otras, de 29 de octubre de 1984 y 8 de mayo de 1986), se basa indudablemente en el dominio de los bienes embargados al deudor (art. 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), finalidad que se frustraría y quedaría a merced del ejecutante con sólo desistir éste de su ejecución, con lo que un acto meramente procesal produciría unos desmedidos efectos sustantivos. Corrobora esta conclusión, desde otro punto de vista, que el desistimiento operado, sólo referido al procedimiento sin renunciar a la acción, según el texto literal de lo solicitado, al implicar una renuncia de derechos ha de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 2, del Código Civil, cuyos límites rebasa en cuanto no cabe duda que la pretendida renuncia en forma de desisti-

miento va en perjuicio de tercero, cual es el tercerista, y en tal concepto está prohibida por el citado precepto legal, que se invoca como infringido en el único motivo del recurso, y que declara no válidas tales renunciaciones que perjudiquen a terceros. Por último, y a su vez desde un tercer punto de vista, aun prescindiendo de toda confabulación entre ejecutante y ejecutado para el desistimiento del primero del juicio ejecutivo iniciado, es evidente que la consecuencia de tal acto procesal implica un fraude a la normativa de los artículos 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amparándose en la Ley de cobertura que en este caso representa el artículo 1.255 del Código Civil, a cuyo amparo y como acto unilateral se operó el desistimiento del ejecutante, acto que contraría la finalidad práctica de la Ley defraudada, suponiendo su violación efectiva, a lo que no alcanza la Ley de cobertura citada, por no constituir el supuesto normal; a ello no obsta que no se haya acreditado intención alguna de fraude, en cuanto la doctrina científica predominante entiende que no es necesaria la intención o propósito defraudatorio, porque lo que se sanciona en el fraude a la Ley no es la mala fe o la intención maliciosa del agente, sino el acto de incumplimiento de las Leyes, de donde resulta la no necesidad de su prueba, y así esta Sala ha declarado en el mismo sentido que no es necesario para que haya fraude de Ley que la persona que realice el acto presumido fraudulento tenga intención o conciencia de burlar la Ley (Sentencia de 13 de junio de 1959). En definitiva también ha infringido la sentencia recurrida el artículo 6, número 4.º, del Código Civil, asimismo invocado en el recurso.

La estimación del recurso da lugar, según establece el artículo 1.715, número 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a que en este caso la Sala resuelva según corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según se ha hecho ya en instancia por esta Sala en el anterior fundamento de derecho; lo que, por tanto, equivale en este supuesto a confirmar en todos sus términos la sentencia en primera instancia, y en cuanto a costas, de conformidad con lo que ordena el artículo citado en su número 4.º, procede no hacer pronunciamiento especial respecto de las costas de ambas instancias, y sobre las de este recurso, en el que cada parte satisfará las suyas.

R. DE A.

*PRELACION DE CREDITOS. PRELACION ENTRE ESCRITURA PUBLICA Y SENTENCIA JUDICIAL. ARTICULO 1.924, NUMERO 3.º DEL CODIGO CIVIL. ANTI-GÜEDAD DE LOS CREDITOS Y DE LOS TITULOS.* (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1988).

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Como cuestión previa al examen de la cuestión de fondo que plantea el presente recurso, y en su consecuencia de la decisión sobre los motivos en que el mismo se fundamenta por los recurrentes don Pablo B. L. y don Joaquín C. C., es de apreciar que en nada obstan las alegaciones formuladas *in voce* por la dirección técnica del recurrido don Juan D. L., pues en contra de ellos se alza la contemplación de sentencia definitiva dictada como consecuencia de juicio declarativo, según la tramitación prevenida en el artículo 1.534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo normado en el artículo 488 a que el mismo se

remite, en concordancia con la regla 8.<sup>a</sup> del artículo 489 de la misma Ley, cuya cuantía excede de tres millones de pesetas, dado que en la demanda inicial se reclama por los precitados don Pablo B. L. y don Joaquín C. C. el pago con preferencia al mencionado don Juan D. L., con relación a los bienes embargados a don Pablo G. T. a consecuencia del juicio ejecutivo seguido contra él, con posterior subasta y adjudicación de la cantidad de 2.502.918 pesetas, de principal, más 25.029 pesetas por intereses y 650.090 pesetas para gastos y costas, sin perjuicio de la oportuna tasación, que alcanza la total cantidad de 3 178.947 pesetas, que es en definitiva la a tener en cuenta a efectos de cuantía del debate jurídico planteado, en virtud de la indicada regla 8.<sup>a</sup> del aludido artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto establece que, tratándose de reclamación de una cantidad de dinero determinada, siempre que el actor haga una estimación del valor de lo reclamado, aunque no venga determinado en el título, habrá de tener el correspondiente reflejo en la cuantía de la demanda.

A fines de decidir sobre el único motivo en que se apoya el recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta, cual reconoce la sentencia recurrida, que el procedimiento de tercería en cuestión viene determinado a precisar si con relación a los bienes que se expresan en la demanda inicial, propiedad del demandado don Pablo G. T., goza de preferencia el crédito alegado por los demandantes don Pablo B. L. y don Joaquín C. C., fundamentado en escritura pública de reconocimiento de deuda otorgada el 4 de mayo de 1984, entre dichos don Pablo G. T., en el concepto de deudor, y don Pablo B. L. y don Joaquín C. C., en el concepto de acreedores, con relación al crédito reconocido en favor de don Juan D. L. por sentencia dictada el 25 de mayo de 1984, por derivación de juicio ejecutivo, contra el precitado don Pablo G. T.

Atendidos los aspectos enunciados en el precedente fundamento —4 de mayo de 1984 la escritura pública de reconocimiento de deuda en favor de don Pablo B. L. y don Joaquín C. C., y 25 de mayo de 1984 la sentencia reconocedora del crédito en favor de don Juan D. L.— es de reconocer que el crédito de los relacionados demandantes, escriturado públicamente, goza de preferencia con respecto al del precitado demandado, reconocido por sentencia, de conformidad con lo prevenido en el número 3.<sup>o</sup> del artículo 1.924 del Código Civil, por preferencia entre sí por el orden de antigüedad de la tan mencionada escritura pública —4 de mayo de 1984— sobre la indicada sentencia —25 de mayo de 1984—, y en tal sentido es de estimar el único motivo en que se soporta el recurso que se examina, formulado por los recurrentes, al amparo del número 5.<sup>o</sup> del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del aludido número 3.<sup>o</sup> del artículo 1.924 del Código Civil y jurisprudencia aplicable.

A lo expuesto en nada obstan los razonamientos consignados por la Sala sentenciadora de instancia en el segundo de los Considerandos de la sentencia recurrida, porque, en primer lugar, el protesto notarial practicado el 3 de mayo de 1984 en relación con la aceptación de la letra de cambio que sirvió de base al juicio ejecutivo promovido por don Juan D. L. contra don Pablo G. T., que determinó la sentencia de 24 de mayo de 1984 a que se hace referencia en el precedente fundamento, no tiene la consideración jurídica de «escritura pública», concepto restrictivo del genérico de «documento público» dada por el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como certeramente se indica en el voto particular formado en cuanto a la sentencia objeto de recurso, y que tratándose de escrituras notariales, según el artículo 144 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, significa como contenido propio de las escrituras públicas «las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de con-

sentimiento y los contratos de toda clase», con la consiguiente distinción, según el propio precepto, de las actas notariales, cuya órbita propia, como también certeramente se expone en el indicado voto particular, «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», lo que conduce, en contra de lo apreciado en la meritada resolución impugnada, a que no pueden tener la consideración de escritura pública, y sí meramente de actas, los protestos, cuyo exclusivo objeto, a tenor de los derogados artículos 502 a 510 del Código de Comercio como en la actual normativa sancionada por los artículos 51, 52 y 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque 19/1985, de 16 de julio, es la constatación de la falta de aceptación o del pago de las letras sin que recoja la concorde voluntad de las partes para crear una obligación, o al menos el reconocimiento de la misma por el deudor, que es el esencial contenido de la escritura pública y necesario para poder conceder la preferencia a que alude el número 3.º del artículo 1.924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 17 de junio de 1958, no tienen el alcance de escritura pública las manifestaciones de naturaleza unilateral; en segundo lugar debido a que, asimismo, en contra de lo apreciado en la tan mencionada sentencia recurrida, la preferencia de los respectivos créditos de don Juan D. L., don Pablo B. L. y don Joaquín C. C. ha de buscarse no en la comparación de fechas de las sentencias de remate obtenidas por aquéllas en respectivos juicios ejecutivos seguidos con relación a sus respectivos créditos, contra el deudor común don Pablo G. T., sino simplemente, tal como ha sido planteado el debate jurídico motivador de la resolución impugnada, comparando las fechas de la mencionada escritura pública de 4 de mayo de 1984, en que se apoyan los demandantes, ahora recurrentes, y la Sentencia de 24 de mayo de 1984 —más concretamente la de la obtención de su firmeza—, en que se apoya el demandado don Juan D. L., ahora recurrido, y sin que al respecto sean de tener en cuenta las fechas iniciales de los respectivos créditos, ni si éstos son o no exigibles, líquidos o ilíquidos, ejecutivos o no ejecutivos, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencias de 1 de marzo y 30 de octubre de 1978; en tercer lugar a causa de que, en discrepancia con lo apreciado en la tal referida sentencia objeto de recurso, la deuda escriturada a favor de los tan citados demandantes, ahora recurrentes, don Pablo B. L. y don Joaquín C. C. estaba vencida, desde el momento en que al resultar impagada la primera mensualidad, en que quedó fraccionado el pago de dicha deuda en el día de su vencimiento, según lo convenido en la cláusula segunda de la referida escritura pública de 4 de mayo de 1984, entró en juego la cláusula sexta de la misma, sancionadora de que a partir de entonces toda la deuda se considera vencida, pudiendo ser exigida la cantidad pendiente de cumplimiento por los procedimientos legales pertinentes en los términos convenidos en la tan citada escritura, y sin que a fines de la tercería de mejor derecho examinada obste en modo alguno la circunstancia de que por causa de tal impago hubiesen interpuesto los acreedores ahora demandantes y recurrentes, don Pablo B. L. y don Joaquín C. C. juicio ejecutivo contra el deudor, ahora demandado y recurrido, don Pablo G. T., pues, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 30 de mayo y 23 de noviembre de 1917 y 23 de enero de 1942, la escritura pública no pierde eficacia para el caso de la tan mencionada tercería de mejor derecho, aunque se haya instado previamente el crédito que en ella consta en un juicio ejecutivo, y máxime cuando, como en el presente caso ocurre, el título de preferencia alegado en el indicado procedimiento de tercería no es la sentencia recaída

en el expresado juicio ejecutivo, sino la tan citada escritura pública de 4 de mayo de 1984, frente a la Sentencia de 25 de mayo de 1984, recaída en el juicio ejecutivo también promovido contra el referido deudor por el acreedor don Juan D. L.; y, finalmente, en razón a que, también en discrepancia con criterio sostenido en la invocada sentencia recurrida, en materia de preferencia de crédito motivador de tercería de mejor derecho no hay que tener en cuenta presunciones de virtualidad de deudas de las que presuponen anterioridad en los créditos respectivos, pues que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 16 de octubre de 1966, los créditos comunes, a efectos de preferencia regulados en el número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, hay que tenerlos en cuenta simplemente por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias, ya que, como asimismo se reconoce en la Sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 1978, a efectos de aplicación de preferencia del derecho por prioridad en el tiempo, que es la base del tan referido número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, no es el crédito en sí el que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en uno de los documentos a que aquel precepto alude y, concretamente, si es quirografario, su preferencia, es decir, su mejor o peor rango frente a otros créditos de la misma naturaleza, que vendrá fijado con referencia a la fecha de los documentos en que, respectivamente, tengan aquéllos reflejo, sin que deban intervenir en la calificación jurídica del crédito, cuya preferencia se discute, otros rasgos del mismo.

En consecuencia, procede declarar haber lugar al recurso, con la consiguiente estimación de la demanda rectora del juicio de que se trata, manteniendo en su virtud la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia por el señor Juez de tal clase de Zaragoza número 2, con base en los fundamentos que la misma establece, puestos en relación con los expuestos en los considerandos de esta sentencia.

R. DE A.

*INTERDICTO DE OBRA NUEVA. COMPATIBILIDAD DE LA ACCION DEL ARTICULO 1.671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA RECLAMACION DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR LA PARALIZACION DE LA OBRA (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1988).*

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—La primera cuestión que el recurso plantea es la posibilidad de acumular la acción que concede el artículo 1.671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la de responsabilidad amparada en el artículo 1.902 del Código Civil para exigir la pertinente indemnización de daños causados como consecuencia inmediata del ejercicio de la acción interdictal de obra nueva carente de fundamento. La sentencia de primera instancia estimó arbitraria la acumulación por entender que la acción autorizada por el artículo 1.671 de la Ley Procesal ha de tramitarse por el procedimiento incidental, mientras que la responsabilidad extracontractual exige, por su valor, deducirse en juicio declarativo de mayor cuantía. Pero al argumentar así se olvida que tanto la acción amparada en el

repetido artículo 1.671 como la de reclamación de daños y perjuicios causados por la suspensión de las obras, son acciones que *han de tramitarse en procedimientos declarativos ordinarios, de conformidad con el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, perteneciendo a esta clase de juicios —según precisa el artículo 482 de la misma— el de mayor cuantía, el de menor cuantía, el de cognición y el verbal. Por tanto, no es óbice a la acumulación de las expresadas acciones el hecho de que por razón de la cuantía, la que otorga el artículo 1.671, hubiera de tramitarse en juicio de menor cuantía o verbal, y la de reclamación de daños y perjuicios por los de mayor cuantía, pues como previene el artículo 155.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las acciones que por razón de la cuantía de la cosa litigiosa deban ejercitarse en juicio verbal podrán acumularse a las de mayor o menor cuantía.* Tampoco procede mantener el criterio seguido en la sentencia de la Audiencia, pues si bien es cierto que en el procedimiento interdictal de obra nueva únicamente pueden discutirse la posesión actual del terreno por el demandante y la construcción de la obra en el mismo inmueble por el demandado, no lo es menos que *la acción esgrimida al amparo del artículo 1.671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es interdictal sino declarativa de derechos, ejercitable por el cauce del declarativo ordinario que corresponda por su cuantía.* La doctrina de esta Sala enseña que *la acumulación de acciones ha de tener una aplicación flexible, entendiéndose que es admisible tal acumulación a pesar de que el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción de la norma, si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los artículos 154 y 157 de la propia Ley adjetiva o procesal (Sentencias de 5 de marzo de 1956 y 12 de junio de 1985, entre otras).* Razón por la cual en el caso de autos procedía admitir la acumulación solicitada, por cuanto las pretensiones no son incompatibles entre sí, el juzgador de instancia tenía competencia objetiva y a ambas pretensiones correspondía una misma clase de proceso, cual es el declarativo ordinario, lo que conduce a la estimación de los motivos correspondientes (primero y tercero) del presente recurso.

Con respecto a la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la paralización de las obras que el recurrente reclama, no procede aceptar en el caso presente, tal como aquel pretende, la existencia de *abuso del derecho* en la actuación de la otra parte, dado *el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado* (así, entre otras Sentencias recientes, las de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987). *Pero ello no excluye sin embargo que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquéllos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador.* Sin embargo, no dándose en el supuesto que nos ocupa una conducta claramente infundada y temeraria en la parte que instó y provocó la paralización de las obras, procede la desestimación de los motivos relativos a la pretendida indemnización de los daños y perjuicios consecuencia de la repetida paralización (motivos segundo, cuarto y quinto).

*RESCISION POR LESION ULTRADIMIDIUM DE LA COMPILACION CATALANA. CRITERIOS PARA VALORAR LA EXISTENCIA DE LA LESION* (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1988).

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*— Los antecedentes de la cuestión litigiosa, resuelta por sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona en 10 de julio de 1986, objeto hoy de recurso de casación, se centran en sus dos primeros fundamentos, a saber: por contrato privado de préstamo, que las partes otorgaron el 2 de marzo de 1977, el demandado don José M. entregó al actor don José C., Gerente de la Sociedad Anónima de idéntica denominación, 8.000.000 de pesetas, haciéndose constar que con anterioridad y aparte de tal suma, se había entregado 1.000.000 de pesetas, pactándose como intereses anuales de la operación otro millón de pesetas y que si en el plazo de un año no se amortizaba la totalidad del crédito, el demandado podría hacer efectivo el derecho de opción que se le concedía, en escritura pública de igual fecha, sobre ocho inmuebles, entendiéndose para tal supuesto que el precio ya había sido satisfecho; accedió la escritura al Registro, si bien se denegó la inscripción respecto de uno de los inmuebles por hallarse previamente inscrito a nombre de persona distinta del cedente; impagado el débito, se otorgó escritura pública de compraventa el 1 de febrero de 1978, cuya rescisión se pretende por la actora y hoy recurrente, que aportó al pleito dos copias simples diferentes, una comprendiendo ocho fincas y la otra siete, por haberse excluido la ya inscrita a favor de otra persona, pero constando en ambas que se procedía a la venta de las fincas en virtud de un laudo arbitral pronunciado por un Letrado de Gerona, sin que se expresase ningún otro dato. Ejercitada por «José C., S. A.», acción rescisoria por lesión *ultradimidium*, regulada en los artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña de 20 de marzo de 1984, la Audiencia Territorial, al conocer en apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farnés y desestimó la demanda, al considerar que no se había producido lesión en más de la mitad del precio justo, cual exige el artículo primeramente citado, llegando a tal conclusión por las pruebas practicadas en el pleito y después de realizar tres diferentes liquidaciones, en la última de las cuales, la más beneficiosa para la entidad demandante, toma el precio en venta de las siete fincas que interesa la misma, según valoración pericial de Arquitectos al mes de febrero de 1978, por un total de 22.757.000 pesetas y razona que la cantidad prestada fue de 9.000.000 de pesetas, a la que ha de agregarse el importe de las hipotecas pendientes, ascendente a 2.763.982,30 pesetas, de forma tal que cualquiera que fuese el montante de los intereses, aunque no alcanzaran el millón pactado, nunca se produciría la lesión con los mínimos exigidos por la Ley.

El recurso, cual expresa en sus antecedentes, se ciñe a este supuesto más favorable, se concreta en tres motivos y obliga a examinar con antelación el último, único que se fundamenta en el número 4.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, señalando para denotarlo la certificación registral, escrito de opción de compra y formalización de la misma, de los cuales entiende que se desprende que si las fincas vendidas respondían cada uno de 460.513,72 pesetas de principal e intereses, deben deducirse los intereses, lo que daría un capital de 2.300.000 de pesetas,

que sumado a los 9.000.000 de pesetas fijados como importe del préstamo, arrojaría un total de 11.300.000, cuyo duplo sería menor de los 22.757.000 pesetas, procediendo, en consecuencia, casar la sentencia. Una primera observación indica que no se suman los intereses del capital de los 9.000.000 prestados y ello sería suficiente para la desestimación; en segundo lugar, la certificación registral sólo expresa, sin distingo alguno, que cada finca responde de esas 460.513,72 pesetas, como «importe actual no amortizado de la hipoteca objeto de la inscripción segunda, cuya carga asume el comprador...», lo que coincide con lo dicho en la escritura de opción de compra de 3 de marzo de 1977, expresiva de que «se deducirá de la cantidad o precio a satisfacer el importe de la parte de hipoteca que se halle pendiente en aquel momento, asumiendo el adquirente la carga hipotecaria» y con lo consignado en la de formalización de la compraventa, en la que también se afirma que cada una de las fincas descritas como 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª se hallan hipotecadas, siendo el importe que afecta a cada una de 460.513,72 pesetas, cantidad que se deducirá, como parte no amortizada, del precio, asumiendo el adquirente la carga hipotecaria, de todo lo cual ha de concluirse que la cantidad de que responde la hipoteca o ha de deducirse del precio o se entiende a cargo del comprador, llevando al mismo resultado la reducción del uso que el incremento del otro. En resumen, de los documentos citados no se desprende de modo claro, limpio, sin necesidad de deducciones, exégesis o inferencias lo que se pretende, cual exige constante y reiterada jurisprudencia, por ello de ociosa cita; más aún, lo que se consigue es reforzar lo afirmado por la Sala de instancia.

Al permanecer incólumes los hechos, decaen igualmente los dos motivos amparados en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues que el primero estima infringidos el artículo 321 de la Compilación de Cataluña, en relación con los artículos 1.295 y 1.528 del Código Civil y 12 de la Ley Hipotecaria, así como lo establecido en la Sentencia de este Tribunal de 22 de diciembre de 1969. Ya se ha expuesto que la sentencia recurrida ha tomado cual justo precio el establecido por los peritos como valor en venta de las fincas al tiempo de otorgarse el contrato, con lo que se ajusta a lo dispuesto en los artículos 321 y 323 de la Compilación y a la sentencia que se cita, sin que pueda comprenderse, desde un punto de vista racional, cómo se pueden entender infringidos el resto de los preceptos citados, ni qué tienen que ver con el caso debatido, pues claro es que de accederse a la rescisión habría lugar a la devolución de las cosas con sus frutos y del precio con sus intereses, nadie niega y menos la sentencia recurrida, que la cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios cual la hipoteca, y si el artículo 12 de la Ley de tal nombre establece que las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubieren estipulado, no es menos cierto que la certificación obrante en autos sólo expresa lo que en el fundamento anterior se ha consignado, lo que hace parecer, repetimos, no sólo este motivo, sino también el siguiente, que reitera la infracción de los artículos 321 de la Compilación y 12 de la Ley Hipotecaria, para afirmar que las fincas «en el momento de constituirse la hipoteca respondían de 3.000.000 de principal, o sea, 500.000 pesetas cada una de ellas, cantidad que debe ser reducida en un tercio al haber transcurrido casi cuatro años desde su constitución, por lo que en el momento de formalizarse la escritura de compraventa respondían de 2.300.000 pesetas, aproximadamente», aserto insólito que no aparece respaldado por prueba ni precepto legal alguno. Y como recursos como el presente dañan no sólo a la casación, sino también a la Administración de Justicia, tiene que reiterarse lo

que se viene repitiendo hasta la saciedad: la nueva normativa dada por la Ley de Reforma Urgente de la de Enjuiciamiento Civil, 34/1984, de 6 de agosto, no ha introducido una impugnación abierta y libre que haya de prevalecer sin cortapisa alguna sobre lo acordado por el Tribunal de Apelación, con auténtica potestad en la apreciación de la prueba y pervivencia de su valoración de la misma, salvo que se acredite haber incidido en ilegalidad o notoria falta de lógica, dado que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia que permita nuevas exégesis parciales, inspiradas en intereses subjetivos y partidistas, frente al criterio objetivo y desinteresado de los órganos jurisdiccionales.

R. DE A.

*CULPA IN CONTRAHENDO. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATOS SOBRE EL TRASLADO DE UN EMPLEADO DE BANCA. APLICABILIDAD DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1988).*

*Hechos.*—Se desprende de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*— Por el terccro de los motivos del recurso, de examen previo a sus anteriores, dada la naturaleza del vicio denunciado, se acusa la «infracción clara y manifiesta del ordenamiento jurídico por aplicación indebida del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» como la recurrida sentencia al desestimar la demanda origen del pleito, absuelve a los demandados apelantes de las pretensiones contra ellos deducidas y sabido es que las sentencias absolutorias por resolver todas las cuestiones planteadas son siempre congruentes, el motivo ha de ser desestimado.

El motivo primero del recurso denuncia la infracción que se dice, clara y manifiesta por su no aplicación, del artículo 1.902 del Código Civil y Ley 488 apartado 2.º del Fuero Nuevo de Navarra; decreta el primero de dichos preceptos que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», y en similares términos dice el segundo «quien por su negligencia cause daño a un patrimonio ajeno deberá indemnizarlo según las circunstancias de cada caso»; se razona en la recurrida sentencia que los demandantes ejercitan su acción para obtener indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual fundándole en los artículos 1.101 y concordantes del Código Civil y en los párrafos 2.º y 3.º de la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra o Fuero Nuevo y al llegar a la conclusión de no ser posible, sobre la base fáctica de la Sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo número 2 de Navarra, con el número 181 del año 1984, «admitir que hubo incumplimiento de un compromiso o concierto inexistente, por lo que no cabe acoger la acción ejercitada por los demandantes» en base a los expresados preceptos, «pues si no existe contrato ni promesa de contrato no puede mantenerse que hubo un incumplimiento contractual, generador de una obligación de resarcimiento, conforme a los mencionados preceptos legales».

Si de la recurrida sentencia no existiera nada más que lo expresado como fundamento de su fallo, nada habría que objetar al mismo, pero es que los fundamentos fácticos que se recogen en dicha sentencia como sentados por los actores referidos a que entre el accionante, empleado del Banco «X». Y dicha entidad financiera se llegó a concertar un contrato compromiso que afectaba

también a la esposa de aquél, al igual actora, sobre el traslado del señor C. R. a la oficina del mencionado Banco de Miami (USA), lo que indujo a los demandantes a adoptar determinadas disposiciones ante la inminencia de su traslado, venta de automóviles, excedencia voluntaria de la esposa en su puesto de trabajo de Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, según consejo de los restantes interpellados, de modo que al incumplir la sociedad bancaria el aludido compromiso los accionantes han sufrido los perjuicios materiales y morales derivados de aquellas disposiciones, tienen ciertos fundamentos, como lo son el que en la sentencia de la Magistratura de Trabajo a la que se hizo referencia, cuyos hechos son respetados por la recurrida se diga que si bien no aparece acreditado que ningún órgano del Banco «X», competente al respecto, le haya formulado al demandante orden o promesa en firme, de forma incondicional y efectiva sobre su traslado a la oficina de Miami (USA), es cierto existieran reiteradas gestiones por parte del actor para obtener ese traslado, que tuvieron favorable acogida en principio —que han de entender por parte del Banco o empleados del mismo— pero sin que nunca llegaran a concretarse en su nombramiento o designación; como el que en la sentencia se haga la declaración, al justificar la no imposición de costas, de que aunque no se acepte la existencia de un compromiso vinculante para la entidad Banco «X», la prueba indica que «el problema del traslado del demandante don Felipe D R. se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la oficina de Miami (USA), estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses»; todo ello sobradamente justificativo de la existencia por parte de los demandados de una culpa in *contrahendo* que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio *neminem laedere*, que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenderlo así el juzgador de instancia es claro infringió el artículo 1.902, aplicable de conformidad con los que son hechos probados de la recurrida sentencia, determinando la estimación de este primer motivo del recurso, sin que sea necesario el examen de los demás.

Casada y anulada la recurrida sentencia, aceptando los considerandos de la primera instancia y en relación con el tercero, cuarto y quinto, en cuanto se recogen los hechos que justifican la existencia de culpa por parte de los demandados, si bien lo sea in *contrahendo*, y consecuentemente la obligación de resarcir los daños causados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, sin que ello suponga alteración de la acción ejercitada ni la razón de pedir, y fijados los daños que se estiman causados a los actores procede la confirmación de dicha sentencia en todos sus pronunciamientos.

R. DE A.

**HIPOTECA: EJECUCION HIPOTECARIA Y EJECUCION PERSONAL, A EFECTOS DE LA SEGUNDA COPIA DE LA ESCRITURA** (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1988).

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*— El primer motivo del recurso interpuesto por don Ramón F. viene articulado por el cauce procesal del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose un error en la apreciación de la prueba, deducido del contenido de los documentos que la Sala de instancia mandó unir a los autos, en ejecución de una diligencia para mejor proveer; documentos en los que, precisamente al contrario de lo pretendido, consta de una forma clara, que en el expediente para la obtención de la segunda copia de la escritura de hipoteca de fecha 5 de noviembre de 1977, título básico aportado al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuya nulidad se postula en el recurso que nos ocupa, existió el vicio invalidante del mismo, de no haberse practicado la obligada audiencia del Ministerio Fiscal. Y basta la simple lectura del informe del Fiscal-Jefe de la Audiencia de La Coruña de fecha 18 de junio de 1984 para dejar constatado, sin asomo de duda, que «examinado el tal expediente puede ser nulo, al no haberse oído al Ministerio Fiscal, e incluso a los interesados», afirmación que la deduce el representante de la Ley del contenido del expediente número 350/1980 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de El Ferrol, unido a la causa penal número 4/1984, a los folios 48 al 51: Con esta tajante afirmación, y con el contenido de la providencia del mencionado Juzgado de Primera Instancia de fecha 22 de diciembre de 1980, que también se acompaña, no es posible llegar a conclusiones distintas a las que llega el Tribunal *a quo*, pues el Juzgado se limitó, en el caso que examinamos, a registrar el expediente formado con los documentos inicialmente aportados, mandarle los trámites de jurisdicción voluntaria conforme a lo solicitado y directamente, sin otras prevenciones, librar el mandamiento al señor Notario de Mugaros, a fin de que expidiera la segunda copia de la escritura de hipoteca; así pues, a la vista de las justificaciones expuestas resulta obligado el rechazo de este primer motivo

En el segundo se alega la infracción, por indebida aplicación, de lo dispuesto en la regla 3.ª, apartado 2.º, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, usando el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 y sirviendo de argumentación a tal denuncia la afirmación de que: «El legislador al hablar en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria... emplea un concepto impropio del proceso de ejecución hipotecaria en ejercicio de la acción real del derecho de hipoteca, ya que en este procedimiento se persigue exclusivamente el bien hipotecado, para que por medio de su enajenación pueda el acreedor obtener la satisfacción de una cantidad de dinero». Afirmándose también que en este tipo de procedimiento «no se dicta una sentencia de condena al cumplimiento de una obligación. En cambio cuando se ejercita la acción personal necesariamente debe de dictarse una resolución condenatoria»; desde esta supuesta diferencia entre la ejecución hipotecaria y la ejecución personal, el recurrente llega a la conclusión de que «lo dispuesto en el ordinal 1.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la segunda copia de la escritura pública..., no es aplicable a la cuestión objeto de este debate, por cuanto... se ha ejercitado una acción real que deriva del derecho de hipoteca, y por tanto no cabe hablarse de incumplimiento de requisitos para despachar la ejecución». Realmente el recurrente está planteando en este motivo un problema de *lege ferenda*: el impropio ejemplo por el legislador de una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a los requisitos que deben concurrir en el título de crédito para que se pueda despachar ejecución; y puesto que legal y formalmente la cuestión denunciada aparece correctamente resuelta: conforme a la redacción del párrafo 2.º de la regla 3.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, de acuerdo con el párrafo 1.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ciamiento Civil, y cumpliendo el contenido del artículo 235 del Reglamento Notarial, complementado por la Ley de 11 de julio de 1941, no puede en ningún caso hablarse de «infracción de las normas del ordenamiento jurídico, o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate», supuesto que se alega como fundamento del motivo que estudiamos y cauce procesal indispensable para la viabilidad del recurso de casación. Pero por sí puede servir de orientación el conocer la *mens legislatoris* en esta materia, bueno será transcribir parte del preámbulo de la citada Ley de 11 de julio de 1941, cuando dice que: «aunque la legitimación de los créditos hipotecarios descansa principalmente en nuestro sistema, sobre las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad..., no puede, sin embargo, desconocerse que el título notarial viene en nuestro Derecho tradicionalmente unido, sobre todo en el orden procesal, a su virtud ejecutiva». Los razonamientos que acabamos de exponer han de producir necesariamente también el decaimiento de este motivo.

El segundo recurso interpuesto por la representación de don Jorge C., consta también de dos motivos, en los que simplemente se denuncia: un error en la apreciación de la prueba, referido a un extremo que no ha sido objeto de estudio en la resolución recurrida, y una infracción del artículo 1.214 del Código Civil. No existe desarrollo ni fundamentación alguna en tales motivos, habiéndose limitado la parte recurrente a enunciarlos de una forma sucinta, con lo que claramente infringe la obligación establecida en el último inciso del artículo 1.707, y en el párrafo 2.º del artículo 1.710, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procediendo, en este trámite, su desestimación, pues al tratarse de un recurso fundado, es obligatorio en su interposición razonar la pertinencia de los motivos, ya que de otro modo se produciría la indefensión de la parte contraria y el desconocimiento de la Sala en orden a la fundamentación empleada.

R. DE A.

**RESPONSABILIDAD CIVIL. DAÑOS CAUSADOS POR INSTALACION ELECTRI-  
CA. LA ADOPCION DE MEDIDAS REGLAMENTARIAS NO ES SUFICIENTE.  
COMPENSACION DE CULPAS (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—El presente recurso de casación tiene su causa en la reclamación de daños y perjuicios mediante el ejercicio de acciones que depara el artículo 1.902 del Código Civil, con base en el aspecto fáctico emanante del accidente acaecido el 27 de junio de 1981, al recibir don Manuel V. G. una descarga eléctrica en ocasión de hallarse en una parcela del sitio Vega de Encinas de Arriba (Salamanca) manejando unos tubos de aluminio de los utilizados para el riego, debajo de donde se encontraba instalada una línea de alta tensión perteneciente a la empresa «Iberduero, S.A.», ahora recurrente, y por consecuencia de cuya descarga resultó el mencionado don Manuel V. G., ahora recurrido, con lesiones que le produjeron determinadas secuelas.

En cuanto al primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación

de que se trata, que la precitada entidad recurrente fundamenta, al amparo del número 4.º del artículo 1.902 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error en la apreciación de la prueba, su inconsistencia y consiguiente desestimación surge de tener en cuenta que, en contra del mandato expreso contenido en el párrafo segundo del artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se señala documento o informe alguno de los que en forma inequívoca se pueda inferir el error denunciado, y lo que se hace para fundamentar el referido motivo es hacer la mencionada entidad recurrente una subjetiva exégesis pormenorizada del material probatorio aportado a los autos de que se trata, consistente en pruebas de confesión, testifical y pericial, lo que no es procedente en casación, tanto porque, según constantemente tiene declarado esta Sala, no se trata de documentos de los que pueda deducirse el 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 (Sentencias, entre otras, y como más recientes, de 14 de febrero y 12 de mayo de 1983, 17 de febrero y 21 de diciembre de 1984, y 6 de octubre y 17 de febrero de 1986), cuanto debido a que con ello lo que se pretende es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba en casación, lo que no es procedente, dado que este extraordinario recurso, según también tiene establecido esta Sala, no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados unos determinados hechos es o no correcta la apreciación jurídica efectuada por el órgano jurisdiccional de instancia.

A igual solución desestimatoria es de llegar en lo que se refiere al motivo segundo, que, con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamenta en alegada infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, porque la doctrina jurisprudencial, apurando conceptos de buena hermenéutica, en materia de culpa extracontractual, como se dice en las sentencias de esta Sala de 11 de abril y 8 de mayo de 1984, debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor o caso fortuito, el autor de la acción u omisión acredite haber actuado con el cuidado que requieran las circunstancias de tiempo y lugar, lo que en el presente caso origina que, dada la inversión de la carga de la prueba que en estas situaciones se produce, la empresa demandada, ahora recurrente, «Iberduero, S. A.», propietaria y beneficiaria de la explotación de instrumentos, maquinaria o enseres que, por su propia naturaleza y características, comportan peligro o riesgo, habría de demostrar para quedar inculpada en el accidente en cuestión, una actuación y vigilancia indubitable acreditativa que el evento dañoso se produjo, no obstante, por fuerza mayor o culpa exclusiva de la propia víctima, lo que no se ha producido, al no haberse aportado por la citada entidad recurrente prueba eficiente acreditativa que la distancia de la línea de tendido eléctrico en cuestión al suelo cumplía rigurosamente lo previsto en el Decreto número 3151/1968, de 28 de noviembre, aprobatorio del Reglamento de líneas aéreas de alta tensión, en orden a la seguridad de su instalación en función de la zona clasificada, según climatología dominante, cultivo y orografía del terreno de ubicación, porque las distancias que teóricamente se señalan en la demanda y en la diligencia de reconocimiento practicada por la Policía Judicial y Guardia Civil, cifrada en unos seis metros, no pueden destruir en casación las afirmaciones de la sentencia de instancia, ni mermar o modificar las aseveraciones rigurosas que en orden a la acción aquiliana se exigen para exonerar de responsabilidad a la mencionada propietaria de la línea eléctrica de donde se ha generado el peligro inmediato y directo causante del accidente, puesto que la asignación de seis metros a que en cuanto a distancias de seguridad de los

conductores al terreno se establece en el artículo 25 de dicho Reglamento no como preceptiva, absoluta, sino como mínima, lo que indica que ha de ser superior cuando las circunstancias lo exijan, y siendo irrelevante en tendencia o eficacia exculpatoria la publicación de dibujos advirtiendo del peligro de la actividad agraria desarrollada en aquellos lugares, pues esto precisamente revela que la entidad recurrente implícitamente admite que la indicada distancia de seis metros no era suficiente y que por tanto tenía que extremar la instalación del tendido eléctrico en cuestión, y consiguientemente la distancia de los conductores al terreno, adecuada a fines de condiciones de seguridad encaminadas a evitar daños a consecuencia de la actividad agraria que se desarrollaba en la zona en donde tuvo lugar el accidente en cuestión, y que conocía la precitada entidad recurrente como evidencian la publicación de aquellos dibujos y la circunstancia de haber ocurrido con anterioridad al accidente cuestionado, otro que incluso produjo el fallecimiento del accidentado por resultar insuficiente la altura de los referidos conductores con relación al terreno; aparte que, en todo caso, el mero cumplimiento de formalidades administrativas o reglamentarias no exoneran de responsabilidad, pues, de una parte, se habría requerido que esas exigencias resultaren acreditadas al tiempo del evento dañoso producido, y de otra parte debido a que aun existiendo cumplimiento de formalidades reglamentarias éstas no excusan de responsabilidad cuando, como en el presente caso ocurre, devienen insuficientes conforme a las circunstancias concurrentes, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras y como más recientes, de 22 de noviembre de 1983, 6 de mayo de 1983 y 29 de junio de 1984, porque, como ponen de relieve las de 8 de mayo de 1986 y 25 de mayo de 1987, a efectos de exoneración de responsabilidad se impone no sólo el cumplimiento de las formalidades reglamentarias, sino el empleo de todos los medios que la prudencia demande para prevenir y evitar el daño; y más en cuanto que al partir el recurso, y concretamente el motivo que se examina, de considerar en «Iberduero, S. A.», una conducta irreprochable se hace supuesto de la cuestión, en cuanto no se ha desvirtuado eficientemente por la referida entidad recurrente la apreciación en contrario de la Sala sentenciadora de instancia, con lo que ha quedado firme, a efectos de casación, la inacreditación de esa pretendida irreprochable conducta, que, por exclusión, condujese a conclusión de producción del daño por causa de fuerza mayor o por la exclusiva culpa de la propia víctima, y cuya inacreditación genera situación de culpa en la mencionada entidad «Iberduero, S. A.», en concurrencia con la también situación culposa creada por el demandante perjudicado don Manuel V.G., apreciada en la sentencia recurrida, haciendo aplicación del artículo 1.902 del Código Civil como medida subsiguiente al establecimiento de la culpa de todos y cada uno de los partícipes en el suceso, conduce a responsabilidades concurrentes, según certeramente se aprecia en dicha sentencia recurrida, traducible en una compensación económica a causa de una moderación responsabilizadora de tal índole, como tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras y como más recientes, de 16 y 30 de mayo, 27 de junio y 24 de octubre de 1983, 31 de octubre de 1984, 23 de octubre y 17 y 19 de diciembre de 1986, y 22 de abril y 7 de diciembre de 1987, cuya concurrencia responsabilizadora es irreversible en casación, tanto por haber sido consentida por el recurrido, que no formuló recurso contra la sentencia que lo declaró y ser favorable a la entidad recurrente por la firmeza que depara aquella conformidad, cuando porque, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 13 de febrero de 1984, la cuestión de concurrencia responsabilizadora, por apreciación de culpas concomitantes es irreversible en casación en sus aspectos cualitativo y cuantitativo,

por implicar problemas referentes a la entidad y alcance de las respectivas culpas al permanecer invariables los hechos declarados probados de la sentencia recurrida.

R. DE A

*CONTRATO COMPRAVENTA DE VIVIENDA. NO CUMPLE EL VENDEDOR QUE ENTREGA LA VIVIENDA, PERO INCUMPLIENDO LAS CONDICIONES RELATIVAS AL CONJUNTO DE LA URBANIZACION. NO PROCEDE LA RESOLUCION DEL CONTRATO Y TAMPOCO LA CONDENA AL PAGO DEL PRECIO (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1988).*

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Instada por el vendedor, aquí recurrente, en las actuaciones originales, la resolución del contrato de compraventa de una vivienda, el piso 5.º, C, del edificio «Marte», de la Urbanización «Parque Luz» de la ciudad de Granada, contra la adquirente de dicha vivienda, con fundamento en el impago de la parte de precio aplazada o subsidiariamente, la condena de la compradora al saldo de la misma, la sentencia recurrida con claridad, precisión y poniendo de relieve lo que resulta de un análisis pormenorizado del material probatorio que ofrecía lo instruido en primera instancia, establece resumidamente como conclusiones: *a)* Que la demandada compró el referido piso mediante contrato formalizado en documento privado cuando el edificio en que radicaba y la urbanización de que éste formaba parte se encontraban en construcción al amparo de licencia municipal de edificación concedida por el Ayuntamiento conforme a proyecto de Arquitecto, que incluía una urbanización compuesta por seis edificios que comprendían 120 viviendas, ocho locales comerciales, una piscina semiolímpica y dos plantas de sótanos destinadas a aparcamientos, siendo con arreglo al proyecto la planta 5.ª del edificio «Marte», en la que se situaba el piso comprado por la demandada, la última planta, sin que montara sobre ella áticos o buhardillas; y *b)* Que el demandante, constructor de la urbanización y vendedor del piso de litis, había procedido a la ejecución de las obras de la urbanización, sin ajustarse al proyecto y a la licencia municipal, construyendo en el edificio «Marte» una planta de áticos abuhardillados, compuesta de 12 apartamentos, montando sobre la planta 5.ª referida, e introducido, asimismo, otra serie de modificaciones en la configuración y servicios proyectados para la urbanización, entre los que destacan, por su trascendental incidencia en el complejo al conformar el hábitat en que sitúa el piso comprado, las de la construcción de otras tantas plantas de áticos abuhardillados en los otros cinco edificios que completan la urbanización; la construcción de unos locales comerciales en la zona destinada en el proyecto a espacio libre entre los edificios «Marte», y otro la construcción de una tercera planta de sótano, situada entre el forjado de la planta baja y el primer sótano, ocupando el volumen que en el proyecto estaba previsto para la construcción de una piscina y la instalación solamente de dos calderas de calefacción de las seis proyectadas.

Con apoyo de las resaltadas conclusiones y en las afirmaciones fácticas que entrañan, la resolución impugnada, estimando incumplimiento por parte del

constructor-vendedor de las obligaciones que le incumbían y analizando su alcance, absolvió a la demandada de las pretensiones en su contra articuladas en el suplico de la demanda, y es dicho pronunciamiento judicial el que es atacado por el demandante vendedor en el presente recurso a través de cinco motivos, deducidos todos ellos con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina queden inalteradas en este trámite casacional las denotadas afirmaciones fácticas y que, al no haber sido desvirtuadas por el cauce del número 4.º del citado artículo de la Ley Procesal, acusando error en la apreciación de la prueba o con sede en su número 5.º, señalando preceptos valorativos de pruebas que hubieran sido infringidos por la Sala sentenciadora en la instancia al apreciarlas, a las mismas ha de estarse al analizar y decidir los temas que los meritados motivos plantean.

En el primer motivo del recurso, aunque deducido como amparo procesal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la realidad es que en razón a los alegatos que le sirven de fundamento lo que plantea es un tema de abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción claramente incardinable en el número 1.º del referido artículo, dado que la vulneración de los preceptos de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, así como de otros de Reglamento de Disciplina Urbanística de que acusa a la sentencia recurrida, deriva de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues según tesis del recurrente la Sala sentenciadora en la instancia aplicó indebidamente los preceptos primeramente citados y fundamentó en tales preceptos su fallo, siendo así que el conocimiento y decisión de los temas que podían dar lugar a la aplicación de tales normas correspondían a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, no siendo lícita su aplicación por los Tribunales de orden civil. El decaimiento del motivo lo determina la circunstancia de que cualquiera que sea la fortuna con la que en la resolución impugnada se citan los preceptos dichos, los mismos no constituyen el fundamento de su fallo, sino aquellos otros de índole puramente civil de pertinente aplicación al incumplimiento por el vendedor de las obligaciones que en el puro ámbito de aplicación de las normas de derecho privado que rigen el contrato de compraventa le incumbían, cual las contenidas en los artículos 1.124, 1.461, 1.469 e interpretación dada por la jurisprudencia de esta Sala al artículo 1.504 del Código Civil, al ser obvio, por demás, que los hechos puestos de relieve en el primer fundamento de derecho de esta resolución, incólumes en este trámite de casación, constituyen incumplimiento de las obligaciones que en el ámbito puramente privado del contrato de compraventa competían al vendedor, al margen de aquellas que las disposiciones administrativas de índole urbanística pudieran imponerle.

De los hechos que la sentencia recurrida declara acreditados y que resumidamente se ponen de relieve en el primer fundamento de derecho de esta resolución, inalterados en este trámite de casación, según se argumenta en el segundo de dichos fundamentos, deriva como indeclinable consecuencia el precedente rechazo de los motivos articulados como segundo y tercero, en los que se acusa, respectivamente, la violación por inaplicación de los artículos 1.089 y 1.091 del Código Civil y del artículo 1.255 del propio Cuerpo legal, preceptos todos ellos que aparte de no ser hábiles aisladamente invocados para fundamentar un recurso de casación por infracción de Ley, dada la generalidad de los principios que consagran, lo que se pretende con los mismos, según resulta de la simple lectura de los alegatos que le sirven de desarrollo, es desvirtuar las afirmaciones fácticas de la resolución impugnada, poniendo de relieve el contenido de docu-

mentos que si el recurrente entiende acreditan un error en la apreciación de la prueba debió elegir el cauce que le ofrecía el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para aducirlo y, no haciendo supuesto de la cuestión, establecer que dichos documentos prueban hechos que contradicen los que fija la resolución impugnada para fundamentar su fallo.

Igual suerte adversa corresponde al motivo cuarto del recurso, en el que se acusa la infracción por interpretación errónea de los artículos 1.462 y 1.469 del Código Civil, ya que a juicio del recurrente la sentencia recurrida, en el 3.º de sus considerandos, alude a los mismos para llegar a la conclusión de que no se ha entregado el piso objeto de la venta de conformidad a lo pactado, sacando de ello la consecuencia de que el vendedor ha incumplido tal obligación. Aunque es cierto que la sentencia recurrida en el 3.º de sus Considerandos hace invocación de la preceptiva contenida en los artículos 1.461 —y no 1.462 como el motivo expresa— y 1.469 del Código Civil, el razonamiento que contiene según el que «el piso entregado a la demandada no se ajustaba al proyecto a que se remitía el documento privado de compraventa», lo que hacía no pudiera estimarse que el vendedor había cumplido su obligación de entregar la cosa vendida en las condiciones pactadas en la convención, no puede concluirse determine una interpretación errónea de los preceptos dichos, habida cuenta que ante los graves incumplimientos por el vendedor, que de los hechos puestos de relieve en el primer fundamento de derecho de esta resolución resultan, no puede menos de concluirse que la entrega material del piso y espacio ubicado dentro del mismo no cumplía la exigencia de poner en posesión de la compradora «todo lo que expresaba el contrato» y en este sentido, atendido el supuesto de hecho que se ofrecía a la decisión judicial, la Sala sentenciadora en la instancia interpretó rectamente el alcance de los preceptos de cuya vulneración se le acusa.

Partiendo de la afirmación de que el vendedor había cumplido las obligaciones que como tal le incumbían, se deduce, haciendo supuesto de la cuestión, el quinto y último motivo del recurso, tachando a la resolución impugnada de haber infringido por inaplicación lo dispuesto en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, preceptos que, como es sabido, al haberlo sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sentencias que por conocidas se hace innecesaria su cita, no se eluden entre sí sino que se complementan, representando únicamente el segundo una aplicación a la compraventa de bienes inmuebles de la regla general que referente a los requisitos que han de concurrir para que opere la resolución de las obligaciones en el primero se contienen, lo que hace que en el caso concreto de la presente controversia establecido por la sentencia recurrida el incumplimiento por el vendedor, con anterioridad a la fecha en que la compradora debía saldar la parte del precio cuyo impago se acusa, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil no pueda operar la resolución que de tal impago podía derivarse por no ser lícito postularla el contratante que primero incumplió, a lo que es de añadir que respecto a la pretensión del vendedor de que subsidiariamente y si no se accede a la resolución se le haga pago del precio referido es, también, correcta la tesis de la sentencia recurrida en el sentido de que no procede el pago hasta tanto no se haga entrega de la cosa objeto del contrato en las condiciones pactadas. En su consecuencia, la sentencia recurrida lejos de violar los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil aplicó debidamente el contenido de tales preceptos y de la jurisprudencia de esta Sala interpretativa de su alcance, lo que determina el precedente rechazo del motivo.

**FIANZA. NOVACION DE LA OBLIGACION, CONCERTADA POR EL DEUDOR Y EL ACREEDOR: NO EXISTE. EXTINCION DE LA OBLIGACION DEL FIADOR POR PAGO DE LA DEUDA (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—La acción ejercitada por el ahora recurrente tenía por objeto fundamentalmente declarar extinguidas sus obligaciones como fiador mediante las pólizas de préstamo suscritas como contratantes principales entre el Banco Exterior de España como prestamista y «M., S. A.», y «R. C. C., S. A.», como prestatarias, el día 4 de agosto de 1979, con firmas cc-2348/79 y cc-2349/79 y cantidades de 3.343.140 pesetas y 5.957.056 pesetas, respectivamente, y consecuentemente a ello la declaración de nulidad de los juicios ejecutivos seguidos también, respectivamente, en el Juzgado número 2 de Córdoba, con número de registro 1.105/80, y en el Juzgado número 1 de dicha capital con el número de registro 1.095/80, en los que se mandó seguir la ejecución adelante contra los bienes de los demandados, entre ellos don José C. J., que adquirieron firmeza, tras no haberse promovido por los demandados ni oposición a la demanda ejecutiva ni recurso contra la sentencia recaída en los mismos, solicitándose también dejar sin efecto las consecuencias jurídico-económicas producidas en el supuesto de haberse ejecutado dichas resoluciones. Las sentencias de instancia —la de apelación confirmó íntegramente la de primer grado—, desestimaron la demanda por la consideración principal de que si esgrimiéndose por el actor determinados pactos que dejaban exentos de sus responsabilidades a los fiadores, lo que constituía una negociación notoria—, y aunque era dudoso que en ella se incluyeran las pólizas ejecutadas debió el demandante, fiador en esta litis y aquí recurrente, hacer uso de la oposición por vía del artículo 1.464-8.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al no hacerlo así, puesto que las sentencias se dictaron con su contumacia procesal, había quedado definitivamente cerrada la posibilidad de iniciar un procedimiento declarativo para discernir un tema que pudo ser controvertido en el juicio ejecutivo, por lo que la permisibilidad contenida en el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de entenderse para el caso de no poderse, por vía de excepción o nulidad, en el propio juicio ejecutivo, hacer oposición a la demanda que lo inició.

Por razones de metodología procesal serán analizados en primer lugar los motivos formalizados al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, porque incidiendo en las premisas de hecho declaradas por el juzgador, su alteración eventual condicionaría la aplicación ajustada del ordenamiento jurídico. Así, en el segundo de los motivos acusa el error de hecho en que incurrían las sentencias, al no apreciar que la escritura de ratificación en la aceptación pura y simple de la hipoteca constituida a favor de los acreedores, entre otros el Banco Exterior de España, y que éste verificó otorgando a tal efecto la escritura de 24 de noviembre de 1980, confirmando la que el día 7 del mismo mes y año había otorgado a su vez el Banco Hispano Americano como mandatario suyo en tal aceptación pura y simple, de cuya circunstancia pretende extraer, como conclusión contradictoria a la afirmación del juzgador de instancia, que no habiéndose producido tal hecho sino después de la citación de remate, no podía lógicamente basar la oposición en los procedimientos ejecutivos en la novación que tal acto de aceptación de la hipoteca entrañaba en lo atinente a la

liberación de responsabilidad de los fiadores, entre ellos el hoy recurrente. El motivo no puede prosperar porque, ciertamente, que aun no dando por conocida tal aceptación por el recurrente, es evidente que ella, referida como está a la escritura de constitución de hipoteca unilateral de 20 de julio de 1980 (folios 12 a 78) y por consiguiente como secuencia inmediata y directa del convenio privado del 20 de marzo anterior (folio 9), hubiera sido preciso acreditar por el actor-recurrente que el crédito que en tal convenio figuraba a nombre del Banco Exterior de España, de 26.839 537 pesetas, afectaba o comprendía a los créditos concedidos por virtud de las pólizas de que se hizo mención al principio y que fueron los títulos privilegiados que constituyeron el material ejecutivo integrado de los procesos cuya nulidad se pretende; y es el caso que no sólo no lo acreditó, sino que es palmario que el tal crédito del convenio privado de 20 de marzo de 1980 es el documentado por póliza número 68-59/78 de vencimiento 20 de septiembre de 1979, —es decir, que en tal fecha ya había vencido—, por importe de 25 700.000 pesetas, cuya prestataria era «M., S. A.» (folio 130), y por lo tanto distinta de las dos pólizas de autos, y lo corrobora el dato elocuente de que el convenio de 20 de marzo de 1980 no está suscrito ni personalmente ni por representación, por el actor recurrente, aparte de que del total de 396.214.123 pesetas, la hipoteca constituida posteriormente sólo garantizaba el pago de 325 millones, mientras que para los casi 75 millones restantes se documentaría por medio de una póliza, cuyo cumplimiento no consta en autos, como tampoco se aprecia en las actuaciones una probanza por el demandante, a quien incumbía tal menester, de que son las pólizas de autos y no la que se ha especificado últimamente de 25.700.000 pesetas, las que se comprendían en el documento tan citado de 20 de marzo de 1980 como créditos a ser garantizados por la hipoteca, cuya constitución unilateral y posterior aceptación pura y simple por la entidad bancaria hoy recurrida tuvo lugar en escritura de 24 de noviembre de 1980, por lo que el error de hecho señalado no aparece como cierto y ha de advertirse que esta Sala, con función casacional, tiene, según su propia doctrina, acceso a la apreciación directa de las actuaciones para formular declaraciones fácticas, cuando por defecto u omisión del juzgador de instancia no se haya definido con exactitud y la debida extensión y profundidad la historia circunstanciada del sustrato fáctico que anida en la relación material o de fondo de cualquier controversia suscitada judicialmente (Sentencias de 2 de junio de 1981, 17 de febrero de 1982, 15 de julio de 1983 y 4 de abril de 1984).

El tercer motivo, con igual sede que el anterior (art. 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), destaca el error de hecho sufrido por la sentencia recurrida al no apreciar, que aparte de la «clave» de este procedimiento, basado en los factores examinados en el fundamento de derecho procedente, es decir, la novación se utilizó en la instancia declarativa la «clave» o tema de la dación en pago o pago, que según los documentos que señala, relativos a la suspensión de pagos de las dos entidades deudoras principales «M., S. A.», y «R. C. C., S. A.», por ser posteriores incluso a las sentencias de los procedimientos ejecutivos no pudieron, obviamente, ser opuestos tampoco en los mismos, por lo que afectando inequívocamente a los créditos formalizados en las pólizas que fueron objeto de dichos procedimientos privilegiados no podían constituir las sentencias en ellos recaídas aún firmes, presunción de cosa juzgada que pudiera invalidar el proceso a que se contrae esta casación, pues entraña una faceta nueva y sobre todo un tema o «causa petendi» que habría de ventilarse en un procedimiento de amplio espectro declarativo. Pues bien, cierto es que la entidad bancaria hoy recurrida prestó, por escritura pública de 26 de octubre de 1981 (folio 268), su adhesión a los

convenios de acreedores celebrados en las suspensiones de pagos de «M., S. A.», y de «R. C. C., S. A.», y así se observa cómo en esta última aparece, con un crédito común de 5 957.056,20 pesetas, coincidente con la póliza que fue objeto del ejecutivo número 1095/80 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba —con independencia de otro crédito con derecho de abstención que aquí no nos afecta—, por lo que es evidente que en cuanto al mismo el convenio aprobado judicialmente, sobre todo en sus extremos 10.º, 11.º, 12.º y 13.º, suponen la aceptación del pago verificado por *datio in solutum*, con renuncia del resto no cubierto por los bienes adjudicados *in valorem o in genere* (folio 272), lo que, sin perjuicio de la validez procesal del procedimiento ejecutivo como tal, se ha producido por acto propio y posterior a él, del Banco Exterior de España, un acto que suponiendo pago del crédito viene a exonerar de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, a los fiadores de la satisfacción de la deuda (art. 1.849 del citado Cuerpo legal), pero no acontece lo mismo con la suspensión de pagos primera, pues por las razones expuestas no cabe extraer las mismas consecuencias de la dación en pago, respecto del crédito de la póliza de «M., S. A.», de 3.343.140 pesetas, puesto que no se ha demostrado que esté incluido en el crédito reconocido a favor de la entidad bancaria acreedora, ahora recurrida, de 8.891.027 pesetas (folio 224), es decir, que sea comprensivo del que venía amparado en la póliza objeto del proceso ejecutivo número 1105/80 del Juzgado número 2 de los de Córdoba. Ahora bien, tanto en uno como en otro caso, lo que queda patente es que la virtualidad de la cosa juzgada de las sentencias de los procesos ejecutivos no podía predicarse, para hacer inoperante el declarativo a que se contrae este recurso extraordinario, ni aun con el criterio interpretativo más restrictivo del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que con posterioridad a ellas se ha producido un acto propio de la acreedora aceptando y asumiendo una fórmula de pago cuyo análisis y discernimiento entraña una cuestión que si de existir al tiempo de la citación de remate hubiera podido y debido ser materia de debate dentro del cauce de esos procesos privilegiados (art. 1.464-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ciertamente que, por su acaecimiento posterior y por acto propio vinculante y eficaz de la entidad ejecutante, hace necesario e imprescindible su debate en este declarativo, por lo que al no entenderlo así el juzgador de instancia ha de casarse su sentencia, bien advertidos de que ello, abriendo la posibilidad del conocimiento de fondo de esta Sala, deja expedita también la aceptación o no de esa misma tesis de fondo de la demanda inicial, que en este caso, por el análisis verificado, se acepta en cuanto a la póliza en la que figura como beneficiaria del préstamo «R. C. C., S. A.», y no en cuanto concierne a la del crédito a favor de «M., S. A.».

Con lo expuesto anteriormente ha quedado prácticamente resuelto el motivo primero del recurso que por el cauce del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la violación del artículo 1.479 del mismo texto legal en relación con el artículo 1.252 del Código Civil, pues ciertamente que la interdependencia de los tres primeros motivos hacían prácticamente difícil hacer definiciones específicas en cuanto a cada uno de ellos sin incidir en el ámbito propio de los demás y así en esta inteligencia cabe declarar que es en cada caso concreto donde ha de proclamarse la apertura o cierre del mandato del artículo 1.479 de la Ley Procesal citada, en cuanto al debate en juicio declarativo de los temas que pudieron ser analizados en el procedimiento privilegiado, de suerte que no se vacíen de contenido los artículos 1.464, 1.465 y 1.466 de dicho texto legal, haciéndolos inútiles con gravísimo perjuicio de la seguridad jurídica, pero con la discreción doctrinal y técnica correspondiente a no convertir ese proceso

ejecutivo en un ancho campo de controversia en la que se puedan profundizar temas complejos, como pudiera ser el del motivo tercero de este recurso, en que la *datio in solutum* a través de la adhesión a un convenio de acreedores precisa de esa amplitud, que en el caso de autos no podía reconocérsele al motivo segundo en que la existencia de la novación aflora positiva o negativamente sin necesidad de una profundización tal que requiera declaración de derechos previos, sino de su simple constatación —positiva o negativa—, documental.

Casada la sentencia de la Sala *a quo* con estimación del tercero y primer motivo, y dado que el conocimiento del material de fondo ha sido también estimado, según se ha dicho, en lo concerniente al crédito concedido a «R. C. C., S. A.», por estimarse haberse aceptado el pago con la correlativa liberación de obligaciones accesorias, aunque sean solidarias de los fiadores (art. 1.849 del Código Civil), quiérese decir que se acepta el quinto motivo del recurso que al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil acusa la violación de los artículos 1.156-1.º en relación con el artículo 1.849, ambos del Código Civil y, consiguientemente, también el motivo 6.º que por el mismo cauce denuncia la violación del artículo 1.156-3.º en relación con el artículo 1.143-1.º también del Código Civil, cada vez que, repetimos, ha sido la adhesión al convenio de acreedores, según las cláusulas que ya se señalaron (10.ª, 11.ª, 12.ª y 13.ª), la que ha implicado la aceptación de pago por adjudicación del valor realizado de los bienes del activo y en su defecto por adjudicación *in genere* con paralela renuncia a la diferencia insatisfecha.

El motivo cuarto que por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la violación de los artículos 1.156 y 1.203 del Código Civil, al haberse rechazado el motivo segundo por supuesto error de hecho, queda automáticamente frustrado también, porque en su alegato hace supuesto de la cuestión la existencia de una novación, que como se anticipó al analizar dicho segundo motivo, ha quedado totalmente descartada.

Rechazados los motivos segundo y cuarto y estimados los demás ha de declararse haber lugar al recurso casando la sentencia de la Sala *a quo* y revocando la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba, estimar la demanda parcialmente, es decir, sólo en lo atinente al crédito de 5.957.056 pesetas de la póliza cc-2349/79, y dejando intacta la validez del procedimiento ejecutivo 1.095/80 como tal, se declaran extinguidas por pago hecho posteriormente las obligaciones que como tal fiador afectaban al demandante hoy recurrente, con las subsiguientes secuencias obligadas que a tal declaración se señalan en el apartado *c)* y con arreglo a las tres bases que en el suplico se exponen, rechazándose el resto de las pretensiones de la demanda; sin hacer expresa imposición de costas ni en las instancias ni en el recurso, devolviéndose el depósito constituido (art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

R. DE A

**PROMESA ABSTRACTA DE DEUDA. DOCTRINA GENERAL SOBRE LOS NEGOCIOS ABSTRACTOS.** (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1988).

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—De lo actuado en los presentes autos resulta lo siguiente:

1. Don Miguel C. R., con fecha 30 de junio de 1980, dirigió a don Angel R. C. una carta del siguiente tenor literal: *De conformidad con las conversaciones mantenidas con usted me comprometo formal y solemnemente a pagar a usted 12.500.000 pesetas para el supuesto de que los locales, sótano, bajos y entresuelo, ubicados en la calle Lauria, esquina a Pascual Genis, sean vendidos total o parcialmente a una entidad financiera y de crédito con domicilio en Madrid. Esta cantidad será abonada en metálico en el momento de firmarse la operación, en prueba de reconocimiento expreso de esta obligación se entrega la presente carta a don Angel R. C., M. Camañez.* (folio 6).

2. Con fecha 6 de octubre de 1980 don Angel R. C. remitió a don Miguel C. R. una carta en la que le expresaba: «Por la presente le recuerdo la obligación contraída por usted en el documento de 30 de junio de 1980, que libre y voluntariamente suscribió. En consecuencia, le hago presente que, en el supuesto de que sean vendidos a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid total o parcialmente los locales de sótano, bajos y entresuelo ubicados en Valencia, en la calle Lauria esquina a la calle Pascual y Genis, deberá abonarme en metálico la cantidad concretada en el referido documento. Dicha cantidad, según los términos de la obligación, habrá de pagarse en el momento de firmarse la operación de venta» (folios 7-10).

3. Por escritura pública otorgada el 7 de noviembre de 1980, don Miguel C. R., con el consentimiento de su esposa, vendió a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid los locales anteriormente reseñados por precio de 125.000.000 de pesetas, confesadas y recibidas (folios 11-13).

4. En acto conciliatorio celebrado el 21 de enero de 1983 (folio 50), el señor R. C. ofreció a don Félix S. M., en pago de parte de superior cantidad que éste le reclamaba, el crédito de 12.500.000 pesetas que aquél ostentaba frente a don Miguel C. R., ofrecimiento que fue aceptado, siéndole notificada tal cesión al deudor señor C. (folio 14).

Del contenido del documento transcrito en el fundamento anterior (número 1) no puede deducirse que se esté ante un supuesto de aplicación de la doctrina referente a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones (criterio fundamentalmente mantenido por la sentencia recurrida), ni tampoco que estemos en presencia de un contrato de mediación o corretaje (tesis del recurrente). En rigor, el cuestionado documento no es sino una *promesa de deuda abstracta*. Se trata en síntesis de un negocio jurídico en el que las partes excluyen voluntaria y deliberadamente la declaración de la causa de la obligación, no obstante lo cual el acreedor adquiere la titularidad de un *ius exigendi*, sin necesidad de alegar ni justificar la causa. La diferencia fundamental entre el negocio jurídico causal y el abstracto estriba en que, en el primero, el convenio sobre la causa forma parte del contrato, mientras que en el segundo está disociada o separada del mismo. Tal doctrina, fundamentada en nuestro Derecho básicamente en el dogma de la autonomía de la voluntad y con reconocimiento específico en el artículo 1.277 del Código Civil, que sanciona la validez y eficacia de todo contrato, aunque no se exprese la causa, presumiéndose que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, ha sido mantenida por esta Sala al declarar que el reconocimiento de deuda (más exactamente, de «promesa de deuda», si afecta a la obligación constituida por primera vez, o «reconocimiento de deuda», si se refiere a la obligación preexistente) surte efectos propios con abstracción de la obligación contraída, lo que sitúa la figura contemplada dentro del ámbito de los negocios abstractos, caracterizados, no porque carezcan de causa (indispensable en el Derecho patrio para la validez de todo contrato), sino porque la misma, por

voluntad de las partes, se encuentra separada o desligada de aquél, de tal modo que el contrato tiene virtualidad con independencia de la causa. (Sentencias de 8 de marzo de 1956, 13 de junio de 1959, 3 de febrero de 1973, 14 de diciembre de 1978, 3 de noviembre de 1981, 30 de noviembre de 1984, 10 de abril de 1986 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de octubre de 1986).

El negocio abstracto propiamente dicho representa y significa un modo de concebir el tráfico jurídico fundado en la idea de seguridad jurídica y constituye un intento de independizar el efecto jurídico de las posibles anomalías o vicisitudes de que pueda adolecer el iter contractual causante de dicho efecto jurídico. Se trata, en definitiva, de que éste se produzca a pesar de aquéllos y de que el destinatario o beneficiario del efecto jurídico no se vea afectado por ellos. Y siendo en nuestro Ordenamiento positivo, a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 1.277 del Código Civil, perfectamente válida una abstracción puramente formal o procesal, es decir, la que resulta de una declaración de voluntad que no expresa ni incorpora la causa fundamentadora y justificativa de la misma, se impone la desestimación del primer motivo en el que se acusa error en la apreciación de la prueba, pues si bien es cierto que la sentencia recurrida alude a la teoría de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, no obstante llega a la correcta estimación de la demanda. Por tanto, razones de economía procesal imponen denegar la casación en aquellos casos en que las infracciones alegadas y estimadas no contradicen el razonamiento que sirve de base para mantener el fallo recurrido que, en consecuencia, ha de confirmarse desestimando este primer motivo del recurso.

Igual rechazo merece el segundo y último motivo, dado que no se acredita en modo alguno infracción de los artículos 1.261, 1.262 y 1.273 del Código Civil, según se desprende de lo expuesto en los fundamentos anteriores. Y respecto a la supuesta infracción del Decreto de 4 de diciembre de 1969 ha de tenerse presente que aun en el caso, meramente hipotético, de que el recurrente hubiese probado su aserto, es decir, que se trata lisa y llanamente de un contrato de mediación o corretaje, resultaría incuestionable la licitud del contrato, pues como declaró esta Sala en Sentencia de 6 de octubre de 1984, es insostenible el argumento de la prohibición de realizar el cometido de la intermediación por quien no ostenta la condición de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, tal como resulta del citado Decreto de 4 de diciembre de 1969, destinado a regular la realización en situación profesional o de habitualidad de las actividades a que se refiere, pero no en supuestos distintos o en casos en los que de manera ocasional se pacte expresamente la entrega de una retribución a favor de una determinada persona para el caso en que se lleve a feliz término una concreta operación.

R. DE A.

**VENTA DE EMPRESA. NO DA LUGAR A INCOMPATIBILIDAD INDUSTRIAL O COMERCIAL DE LOS VENDEDORES. INTERPRETACION, PACTO DE PEN-SION O RENTA VITALICIA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Para el adecuado planteamiento del presente recurso procede establecer los siguientes antecedentes: A) José P. P. y sus hijos Enrique

y José P. L., sobre la base de unos talleres del primero instaladas en Sagitario, 7, y Hércules, 4 y 7, de A., dedicados a la industria de carrocías, constituyeron, mediante escritura de 7 de mayo de 1979, la Sociedad Limitada «Industrias Carroceras P.» B) Ante dificultades económicas que sobrevinieron pronto, cesaron las actividades sociales el 31 de mayo de 1981 por efecto de un contrato de fecha 16 del mismo mes entre los propietarios y los trabajadores de la industria, en espera de constituir sobre el patrimonio social una empresa laboral. Mediante escritura de 4 de mayo de 1981 se constituyó efectivamente la «Empresa Laboral Carrocerías P., Sociedad Anónima», con un capital social de 15.000.000 de pesetas, en acciones de 1.000 pesetas, suscribiendo Enrique y José P. L. 1.803 acciones cada uno y los demás otorgantes el resto de las acciones, a razón de 200 cada uno de ellos, en el Consejo de Administración entonces nombrado aparecen aquéllos como Vocales, siendo designados Consejeros Delegados, otro y Enrique P. L., mancomunadamente. C) Finalmente y por nuevas dificultades sobrevenidas en el funcionamiento de la nóminal laboral se otorgó el contrato de 9 de febrero de 1982 que constituye el folio 44 del juicio entre Enrique y José P. L. de una parte y «C.» de la otra, el cual se da aquí por reproducido. D) El objeto del juicio de que el presente recurso dimana lo constituye la pretensión ejercitada por José P. P. y Enrique P. L. de que se condene a «C» al pago de la pensión convenida en favor del primero y a que se hará referencia, y a que se le reintegre de los pagos efectuados por él de los préstamos a la sociedad efectuados por el Banco Exterior de España (un millón) y Banco de Alicante (424.421); y a que se reintegre a Enrique P. L. del pago efectuado por él del préstamo a la sociedad de la Caja de Alicante y Murcia (1.107.492), todo conforme al contrato de 9 de febrero de 1982. E) La Sociedad demandada tiene principalmente alegado frente a la demanda, que Enrique P. L. ha establecido una industria similar, en la misma plaza de Alicante; lo que, a su juicio, le faculta para dejar de cumplir el contrato litigioso. F) La sentencia del juzgado que la Audiencia acepta sustancialmente da lugar a la demanda y declara que, el actor José P. P. pagó efectivamente la cantidad de 1.424.421 pesetas, un millón para cancelar el saldo de la póliza de crédito con el Banco Exterior de España y 424.421 para amortizar el saldo del préstamo del Banco de Alicante; y la Audiencia, objetando respecto de la operación con el Banco Exterior «que de la prueba practicada no aparece con claridad cuál era el saldo adeudado y cuáles las cantidades abonadas por el señor P. P. para cancelar la cuenta con posterioridad al pacto», difiere la fijación cuantitativa de ese concepto, a la fase de ejecución de la sentencia. Siendo hecho aceptado que Enrique satisfizo el préstamo de la Caja de Alicante.

Con los relatos antecedentes pronto se advierte la inviabilidad del presente recurso que se articula con dos motivos al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el primero por no aplicación de los artículos 1.281 y 1.282 y el segundo también por no aplicación del artículo 1.124, todos del Código Civil. En realidad, si se atiende a su desarrollo, los dos motivos ofrecen el mismo contenido, esto es, que el hecho reconocido por la parte actora de ejercer las mismas actividades industriales y mercantiles que la Sociedad demandada, en otro local de la misma plaza, constituye competencia desleal con incumplimiento del contrato de 9 de febrero de 1982. Para el motivo primero quebrantan una prohibición implícita en el contrato «Factor esencial en el nuevo negocio (razona) era el mantenimiento de la clientela, ligada, como es lógico, en los primeros años de andadura, a las personas y al nombre de los señores P.». Aunque ni en éste de 1982 ni en el antecedente de 1981 «se fijó de forma explícita la prohibición de que los señores P. obstaculizaran la marcha de la empresa

laboral mediante la competencia desleal o por cualquier otro procedimiento», debe entenderse (a juicio de este motivo) la tal prohibición como «cláusula implícita de los dos documentos antes citados, según la interpretación espiritualista de los mismos impuesta por los artículos 1.281 y 1.282», pues «la finalidad esencial de los pactos suscritos era totalmente incompatible con la libertad de los señores P. para desarrollar un negocio de la misma naturaleza en la misma ciudad». A partir de dicha interpretación y de apreciar que «dichos contratos, de contenido complejo, regulan globalmente, como en todo, diversas relaciones existentes entre los señores P. y sus trabajadores» y por ello «todas las obligaciones esenciales que de él se derivan para ambas partes tienen el carácter de obligaciones recíprocas o sinalagmáticas», a partir —se repite— de dicha interpretación, la parte demandada entiende que pudo omitir los pagos objeto de la demanda, incluida la pensión de P. P. El motivo segundo es pues claramente tributario del primero y el recurso se reduce, por ello, al punto de si los contratos de 1981 y 1982 contienen efectivamente la prohibición de las actividades que ahora ejercen los P. L.

La interpretación de los contratos, como es sabido, corresponde a la fase de instancia y a los órganos de la misma, según tiene afirmado esta Sala en un ingente número de sentencias. Sólo cuando la interpretación es claramente opuesta a la lógica cabe sustituirla por otra que la satisfaga; y debe ser mantenida la de la instancia, aun cuando queda alguna duda sobre su certeza. Los términos del contrato de 9 de febrero de 1982 desprendan de su temor literal que su principal finalidad y el núcleo de la voluntad de los otorgantes fue el de separarse (los señores P.) y separarles («C.») del objeto social y dejar fijadas y liquidadas las innúmeras operaciones consiguientes al complejo contrato antecedente de 16 de marzo de 1981 y las que de ellas se derivaron y siguieron; «deseando los señores P. separarse de la sociedad y dejar resueltas y finiquitadas todas las obligaciones que, tanto para ellos como para los restantes accionistas y para la propia mercantil «C.» se deriva(n) del documento de 16 de marzo de 1981, han acordado dar cumplimiento a las obligaciones que luego se dirá y que quedan plasmadas en el presente contrato, a cuyo fin se estipulan las siguientes condiciones». Con el mismo designio, la octava y última de las cláusulas de este contrato de 9 de febrero de 1982 expresa que, por dicho contrato, se resuelve y anula el suscrito con fecha 16 de marzo de 1981, en todos sus extremos, a excepción del contenido en el párrafo 7.º, en virtud del cual se reconocía a don José P. P. una renta vitalicia y ahora se concreta y determina en el importe de 49.000 pesetas mensuales», con las especificaciones que se añaden a continuación. Las condiciones o cláusulas primera y segunda tienen por contenido la cesión de las acciones sociales, al parecer a la propia sociedad y al precio de la cesión. En la misma línea de fijar y liquidar con la sociedad, la cláusula tercera concierne a «las diferentes cuestiones pendientes» para concertar el que «las cuentas entre estas partes se saldan por el valor de 200.000 pesetas» a cada uno de los P. La cuarta, aludiendo a que la sociedad debía pagar (según el contrato antecedente) «Los saldos de cuentas corrientes y préstamos que tienen suscritos los señores P. en algunas entidades crediticias», pasa a «concretar en el presente acto que la mercantil se hará cargo del pago de las siguientes cuentas»; circunstanciándose a continuación otra y las tres ahora litigiosas. Finalmente, las cláusulas quinta, sexta y séptima se refieren, concretamente, a unas determinadas letras ya pagadas (5.ª), a la obligación de los P. de gestionar la transferencia en favor de «C.» de las grúas (6.ª) y a que (7.ª) Enrique P. L. se da por despedido y por recibida la indemnización y a que, todo ello no obstante, los P. L. y «el hijo de don Enrique» percibirán, al

firmarse los «vendis» de las acciones, «las liquidaciones (laborales) de partes proporcionales». En el caso concreto que el presente recurso de casación trae a la consideración de la Sala, no sólo no existen la evidencia ni aun siquiera la sospecha de error interpretativo, sino que los términos del contrato son claros y, sin pasar adelante, con sólo la letra de los mismos, se sigue la inteligencia inequívoca de lo querido por ambas partes y que fue, y ahora ha de prevalecer, lo leído por los órganos de la instancia. El contrato de 1982 es el propiamente vigente, sin que sea legítimo arguir desde el de 1981; la idea de novar enteramente el de 1981 y sustituirlo por el de 1982 luce en los pasajes antes transcritos. Lo ultimamente pactado fue una separación total y puntual de los P. respecto de la sociedad laboral constituida sobre el patrimonio de la industria familiar de aquéllos, que cesara el 31 de marzo de 1981. Parece ajustado a la naturaleza de los pactos de 1982 el entender que en nada obstaban a la más libre actividad industrial y comercial de los separados. Por tanto, ni existe la interpretación errónea que denuncia el motivo primero ni se da el incumplimiento a que el segundo se refiere.

*CONTRATO DE REPRESENTACION Y VENTA EN EXCLUSIVA: DESISTIMIENTO UNILATERAL. INCONGRUENCIA (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988).*

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—El primero de los motivos que integran este recurso aparece procesalmente instaurado en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, al entender la Sociedad que impugna «Laboratorios J., S. A.», que el Tribunal *a quo* ha incidido en «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las formas reguladoras de la sentencia, al no ser ésta congruente con los pedimentos de la demanda y resultar infringido por ello el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», estimando a tales efectos en el largo razonamiento, a través del que se pretende justificar tal quebrantamiento, que «para que la sentencia sea favorable es necesaria una petición particularizada y motivada, que habrá de ser tenida en cuenta en el fallo», lo que en opinión de la recurrente no había acontecido en la litis que aquí concluye, razón por la cual, al haberla tenido en cuenta el Tribunal de apelación, incide en la denunciada incongruencia.

El motivo está condenado al fracaso casacional, dado que no obstante el excelente trabajo que en el mismo se desarrolla en torno a la incongruencia, no puede por menos que ponerse de relieve que en el mismo se olvida un interesante extremo representado por la doctrina que esta Sala tiene sentada de modo harto frecuente, y es que la adecuación del fallo a las pretensiones deducidas en tiempo y forma por los intervinientes a título de partes en el proceso no exige que tal ajuste o acomodación haya de ser necesaria e ineludiblemente exacta y literal, dado que lo verdaderamente trascendente es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia (como aquí acontece) para la adecuada solución de las cuestiones sometidas al debate judicial (Sentencias, entre otras muchas, de 3 de enero y 7 de noviembre de 1986 y 31 de marzo de 1987).

En la motivación segunda, lo alegado sobre el soporte del ordinal 5 del mismo precepto que la anterior es «la infracción de las normas del ordenamiento juri-

dico, al no haber aplicado la sentencia recurrida el artículo 1.258 del Código Civil, que preceptúa la obligatoriedad de los contratos no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también de las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, todo ello en relación con el artículo 3 de dicho Código Civil, que obliga a interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

Al igual que acontece con el precedente, este motivo no puede ser estimado: a) Porque sentado en la sentencia impugnada que se trata de un contrato de tracto continuado, sin limitación concreta en cuanto a su duración, como se sienta en el tercero de sus fundamentos, «se podía dar por concluido, por cualquiera de las partes, a su voluntad, sin compensación (salvo la concurrencia de abuso del derecho o de mala fe), por lo que se dan los elementos integrantes en la pretensión de declaración vinculante de la finalización del contrato de representación y venta en exclusiva, establecido entre las partes», máxime si se tiene en cuenta que no existe ni en esta sentencia ni en la de primera instancia, cuyos fundamentos acepta y da por reproducidos la aquí impugnada, declaración alguna en orden a ese abuso del derecho o mala fe por parte de la recurrida; b) Porque, además, y como puede verse perfectamente reflejado en el quinto fundamento de esa sentencia de primera instancia, el juzgador, tanto de la misma como de la apelación, ha tenido en cuenta las normas de la realidad social del tiempo en que se dictaron; c) Por último, porque al realizar las aseveraciones que en parte sirven de fundamento a este motivo, la entidad recurrente no ha tenido en cuenta que apareciendo sentado como hecho probado y no combatido en forma (tercer fundamento de la sentencia de primera instancia, también reproducido por la aquí impugnada) «que no hay prueba de cuál dice la demandada en su reconvencción el contrato en cuestión se hubiere perfeccionado por plazo fijo y periodo de renovación de cinco años», el Tribunal sentenciador ha tenido en cuenta y aplicado la doctrina de esta Sala conforme a la cual, en el Derecho positivo español, la resolución por voluntad unilateral de los contratantes no se encuentra prohibida y sí por el contrario autorizada en los contratos de tracto sucesivo, criterio éste de la resolución unilateral de dicho tipo de negocios jurídicos que aparece consagrada entre otras por la doctrina que esta Sala tiene expresada en las Sentencias de 29 de mayo de 1972, 14 de junio de 1973, 21 de abril de 1974, 11 de febrero de 1984 y 19 de diciembre de 1985.

En cuanto al motivo tercero, sustentado sobre el mismo ordinal y precepto que el anterior, estima infringido por no aplicación el mismo artículo 1.258 del Código Civil que el precedente, que además de preceptuar, cual ha quedado dicho, la obligación de cumplir lo expresamente pactado, obliga a «las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley; todo ello en relación con el artículo 1.101 del citado Código, que exige la indemnización de daños a todos los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, morosidad o negligencia, o contravinieren al tenor de aquéllas».

En este caso, el perecimiento del motivo viene impuesto, además de por las consideraciones que se han dejado expuestas, en la medida que fueren aplicables, porque: a) Ha de insistirse en que no aparece justificada la existencia de las causas originadoras de la indemnización que aquí se pretende (dolo, morosidad, etc.); b) Que, como se declara en el fundamento 7.º de la sentencia de primera instancia, acogido por la de apelación. «El contrato de exclusiva no obligaba a 'Institut Pasteur Production, S. A.', a otra cosa que a no vender por medio de otra persona en tanto estuviere vigente el contrato con 'Laboratorios J., S. A.' Por eso, las gestiones con 'Laboratorios L., S. A.' (quien todavía no está autorizada siquiera

a vender los productos Instituto Pasteur Production) no genera la responsabilidad de esta compañía, por incumplimiento de contrato con 'Laboratorios H. S. A.' aunque tales gestiones comenzarán antes del fin del contrato de ésta»; c) Por último, y dado que el tema de la indemnización de daños y perjuicios es fundamentalmente cuestión de hecho, es obvio que no ha sido impugnada por el cauce oportuno en casación.

R. DE A

«LEVANTAMIENTO DEL VELO» DE LA PERSONA JURIDICA. DOCTRINA SOBRE ESTA FIGURA. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1988).

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—En el correlativo del recurso se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. «De los citados documentos —afirma el recurrente— se evidencia que la Caja Rural Cooperativa Agrícola de Jumilla es una entidad cooperativa con personalidad jurídica independiente de la también cooperativa llamada Caja Rural de Jumilla. Ambas entidades tuvieron una distinta fecha de creación. Ambas entidades se rigen por Estatutos distintos. Ambas entidades tienen un número en el Registro Especial de Cooperativas del Ministerio de Trabajo también distinto. Ambas entidades tienen distinta naturaleza, siendo una de ellas, la Agrícola de San Isidro, cooperativa de campo, y la otra, Caja Rural de Jumilla, cooperativa de crédito. Ambas entidades tienen objeto distinto, siendo también por tanto distintos el patrimonio de ellas, puesto al servicio del objeto social que desarrollan».

Pero como acertadamente argumenta la resolución recurrida, «teniendo en cuenta en este concreto caso que se enjuicia el resultado que ofrece la conjunta apreciación de lo actuado y pruebas practicadas, racionalmente valoradas de acuerdo con sus normas propias, claramente expresivo, sin duda, de que aun habiendo titularidades jurídicas distintas, era una sola la entidad real, por unas mismas personas dirigidas la una y la otra, con igual Gerente y los mismos empleados, que la denominada Caja Rural de Jumilla, cooperativa de crédito, constituía en verdad una sección de la entidad demandada... que no puede evadirse de su responsabilidad deudora con la ineficaz e inaceptable alegación de su falta de legitimación pasiva». A tal desestimación llega el Tribunal *a quo* en base a la doctrina mantenida por esta Sala en reiteradas sentencias, de las que es una muestra expresiva la de 28 de mayo de 1984, en la que se expresa «que ya desde el punto de vista civil y mercantil la más autorizada doctrina, en conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1 y 9-3), se ha decidido prudencialmente y según casos y circunstancias por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7-1 del Código Civil) la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado por supuesto) se puedan perjudicar intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino de fraude (art. 6-4 del Código Civil) admitiéndose que los jueces

puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7-2 del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución), o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. 7-2 del Código Civil), lo cual no significa que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad de ambas entidades, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (el actor y recurrido perjudicado), cuál sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal y negocial a los efectos de la determinación de su responsabilidad contractual o aquiliana, porque como se ha dicho por la doctrina extranjera «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, o sea, directamente o a través de testaferros o de una sociedad», según la doctrina patria.

La doctrina expuesta tiene plena aplicación al caso de autos porque, como analiza la sentencia de primera instancia (cuyos fundamentos jurídicos acepta la recurrida), «se observa que, a pesar de ser inscrita la Caja Rural de Jumilla como entidad distinta de aquella en cuyo seno surgió, la Caja Rural Cooperativa y Agrícola San Isidro de Jumilla no sólo es creada en una Junta general de dicha Cooperativa, sino que en el acta de su constitución refleja claramente que se crea como sección de la misma, que de esta forma y a su servicio queda constituida, y sus Estatutos, que son aprobados por unanimidad, establecen en el extremo b) del artículo 2, entre sus objetos, el *facilitar a la Cooperativa de la que forma parte como sección de la misma*, las cantidades que necesite para el desenvolvimiento y realización de sus fines reglamentarios en sus distintas secciones. Y es precisamente ese carácter de sección de crédito de la Cooperativa el que se mantiene a partir de ese momento en que su distinta personalidad jurídica no tiene un reflejo material, puesto que ni se rige por distintos órganos ni, por tanto, las deliberaciones y decisiones que le afectan son realizadas por otro organismo que la junta de la cooperativa, *que en todo momento se refiere a nuestra sección de crédito*», a *nuestra Caja*; y así vemos el más claro reflejo de dicha confusión en el documento obrante al folio 167 en el que don Francisco Marcos T. G., «como apoderado de la Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla», expide una certificación en torno al saldo de «un socio de esta entidad e impositor de nuestra sección de crédito» y en el que existe un sello de la Caja Rural de Jumilla. De todo lo cual se desprende que la independencia que existe entre la Caja Rural Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla y la Caja Rural de Jumilla no es otra que la que existe entre una entidad y una sección de la misma, entendiéndola como parte de un todo».

Procede, pues, la desestimación del primer motivo y como obligada consecuencia la del cuarto en el que se acusa a la sentencia recurrida de haber aplicación indebida de la doctrina contenida en la citada Sentencia de 28 de mayo de 1984.

Igual rechazo merece el motivo segundo, en el que, haciendo supuesto de la cuestión, se denuncia infracción de los artículos 1.753 y 1.911 del Código Civil, aduciendo que quien estaba obligada al pago de la cantidad reclamada no era la Caja Rural Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla, sino la Caja Rural de Jumilla, tema ya dilucidado y resuelto en el anterior fundamento jurídico.

El motivo tercero alega infracción de la Jurisprudencia que aplica indebidamente la sentencia recurrida, relativa a la doctrina de los actos propios, contenida

en las Sentencias de 5 de diciembre de 1984 y 5 de febrero de 1985, porque, en opinión de esta doctrina, como premisa inicial, no precisa cuáles sean tales actos, produciendo la consiguiente indefensión por desconocimiento de las razones en que funda tal doctrina, impidiendo así combatirlas. Mas semejante argumentación carece de fundamento, pues con meridiana claridad se expresa (fundamento tercero) «que tal sentido (refiriéndose a los actos propios) y teniendo en cuenta en este concreto caso que se enjuicia el resultado que ofrece la conjunta apreciación de lo actuado y pruebas practicadas, racionalmente valoradas de acuerdo con sus propias normas, claramente expresivo, sin duda, de que, aun habiendo titularidades jurídicas distintas, *era una sola la entidad real, por unas mismas personas dirigidas la una y la otra, con igual Gerente y los mismos empleados, que la denominada Caja Rural de Jumilla, Cooperativa de crédito, constituía en verdad una sección de la entidad demandada*». Si, pues, la entidad demandada ha creado la Caja Rural de Jumilla como una simple sección de crédito de la misma y ha actuado en sus relaciones con los cooperativistas como una sola entidad real, ciertamente no le es lícito alegar la excepción de falta de legitimación pasiva, porque a nadie le es permitido ir contra sus propios actos.

La desestimación de los cuatro motivos comporta el del recurso en ellos fundado en coincidencia plena con la reciente Sentencia de esta misma Sala de 16 de julio de 1987, sobre supuesto rigurosamente análogo al presente, con la consiguiente imposición de las costas a la entidad recurrente y pérdida del depósito constituido.

R. DE A.

*DACION EN PAGO. NO SE TRATA DE PAGO POR CESION DE BIENES.*  
(SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproduce.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*— El 8 de enero de 1974, y mediante escritura pública de esa fecha (6 a 10 del juicio de que dimana el presente recurso), el demandante transmitió a su madre, la demandada, las 500 participaciones que en dicha fecha le pertenecían en el capital social de la limitada «Amairu Bat», también demandada. Esta sociedad, constituida en 9 de diciembre de 1969 entre la viuda y los trece hijos de José Luis L. E., no tuvo en momento alguno actividades distintas de las conservativas ni otro patrimonio que las aportaciones efectuadas en el de su constitución, de las partes indivisas de nueve fincas procedentes de la herencia causada por el marido y padre de los socios. Originariamente, las 1.300 participaciones representativas del capital social y liberadas con la aportación de las participaciones indivisas en los referidos nueve inmuebles fueron asumidas, 200 por la viuda y 80 por cada uno de los trece hijos; pero el demandado adquirió pronto (30 de diciembre) las participaciones de sus hermanos María Josefa, Ricardo Alejandro Carlos, María Isabel y María Jesús Paula, y además recibió 100 más por donación de su madre, reuniendo así las 500 objeto de la transmisión de 8 de enero de 1974. La cuestión movida entre el demandante y la demandada consiste en que, según el primero, el precio correspondiente es el contravalor en pesetas del 38,46153 por 100 del capital social y que resulta, según él de apreciar

en 78.000.000 de pesetas el patrimonio de la sociedad en la fecha de la transmisión, o sea, el 8 de enero de 1974, y que consistía en seis de las nueve fincas aportadas a la sociedad al tiempo de su constitución, mientras que la demandada sostiene que el precio lo constituyó la cifra cierta de 10.000.000 de pesetas que se satisfizo según las especificaciones que ofrece el documento privado firmado únicamente por la demandada, que constituye el folio 12 del juicio, es a saber, mediante entregas en metálico que ya le había hecho con anterioridad (80.000 el 13 de enero de 1973, 50.000 el 10 de febrero, 200.000 el 24 de febrero 1.000.000 el 2 de abril y 1.000.000 el 10 de mayo del mismo año 1973; en total, 2.330.000 pesetas). El propio actor reconoce que la demandada pagó a su vencimiento (30 de diciembre de 1973) un efecto por importe de 1.000.000 de pesetas librado por «A. A.» contra «Construcciones U.» de su interés (escrito de réplica, al folio 200), por lo que acepta ese cargo; mientras que el de 4.725.575 pesetas correspondiente a póliza de crédito con el Banco de Bilbao, aparece plenamente justificado con el certificado del folio sin numeración existente entre los 256 y 257 del juicio y el de 2.000.000, pertinente a otro efecto librado por la «Compañía A. H.», se justifica con el que obra al folio 120. Las sentencias del Juzgado (9 de abril de 1984) y de la Audiencia (8 de noviembre de 1986) desestiman la demanda, aceptando en lo sustancial la tesis de la demandada. Y, frente a ellas (ya que la del Juzgado es íntegramente aceptada por la Audiencia), el recurso alza dos motivos, ambos por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en que se alega, respectivamente, la infracción de los artículos 1.253 y 1.175 del Código Civil.

El motivo primero tiene que ser desestimado, ya que la infracción que en el mismo se alega del artículo 1.253 del Código Civil consiste, según se lee en su desarrollo, en que «para establecer como acreditado en el apartado 'f' del segundo fundamento jurídico que el actor adeudaba a la demandada señora A, la cantidad de 2.330.000 pesetas, que ésta afirmaba haber entregado a su hijo-actor en metálico, lo hace por una inferencia o presunción, consistente en que si estaba acreditado que la señora A. había efectuado otros pagos a terceros por cuenta del actor, sería cierto también que entregó al actor las cantidades que recogía el documento obrante al folio 12» en que aparecen las entregas que totalizan dicha cantidad global. Pero es lo cierto que la sentencia no utiliza la prueba de presunciones y antes bien en el lugar que el motivo señala, con toda claridad establece que la entrega de esas cantidades que suman el cargo resulta de «la testifical de don José Ignacio (obrante al folio 265 vuelto, 276 vuelto, 280) al contestar a la pregunta 11.ª y repregunta», «suma que consta en el documento obrante al folio 12 que acompaña al escrito inicial, y que con anterioridad a la formulación de la demanda no fue impugnado»; por tanto, ese cargo no lo establece la Audiencia por vía presuntiva, sino por la prueba directa, testifical y documental.

El motivo segundo alega que los pactos de 8 de enero de 1974 sitúan no «ante una dación en pago sino ante un pago por cesión de bienes del artículo 1.175 del Código Civil cuya infracción denuncia al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Argumenta a favor de esa tesis que «si hubiera sido una dación en pago habría bastado con que la demandada consignara las deudas del actor que asumía y los créditos que contra él tuviera y expresara que para tal asunción y compensación recibía del actor sus participaciones en la sociedad». De tales consideraciones desprende la consecuencia «de que si el valor de los bienes excediera al de los créditos éste exceso sería para el deudor cedente, efecto querido y deseado por el actor»; pues (concluye) «aunque

quiera buscarse una correlación entre lo que es bueno y recomendable, y lo que es realmente querido y pactado, que es lo relevante a efectos de la justicia, existe una separación, y no puede la Sala concluir que por estimar justa y equitativa la oferta de liquidación de la demandada habida consideración de todos los elementos de juicio de que dispone debe imponerse al actor por la vía de la dación en pago aunque aparezca querido y pactado un pago por cesión de bienes correlativo a una asunción de deuda».

Este motivo debe desecharse pues hace supuesto de la cuestión, ya que por la remisión que hace la sentencia que se combate a los «fundamentos claros y ajustados a Derecho» de la del Juzgado (fundamento tercero, al final) apoya la desestimación de la demanda en «que la realidad de las cosas fue la siguiente: el actor, habiendo comprometido gravemente el patrimonio, llegó a un acuerdo con la demandada, que ya había entregado cantidades de dinero al mismo y que se iba a ver obligada a desembolsar más, consistente en la asunción de deudas del mismo y la correlativa dación en pago de los bienes que pertenecían al actor; y no se alegue otra versión por el actor, pues en autos queda justificado un punto que es de especial trascendencia para el caso que nos ocupa, cual es que la contraprestación económica que recibía el actor por sus participaciones era acorde con la que recibieron sus hermanos, y por otro lado que teniendo en cuenta la valoración de las fincas a la sazón, la cantidad que recibía el actor era equitativa; y ello se ve avalado igualmente por dos cuestiones complementarias, cuales son el silencio durante ocho años del actor, que no justifica ninguna reclamación en ese tiempo para la realización de cuentas a pesar de tener el documento base de dicha reclamación, aunque necesario es reconocer que la acción no ha prescrito, y en segundo lugar una cuestión que resulta totalmente injustificable, cual es el porqué el actor accedió a una venta, en unas condiciones que resultaban según él claramente lesivas para sus intereses».

Lo que en la instancia se ha declarado probado, pues, es que, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, el demandante cedió en firme a la demandada las participaciones de que era titular, sin otra contraprestación a cargo de la demandada sino las cantidades ya entregadas y las que luego satisfizo a los acreedores del actor y a que el justificante se refiere; supuesto distinto al del artículo 1.175 que contempla la *cessio bonorum* del deudor a sus acreedores y a que se refiere también el artículo 1.156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

**RESPONSABILIDAD CIVIL. LA CUANTIA DE LA INDEMNIZACION NO ES REVISABLE EN CASACION. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Como viene declarando con reiteración la doctrina de esta Sala al interpretar el alcance del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se denuncia error en la apreciación de las pruebas no es dable realizar un nuevo examen y valoración de las pruebas ya practicadas, convirtiendo el recurso extraordinario de casación en una nueva instancia, sino

que lo que el precepto pretende y exige es concretar el error denunciado invocando a la vez específicamente el documento que lo patentice y corrobore y sin que sea lícito al recurrente ampararse en otras probanzas que no sean las propiamente documentales (Sentencias de 23 de marzo y 15 de septiembre de 1985, 30 de abril de 1986, 23 de mayo y 15 de junio de 1987 y 10 de febrero, 7 de marzo y 10 de mayo últimos), ya que no cabe confundir la prueba documental propiamente dicha con las demás pruebas documentadas, debiendo incluirse en aquellas tan sólo las comprendidas en los artículos 1.215 y siguientes del Código Civil y 568 y siguientes de la Ley de Enjuiciar del mismo orden.

En consecuencia, ni las alegaciones de las partes, ni los escritos forenses, ni las demás pruebas documentadas que no reúnen el carácter de documentos pueden ser tenidas en cuenta en este trance, como se pretende a través de la formulación del primero de los motivos del recurso, articulado por el cauce formal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y menos aún pueden ser tenidos en cuenta los informes periciales cuando es doctrina reiterada que su valoración queda relegada al Tribunal de instancia, citados expresamente por el recurrente, así como certificaciones emitidas por distintos organismos.

Reiterando doctrina anterior, conviene recordar una vez más que el número 4.º del 1.692 de la Ley Procesal sólo es cauce adecuado para denunciar error de hecho en la valoración de las pruebas basado en documento que así lo evidencie y con la evidente constricción que supone la falta de contradicción con otros elementos probatorios, de tal modo que el antiguo error de hecho queda sustraído de ese ordinal para incardinarse en el siguiente.

En consecuencia, la denuncia de los artículos 1.243 del Código Civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento del mismo orden, por el cauce formal ya indicado, resultan totalmente inoperantes, amén de que, una vez más, los informes periciales están sometidos a la libre valoración de los Tribunales de instancia y sin que tengan acceso a la casación (sentencias de 15 y 17 de julio, 30 de noviembre y 11 y 17 de diciembre de 1987 y 14 de marzo y 26 de mayo último).

Finalmente, el tercero y último de los motivos, en que se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el 1.092, resulta totalmente inoperante: primero, porque como se puntualiza en las sentencias de instancia, la reclamación se basa, única y exclusivamente, en una indemnización derivada *ex delicto* y cuya acción civil fue reservada en la jurisdicción penal para su ejercicio en ésta y, segundo, porque pretendiéndose tan sólo una revisión de la cuantía de la indemnización es aplicable la doctrina jurisprudencial que proclama la improcedencia de discutir el *quantum* en vía casacional.

R. DE A.

**NEGOCIO FIDUCIARIO: NO EXISTE INDEPENDENCIA JURIDICA DE VARIAS EMPRESAS. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Expuesta detalladamente la relación fáctica en la resolución recurrida, y aceptada íntegramente su enumeración por la parte recurrente, es obligado partir de la misma, en orden a la revisión del proceso inter-

pretativo que se denuncia en los tres motivos del recurso; censura casacional del proceso hermenéutico que la jurisprudencia de esta Sala permite efectuar, cuando puedan existir dudas sobre su plena certeza o cuando se entiendan violadas las reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil; y precisamente con apoyo jurisprudencial en la anterior doctrina, la parte recurrente utiliza en el motivo primero el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar la infracción de la regla 1.ª, del artículo 1.281 antes citado. Coincide el recurrente con el Tribunal *a quo*, en que el único problema a resolver en la presente litis ha quedado reducido a la determinación de si las sociedades colectivas irregulares «Comercial V.» y «V. A.», o la primera a través de la segunda, tienen a su vez participación en «V., S. A.», concesionaria de la explotación de la marca de automóviles «Ford» para Irún y su zona; esta posible interrelación entre las sociedades la fundamenta la parte recurrente en el contenido del contrato fundacional privado de la sociedad «V. A.», en donde, al describirse los distintos objetos de la empresa, textualmente se especificaba bajo la letra c) «Explotación de la concesión 'Ford' para Irún», ésta literalidad de la estipulación se dice infringida en la resolución recurrida, al llegarse allí a conclusiones distintas. El precepto legal que se dice infringido parte del supuesto de que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará a su tenor literal», circunstancia que precisamente no concurre en el presente caso, en donde a través del obligado estudio de la totalidad del pacto contractual (art. 1.285 del Código Civil) se encuentran evidentes contradicciones referentes al punto que nos ocupa, ya que la literalidad que se aduce supone previamente haber aportado al acervo común la discutida «concesión», como ente patrimonial autónomo, y con evidente contenido económico, del mismo modo que se aportan y describen los bienes de que se compone la sociedad: «Terrenos, edificaciones e instalaciones de talleres y exposición donde radica la concesión de 'Ford' en Irún; locales e instalaciones de la antigua «Comercial V.», y «Talleres de B. E.», siendo voluntad de todas las partes sociales que la sociedad «se dedique a la explotación de las citadas entidades que componen la empresa, enumeradas anteriormente»; de ahí que, acudiendo al párrafo 2.º del comentado artículo 1.281, se llegue a la misma conclusión a la que llega la resolución recurrida, pues cuando no aparece aportado a una sociedad un bien concreto y determinado hay que entender que por la voluntad de los socios fue excluido (como ocurrió en este caso con los «Terrenos La Colina»), no teniendo la descripción de las actividades sociales otro alcance, que puede ir más allá de una simple manifestación de intenciones o de un margen de maniobrabilidad futura, en aquellos casos en que no se ha dotado previamente al ente colectivo de los medios indispensables para que pueda ejercer esa determinada actividad.

Por el mismo cauce procesal anteriormente empleado se alega en el motivo segundo la infracción del artículo 1.286 del Código Civil, prescindiendo la parte recurrente de la inatacabilidad de la relación fáctica contenida en la resolución impugnada, donde se dejó establecido: A) Que mediante escritura pública otorgada en Irún con fecha 17 de enero de 1979 se constituyó la entidad «V., S. A.», con un capital propio de los socios y desembolsado de 8.000.000 de pesetas; B) Que los socios fundadores fueron don Antonio, don Manuel y don José María V. M., los cuales participaron en la misma con un 72, 22 y 6 por 100 del capital respectivamente, ostentando los cargos de Presidente el primero, Secretario el segundo y Vocal el tercero; C) Que el objeto principal y casi único de tal sociedad fue la explotación de la concesión «Ford Española» en Irún y su zona, concesión

que le fue otorgada con fecha 1 de enero del mismo año, bajo las condiciones de especificar el nombre y participación social de los coparticipes, así como notificar anticipada y fehacientemente cualquier cambio en la propiedad o autoridad directiva; D) Aparece probado que el capital social desembolsado pertenecía al acervo privado de los tres socios, que lo obtuvieron mediante préstamos personales, y de ningún modo procedente de aportaciones del recurrente o de beneficios sociales, y E) No existe el menor atisbo de que esta persona jurídica haya transmitido su patrimonio, se haya fusionado con otra sociedad o que la realización de los negocios la efectúe de una forma fiduciaria, pertenciendo la titularidad real a otra persona o entidad; resultando al margen de todo proceso lógico querer deducir de las palabras destinadas a describir una de las varias actividades posibles de la entidad «V. A.», la existencia de ese oculto contrato de fiducia, que se aduce en el motivo, y que debería afectar a «V., S. A.», debiendo añadirse además la circunstancia posterior al contrato fundacional, acreditada mediante la prueba pericial practicada para mejor proveer, de la absoluta independencia existente entre las sociedades afectadas, así como la posibilidad de continuar funcionando de esta forma; deducciones y argumentaciones que provocan el rechazo del motivo.

En el tercer y último motivo la censura del proceso hermeneútico se pretende hacer a través de la denunciada infracción del artículo 1.253 del Código Civil, por cuanto la parte recurrente entiende que la Sala de instancia debió seguir un proceso presuntivo, aplicando el citado artículo 1.253, y mediante este medio probatorio liberarle de corroborar su alegación de que cierto dinero repartido entre los socios provenía de los beneficios obtenidos por la Compañía «V., S. A.»; olvidando el recurrente que su argumentación cae fuera del campo de la estricta interpretación contractual, y está incidiendo en una crítica a la apreciación y valoración de la prueba, que le está vedada en este recurso, por varias razones: A) Por ser una actividad de la exclusiva competencia del Tribunal *a quo*; B) Porque sólo puede efectuarse tal crítica a través del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal y con las condiciones allí señaladas, y C) Por haber admitido la relación fáctica en su totalidad, apareciendo en la sentencia impugnada establecido como probado, precisamente lo contrario de lo que se pretende revisar ahora; argumentos más que suficientes para que decaiga el motivo.

R DE A.

*DONACION MODAL. INCUMPLIMIENTO DEL MODO, REVERSION, CONVERSION DEL MODO, PRESCRIPCION DE ACCION REIVINDICATORIA SOBRE BIENES MUEBLES (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1988).*

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—El primer motivo del recurso, en el que al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción de los artículos 138 y 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 533, 7.º, de la propia Ley procesal, debe ser desestimado porque si bien es verdad que en alguna ocasión la Sala sostuvo la disparidad entre el acto de conciliación y la falta de reclamación previa en vía gubernativa, afirmando al respecto que la segunda era un vicio insubsanable (Sentencias de 22 de marzo de 1963 y 26 de

abril de 1974), hoy día constituye doctrina jurisprudencial homogénea, que debe ser mantenida, la tesis de que una y otra institución (la reclamación previa en vía gubernativa y el acto conciliatorio) son equiparables dada la finalidad perseguida por ambas figuras, que no puede decirse alterada por el hecho de que en un caso intervenga la Administración Pública y no un particular. Y ello con base en que la intervención de la Administración en tales supuestos, y a los efectos de la trascendencia y significación de la reclamación previa, aquélla actúa, no con la potestad o imperio que le es característica, sino como persona jurídica privada, actuando en su virtud no un verdadero interés público sino privado, como pueda serlo el de cualquier particular, de lo que inevitablemente se deduce que el conflicto que se trata de evitar con el expediente es un puro conflicto de intereses privados, sin que la falta denunciada, subsanable en todo instante, pueda implicar la nulidad de lo actuado, por razones de economía procesal de toda índole y para evitar así las graves consecuencias que caso contrario podrían producirse con daño para una de las partes litigantes que ha acreditado en todo caso sus reiterados requerimientos a la demandada, hoy recurrente, Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que, además, no es ente público susceptible de ser catalogado como perteneciente a la Administración Local, según resulta obviamente del criterio distributivo seguido para la exposición de las respectivas materias en el Título VIII de la Constitución (Organización Territorial del Estado), así como de la enumeración de entidades locales territoriales que efectúa el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, además de que el artículo 12.1 de la Ley sobre Proceso Autonómico dispone que será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas y a los Organismos que de ellas dependan la legislación del Estado sobre procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de aquéllas.

El segundo motivo del recurso plantea y desarrolla la cuestión jurídica de fondo que en este litigio se discute, denunciando en el mismo la recurrente, con base procesal en el número 5 del artículo 1.692 la infracción de los artículos 1.114 y 647, 1.º, del Código Civil, sosteniendo la indebida aplicación por la Sala de instancia del artículo 1.114 del Código Civil y la improcedencia de la revocación conforme al artículo 647, 1.º, del mismo Cuerpo Legal aplicada por la propia Audiencia.

Frente a tales pretensiones resulta obligado tener presente, tal como recoge y recuerda la minuciosa sentencia recurrida, que en la cláusula 4.ª de la escritura pública de donación y constitución de Fundación Pública Provincial otorgada el 26 de septiembre de 1966 ante el Notario don Florencio Villanueva Echevaría por doña Anunciación Sandakis, nacida Marconi, y don Rafael Villalonga Blanes en su calidad de Presidente de la Diputación de Baleares —instrumento del que trae causa este proceso—, estipularon los comparecientes que: «los bienes donados se destinarán a perpetuidad a los fines que se indican en los estatutos de la Fundación..., constituyendo el cambio de destino o su no utilización por un periodo superior a seis meses consecutivos causa de reversión de dichos bienes, que pasarán de nuevo al patrimonio de la donante y si ésta hubiera fallecido al de sus herederos», disponiendo expresamente, además, el artículo 4.º de los mencionados Estatutos —obrantes asimismo en el propio instrumento notarial— que «el cambio de destino de los bienes producirá de derecho la revocación de la donación en los términos prevenidos en la escritura de donación, revertiendo los bienes a las personas que en aquélla se señalan» (folios 17 y 22, respectivamente). Previsiones ambas que, como acertadamente puntualiza la sentencia

recurrída, interpretadas en la literalidad de sus propios términos (art. 1.281 del Código Civil) y la una por la otra (art. 1.285 del propio Cuerpo legal) evidencian que la voluntad de los contratantes, ley rectora de la relación jurídica contractual en todo aquello que no se oponga a normas de Derecho necesario, la moral o el orden público, fue la de configurar el cambio de destino o la no utilización continuada de los bienes, no como presupuesto de un derecho potestativo a obtener la revocación, sino como evento determinante *per se* de la automática pérdida de eficacia sobrevenida del negocio, esto es, una auténtica condición resolutoria; configuración y efectos que han sido reiterados por la Jurisprudencia de esta Sala en sentencias relativas a supuestos de donaciones con carga modal del artículo 647 del Código Civil en los que el incumplimiento de aquel modo cualificado, carga o finalidad impuesta por el donante provoca —se ha dicho— «un juego semejante al previsto en el artículo 1.124 del Código Civil» (así, la reciente Sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 1988.) También resulta obligado destacar en el caso de autos —tal como expresamente proclama la sentencia recurrida— que el móvil que guió a la donante y que la entidad donataria asumió el compromiso de satisfacer, fue el de crear, con los bienes donados, un museo de arte para provecho del pueblo de Baleares y no el que pudieran ser dedicados además a cualquier otra finalidad diferente, y de ello no puede quedar la menor duda en vista de que en la antes aludida escritura pública se afirma en el apartado III de su expositivo, con claridad absoluta y de manera inequívoca, que «la exponente doña Anunciación, juntamente con su difunto esposo don Juan D. Saridakis, concibieron la idea de favorecer a la provincia de Baleares, destinando su Casa-Palacio Marivent y terrenos circundantes... a la instalación de un museo de Arte y de adiestramiento artístico; en el apartado IV, que la excelentísima Diputación, en sesión celebrada el 25 de mayo de 1965, acordó aceptar el ofrecimiento de la señora Saridakis, «atendiendo a que los bienes de la donación propuesta son expresamente adecuados para cumplir con ellos la finalidad de la donante, concreta a fomentar los valores culturales de la provincia y a crear un servicio público provincial con expresada finalidad»; en la cláusula 3.<sup>a</sup> de la parte dispositiva del instrumento notarial se manifiesta que «con los bienes donados..., y con el objeto de fomentar los valores culturales de esta provincia..., bajo la denominación de museo de Arte Saridakis se constituye una Fundación Pública Provincial...» y en la cláusula 4.<sup>a</sup>, en fin, que «los bienes donados se destinarán a perpetuidad a los fines que se indican en los Estatutos de la Fundación, es decir, a la instalación de un museo de arte provincial y servicios culturales y de enseñanza y adiestramiento artístico complementario...» (folios 14 a 17).

Es hecho reconocido por las partes litigantes que desde hace varios años el público no pueden acceder a contemplar las colecciones de arte, mobiliario, libros y ajuar donados por la señora Marconi, viuda de Saridakis, existentes en la Casa-Palacio de Marivent debido a que, por constituir dicho inmueble la residencia de la Familia Real cuantas veces se desplaza a la isla de Mallorca, poderosas e inevitables razones de seguridad imponen el cierre permanente del museo al público. Tal realidad incontestable supone y significa que, por tales evidentes razones, aquellos bienes integrantes de la colección de arte no sirven al fin para el que originariamente fueron destinados, forzando así su incumplimiento modal que aparece sin embargo fuertemente modulado y matizado por dos circunstancias o datos que caracterizan de manera sustancial y determinante el presente supuesto: a) En primer lugar, en el artículo 4.<sup>o</sup> de los Estatutos se dice expresamente que «también podrá utilizarse el Palacio para residencia del Jefe del Esta-

do Español en las ocasiones en que visite la provincia» (folio 30). *b)* Si bien es cierto que el artículo 2.º de los propios Estatutos dispone que el museo se alojará en la finca Marivent, también lo es que el artículo 798 del Código Civil —relativo al modo testamentario pero extensible en su aplicación al supuesto de donación modal— permite que cuando la institución no pueda tener efecto en los mismos términos ordenados por el testador se cumpla en los más análogos y conformes a su voluntad. Pues bien, de la combinación de tales preceptos en la donación con carga modal cuyo estudio nos ocupa resulta que, dentro de las finalidades previstas en la repetida donación, el uso como residencia de la Familia Real del Palacio de Marivent ha pasado a ser el prevalente y determinante, generador al propio tiempo de una manifiesta y patente incompatibilidad con el cumplimiento de la segunda finalidad constitutiva de la carga o modo cualificado. De lo cual resulta que, transcurridos seis meses consecutivos sin que a aquellos bienes se les dé su destino propio, la repetida donación quedó resuelta naciendo el derecho a exigir del donatario la reversión de los objetos donados al patrimonio del actor, hoy recurrido, incluyéndose entre esos objetos —tal como la sentencia de la Audiencia puntualiza— «aquellos de inequívoco significado artístico que fueron relacionados durante las diligencias preliminares de exhibición de cosas muebles, pero que los inventarios anexos a la escritura pública de 26 de septiembre de 1966 no reseñan, toda vez que la misma Comunidad Autónoma admite paladinamente que estaban comprendidos dentro del negocio dispositivo...».

Todo lo anterior conduce a la desestimación de este segundo motivo del recurso, siendo procedente en consecuencia la devolución de los bienes u objetos reclamados por el actor, sin que ello afecte en absoluto al disfrute del Palacio por parte de la Familia Real, pues, además de no cuestionarse tal extremo por parte del demandante, hoy recurrido, tal aludida posibilidad no sería viable habida cuenta que el 6 de agosto de 1978 aquél otorgó escritura pública haciendo constar su inequívoca voluntad de renunciar «en su propio nombre y en el de sus herederos, mientras el Palacio de Marivent sea utilizado por el Jefe del Estado Español o su sucesor legal o herederos como residencia en las ocasiones que visiten la provincia de Baleares, al derecho de reversión que le concede la escritura de donación y creación de la Fundación» (folios 136 a 142).

Igual suerte desestimatoria merece el tercer motivo en el que, con fundamento procesal en el número 5 del artículo 1.692, se denuncia infracción del artículo 652 del Código Civil, subsidiariamente de los artículos 1.299 y 1.301 del propio Código y, en último término, del artículo 1.692, entendiéndose la parte recurrente que la acción ejercitada por el actor se hallaba extinguida en el momento de formular la demanda. El percimiento del presente motivo, que ha de juzgarse con el rigor y criterio restrictivo que impone la figura de la prescripción como institución asentada en consideraciones que no son de estricta justicia, resulta de los siguientes extremos concretos, resaltados en la instancia: *a)* El día inicial del cómputo o *dies a quo* no aparece fijado con la precisión que sería indispensable para poder afirmar de forma indubitada que el 28 de julio de 1980, fecha en la que se presentó la primera de las reclamaciones previas en vía gubernativa, el plazo de prescripción ya había corrido por entero, puesto que el evento condicionante se integra por dos elementos, cambio de destino y persistencia de ese cambio durante seis meses seguidos, y —como dice la Sala de Audiencia— «fuera de la manifestación vertida por el señor Herrmann en las cartas que envió el 23 de febrero de 1981 al Gobernador provincial y al Presidente del Consell General Interinsular (folio 151) y que no cabe refutar decisiva, no existe sobre tal extremo fáctico más prueba reveladora que el acta notarial levantada por el fedatario

don Raimundo Clar y que acredita el cierre del museo entre los días 10 de mayo y 8 de noviembre de 1974 (folios 233 y 234), pero no que antes del 28 de julio de ese mismo año la conducción estuviera ya cumplida». b) A la escritura pública otorgada por el demandante el 6 de abril de 1978 debe, en efecto, reconocérsele la eficacia propia de un hecho o acto interruptivo de la prescripción; y ello no sólo porque ha de entenderse que, conforme a las reglas del criterio humano, pueda presumirse que aquel negocio jurídico unilateral en que la referida renuncia consistió fuera fruto de conversaciones encaminadas a una solución pacífica del conflicto, sino fundamentalmente porque en la susodicha escritura el señor Herrmann, tras declarar que renunciaba al derecho de reversión respecto del Palacio de Marivent, manifestó expresamente que se reserva todos los derechos que pudieran corresponderle en relación con los bienes muebles objeto del presente litigio, lo que resulta incompatible con el presunto abandono del derecho por parte del titular que suele configurarse como fundamento subjetivo del instituto de la prescripción. Junto a tales datos ha de entenderse con la Audiencia que fue voluntad de las partes elevar el incumplimiento del destino señalado a supuesto de hecho productor *ipso iure* de la extinción de la relación, sin configurarlo como mero poder jurídico para obtener la revocación del artículo 647 del Código Civil, y siendo ello así (en similitud con la condición resolutoria que al operar con eficacia *ex tunc* destruye el título adquisitivo desde el inicio ocasionando la pérdida inmediata del dominio que hasta aquel instante ostentó el donatario sobre los bienes que había recibido por razón de ese título y con aquel destino), la acción que el heredero hace valer en esta litis a efectos de recuperar los bienes es la que compete al propietario no poseedor, esto es, la acción reivindicatoria que al versar sobre bienes muebles está sujeta al plazo prescriptorio de seis años que señala el artículo 1.962 del Código Civil y que no han transcurrido, de acuerdo con las consideraciones anteriormente indicadas.

R. DE A.

*RESPONSABILIDAD CIVIL. USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1988).*

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Son dos los motivos de este recurso, ambos instaurados en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en los que se estima la infracción por parte de la Sentencia impugnada del artículo 1.902 del Código Civil y el 1.º del Decreto 632/1968, de 21 de marzo (texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor), en el primero, y en el segundo la del artículo 1.214 del Código Civil.

Ninguna de dichas motivaciones puede prosperar, dado que en ambas se están manejando por la parte recurrente dos tipos o manifestaciones conceptuales de responsabilidad perfectamente determinadas. La denominada con técnica jurídica no adecuada «responsabilidad objetiva» o «por riesgo» en cuanto constituye una verdadera «obligación legal de indemnizar», y la «extra-contractual» que regula el artículo 1.902 del Código Civil, aun cuando actualmente dicho precepto se venga interpretando con criterios no estrictamente culpabilísticos. Y

se están involucrando ambos conceptos, por cuanto se pretende montar la crítica a la Sentencia impugnada: a) Por un lado, con base en que si por virtud del artículo 1.902 del Código Civil y el 1.º del Decreto 632/1968, de 21 de marzo, «... a todo conductor de un vehículo de motor se le impone la obligación de reparar el daño causado con motivo de la circulación del mismo; éste únicamente sólo podrá desvirtuarse en el caso de que se pruebe la culpa exclusiva del perjudicado...»; b) por otro, con apoyo en que, según el artículo 1.214 del Código Civil, por el hecho de haber abonado la compañía de seguros demandada «el importe del título ejecutivo, sin necesidad de reclamación alguna por parte de nuestro representado, supone ello que en principio no existe culpa exclusiva de la víctima, y ello consecuentemente da lugar a que los demandados deban acreditar su prudente actuar...». Pues bien, ni el artículo 1.902 del Código Civil establece esa obligación de reparar el mal causado con motivo de la circulación, sino que ello sólo se impone cuando haya existido culpa probada por parte de quien lo produce, ni el hecho de haber abonado la citada compañía de seguros el importe de lo señalado en el Auto que constituye título ejecutivo en el procedimiento que regulan los artículos 17 y siguientes del texto refundido de la Ley 122/1962, de 29 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, supone que no pueda oponerse la culpa exclusiva de la víctima en el declarativo correspondiente, cual aquí ha acontecido; y así se pone de relieve en la Sentencia impugnada, cuando en su segundo fundamento declara que «... un detenido análisis de los distintos elementos probatorios aportados por los litigantes, en particular la documental del croquis y diligencia de inspección ocular del atestado de la Guardia Civil de Tráfico...», ponen de relieve que «... el 'jeep' circulaba correctamente por su derecha, si bien, y por razones objetivas determinadas por un insuficiente trazado de la vía, aproximado al eje central, más sin sobrepasarle, en tanto que la motocicleta lo hacía con invasión del carril contrario teniendo, como tenía, por sus dimensiones, espacio suficientemente sobrado para hacerlo —por lógicas razones de previsión y prudente actuar circulatorio— por su derecha». Tales declaraciones de hechos probados, cuyas bases se encuentran en documentos incorporados a los autos, no han sido combatidas aquí por el único cauce que la casación autoriza, el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

**INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. INCUMPLIMIENTO POR CULPA: NO EXISTE. CULPA DE LA PARTE QUE RECLAMA (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Primeramente: Un orden lógico exige examinar el tercero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, formulado por la entidad recurrente, «T. N., S. A.», al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con preferencia a los primero y segundo, ambos formulados al amparo del número quinto de dicho artículo 1.692, pues que las pretendidas infracciones de los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil y jurisprudencia con ellos relacionada, en que los referidos motivos primero y segundo, respectivamente, se fundamentan, penden de si se dan o no los

errores en la apreciación de la prueba que se considera en el precitado motivo tercero.

Segundo: En cuanto al invocado motivo tercero, a medio del que la mencionada entidad recurrente («T. N., S.A.»), trata de deducir error en la apreciación del informe pericial obrante en autos, por el que se reconoce el no estar perfectamente trincado el eje de cola del buque «Transvasconia», que determinó la producción de daños reclamados en la reconvencción formulada por la expresada entidad «T. N., S.A.», a causa de inundación por movimientos axiales de dicho buque como consecuencia de sucesivos desplazamientos efectuados en muelles, su inconsistencia y consiguiente desestimación surgen, aun prescindiendo del constante criterio jurisprudencial de que la prueba pericial no es eficaz para dar vida a casación por error en la apreciación de la prueba, de que la Sentencia recurrida en manera alguna desconoce o niega esas apreciaciones periciales, sino que, por el contrario, precisamente se basa en ellas, dándoles el alcance jurídico que establece para llegar a la solución que acoge, por lo que mal puede apreciarse el error pretendido por la citada recurrente, dado que solamente puede reconocerse cuando el órgano jurisdiccional ha establecido aspectos fácticos distintos a los alegados por quien recurre en casación.

Tercero: A igual solución desestimatoria es de llegar en lo referente a los motivos primero y segundo, pues bien se considere lo normado en el artículo 1.101 del Código Civil o lo prevenido en el artículo 1.104 del mismo Cuerpo legal sustantivo, y jurisprudencia con esos preceptos relacionada que la entidad recurrente cita, es lo cierto que sí, como reconoce la Sentencia recurrida y el propio recurrente admite como base fundamentadora de los expresados motivos primero y segundo, en ocasión de estar sometido a reparación el precitado buque «Transvasconia», a cargo de la entidad recurrida «Talleres P., S.A.», por causa de averías sufridas durante la navegación en sus motores, fue cambiado de lugar de atraque en muelles durante varias ocasiones, bajo el mando del capitán, cumpliendo órdenes de la Dirección del Puerto de la Bahía de Cádiz, con auxilio de remolcadores por no funcionar el sistema de automoción del navío a causa de la avería que sufría, sin que dicho capitán, conocedor de las obras que se estaban llevando a cabo por «Talleres P., S.A.», advirtiese a ésta, a medio de sus directivos o técnicos, ni tan siquiera al personal que trabajaba en tales obras, que no consta se hallaren a bordo durante las maniobras de cambio de muelle, de tal manera que esas maniobras de desplazamiento no fueron cursadas a «Talleres P., S.A.», sino al buque, unido a que, según también reconoce la resolución impugnada, el jefe de máquinas de «Transvasconia» se personó con frecuencia en la sala de máquinas, en donde la reparación se efectuaba, estando atento a las evoluciones del trabajo, claramente conduce, cual establece el Tribunal sentenciador de instancia tanto en sus fundamentos de derecho como en los que expresamente acepta de la dictada en fase procesal de primera instancia, que los daños causados al tan referido buque han sido debidos, en su causa eficiente originaria, no al hecho de que, en el curso de la realización de las reparaciones que realizaba «Talleres P., S.A.», el eje de cola no estaba suficientemente trincado, pues no revela que debiera estarlo, encontrándose dicho buque inmovilizado, sino por haber actuado el capitán desplazándolo de muelle sin poner previamente esta circunstancia en conocimiento de la tal aludida entidad encargada de la reparación «Talleres P., S.A.», para que procediese a trincar con más seguridad el mencionado eje de cola de ser preciso, cual parece ser lo era, en caso de poner en movimiento el citado buque a fines de cambiarlo de situación en muelle, generando con ello un aspecto de negligencia no en la referida

entidad reparadora, reconvenida, si que en el capitán de dicho buque, al proceder de tal manera, que al no emanar de fuerza mayor, le atribuye responsabilidad, a tenor, a *sensu contrario*, de lo normado en el artículo 620 del Código de Comercio.

R. DE A.

**PROMESA DE VENTA: INEFICACIA POR CAUSA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE QUE SOLICITA SU FORMALIZACIÓN (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Son antecedentes fácticos a resaltar en el presente recurso de casación los siguientes: *Que* como consecuencia de diversas relaciones crediticias existentes entre el matrimonio don José Manuel A. A. y doña Valentina H. D., y la «Caja Rural Provincial de Zamora, Sociedad Cooperativa de Crédito Limitada», el citado matrimonio, por escritura notarial de 24 de junio de 1983, otorgó adjudicación y entrega a la referida Caja de «todos y cada uno de los bienes muebles, semovientes, frutos e inmuebles» que se relacionaban en el exponendo I de la misma, en pago de la deuda de 144.000.000 de pesetas y reconocida en el II; *que* las partes mencionadas convinieron el otorgamiento de una posterior escritura de venta de la totalidad de aquellos bienes, en favor del matrimonio por precio igual al de la suma antes expresada, cuyo pago quedaba aplazado para ser satisfecho en diez anualidades, con el incremento de los intereses estipulados, obligándose los esposos compradores, en garantía del pago, a constituir cada año aval bancario por el importe correspondiente a la siguiente anualidad, ascendiendo el de la primera a la cifra de 18.547.200 pesetas, así como a suscribir una póliza de seguro sobre la vida de todos los animales que formaban parte del objeto de la venta y a la reposición de los mismos, y *que* hasta el 19 de octubre de 1983, el matrimonio continuó en la posesión material y explotación de las fincas.

Con base en los datos relacionados, el repetido matrimonio promovió juicio de mayor cuantía contra la Caja en cuestión, en solicitud de los pedimentos que se exponen en síntesis: *a)* que se otorgue la escritura de venta, con las condiciones estipuladas; *b)* que se abonen cuantos daños y perjuicios se han ocasionado por la demora en su otorgamiento; *c)* que se abonen todas las cantidades percibidas por la Caja por la venta de remolacha, leche y ganado de las fincas; *d)* que se le condene a reintegrar las abonadas indebidamente por los actores por peritajes y honorarios profesionales, incluidos en el precio de la adjudicación; *e)* que se abstenga de perturbar la legítima posesión de las fincas por los actores y de retirar cualquier producto o bien, con reintegro de las llaves de la oficina y bodega, y *f)* que se imponga el pago de las costas. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zamora, ante el que compareció la entidad crediticia para interesar su desestimación, y una vez tramitado el procedimiento, aquél, en 20 de noviembre de 1984, dictó Sentencia desestimatoria de la demanda, con condena en costas a la parte actora, y apelada que fue, la Sala de lo Civil de la excelentísima Audiencia Territorial de Valladolid,

en 18 de septiembre de 1986, la revocó parcialmente, para condenar a la Caja Rural a abonar a los demandantes los gastos necesarios y útiles que, con anterioridad al 19 de octubre de 1983, hubiesen realizado en la finca para la producción de remolacha y leche recogida o aprovechada por aquélla, que se determinarán en ejecución de Sentencia, absolviendo a dicha entidad de los restantes pedimentos de la demanda y sin condena en costas en ninguna de las instancias, y esa resolución, a petición de la parte condenada, fue objeto de aclaración, por Auto del siguiente día 23, en el sentido de ser el 24 de junio de 1983 la fecha inicial del período de tiempo a que se refiere el pronunciamiento condenatorio, interponiéndose contra la segunda Sentencia recurso de casación por el cauce del artículo 1.692 del la Ley de Enjuiciamiento Civil y a través de cuatro motivos formulados a tenor de su número quinto.

Los tres primeros motivos del recurso se amparan en el ordinal indicado por estimarse infringidos, por inaplicación, los artículos 1.278 y 1.279, 1.451, y 1.089 y 1.093 del Código Civil, respectivamente, y ninguno de ellos puede prosperar por las razones siguientes: 1.<sup>a</sup> El artículo 1.278 es un precepto que por su formulación general no es revisable por vía casacional, aparte de que las Sentencias de instancia no desconocieron la realidad del contrato verbal de promesa de venta convenido entre los litigantes, siendo lo acontecido que le negaron eficacia y virtualidad ante el incumplimiento por la parte actora-recurrente de las obligaciones prevenidas para su formalización; 2.<sup>a</sup> la existencia de dicho incumplimiento representaba una circunstancia obstativa respecto al otorgamiento de la posterior escritura de venta de las fincas y bienes; 3.<sup>a</sup> por lo dicho, no es dable argüir concurriere inaplicación de los artículos 1.279 y 1.451, y 4.<sup>a</sup> los artículos 1.089 y 1.093 constituyen, igualmente, normas de carácter general sin posibilidad de control casacional, pero es que, además, el incumplimiento de las obligaciones de las que se hacía depender la escritura de venta, vedaba la oportunidad de reclamar daños y perjuicios por la demora en su otorgamiento, a no ser éste exigible, y sin que resulte admisible pretender, como se hace en el recurso, que en el concepto indemnizatorio se comprenda las «inversiones realizadas durante todo el tiempo que han estado en posesión de la finca», pues ello, trátase de una cuestión nueva no planteada con anterioridad y sin incluir en los pedimentos del suplico de la demanda.

El cuarto motivo, último formulado, se acoge, también, al ordinal quinto del rituario 1.692, para denunciar la infracción, por aplicación indebida, del artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ahora bien, la sola circunstancia de encontrarse comprendido dentro de un título dedicado al «modo y forma en que han de dictarse las resoluciones judiciales», viene a determinar la inviabilidad de plano del motivo ya que su alegación tendría que haberse hecho por vía del ordinal tercero. Por otro lado, la petición de aclaración de la Sentencia no fue extemporánea en el tiempo, pues se notificó el 19 de septiembre, el 21 coincidió en domingo y en 22 se presentó el escrito, o sea, dentro del término de los dos días siguientes al de la notificación, de que habla el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aparte de que tal extremo hubiera resultado intrascendente a los fines del recurso, y en cuanto al tema de fondo, tanto dicho artículo, como el antes citado 363, permiten la aclaración de «algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga», que fue, precisamente, lo que se hizo en el Auto de 23 de septiembre, al señalar como fecha inicial del cómputo de los «gastos necesarios y útiles»; la de 24 de junio de 1983, correspondiente a la de la escritura de adjudicación y entrega de bienes a la Caja, toda vez que la fijación de esa fecha era consecuencia obligada de la argumentación desarrolla-

da en la Sentencia recurrida, por lo que no cabe apreciar en ello ninguna modificación sustancial del fallo, razones, en definitiva, que reafirman la inviabilidad del motivo.

R. DE A.

*SEGURO CONTRA ROBO· PROPOSICION ACEPTADA POR LA ASEGURADA.  
PERFECCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1988)*

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso

*Doctrina de la Sala.*—Al no haberse fundamentado ninguno de los motivos del presente recurso en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuicimaineto Civil, es obligado, en este trámite extraordinario de casación, mantener íntegramente el elemento fáctico recogido en la Sentencia recurrida y en base al mismo efectuar el proceso interpretativo, de conformidad con las denunciadas infracciones legales que figuran en los correspondientes motivos. Así pues, en la resolución dictada por la Sala de instancia se recogen como hechos acreditados: A) La existencia de una solicitud de proposición de seguro contra robo, cursada por el demandante don Teodoro F. S. con fecha 3 de agosto de 1983, que cubría su establecimiento comercial hasta la suma de 7 000.000 de pesetas. B) La recepción de esa solicitud por la compañía aseguradora con fecha 11 siguiente, y su asiento en el libro de Registro de Emisión Pólizas y Suplementos con el número 26.704. C) La expedición del recibo de prima por importe de 19.425 pesetas y la entrega, por parte de don Teodoro F. al agente afecto a la compañía aseguradora don Julián S. B., de la suma de 20.000 pesetas, con fecha 13 de agosto de 1983. D) La existencia de dos siniestros de robo acaecidos en el establecimiento propiedad del demandante denominado «Video-Color Campoo», en las fechas de 18 de agosto y 20 de septiembre de 1983.

Los motivos primero y segundo del recurso se formulan al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley procesal, denunciándose en ellos la infracción del artículo 5.º de la Ley de Contrato de Seguro, y la doctrina jurisprudencial de los actos propios, planteándose realmente por el recurrente, en el desarrollo de los mismos, el problema denegado por la Sala de instancia, de la aceptación por «Lloyd Adriático España de Seguros» de la solicitud que cursó el recurrente con fecha 3 de agosto de 1983; hecho que resulta indubitado a partir del momento en que la aseguradora asienta en sus libros-registro la petición que se la ha formulado, otorga y numera la correspondiente póliza, y calcula el importe de la prima. La fecha a partir de la cual ha de producir efecto, y el plazo de duración; elementos que necesariamente suponen una respuesta a la inicial petición, y con ello la conjunción de voluntades que hace nacer a la vida jurídica el contrato de seguro, figurando escriturariamente en dichos libros y con la obligación posterior del asegurador, de entregar al tomador la correspondiente póliza o el documento provisional de cobertura, que señala el mencionado artículo 5.º de la Ley 50/1980. En esos mismos libros también figura inscrita una anulación posterior de la póliza efectuada unilateralmente por la aseguradora en fecha no determinada, y sin que consten ni los motivos que la originaron ni la notificación al tomador. Si partimos del supuesto que la compañía aseguradora no rechazó la solicitud del tomador, puesto que la aceptó inscribiéndola en su contabilidad, la

anulación posterior tuvo que fundarse, o en la inexactitud de las circunstancias declaradas por el asegurado, o bien en la falta de pago de la primera prima; respecto a la primera causa, no existe tal constancia en autos, ni se ha dado la declaración de que habla el artículo 10 de la Ley; y respecto a la segunda, tampoco concurre la culpa del tomador, exigida en el artículo 15, ya que de acuerdo con lo establecido en el correspondiente artículo 21, el asegurado depositó el importe de la primera prima (20.000 pesetas) en poder de un agente afecto al asegurador, y si el recibo, calculado y expedido al aceptarse la póliza, no llegó a poder del tomador, fue por la exclusiva culpa de la compañía aseguradora, hecho que impide la resolución del contrato, debiendo darse plena vigencia al mismo (Sentencias de 22 de noviembre de 1985, 23 de junio de 1986 y 28 de enero de 1988).

Estando perfeccionado el contrato, vigente la póliza del mismo y en poder de un agente de la compañía aseguradora el importe de la prima, resulta obligado reconocer que estaba cubierto el riesgo asegurado en el momento en que ocurrieron los siniestros que se reclaman y que, por tanto, es obligación de la compañía aseguradora indemnizar al tomador del seguro del importe tasado de los mismos; procediendo en consecuencia la estimación de los dos motivos conjuntamente examinados y sin que se haga necesario el estudio del tercero, también propuesto.

R. DE A.

**CONTRATO DE OBRA. DEFECTOS DE LA CONSTRUCCION: LEGITIMACION DE LA INMOBILIARIA COMITENTE PARA DEMANDAR A LA CONSTRUCTORA, INCLUSO DESPUES DE VENDIDOS LOS LOCALES Y VIVIENDAS (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—En el único de los motivos del recurso, amparado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia por el recurrente la infracción del artículo 1.212 del Código Civil y, en consecuencia, la falta de legitimación del ahora recurrido y en su día actor, la empresa inmobiliaria, para postular las obras de reparación del inmueble que la empresa recurrente construyó para aquélla por entender que, al haberse vendido locales y viviendas, son los adquirentes de éstas los únicos legitimados para postular la reclamación de que se trata.

Pero tal tesis resulta absolutamente improsperable y carente de todo fundamento si se tiene en cuenta el artículo 1.257, consagrador del principio general de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgaron y sus herederos, de tal modo que los compradores de las viviendas y locales basan su título en un contrato de compraventa que las liga con la inmobiliaria, al paso que ésta viene ligada por un contrato de obra o de arrendamiento de obra o empresa con la actual recurrente, al postular su condena de reparación del inmueble construido, contratos de tan distinta y dispar naturaleza que no permiten la subrogación en los términos pretendidos y donde los adquirentes conservan su carácter de terceros con respecto a la entidad recurrente.

R. DE A.

*VICIOS DE CONSENTIMIENTO. DOLO O MAQUINACION ENGAÑOSA EN CONTRATO DE COMPRAVENTA* (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1988).

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Promovida por don Carlos Jerónimo L. A. y su esposa, doña Amparo A. J., ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Fernando J. G. y su esposa, doña Antonia M. D., con fecha 6 de noviembre de 1986 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla en la que, revocando en parte la dictada por el referido Juzgado el 25 de marzo de 1985, se estimaba también en parte 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 si bien el Juzgado de Primera Instancia entiende que no resulta probado en los autos que como parte del precio los actores entregaron lo que hasta entonces había sido su vivienda, existían en autos elementos bastantes para entender que la entrega de esta vivienda forma parte de lo convenido y se entregó a los demandados como parte del precio que se habría de percibir; B) que cuando los demandantes, concedores del deseo de los demandados de vender su chalé, visitaron el mismo, no pudieron apercibirse de los graves daños que aquél presentaba, porque los futuros vendedores, con el propósito de que ello pudiera pasar desapercibido a posibles compradores, habían ordenado la ejecución de obras de albañilería y pintura que encubrían las grietas y fisuras que la edificación presentaba, que tenían su origen en la especial naturaleza del suelo en el que la edificación se había construido, que daba lugar a grandes dispendios para mantener el chalé en condiciones de normalidad; C) que la conducta de los demandados tiene el carácter de dolosa en el sentido del artículo 1.269 del Código Civil, y como el Tribunal de Apelación llega a la conclusión de que los actores no hubieran celebrado el contrato de conocer las condiciones en que se encontraba y los grandes dispendios que conllevaba su normal conservación.

Fundado el recurso en once motivos, el primero que por razones de signo lógico ha de ser abordado es el décimo, en el que, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la incongruencia de la resolución recurrida por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, incongruencia que pretende la parte en que la resolución de la Audiencia dice establecer totalmente al recurso de apelación interpuesto por los actores y parcialmente el de los demandados, lo que se dice ser incoherente, motivo que deberá decaer tan pronto como examinado con atención el fallo de la Audiencia se aprecie que en el apartado segundo del mismo se revoca el pronunciamiento de la Sentencia apelada relativo a la resolución del contrato cuya nulidad, en cambio se declara, externo éste en el que se acogen los pedimentos de los demandados, lo que explica la parcial estimación de su recurso de apelación.

Los motivos primero y tercero, al amparo, respectivamente, de los números quinto y cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la alegación de infracción del artículo 1.218 del Código Civil en el primero, y de la existencia de su error de hecho en el tercero, pretende combatir la declaración fáctica que hace la resolución recurrida de que los actores entregaron a los demandados su vivienda en concepto de parte del precio, lo que lleva implícito

que se trata de una sola operación y no de dos, motivos que deben ser rechazados, pues ni cabe estimar que se haya privado de fuerza probatoria a la escritura pública de venta del chalé, a la que se concede el valor de un simple medio de prueba a valorar conjuntamente con los restantes, ni de los documentos a que se refiere el motivo tercero se desprende la existencia de dos contratos diferentes, conclusión, además, que parecería contradicha por otros medios de prueba, imposibilitando, así, su eficacia demostrativa de un pretendido error en la apreciación de la prueba cometido por el Tribunal de instancia.

El segundo motivo alega infracción del artículo 1.124 del Código Civil, por entender que no se dan las condiciones para la resolución del contrato por incumplimiento del recurrido, sin tener en cuenta que la resolución que se recurre, no solamente no acuerda la resolución sino que la deniega expresamente, si bien existe la nulidad del mismo por dolo esencial, por lo que tampoco puede articularse este segundo motivo.

El cuarto, de nuevo al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, esta vez en cuanto a la declaración que hace la resolución recurrida de los defectos de construcción que presenta el chalé de los demandados y debe igualmente parecer porque la apreciación de la prueba pericial corresponde al juzgador de instancia, quien debe hacerla de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que sus resultados puedan ser, en principio, combatidos en casación.

El motivo quinto alega infracción del artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la indebida admisión y valoración del documento del folio 112, y debe ser desestimado porque su admisión solamente podría ser combatida por una vía diferente a la utilizada del número quinto del artículo 1.692, la del número tercero del mismo artículo que exige la existencia de una indefensión que ni se alega ni existe en este caso, y en cuanto a la valoración del mismo, que la Sala hizo, según expresamente aclara, en relación con los restantes medios de prueba, nada puede tampoco objetarse.

Finalmente, los motivos sexto, séptimo, octavo, noveno y undécimo pretenden todos ellos de consumo combatir, tanto la declaración fáctica de la existencia de un dolo civil por parte de los demandados, consistente en ocultar las grietas y fisuras del chalé, como la impecable conclusión que del mismo obtiene la Sala, la de que si tales vicios hubieran sido conocidos por los actores no hubieran consentido un contrato que por vicio esencial en el comportamiento debe ser declarado nulo y deben ser desechados en atención a las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> Que es doctrina de esta Sala que el dolo *claras o incontractando* determinante de la celebración del negocio jurídico cuyo elemento objetivo es un comportamiento engañoso informado por el *animus decipiendi* de lograr la declaración mediante el artificio utilizado lo hace consistir el artículo 1.269 del Código Civil, en términos de gran generalidad, en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes induciendo al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho, concepto en el que caben toda suerte de astucias para conseguir el resultado falaz, Sentencias de 22 de marzo de 1924 y 28 de febrero de 1969, por lo que es manifiesto y entendido que aun no existiendo total coincidencia entre el fraude civil o dolo y la figura punible de la entrega, por fuerza ha de darse entre uno y otro una sustancial conformidad, como tiene declarado la Sentencia de 25 de octubre de 1928 y no debe de señalar la doctrina de los autores, amplitud de la noción que viene impuesta por los antecedentes históricos del *dolum malum* como toda astucia, falacia o maquinación empleada para suspender, ingeniar o defraudar a otro, que ha pasado a las Partidas como

«mal engaño que hacen algunos omes los unos a los otros por palabras mentirosas o encubiertas que dicen con intención de los engañar e de los recibir» (Sentencia de 3 de febrero de 1981). 2.<sup>a</sup> Que en el supuesto que nos ocupa, y si partimos del hecho que la resolución reputa probado y que no ha sido eficazmente combatido, de que los demandados ordenaron la ejecución de obras de albañilería y pintura en su chalé, con el fin de que los futuros compradores no pudieran apercebirse de las grietas y fisuras que éste presentaba, así como de la conclusión, igualmente firme, de que los actores no hubieran concertado el contrato si hubieran conocido tales defectos constructivos, es obvio que nos encontramos con un dolo civil motivador de la nulidad del contrato, acordado, por la resolución de la Audiencia, por todo lo cual deben perecer estos últimos motivos, al no aparecer infringidas las normas que como tal se citan por los recurrentes.

R. DE A.

*RESPONSABILIDAD CIVIL: DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD. JURISDICCION COMPETENTE. CAUSA DE LOS DAÑOS (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1988).*

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—La relación fáctica acreditada en la instancia, no impugnada en este recurso de casación, consiste esencialmente en que la recurrida, doña Josefa B. M., a la sazón de diecicocho años de edad, el día 31 de octubre de 1982 sufrió una caída de la bicicleta en que circulaba, causándose una doble fractura abierta en la extremidad inferior izquierda, de la tibia y peroné, y después de ser asistida por el médico titular de A. (Zamora), es internada a las diecinueve treinta horas en la Residencia Sanitaria de Zamora, como hija *sub potestate* de padre afiliado a la Seguridad Social. En la Residencia indicada se le quitan las grapas puestas por dicho médico, se limpia la herida, se le trata con antibióticos y suero antitetánico, y se extirpan tejidos blandos y piel, se realiza también sutura y reducción de fractura. Seguidamente se inmoviliza con escayola el miembro afectado y se interna a la lesionada en una habitación, donde en los sucesivos días es curada, y practicadas radiografías. El día 5 de noviembre presentó la paciente síntomas alarmantes con edema, necrosis y otros diagnosticándosele una gangrena gaseosa, lo que aconsejó su traslado urgente a la Residencia Sanitaria de La Paz, en Madrid, donde el mismo día le es amputada la pierna izquierda por el tercio medio del muslo, quedándole una invalidez permanente, que mediante la prótesis adecuada le permite su deambulación. La entidad demandada, Instituto Nacional de la Salud, fue absuelta en primera instancia, y condenada en la segunda al pago de una suma en concepto de indemnización de siete millones y medio de pesetas, y es esa entidad la actual recurrente en casación a base de los motivos que seguidamente se examinan.

Los motivos primero y segundo del recurso, no sin cierta confusión, vienen a alegar la incompetencia de jurisdicción. El primero «al amparo del artículo 1.692, ordinal quinto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por incompetencia de jurisdicción, al amparo de los números primero y segundo del artículo 1.692 citado, por infracción del artículo 3.º, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa de 27 de diciembre de 1956», que, se dice, ha sido violado. El segundo motivo aduce asimismo la infracción de ley y doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal quinto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por infracción del artículo 40, números 1 y 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado». Sostienen uniformemente ambos motivos que la jurisdicción competente para conocer de este asunto no es la civil, sino la jurisdicción contencioso-administrativa. Ambos motivos son desestimables por las siguientes razones: a) Es evidente que la actuación de la entidad pública recurrente en el caso debatido no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que había de procurar la curación de un lesionado o enfermo, que fue llevado a los centros dependientes de la misma entidad con dicho fin. Es decir, se está en el supuesto ahora contemplado fuera de relaciones de Derecho público, sino más bien en el caso que prevé el artículo 41 de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios, autoridades o agentes, aunque se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. Como declararon ya, últimamente, las Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1987 y 5 de mayo de 1988, la Administración actuó como empresario privado fuera de su actividad pública o de servicios públicos, causando unos daños por culpa o negligencia de sus funcionarios o empleados, lo que es tema de Derecho civil y lo mismo la reclamación de la correspondiente indemnización (Sentencias, entre otras, de 3 de marzo de 1973, 1 de julio de 1986 y las que en esta última se citan). b) Por otra parte, como declaró la Sentencia de 20 de febrero de 1981, es diferente la relación entre la Seguridad Social y el personal a su servicio, y la que existe entre la misma Seguridad Social y el beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico-sanitarias, siendo el paciente un particular que ve afectado sus bienes más personales y privados que pueden sufrir daños por culpa o negligencia o imprudencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual del artículo 1.902 y, en su caso, del artículo 1.903 del Código Civil. c) No se trata, pues, en el caso debatido de impugnar un acto administrativo ni de consecuencia alguna de conflicto laboral entre las partes, circunstancia que lo hubiera excluido de esta jurisdicción civil, según se deduce *a contrario sensu* del artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980, ni tampoco de actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo, presupuesto básico para que conozca, incluso en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, la jurisdicción contencioso-administrativa, según el artículo 1.º de su Ley Jurisdiccional. Por ello no resultan infringidos los artículos que se citan de la Ley de 27 de diciembre de 1956, ni el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al ser aplicable, como se ha dicho, el artículo 41 de la misma Ley, sin perjuicio de que efectivamente el Instituto Nacional de la Salud sea Administración Pública, lo que no obsta a que tenga actividad en esferas puramente privadas, como la discutida. Decaen, por consiguiente, los motivos primero y segundo del recurso.

Los motivos tercero, cuarto y quinto afectan al fondo de la cuestión debatida, amparados en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se alega en ellos, respectivamente, la infracción del artículo 1.902, por aplicación indebida, del 1.903, párrafo cuarto, también por aplicación indebida,

y del mismo artículo 1.903 en su párrafo quinto, por interpretación errónea. Se dice que la recurrente no incurrió en negligencia al atender a la recurrida, que no actuó por medio de agente especial, como exige el artículo 1.903, párrafo quinto, del Código Civil, y que a la Administración del Estado no le es aplicable la responsabilidad para los demás empresarios que sanciona el dicho artículo 1.903, en su párrafo cuarto. Estos motivos merecen la misma suerte desestimatoria que los anteriormente examinados. Así, en efecto: a) En la Sentencia recurrida se da por probado, sin impugnación eficaz en este recurso, que el daño sufrido por la recurrida se debió a la actuación de los servicios sanitarios de la entidad demandada; que la existencia de gangrena gaseosa era una complicación si bien rara, pero posible y previsible en toda fractura abierta, sobre todo en heridas causadas en medios rurales. b) La actuación de los facultativos al servicio de la demandada y ahora recurrente no observó todas las precauciones precisas, ni se dio el tratamiento adecuado para prevenir el daño, ya que no fue total y absoluta la limpieza de la herida, o el tratamiento posterior, pues no se acredita que inmediatamente del tratamiento se hiciesen los análisis correspondientes, para comprobar la existencia de los gérmenes, sino después, cuando ya era tarde por haberse manifestado la infección por edema y necrosis, «lo que acredita la existencia de omisión de la diligencia» que el caso requería en el tratamiento médico de la recurrida. c) Hubo, por tanto, una conducta culposa evidente en los autores materiales del daño, una clara *culpa in operando*, suficiente por imponer al amparo del artículo 1.903, número cuarto, del Código Civil y constante jurisprudencia de esta Sala, la condigna responsabilidad civil por *culpa in vigilando* o *in eligendo* a la entidad, ya sea pública o ya sea privada, de quienes aquellos causantes materiales del daño dependían; relación de dependencia que no se ha discutido, sino dado por presupuesta y admitida a lo largo de toda esta litis. Sin que sea necesario estudiar en este caso, por darse una precisa responsabilidad culposa, si aquella responsabilidad pudo darse también por mero riesgo a cargo de la entidad recurrente. d) No fue aplicado por la Sentencia recurrida el artículo 1.903, párrafo quinto; de ahí que haya que rechazar la acusada infracción por interpretación errónea de dicho precepto legal; el cual, por otra parte, según es admitido por la generalidad de la doctrina, es norma anacrónica ante la vigente legislación que permite exigir responsabilidad al Estado y Corporaciones o Entidades públicas por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Principio que se desarrolla, por ejemplo, en las Leyes de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 121), en la Ley reguladora de las Bases de Administración Local de 2 de abril de 1985 (art. 54) y en la Constitución de 1976 (arts. 9-3 y 106-2), aparte de las ya citadas de la jurisdicción contencioso-administrativa y de régimen jurídico de la Administración del Estado. Todo lo que corrobora el rechazo de los motivos al principio de este fundamento señalados.

Por último, en el motivo sexto, al amparo también del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al amparo a la vez de los números 1 y 2 del mismo artículo 1.692, por incompetencia de jurisdicción e infracción del artículo 1.4, de la Ley de Procedimiento Laboral, de 16 de junio de 1980. Motivo articulado como subsidiario de los motivos primero y segundo, y que ha de ser desestimado por lo razonado en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia, que se da por reproducido; en definitiva, porque no se trata en el caso ahora discutido de conflicto laboral alguno propio de la rama social del Derecho, ni la situación del Instituto Nacional de la Salud en el mismo caso

implicaba actuación soberana de ninguna clase o en relaciones de Derecho público.

R. DE A.

*RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: OPERA POR VIRTUD DE DECLARACION UNILATERAL. EFICACIA PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS FRENTE A TERCEROS (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1988).*

*Hechos*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Por razones de técnica casacional y de orden lógico-jurídico, resulta imprescindible el estudio prioritario del motivo segundo del presente recurso, que viene formulado por el cauce procesal del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el que se denuncia un error en la apreciación de la prueba, cuya base documental la constituye el requerimiento notarial de fecha 22 de enero de 1980; afirmando la parte recurrente «que se contrae este motivo a los razonamientos que se hacen en la Sentencia recurrida, sobre si fue o no eficaz en Derecho la resolución por conducto notarial, del contrato formalizado entre 'Construcciones C., S. A.', y mi presentado en 29 de septiembre de 1977, en el que se imponían obligaciones recíprocas ambas partes contratantes». Los antecedentes fácticos, no combatidos en este recurso, y por tanto inamovibles, vienen enumerados en el considerando primero de la resolución impugnada, y por lo que atañe a la cuestión que aquí estudiamos, conviene resaltar: A) Mediante el documento privado de fecha 29 de septiembre de 1977, el recurrente reconoce deber por diversos conceptos a «Construcciones C., S. A.», la cantidad de 9.131.726 pesetas, entre cuyos conceptos figura la suma de 5.950.000 pesetas, destinadas a efectuar unas obras de mejora en los 34 pisos que aquél tenía comprados a la constructora. B) Para el pago parcial de la suma total debida, el recurrente cede a la contraparte seis pisos, que había adquirido anteriormente y que tenía inscritos a su nombre, obligándose a otorgar la escritura de los mismos a favor de las personas a quienes designara «Construcciones C.». C) Esta empresa no realiza las obras de mejora convenidas contractualmente y valoradas en 5.950.000 pesetas, teniendo el recurrente que hacerlas a su costa, y por un importe justificado de 4.213.646 pesetas. D) A la vista del incumplimiento definitivo por parte de la empresa constructora, que frustra la finalidad del contrato de fecha 29 de septiembre de 1977, el recurrente notifica notarialmente a la misma, su voluntad de dar por resuelto el contrato que les vinculaba, hecho que se realiza mediante el acta de fecha 22 de enero de 1980.

La cuestión que en definitiva se plantea en este motivo es la de determinar si el contrato de fecha 29 de septiembre de 1977 quedó definitivamente resuelto a virtud de la declaración unilateral de voluntad contenida en el acta de fecha 22 de enero de 1980, no precisando, por tanto, para producir sus plenos efectos, de una declaración judicial previa; cuestión reiteradamente resuelta por abundante doctrina de esta Sala, la que prescindiendo de los antecedentes históricos, y de los distintos sistemas seguidos en el Derecho comparado, determina que la fa-

cultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva —claro está— de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento, o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando en definitiva si la resolución ha estado bien hecha, o si ha de tenerse por indebidamente utilizada, lo que supone tanto como que la decisión judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama simplemente la procedencia de la ya operada (Sentencias de 5 de junio de 1971, 22 de diciembre de 1977, 5 de noviembre de 1982, 8 de julio de 1983, 19 de noviembre de 1984 y 1 de junio de 1987, entre otras muchas). En el presente caso, el ejercicio del derecho a modificar la relación jurídica existente, mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia (acta de fecha 22 de enero de 1980), ha reunido todas las exigencias legales, pues se trataba de una obligación específicamente bilateral, cuya exigibilidad aparecía implícita en la misma, el reclamante había cumplido lo que le incumbía, y la voluntad incumplidora de la otra parte se había hecho patente y definitiva, dado su probada insolvencia; cuestiones fácticas resueltas por el Tribunal de instancia, que al no ser combatidas en el cauce procesal adecuado, han producido estado. Y todo ello sin que la declaración que, aquí se hace, pueda entenderse comprendida en el ámbito reconvenional, frente al codemandado, pues la resolución del contrato que se acaba de proclamar precedente, es el antecedente básico e imprescindible para poder fundamentar o no, las pretensiones de condena pedidas por la parte actora frente al señor N. U., ya que los actores declaran que sus pretensiones traen causa de aquel contrato; además de que el demandado, presente en la litis, postula textualmente en el suplico del escrito de contestación, que se declare: «Desestimada la demanda adversa, y por tanto absueltos de todos los pedimentos los demandados... por las razones de fondo alegadas por esta mi parte»; entre las cuales figura en el apartado *b*), la declaración de que el contrato de fecha 29 de septiembre de 1977 fue resuelto a instancia del demandado señor N. U. por conducto notarial, el día 22 de enero de 1980.

Declarada bien hecha, y por tanto eficaz, la resolución del contrato que podría ser la base de las once peticiones que contiene el suplico de la demanda, se hace innecesario el estudio de los otros dos motivos del recurso, dirigidos a denunciar infracciones que devienen inoperantes, pues correctamente resuelto el contrato de fecha 29 de septiembre de 1977, la entrega a la entidad «Construcciones C., S. A.», de los seis pisos cuestionados quedó sin efecto, y esta sociedad no pudo transmitirlos a terceras personas, y todo ello sin poder tener en cuenta las fechas de los contratos privados de venta efectuados por la constructora a los actores, ya que tales documentos no reúnen los requisitos del artículo 1.227 del Código Civil en cuanto su afectación a terceros. En otro orden de cosas, no puede tampoco hacerse declaración alguna en orden a estas últimas relaciones contractuales, ya que lo veda el principio de congruencia, aplicado al contenido del suplico de la demanda, en el que no se pide declaración de condena alguna al respecto a «Construccione C., S. A.»

R. DE A.

*PAGO DE LA OBLIGACION. EXTINCION DE LA OBLIGACION (PARCIAL) POR PAGO (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1988).*

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—En el primer motivo, formulado al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Se aduce por el recurrente que el error de hecho en la apreciación de las pruebas se padece en el fallo de la Sentencia al *considerar que todas las letras pagadas por «F., S. A.»*, con posterioridad al mes de noviembre de 1982 se corresponden a renovaciones de otras, libradas por operaciones distintas a las reclamadas. Sin embargo, no existe tal error, pues como acertadamente expresa la resolución recurrida, «tanto de la documental practicada por la actora en periodo probatorio, como de la *pericial llevada a cabo para mejor proveer* (folio 546), se desprende que los documentos números 10 al 24 de la contestación a la demanda corresponden a la renovación de efectos impagados por 'F., S. A.', y se hallan reflejados en la contabilidad de esta empresa. En la abundante documentación unida a autos se advierte con claridad que las quince cambiales mencionadas se giraron para renovar efectos o recibos vencidos e impagados, *cuya fecha de emisión era anterior a la de comienzo de las ventas que aquí se trata*». La Sentencia de primera instancia no afirma —como el recurrente pretende— que las repetidas cambiales correspondan a las operaciones que dieron lugar a la reclamación. Lo que dicha Sentencia explica es que «la reclamación que hace la actora, en un principio concretada al pago de mercancías suministradas a la demandada en el período comprendido entre el 4 de mayo y el 25 de octubre de 1982, la ha variado a lo largo de este juicio, viniendo a referir la suma exigida, no a los géneros servidos en ese período, sino al saldo resultante de toda la relación mercantil entre ellas existente, porque se ha dado cuenta de que, de persistir en la reclamación inicial... tenía que demostrar que las letras pagadas por «F., S.S.», con posterioridad al mes de noviembre de 1982 correspondían a otros suministros anteriores...»<sup>1</sup>. Se impone, pues, la desestimación del primer motivo, ya que, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, en los supuestos en los que se hace una apreciación conjunta de la prueba, no pueden valorarse separadamente los distintos medios para llegar a conclusiones distintas de las obtenidas por la apreciación conjunta.

En el correlativo del recurso, basado en el artículo 1.692-5.º de la Ley procesal se acusa «infracción, en la parte dispositiva de la Sentencia, por inaplicación del artículo 1.157 del Código Civil a las cuestiones objeto de debate, al *no haberse tenido en cuenta la extinción parcial por pago de parte de la obligación inicial expresada en la demanda*».

Procede la estimación de este motivo, pues como razona el recurrente la cantidad reclamada —7.111.652,99 pesetas—, es el resultado de restar al precio total de las mercancías servidas entre el 4 de mayo y el 25 de octubre de 1982 por un precio total de 10.317.785 pesetas, los pagos realizados por «F., S. A.», y que en cuantía de 3.206.132 pesetas redujeron la deuda a la cantidad que precisamente se reclama en el suplico de la demanda. Por tanto, probada y estimada en la Sentencia recurrida la devolución por parte de «F., S. A.», de mercancía por

valor de 5.304.233 pesetas y deducida tal cantidad de los 10.292.766 pesetas (que por simple error se consigna, siendo exactamente 10.317.785 pesetas), *por igual razón habrá de deducirse de dicha suma lo que la actora pagó a cuenta de la misma y que por eso en la demanda se redujo a 7.111.652,99 pesetas. Es, pues, de esta última cantidad de la que habrá de restarse los 5.304.233 pesetas en concepto de mercancía devuelta.* Criterio lógico que la Sentencia de primera instancia expresaba diciendo que «de la suma total de suministros, 10.317.785 pesetas, reducida por pagos efectuados hasta el mes de noviembre de 1982, según reconoce la actora, a la cantidad reclamada de 7.111.652,99 pesetas, *habría de descontar igualmente esas devoluciones de material, importantes 5.304.333 pesetas, lo que dejaría reducida la suma presuntamente adeudada a la cantidad de 1.807.319».* En consecuencia, no habiendo estimado la Sala los citados pagos parciales, incurre en violación, por no aplicación, del artículo 1.157 del Código Civil.

R. DE A.

**COMPRAVENTA. PAGO DE PRECIO NO SUPEDITADO AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA. INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPRADORES. CARACTER DE LA FORMA EN EL DERECHO ESPAÑOL. SUBROGACION EN LA HIPOTECA: CONSECUENCIAS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—Un orden lógico, a efecto de dar adecuada solución al recurso de casación de que se trata, exige examinar prioritariamente los motivos tercero y séptimo con relación a los primero, segundo, cuarto, quinto y sexto.

Procede estimar el motivo tercero en que se basa el referido recurso de casación, que los recurrentes don Antonio y doña Magdalena M. C., al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentan en error en la apreciación de la prueba, con soporte en los documentos privados de 1 de diciembre de 1982 y 15 de enero de 1983, acompañados como documentos números 1 y 2 de la demanda, escritura de declaración de obra nueva del edificio de 26 de octubre de 1982, obrante al folio 340, escritura de distribución de hipoteca obrante al folio 318, solicitud realizada por el comprador a la empresa constructora para que se asignase a la vivienda una carga hipotecaria de 5.950.000 pesetas, obrante al folio 67 y acta de requerimiento notarial practicada el 20 de junio de 1983, pues que los dos primeros documentos, aunque no reportado a los autos el de fecha 1 de diciembre de 1982 después de practicada la liquidación de los correspondientes Derechos Reales sí admitido su contenido tanto en la demanda inicial, contestación a la misma, réplica y dúplica, revelan, con toda claridad, que el pago del precio asignado a la compraventa del piso en cuestión en manera alguna quedó supeditado al previo otorgamiento de escritura pública comprensiva de dicha compraventa, como lo pone de manifiesto, de una parte, que en tal documento privado de 1 de diciembre de 1982 se hubiése pactado expresamente que el referido pago de precio se realizaría en el plazo de quince días siguientes a partir de aquella fecha, con el consiguiente establecimiento del otorgamiento de la indicada escritura pública con independencia del pago del precio, al indicar que la misma se otorgaría a los

quince días de la que otorgase a favor de los vendedores la constructora, y, de otra parte, que en el también documento privado de 15 de enero de 1983 no se condiciona el pago del expresado precio al otorgamiento de escritura pública, sino que indica que el pago de las letras reseñadas en ese documento privado quedaría condicionado simplemente a que en el momento de su vencimiento la finca pudiese escriturarse, subrogándose el comprador en la hipoteca concedida a la promotora, cuyo evento se produjo, dado que las escrituras de declaración de obra nueva del edificio al que corresponde la vivienda vendida a que se contrae la controversia entablada, de 26 de octubre de 1982, obrante al folio 340 a 371 de los autos, y la distribución de hipoteca formalizada el 19 de abril de 1983, que obra a los folios 318 a 346 de los autos, demuestran que a partir de producirse esas circunstancias podía otorgarse la pretendida invocada escritura pública reflejadora de la mencionada compraventa, que no se otorgó precisamente por no haber accedido el comprador, ahora demandado y recurrido, don José Manuel G. D., a hacer la oportuna provisión de fondos al Notario, según consta en la referida acta de requerimiento notarial de 20 de junio de 1983, que figura a los folios 96 a 99 de los autos.

La acogida del citado motivo tercero hace innecesario el examen del séptimo, formulado por los relacionados recurrentes, al amparo del número quinto, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción de los artículos 1.218, 1.226, 1.228 y 1.229 del Código Civil, y 597, 599 y 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber sido planteado con carácter subsidiario del tercero.

Estimado el motivo tercero, conduce a la también estimación del primero, que, con amparo en el número quinto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamenta en infracción de los artículos 1.091, 1.256, 1.258, 1.278, 1.281, 1.284 y 1.500 del Código Civil, porque al no venir supeditado el pago del precio al previo otorgamiento de escritura pública reflejadora de la compraventa constatada en el invocado documento privado de 1 de diciembre de 1982, complementado con el de fecha 15 de enero de 1983, claro es que cumplimentado por los vendedores, inicialmente demandantes y ahora recurrentes, don Antonio y doña Magdalena M. C., su obligación de entrega del piso y plaza de garaje objeto de la expresada compraventa, el pago del correspondiente precio viene impuesto a los compradores, inicialmente demandados y ahora recurridos, don José Manuel G. D. y doña Martina G. D., como consecuencia de la normativa de los referidos preceptos que sirven de fundamento al motivo que se examina, en cuanto imponen con fuerza de ley las obligaciones que nacen de los contratos entre las partes contratantes, debiendo cumplirse a su tenor (art. 1.091), no pudiendo quedar su cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256), produciéndose su obligación no sólo con relación a lo expresamente pactado, sino también con proyección a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1.258), en cuanto en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado (art. 1.278) a tenor de sus términos (art. 1.281), con alcance al sentido más adecuado para que produzca efecto (art. 1.284), y en el supuesto de contrato de compraventa, que es el que se contempla en el presente caso, con obligación de pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo fijado en el contrato (art. 1.500).

Los razonamientos consignados en el precedente fundamento de derecho lleva asimismo a la procedencia del motivo segundo, que, con amparo en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda-

menta por los recurrentes don Antonio y doña Magdalena M. C. en infracción de los artículos 1.502, 1.280, primero, y 1.115 y 1.279 del Código Civil, toda vez que no condicionada la entrega del precio afectante a la compraventa en cuestión al previo otorgamiento de escritura pública que la refleje, unido a que tal formalidad no es una obligación del vendedor en la compraventa, no consta reconocido en la Sentencia recurrida que en la misma hayan sido perturbados los compradores demandados, ahora recurridos, don José Manuel G.D. y doña Martina G.D., ni que tuvieren temor fundado de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, impide que dichos compradores tengan facultad para suspender el pago del precio, habida cuenta que si ciertamente el número primero del artículo 1.280 del Código Civil previene la constancia en documento público de los contratos, cual el de compraventa, que tengan por objeto la creación de un derecho real sobre un bien inmueble, en modo alguno comparte la exigencia de una formalidad *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*, según tiene declarado esta Sala en Sentencia, corroborada de otras precedentes, de 3 de febrero de 1987, pues que, como pone de manifiesto la de 30 de mayo de 1987, en nuestro Derecho positivo rige como principio elemental y básico de toda contratación, el sistema espiritualista instaurado en el ordenamiento de Alcalá, hasta el extremo de que ninguna forma es exigida para la validez y efectividad de los contratos, salvo en casos muy concretos y especiales, que precisamente por ello están expresamente previstos por la Ley, entre los que no se encuentra la compraventa, determinando en consecuencia que si con apoyo en dicho número primero del artículo 1.280 el comprador puede compeler al vendedor para el otorgamiento de escritura pública, de acuerdo con el artículo 1.279 del Código Civil, lo que no puede hacer, con base en la falta de otorgamiento de ella, es dejar de pagar el precio, porque en tal caso esa circunstancia significaría establecer al deudor una condición, en cuanto al pago del precio de la invocada compraventa, que haría depender su efectividad de la exclusiva voluntad del deudor, lo que lo haría nulo en virtud de lo normado en el artículo 1.115 del Código Civil, y que, según ya viene dicho, el otorgamiento de la expresada escritura pública no fue condición para el pago del precio, sino que el contrato se consumó íntegramente con la entrega de la vivienda y garaje de que se trata, por lo que el precio es verdaderamente exigible; y más si se tiene en cuenta que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 13 de octubre de 1983, reiterado el criterio establecido en otras precedentes, no puede calificarse técnica y legalmente de condición el pacto contractual de elevación del convenio hecho en documento privado a escritura pública, requisito que la Ley pone en el ámbito de la voluntad contractual de la parte para exigírselo a la otra, pero no exigible como requisito de la perfección del contrato, sino de su consumación, lo que corroboran las Sentencias de 22 de octubre de 1984 y 14 de marzo de 1986, interpretando con carácter altamente restrictivo el derecho a suspender el pago del precio.

En lo que afecta a la negativa que contiene la Sentencia recurrida al derecho de los demandantes, ahora recurrentes, don Antonio y doña Magdalena M. C., a reintegrarse de los pagos realizados por cuenta de los deudores hipotecarios demandados, ahora recurridos, don José Manuel G.D. y doña Martina G.D., igualmente es de estimar el motivo cuarto, que se formula como los dos anteriormente examinados en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.158 del Código Civil, puesto que reconocido expresamente en el primero de los fundamentos de derecho de la Sentencia recurrida en casación que, según lo convenido, los compradores relacionados habían de subrogarse en la hipoteca que gravaba el piso objeto de

la compraventa de que se trata, conlleva la facultad de los vendedores a solicitar de aquéllos el reintegro de los pagos realizados por su cuenta a cargo de la indicada hipoteca, de conformidad con lo prevenido en dicho artículo 1.158, en cuanto no fue expresada voluntad contraria por los referidos compradores y les fue útil el pago al evitar actividades ejecutivas por causa de no llevarlo a cabo oportunamente, dado que, como proclama la Sentencia de 20 de enero de 1984, desde el momento que el tercero pagó nació el derecho al cobro contra los beneficiarios.

En lo que se refiere al motivo quinto, que también con amparo en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulan los recurrentes, con base en la pretendida infracción de los artículos 1.232 del Código Civil y 659 y 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la innecesariedad de su examen surge, aparte de tratarse de preceptos de libre apreciación judicial, de que el resultado de los medios de prueba de confesión judicial y testifical a que se contraen no harían, en todo caso, más que confirmar la negativa de acceder los compradores al otorgamiento de la escritura pública reconocido en el segundo de los fundamentos de derecho, *in fine*, de la presente resolución, examinando el tercero de los motivos en que los recurrentes fundamentan error producido por la Sala sentenciadora de instancia en la aplicación de la prueba.

En trance de pronunciarse sobre el motivo sexto, que los tan repetidos recurrentes, con relación a la reconvencción por ellos ejercitada en el juicio de que emana el presente recurso, formulan al amparo del tan invocado número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción del artículo 1.253 del Código Civil, su inconsistencia se produce por el hecho de que la apreciación hecha por la Sala sentenciadora de instancia de que la cantidad de 350.000 pesetas a que alcanza el importe de la letra de cambio de fecha 15 de septiembre de 1982, obrante al folio 161 de los autos, aceptada por don Antonio M. C., que resultó protestada por falta de pago, se corresponda con la igual cantidad de 350.000 pesetas entregadas por el mismo don Antonio M. C. en el Banco de Descuento el 26 de junio de 1982, para abono en su cuenta corriente, según consta en justificante obrante al folio 161 de los autos, y ante la incredulación de que responda a causa distinta de la referida letra de cambio, no resulta ilógica, y no razonable o contrario a las reglas del buen criterio, que es esencial para destruir, con base en el artículo 1.253 del Código Civil, la conclusión judicial presuntiva, y por el contrario revela el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano a que se remite dicho precepto para generar presunción lógica o *ad homine* que el mismo admite.

En consecuencia, por acogida de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto procede estimar en parte el recurso de casación de que se trata, ejercitado por don Antonio y doña Magdalena M. C., y en su virtud procede resolver conforme a derecho, cual previene el párrafo primero del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de estimar la demanda iniciadora del juicio en cuestión, formulada por dichos don Antonio y doña Magdalena M. C., contra don José Manuel G. D. y doña Martina G. D., por las razones expuestas en los considerandos primero a sexto de la Sentencia dictada el 26 de marzo de 1985 por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 3 de Burgos y su partido en fase procesal de primera instancia en el juicio en cuestión, en los términos expresados en el fallo de la indicada Sentencia, y a la estimación en parte de la reconvencción interpuesta por dichos demandados iniciales contra también iniciales demandantes, por las razones consignadas en los considerandos séptimo a noveno de la mencionada Sentencia de primera instancia y fundamentos de derecho segundo

y tercero de la pronunciada por la Sala de lo Civil de Burgos, el 5 de marzo de 1987, en fase de segunda instancia, en las actuaciones de que se trata, en los términos que con relación a la expresada reconversión se expresa en el fallo de tal Sentencia de segunda instancia y cuyos razonamientos en los referidos considerando primero a sexto y séptimo a octavo y fundamentos de derecho segundo y tercero se dan por reproducidos al respecto.

En el aspecto de costas procede mantener el pronunciamiento que la misma contiene en orden a las fases procesales de primera y segunda instancia, con relación a la demandada inicial, puesto que si bien, conforme al párrafo primero del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubiesen sido totalmente rechazadas, ello es en tanto no se aprecie concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, que son apreciables en el presente caso, no solamente por el aspecto que el debate jurídico examinado plantea, si que también porque en la Sentencia dictada en primera instancia se precisó detallar concretamente módulos cuantitativos establecidos en abstracto en pretensiones contenidas en la súplica de la expresada demanda, y al producirse la estimación en parte de la reconversión mencionada tampoco es de hacer especial declaración en lo que a los mismos se contrae, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del precitado artículo 523, por lo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciarse mala fe procesal; en cuanto a las costas de segunda instancia, al no haber sido confirmatoria o agravatoria de la Sentencia de primera instancia no es de hacer especial declaración con relación a ellas, conforme a lo prevenido, *a sensu contrario*, en el párrafo segundo del artículo 710 y párrafo tercero del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y en lo que afecta a las costas del presente recurso de casación, al estimarse en parte, cada parte satisfará las suyas, a tenor de lo normado en el párrafo primero del número cuarto del mencionado artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

**FIANZA. AFIANZAMIENTO «EN INTERES PROPIO» DEL FIADOR. EFECTOS SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA FIANZA. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—El procedimiento del que dimana el presente recurso extraordinario fue iniciado por quienes en la póliza de préstamo y crédito con garantía personal, de hasta 12 millones de pesetas, figuran como fiadores con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división, es decir, con carácter solidario con los deudores principales, de fecha 5 de marzo de 1982 y como consecuencia de haber sido condenados en juicio ejecutivo número 984/1983, sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia por Sentencia de 26 de junio de 1983, promovido por la entidad bancaria hoy recurrente, al pago del saldo deudor, intereses y costas, que alcanzan la cifra que hoy es objeto de la reclamación en este procedimiento declarativo, de donde dimana este recurso, no habiéndose formulado oposición en el proceso ejecutivo

por ninguno de los demandados, incluso los fiadores ahora demandantes y recurridos. En primera instancia fue rechazada la demanda, que fue, en recurso de apelación, estimada parcialmente pero íntegramente en lo esencial de la pretensión deducida contra la entidad mercantil referida que formalizó por ello el presente recurso de casación.

Ha de consignarse, por la trascendencia casacional que comporta en punto a la adecuación al ordenamiento jurídico de la Sentencia combatida, que no se ha hecho articulación por la vía del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de ninguno de los motivos, por lo que obviamente las declaraciones fácticas contenidas en tal resolución judicial quedan incólumes y han de ser premisa obligada en la aplicación de dicho ordenamiento jurídico.

El primer motivo, al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial concerniente al litis consorcio pasivo necesario al no haberse demandado a los deudores principales, sino solamente al banco ejecutante del crédito concedido en la póliza de que se ha hecho mención, a cuyo fin invoca una serie de Sentencias de este Alto Tribunal. El motivo no puede prosperar porque la institución procesal del litis consorcio pasivo necesario al estar proyectada doctrinalmente con la finalidad de impedir que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio o de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias entre sí y con imposible ejecución (Sentencias de 24 de febrero y 27 de octubre de 1983, 20 de mayo de 1987 y 23 de febrero de 1988), es evidente que para que esos supuestos puedan producirse se precisa la existencia de una relación jurídica material de cualquier índole entre el demandante y quien se estima debió ser llamado al procedimiento, pero con la particularidad de que el resultado pueda afectarle de tal forma que incida en sus intereses particulares, pero no en cualquier circunstancia, es decir, cuando con pronunciamiento condenatorio o sin él, sus derechos no pueden ser condicionados por él mismo, como acontece en el presente caso, que por mandato de los artículos 1.839, 1.840, 1.841 y 1.842 del Código Civil se advierte en forma meridiana e incontestable que los derechos que pueda ostentar el deudor o deudores principales contra los fiadores solidarios quedan inmunes a las consecuencias del pronunciamiento contenido en la Sentencia aquí recurrida.

El motivo segundo por vía del ordinal quinto, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.251 y 1.252 del Código Civil, en relación con los artículos 1.464, 1.467 y 1.479 de la Ley procesal citada. El motivo enderezado a constatar que la demanda —y la Sentencia—, infringen el principio de respeto a la cosa juzgada y que la disposición del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no juega cuando pudo y no se hizo oposición en el juicio ejecutivo de que trae causa el declarativo posteriormente promovido y en el que se alegan causas previstas en los preceptos ya invocados, artículos 1.464 y 1.467 de la Ley procesal citada, tampoco puede prosperar porque, a tenor de la doctrina de esta Sala, los supuestos de grave complejidad del tema de fondo de la controversia suscitada o el acaecimiento de un hecho posterior a la situación contemplada en el juicio ejecutivo, son materias que no cierran la posibilidad a la promoción del procedimiento declarativo que se contempla en el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 26 de mayo de 1988), y esto es lo que acaece en el presente caso, en que después de haberse efectuado un ingreso por los fiadores con ánimo consuntivo —*datio in solutum*—, y cancelatorio de la fianza, comunicado por carta al acreedor que la recibió al propio tiempo, es sustanciada demanda ejecutiva a instancia de este

último en reclamación de un saldo posterior de la cuenta de crédito abierta a virtud de la póliza de autos, cuyo saldo posterior deudor ha sido ocasionado por extracción o transferencia de la deudora principal con cargo a esa cuenta de crédito, cuyas circunstancias fácticas y consecuencias jurídicas no son susceptibles de ser opuestas en el juicio ejecutivo —dado el estrecho margen de tiempo de formalización de la oposición y menguado cauce de discusión que ofrece su normativa procesal—, por lo que en este caso concreto, como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala, ya invocada, en 26 de mayo de 1988, ha de rendirse absoluta obediencia al artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que haya lugar al cierre declarativo propio de la santidad de cosa juzgada.

El tercer motivo discurre por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y acusa la infracción de los artículos 1.281 y concordantes del Código Civil y jurisprudencia, cuyas Sentencias cita, sobre la interpretación de las cláusulas del contrato contenido en la póliza reseñada; para ello se hace énfasis en el motivo de la literalidad de la cláusula novena y de la cláusula adicional, en las que se dice que se constituyen los afianzamientos «mientras no quede totalmente solventada la operación» y que «los garantes manifiestan que el afianzamiento se presta en su propio interés y beneficio de los acreditados». Lo cierto es que, sobre todo la última cláusula adicional transcrita, confiere a la interpretación del contrato una singularidad, con vista del artículo 1.285 del Código Civil que no puede desconocerse, pues añade a las obligaciones características del fiador contraídas según los artículos 1.822, 1.844 y 1.831 del Código Civil, un interés propio de los fiadores en el crédito concedido que exige un especial acento en el examen de los hechos cuya historia circunstanciada no se ha verificado con la profundidad requerida en tan particular afianzamiento, y que proyecta sobre esta Sala esa facultad revisora del aspecto fáctico del problema planteado ahondando en la auténtica relación material que vincula a las partes (Sentencias de 2 de junio de 1981, 17 de febrero de 1982, 15 de julio de 1983, 4 de abril de 1984 y 26 de mayo de 1988), al objeto de poder conocer la esencia de la misma en pos de la perfilación de ese «interés propio» que desdibuja la silueta de la figura del fiador, pues con ello adquiere caracteres que son propios del deudor principal, lo que evidentemente ayuda en forma extraordinaria a la interpretación del negocio jurídico contemplado. En esta inteligencia, es evidente que por ese «interés propio» de los fiadores personales y habiéndose constituido como obligados solidarios con las deudoras principales «mientras no puede totalmente solventar la operación», no podían estos fiadores dar por finalizada tal obligación en forma unilateral aun satisfaciendo el saldo por principal e intereses el 23 de diciembre de 1982 y no obstante lo pactado en la cláusula cuarta de la póliza y lo dispuesto en el artículo 1.826 del Código Civil, pues por ese interés propio, tan dispar de la accesoriedad de este simple contrato de garantía, venían constreñidos los fiadores, también contractualmente, a mantener tal garantía personal hasta el término de la operación de crédito formalizada por la póliza de 5 de marzo de 1982, de donde igualmente se infiere que ese abono de 12.493.628 pesetas realizado el 23 de diciembre de 1982, con apunte contable del día siguiente y la transferencia realizada de 11 millones el mismo día 24, demuestran una persistencia y continuación de la operación de crédito que no puede verse desvirtuada con la coetánea comunicación de los fiadores dando por concluida su obligación de garantía, porque ello sería tanto como respaldar una actividad no guiada por la buena fe que es exigible no sólo en los negocios de comercio conforme al artículo 57 del Código Mercantil, sino en todo los actos con trascendencia jurídica a tenor del artículo 7.1 del Código Civil. Y

reafirman el valor de estas aseveraciones los datos elocuentísimos de que el propio fiador, señor C., tenía firma autorizada para realizar operaciones (véase folio 73), no sólo en la cuenta corriente de la Administración de Loterías número 1 de Manises de la que era titular su tía política, doña Nieves A. S., que era una de las beneficiarias del crédito personal documentado en la póliza de autos, sino de la propia cuenta corriente abierta a nombre de las señoras A. S. en virtud del crédito concedido en dicha póliza, lo que le inviste al señor C. de una personalidad que va más allá de su simple condición de fiador, sino muy aproximada a la del deudor principal, lo que da realce a la consignación en la cláusula adicional de haberse prestado el afianzamiento de la póliza «en su propio interés».

El cuarto motivo, por vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.847, en relación con el artículo 1.156 y siguientes del Código Civil y doctrina jurisprudencial cuyas Sentencias cita. De lo expuesto en el fundamento jurídico anterior es evidente que si la operación no se pudo extinguir con el pago del saldo deudor y carta cancelando la fianza, puesto que al propio tiempo o inmediatamente después se hizo extracción de fondos con cargo a la cuenta de crédito afianzada, pero en interés propio, el ejercicio de las acciones que dimanarían del contrato de préstamo por la entidad bancaria que lo concedió, era correcto y la satisfacción del saldo deudor resultante al término contractual de la operación era igualmente correcta tanto respecto de las deudoras principales como de los fiadores que la avalaron en su propio interés.

Que al no haberse enjuiciado en la forma expresada en los dos fundamentos jurídicos precedentes por la Sentencia recurrida tanto la interpretación del contrato de préstamo personal con fianza de este orden pero singularísima, como tampoco el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto que se nos ofrece, ha de ser casada la Sentencia de la Sala *a quo*, con confirmación de los pronunciamientos de la Sentencia de primera instancia, con condena en costas en el primer grado del procedimiento (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y sin hacer expresa condena de costas en el segundo grado en atención a las circunstancias de excepcional complejidad jurídica del tema debatido (art. 710.2 de la misma Ley), y sin hacer expresa imposición de las costas de casación (art. 1.715.4).

R. DE A.

**CONTRATO SIMULADO. CARGA DE LA PRUEBA. JUEGO DE DETERMINADAS PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—La Sentencia impugnada declara no haber lugar a la acción de nulidad, por simulación, planteada por el actor, del contrato contenido en escritura pública de fecha 24 de marzo de 1975, celebrado entre el apoderado del actor (demandado), como vendedor y la también demandada, compradora, madre del apoderado, referido a una casa de una sola planta, con semisótano y terreno anexo, de 20 áreas de extensión, que se vende por el precio confesado de 200.000 pesetas. Se practicó una prueba pericial que, en el año 1985, valora el solar en la cantidad de 6.000.000 de pesetas y lo edificado en 6.928.390 pesetas

(total finca, 12.928.390 pesetas). El fundamento esencial del rechazo de la demanda consiste en la afirmación de que el actor no ha aprobado la existencia de indicios reveladores de que la apariencia no corresponde a la realidad.

El motivo primero del recurso planteado por el actor se apoya en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.214 del Código Civil. La Sentencia acoge la argumentación de la dictada en primera instancia que concluye que el actor no ha probado que no se pagara, en su día, el precio convenido y robustece su conclusión en el hecho de que no prosperase, anteriormente, la oposición del hoy actor, a la acción ejercitada por la demandada, basada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ni una querrela del propio demandante contra los hoy demandados, por estafa. Por tanto, la cuestión planteada en torno a la aplicación del artículo 1.214 citado, que regula la carga de la prueba, se refiere, en este caso, a asegurar las consecuencias de la falta de prueba directa sobre el hecho del pago o impago del precio. El actor afirma un hecho negativo (no hubo pago) y los demandados afirman un hecho positivo (hubo pago). Así planteada la cuestión, debe recordarse la abundante doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba, en orden a quien tiene que sufrir las consecuencias de no haber agotado su derecho a probar, en cuanto afirma que no se trata de la aplicación de unos principios inflexibles, sino que dependen de la naturaleza del debate, la disponibilidad y la realidad de la prueba (Sentencias de esta Sala de fecha 23 de noviembre de 1986, 24 de abril de 1987, 29 de mayo de 1987, entre otras). En este caso, el actor prueba que no hubo entrega de precio de presente, puesto que el precio fue confesado por su apoderado, mientras que el demandado-apoderado dice que el precio responde a varias entregas anteriores y la demandada-compradora, su madre, dice que las anteriores entregas, hasta una cantidad de unos 3.000.000 de pesetas respondían a préstamos que había hecho al actor para el desenvolvimiento de su negocio. Ni sobre tales entregas, ni sobre tales préstamos, existe prueba alguna, cuya disponibilidad, lógicamente, correspondía a los demandados. En estas circunstancias, la falta de prueba sobre entrega del precio, por plazos convenidos o por préstamos y ulterior liquidación, debe sufrirla la demandada, por lo que se debe concluir que no hubo pago del precio correspondiente a una compraventa corriente o resultante de la liquidación de unos créditos contra el actor.

La falta de prueba directa da paso a la prueba de presunciones sobre la que se apoya el segundo motivo, con el mismo amparo procesal, por infracción del artículo 1.253 del Código Civil, ya que las presunciones son, en cierto modo, un complemento de las reglas sobre la carga de la prueba, bien sean legales, bien de hecho. En este caso, como hechos indiscutidos constan: 1.º Relación de confianza, familiar, entre todos los litigantes (apoderado-vendedor, yerno del actor, hijo de la compradora). 2.º Desproporción entre el valor de lo vendido (12.928.390 pesetas en el año 1985) y el precio establecido en el contrato (200.000 pesetas). 3.º Precio confesado. 4.º Continuación en la posesión, por parte del vendedor desde la fecha de la compraventa (1975), sin oposición de la adquirente hasta que en fecha 10 de octubre de 1978 entabló demanda basada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. De toda esta base de hecho, indiscutida, debe deducirse, de modo racional, que no existió tal compraventa, aplicando la doctrina legal de esta Sala, sobre el valor de las presunciones y apreciación de la simulación (Sentencias de fecha 11 de febrero de 1986, 28 de febrero de 1987, 5 de febrero de 1987, 25 de mayo de 1987 y 13 de octubre de 1987, entre otras). Por tanto, deben estimarse los dos motivos del recurso, declarando la nulidad de la compraventa, como negocio simulado, con todas sus consecuencias de reconoci-

miento del dominio del actor, sin que se haya alegado, a lo largo del proceso, la existencia de otro encubierto cuya validez se pueda, dentro del mismo, sostener.  
R. DE A.

**DERECHO DE PROPIEDAD. DISTANCIAS Y OBRAS INTERMEDIAS PARA CIERTAS PLANTACIONES Y CONSTRUCCIONES. FILTRACIONES DE AGUAS RESIDUALES. CONTRADICCIÓN CON EL FALLO (EXISTE) (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1988).**

*Hechos.*—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

*Doctrina de la Sala.*—La acción ejercitada en su día por el hoy recurrente tenía por objeto reparar, por vía pecunaria indemnizatoria y constriñendo por obligación de hacer, los daños y perjuicios sufridos por el mismo en una finca de su propiedad denominada «El Convento de los Padres Franciscanos» con fachada a la carretera comarcal CC-510 de Salamanca a Alba de Tormes en el término municipal de Santa Marta de Tormes, a consecuencia de las filtraciones de aguas residuales procedentes del embalse artificial existente en sus inmediaciones en terrenos pertenecientes a la entidad demandada y recurrida, y construido por ésta para la decantación de los vertidos líquidos de la fábrica azucarera allí ubicada.

El primer motivo al amparo del ordinal cuarto 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa el error en la apreciación de la prueba por la Sentencia recurrida ya que ha omitido, según el recurrente, el contenido de la documentación obrante a los folios 77 a 105 que procedentes de diversos organismos públicos ponen de manifiesto que el embalse de decantación se ha realizado en oposición a los mandatos de los órganos administrativos pertinentes y asimismo tal embalse o fosa séptica abierta está contraviniendo los mandatos del Real Decreto de 25 de agosto de 1978 aprobando el Reglamento de Gestión Urbanística; del Real Decreto de 23 de junio de 1979 que aprueba el Reglamento de disciplina para el desarrollo de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, así como los artículos 4, 11, 16 y 17 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. El motivo no puede prosperar porque, con confusión, globaliza los documentos como instrumento objetivo de probanza de la ilicitud de la construcción de las balsas de decantación y la normativa reglamentaria prohibitiva de su construcción en punto, fundamentalmente, a la distancia con la propiedad ajena, lo que puede acarrear indefensión en el recurrido, pero es que además la ilicitud administrativa en la ejecución del embalse ha de ser objeto de su ataque en dicha vía y su posterior y eventual revisión en la contencioso-administrativa conforme al artículo 235 de la Ley Especial de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), y en cuanto a la distancia, que se dice próxima a la tapia de la finca del recurrente, no hay términos objetivos hábiles para la pretensión casacional del motivo que pudiera haberlo sido a tenor del artículo 236 de dicha Ley, dado que no se ha concretado en la Sentencia recurrida, como tampoco en el motivo, cuál sea la distancia específica existente en la realidad entre el embalse y la finca del recurrente por lo que la aplicación subsiguiente de la normativa adecuada, que se postula en el segundo motivo —como después se

dirá— queda sin soporte físico, como ahora en el análisis de este primer motivo queda sin posible contraste la atribuida apreciación errónea de la Sentencia en este particular. Dicha resolución de segundo grado, con visión más real y posibilista, lo que afirma con contundencia es su deficiente construcción, omitiéndose las medidas técnicas adecuadas para evitar filtraciones, dato objetivo, no contradicho, que es el fundamento de su pronunciamiento en orden «a la abstención en lo sucesivo de verter sus aguas residuales en las fosas de decantación contiguas a los terrenos del demandante y a que proceda a su inmediato desecado y limpieza, todo ello hasta que quede suficientemente asegurado que las mencionadas fosas reúnen las condiciones de impermeabilidad y demás necesarias para evitar las filtraciones hacia dichos terrenos». En definitiva, que el motivo no puede prosperar porque en punto al relleno de la balsa que es la pretensión finalista del motivo, tenía que partir de la constatación exacta de distancia de la finca del actor, que no consta declarada en la Sentencia ni se indica siquiera en el motivo, por lo que se carece de los datos, necesarios casacionalmente, para enjuiciar el supuesto error que se postula en ese particular.

El segundo motivo, por vía del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 590 del Código Civil por inaplicación, en relación con los artículos 348 y 349 del mismo texto legal y artículos 4, 11, 16 y 17 del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, invocado también en el motivo anterior, que igualmente fracasa por cuanto aun sin cita expresa en la Sentencia de las normas sustantivas que se dicen violadas por inaplicación en el motivo, lo cierto es que la adopción de las medidas de desecado y limpieza para que queden suficientemente aseguradas las condiciones de impermeabilidad y demás necesarias para evitar filtraciones hacia los terrenos del actor, comporta necesariamente la obediencia de la Sala *a quo* a dichos preceptos habida cuenta de los hechos perjudiciales comprobados y declarados en la Sentencia recurrida según se ordena en el primer párrafo *in fine* y segundo párrafo del artículo 590 del Código sustantivo ya citado, no siendo pertinente lo concerniente al relleno de la fosa, puesto que dada su gran extensión y no habiéndose indicado en el motivo primero la distancia exacta entre la propiedad del actor y la balsa y careciendo de declaración de la Sentencia al respecto, no pudo en buena hermenéutica aplicarse la normativa reglamentaria aludida en relación con el contenido inicial del primer párrafo del artículo 590 del Código Civil.

El cuarto motivo que por razones de metodología procesal se examina prioritariamente al tercero con el que tiene una relación causalista, descansa en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia contradicción en el fallo, con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en atención a que reconociéndose la existencia de contaminación en las aguas del pozo de la finca del actor por las filtraciones nocivas de la balsa de la finca de la demandada y concediendo incluso una indemnización por tal consecuencia, no se concibe la negativa de la Sentencia a conceder la obligación de hacer, consistente en la realización por la hoy recurrida de las labores de limpieza necesarias para restablecer las aguas del pozo a su pristino estado. En realidad la Sentencia deniega esta pretensión de la demanda fundada en que no se ha acreditado que las aguas fueran potables y en la falta de uso de esas aguas para consumo humano o animal, pero ello no puede ser obstáculo, obviamente, para que las aguas que han sido arteramente contaminadas, deban ser recuperadas en su estado de pureza natural, sean o no potables, y se consuman o no de hecho por el personal de la finca y los ganados del actor; razón ésta que pone de manifiesto esa contradicción denunciada que implica el éxito del motivo y casa-

ción parcial de la Sentencia, dado que el tercer motivo por el cauce del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con denuncia de infracción de los artículos 348 y 349 del Código Civil, en relación con el artículo 24-1.º de la Constitución, ha de prosperar automáticamente al haber sido estimado el motivo cuarto.

R. DE A.

## JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

*EXENCIONES. NO PROCEDE CONCEDER EXENCION CUANDO REQUERIDO EL CONTRIBUYENTE PARA QUE APORTE LA ESCRITURA OBJETO DE LIQUIDACION IMPUGNADA, NO LA APORTA, INCUMPLIENDO ADEMAS SU DEBER DE PROBAR LOS HECHOS NORMALMENTE CONSTITUTIVOS DEL DERECHO DE EXENCION PRETENDIDO (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1988).*

*Hechos.*—Se plantea la cuestión de si es o no procedente la exención por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de una compraventa otorgada a favor de una cooperativa, cuando requerida ésta no aporta los documentos que podían justificar su derecho.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Emilio Pujalte Clariana, estima no procedente la exención en base a la siguiente:

*Doctrina.*—Cuestionándose por el recurrente la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de una compraventa otorgada en favor de la entidad..., Sociedad Cooperativa, al amparo del artículo 65-I-5.º del texto de dicho Impuesto de 6 de abril de 1967 y el artículo 6.º, c), del Decreto de 9 de mayo de 1969, o, en su defecto, la improcedencia de la base liquidable estimada por la oficina gestora, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en providencia de 23 de abril de 1983, notificada el día 25 de agosto siguiente, requirió al recurrente para que aportase la escritura pública de compraventa origen de las liquidaciones y, asimismo, otra de constitución de hipoteca, en orden a la valoración de los bienes transmitidos, todo ello al amparo del artículo 92.2, en relación con el 132 y 133 del Reglamento de Procedimiento para dichas reclamaciones de 26 de noviembre de 1959, entonces vigente. El recurrente desatendió dicho requerimiento, por lo que el Tribunal Central hubo de expresar —considerando cuarto— «que la inaplicación de la exención... obedeció a que la oficina liquidadora estimó que incumplió el requisito al que acabamos de hacer referencia, atendida la calificación profesional de los socios en un expositivo de la escritura de adquisición del inmueble; apreciación que, como destaca el Tribunal Provincial en su resolución, no ha sido desvirtuado por la cooperativa, ni tampoco ha dado ocasión a que pueda formar juicio este Tribunal Central, ya que no ha cumplimentado el requerimiento que se le ha hecho para que presentara copia de dicha escritura, incumpliendo con ello, además, su deber, expresado en el artículo 114 de la Ley General Tributaria, de probar los hechos normalmente constitutivos del derecho de exención pretendido, máxime cuando para ello fue expresamente requerida por este Tribunal haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 99.2, en relación con los artículos 132 y 133 del citado Reglamento de Procedimiento de 1959».

Del propio modo, en esta vía jurisdiccional, la Sala de instancia hubo de expresar en su considerando segundo que «a pesar de que, desde un principio, en vía administrativa y económico-administrativa se viene aduciendo para su denegación la falta de dicho acreditamiento, ni siquiera se solicitó el recibimiento a prueba en este proceso, aunque tardíamente, se pretende subsanarlo en trámite de alegaciones; por todo ello, dado que los documentos que pretende se solicitan para mejor proveer por esta Sala, caso de existir, siempre han estado a disposición de la parte actora, no se estima procedente hacerlo de oficio por este Tribunal, con lo que, incumbiendo la prueba de los mencionados hechos constitutivos de la relación jurídica debatida a la entidad, hoy recurrente, al no haberlo efectuado, no es posible aplicar la norma jurídica exencionadora del tributo a aquella que lo alega, doctrina implícita en el artículo 1.214 del Código Civil y en el artículo 114 de la Ley General Tributaria».

Frente a ello, la apelante invoca en esta alzada que uno de los documentos solicitados no se halla en su poder, a lo que no obsta, tratándose de documentos notariales, que, en las fases probatorias de que ha dispuesto así en la vía económico-administrativa como en la primera instancia de esta jurisdicción, hubiera procedido en la forma que señalan los artículos 597 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria a tales procedimientos con arreglo al artículo 115 de la Ley General Tributaria y la disposición adicional sexta de la Ley reguladora de esta jurisdicción.

Resulta, pues, de lo que antecede que la Sentencia apelada se ajusta a Derecho, sin que frente a ella puedan prevalecer los razonamientos aducidos en esta instancia.

***PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA. TRIBUTA POR EL CONCEPTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS, SIENDO SUJETO PASIVO EL PRESTATARIO (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1988).***

*Hechos.*—La Delegación de Hacienda de Navarra gira a cierta entidad liquidación por el concepto de actos jurídicos documentados sobre la base de una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 29 de septiembre de 1984.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Emilio Pujalte Clariana, entiende correcta la liquidación practicada, en base a la siguiente:

*Doctrina.*—Trasunto del viaje Impuesto del Timbre, de tan significativa influencia histórica, el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados grava en la actualidad «los documentos» notariales y mercantiles (ya que los documentos administrativos quedaron generalmente exceptuados por el artículo 2.º del Real Decreto-ley de 14 de marzo de 1986 y los documentos judiciales por el artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre siguiente), entendiéndose por documento el soporte escrito con el que se prueba, acredita o hace constar alguna cosa.

Tratándose de documentos notariales, reviste dos modalidades impositivas representadas por cuotas fijas o cuotas variables (art. 27.2 del Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el art. 38.2 del Reglamento de dicho Impuesto, aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre), en razón «a que el documento que se

formalice, otorgue o expida tenga o no por objeto cantidad o cosa valuable, en algún momento de su vigencia». A tenor de los artículos 31.2 del Texto Refundido y 42.2 del Reglamento, la cuota variable exige: *a)* Que se trate de primeras copias de escrituras y actas notariales; *b)* que en unas y otras se contengan actos o contratos; *c)* que tales actos o contratos no estén sujetos al Impuesto sobre Sucesiones o Donaciones, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas ni al que grava las operaciones societarias, y *d)* que los actos o contratos contenidos en tales primeras copias de escrituras y actas sean «inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial».

Segundo: En el presente pleito la apelante está de acuerdo que se cumplen las condiciones previstas en los anteriores apartados *a)*, *b)* y *d)*, pero discrepa en cuanto que el documento notarial liquidado reúna la circunstancia prevenida en el apartado *c)*, es decir, que no se halle sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Aun cuando son muy ciertos los razonamientos que se formulan en torno a que, en principio, los actos y contratos que se contienen en el documento público se hallan sujetos al mencionado Impuesto y que si éste no se devenga es en razón a que, por constituir una actividad mercantil habitual de una de las partes, la sujeción se opera respecto al Impuesto sobre Tráfico de Empresas, en virtud de lo que estableció inicialmente, la Ley de Reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1964, posteriormente recogió el artículo 62 del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 6 de abril de 1967 y, más tarde, se estableció en el artículo 7.º-5 del Reglamento para su aplicación de 29 de diciembre de 1981, debe detenerse la atención en que, cualquiera que sea el origen histórico y la fundamentación teleológica del distinguo tributario, en todos los preceptos se expresa literalmente que «no estarán sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales» los referidos actos constitutivos del tráfico habitual de las empresas, y es, precisamente, la no sujeción a éste («... y no sujetos... a los conceptos comprendidos en los números 1 —transmisiones patrimoniales— y 2 del art. 1.º de esta Ley», dice el art. 31 2) lo que determina la aplicación del gravamen del 0,50 por 100 en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Puesto en relación lo que antecede con el artículo 24 de la Ley General Tributaria en cuanto impide extender más allá de sus límites estrictos la interpretación de la norma tributaria respecto a la determinación del hecho imponible, las exenciones o bonificaciones, resulta evidente que la Sentencia apelada se ajusta a Derecho en este aspecto.

La segunda cuestión que propone la apelante, relativa a que, en su caso, el sujeto pasivo del Impuesto sería el banco acreedor, es también lo cierto que el documento liquidado contiene el otorgamiento de un préstamo, como negocio jurídico principal, al que se yuxtapone en garantía del mismo una constitución de hipoteca, resultando sujeto obligado al pago el prestatario, no ya por la determinación concreta del artículo 8, *d)*, del Reglamento citado, sino por la que señalan los artículos 30 del Texto Refundido de la Ley y 41 de su Reglamento, pues no cabe duda que el negocio jurídico principal es el de préstamo (del que la hipoteca es un negocio jurídico accesorio de garantía) y el beneficiario de aquél, en cuyo interés se formalizó, es la apelante.

*ADOPCIÓN. LEGISLACION FISCAL APLICABLE SEGUN LA FECHA EN QUE SE EFECTUO (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1988).*

*Hechos.*—La cuestión de fondo se reduce a determinar si a todas las adopciones realizadas antes de 1 de julio de 1964 —fecha de la vigencia de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio del mismo año— les es aplicable la regla 5.ª del artículo 184 de la mencionada Ley y, por consiguiente, el número 3 de la Tarifa del Impuesto General sobre Sucesiones, número que concierne a la sucesión entre descendientes y ascendientes por afinidad —tesis de los órganos de gestión y reclamación de la Administración Fiscal—, o si, de otro modo, las adopciones anteriores a la Ley de 24 de abril de 1958 —modificativa de los correspondientes artículos del Código Civil— cuando por las condiciones establecidas en la preceptiva escritura pública puedan asimilarse a las adopciones plenas según esa posterior regulación, deben tener el beneficioso tratamiento fiscal que a éstas concede el artículo 133.13.2.º de la antedicha Ley de Reforma Tributaria, con aplicación, por tanto, del número 2 de la indicada Tarifa, que respecta a la sucesión en favor de ascendientes legítimos —tesis del recurrente.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Emilio Pujalte Clariana, se muestra partidario de que la liquidación por el Impuesto sobre Sucesiones se haga aplicando la Tarifa del número 3 del Texto Refundido de 1967, en base a la siguiente:

*Doctrina.*—Primeramente: La cuestión previa que subyace en el presente recurso y de cuya decisión depende el ulterior régimen aplicable a la controversia planteada, no es otra sino la de decidir en torno a la autonomía o subordinación de la norma tributaria respecto de la norma común. No es este el caso —por demás, frecuente— en que la norma tributaria remite al ordenamiento común para la tipificación de hecho jurídico, tipificación que se constituye en hecho imponible; sino de los supuestos donde el hecho jurídico y el hecho imponible construyen de una manera distinta una misma institución.

Tal ocurre en el caso que se enjuicia. Ateniéndose a la fecha de fallecimiento de la causante —25 de abril de 1979— que, indudablemente constituye el momento en que se defiere la herencia (arts. 657 y 989 del Código Civil) y en el que se devenga el Impuesto de Sucesiones, regía el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de dicho Impuesto, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, cuyo artículo 29 así lo establece. Contiene el mencionado Texto Refundido una disposición transitoria 4.ª, según la cual: «Serán de aplicación el número 3 y, en su caso, la letra c) del número 8, de la Tarifa del Impuesto General de Sucesiones a los ascendientes y descendientes, por adopción, cualquiera que sea la edad que tuvieran estos últimos, al tiempo de otorgarse la escritura pública de adopción, cuando la fecha de esta sea anterior a 1 de abril de 1945. Los mismos números de la Tarifa serán de aplicación a las adopciones realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958, y a aquellas en la que el adoptado fuere menor de treinta años al tiempo de otorgarse la escritura pública de adopción y la fecha de esta anterior a 1 de julio de 1964». Resulta incuestionable que concurren estas últimas circunstancias; la escritura pública de adopción se otorgó el 17 de agosto de 1946 —antes, por tanto, de la Ley de 1958—, pero, además, la adoptada tenía veinticinco años al tiempo de la adopción (según el testimonio del Auto dictado por el Juez de Primera Instancia de los de Madrid) y la escritura se otorgó antes de 1 de julio de 1964. Resulta, por tanto, evidente que, con arreglo a la Ley Tributaria, la sucesión de doña... en favor de su hija adoptiva, doña...

debía liquidarse con arreglo al número 3 de la Tarifa del Impuesto sobre Sucesiones relativo a «sucesiones entre ascendientes y descendientes por afinidad»; de no haber existido la adopción, le hubiere correspondido, como colateral de tercer grado, el número 5 de la Tarifa, más oneroso para el heredero.

Segundo: Sabido es que, en el orden sustantivo, la adopción ha sufrido importantes cambios, que pueden concretarse en las siguientes etapas: *a)* Normas originarias del Código Civil; *b)* modificación por Ley de 24 de abril de 1958; *c)* modificación por Ley de 4 de julio de 1970; *d)* modificación por Ley de 13 de mayo de 1981, y *e)* modificación por Ley de 11 de noviembre de 1987.

De esta forma, resulta que la adopción que nos ocupa fue otorgada bajo la vigencia de la redacción primitiva del Código Civil (17 de agosto de 1946), que subsistió hasta 1958; en tanto que el fallecimiento de la adoptante —y, con él, la delación de su herencia— tuvo lugar (25 de abril de 1979) bajo la vigencia de la modificación introducida en el Código Civil por la Ley de 4 de julio de 1970, que subsistió hasta 1981.

En su redacción originaria, el Código Civil disponía (art. 177) que «el adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, el adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero». Y, en efecto, doña... había instituido heredera testamentaria a su sobrina, doña..., en 1941, sin que en la escritura de adopción se contenga disposición sucesoria alguna.

La Ley de 24 de abril de 1958, al regular la adopción, distinguió entre adopción «plena» y «menos plena» (art. 172), y, en relación con esta última (puesto que la primera estaba reservada a la realizada por ambos cónyuges o por los viudos, según el art. 178), dispuso que «el adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante» (art. 180). Consecuente con ello, el Texto Refundido del Impuesto de 1967 distinguió entre «adoptantes y adoptados plenamente» que tributan (art. 42) por número 2 de la Tarifa correspondiente a ascendientes legítimos, y «adopción menos plena» que tributa (art. 42) por el número 3 de ella relativo a ascendientes y descendientes por afinidad. La adopción plena y menos plena de la Ley de 1958 pasó a denominarse adopción «plena» y adopción «simple» en la Ley de 4 de julio de 1970. Respecto a esta última, dispuso que «el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural» (art. 180).

De esta forma se llega a la cuestión central del debate; con arreglo al artículo 42 y disposición transitoria 4.<sup>a</sup> del Texto Refundido del Impuesto, la adopción menos plena o simple tributa por el número 3 de la Tarifa, como herencia entre ascendientes y descendientes por afinidad; con arreglo a la modificación sustantiva de la adopción de 1970, la adopción simple atribuye la misma posición hereditaria que la de los hijos naturales reconocidos. Si se concede a esto último trascendencia en el campo tributario, desde el momento que los hijos naturales reconocidos, según el artículo 41 del Texto Refundido del Impuesto, tributan con arreglo al número 2 de la Tarifa, que se refiere a los ascendientes legítimos, este mismo tratamiento habrá que aplicar al adoptado simple.

Tercero: Con arreglo al artículo 9.I. *b)*, de la Ley General Tributaria los tributos se regirán, cualquiera que sea su naturaleza y carácter, por sus leyes propias, y los términos empleados en ellas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, en tanto no se definan por el ordenamiento tributario (art. 23.2),

del que tienen carácter supletorio los preceptos del Derecho común (art. 9.2). Consecuente con lo anterior, el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 6 de abril de 1967, dispone en su artículo 1.º que el Impuesto General sobre Sucesiones se regirá por los preceptos de esta Ley y se exigirá según las Tarifas adjuntas.

Significa lo que antecede que, salvo los casos expresos de remisión o los de aplicación supletoria de normas comunes, el ordenamiento tributario tiene sustantividad propia e independiente de aquél, por lo que, en ocasiones, una misma institución jurídica recibe distinto tratamiento en uno y otro. Concretamente, en el caso que se enjuicia, el hecho de que el artículo 180 del Código Civil, en la redacción que le dio la Ley de 4 de julio de 1970, dispusiera que el hijo adoptivo ocupará en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos, no puede modificar la calificación fiscal que, a efectos del Impuesto General sobre Sucesiones otorga el artículo 42 y la disposición transitoria 4.ª de su Ley y Tarifas reguladoras en cuanto los asimila —naturalmente, a sus solos efectos— a los ascendientes y descendientes por afinidad.

Cuarto: A mayor abundamiento, la cuestión que aquí se plantea ya fue abordada y resuelta por esta Sala en su Sentencia de 18 de diciembre de 1971, donde se expresa: Que la solución viene dada por lo dispuesto en la regla quinta, párrafo segundo, del artículo 184 de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, determinante del régimen de Derecho transitorio para la aplicación del Impuesto de Sucesiones a estos casos, luego repetida en la disposición transitoria 4.ª del Texto Refundido del mismo Impuesto, que es precisamente la que aducen como fundamento de sus resoluciones los órganos de la Administración Tributaria y a cuyo tenor serán de aplicación el número 3 y, en su caso, la letra c) del número 8 de la Tarifa de dicho Impuesto, cuando el adoptado fuera menor de treinta años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción y la fecha de ésta anterior al día de entrada en vigor de esta Ley, supuestos que concurren ciertamente en este caso; sin que pueda válidamente alegarse, como el recurrente hace, que la adopción de que fue sujeto se halla asimilada a la adopción plena de la regulación vigente en el momento en que la sucesión fue abierta por haberse llevado a cabo con los máximos efectos permitidos por la legislación entonces en vigor, ya que tal asimilación viene absolutamente contradicha por los artículos 23 y 24 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, con un alcance que ha sido precisado por unánime doctrina jurisprudencial de esta Sala, en cuanto se remiten para la interpretación de las normas tributarias a los criterios admitidos en Derecho y en cuanto prohíben la admisión de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones.

C. M. A.

INFORMACION  
BIBLIOGRAFICA



## INFORMACION BIBLIOGRAFICA

VATTIER FUENZALIDA: *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1986.

### a) Presentación general del libro

Hay libros de lectura y libros de estudio. El libro del Profesor VATTIER es un libro de estudio; exige una gran atención desde las primeras líneas, y yo creo, incluso, que su lectura exige también una cierta formación. El autor no expone linealmente la institución (concepto, historia, naturaleza y régimen jurídico —la sistemática clásica se utiliza sólo en la exposición de los capítulos IV y V—), sino que estudia la representación desde una particular preocupación epistemológica sobre el significado y fundamentación del Derecho sucesorio

A esta preocupación responde su, a primera vista, chocante ordenación sistemática. El libro se inicia con una presentación general del tema en el capítulo I, le sigue la reconstrucción dogmática del derecho de representación siguiendo las pautas de la moderna doctrina italiana (capítulo II), y tras un capítulo III de transición (evolución y Derecho comparado), los capítulos IV y V se dedican a la exposición de la doctrina española, con un estilo clásico y castaño. Tras la lectura atenta del libro del Profesor VATTIER, el lector queda impactado por la descompensación que existe entre la profundidad del discurso epistemológico jurídico de los capítulos II y III, y la presentación mucho más descriptiva de los capítulos IV y V, en donde, por otra parte, se trata, desde perspectivas distintas, casi los mismos temas. La exposición circular es de una gran modestia, y lo más seguro es que a través de ella se encubre en ropaje tradicional un ambicioso intento de reconstrucción de los fundamentos del Derecho sucesorio. El Profesor LACRUZ dice en el prólogo que la obra es «preponderantemente descriptiva», y por ello no requiere la espina dorsal de una línea teórica, afirmación sumamente discutible, pues a mí, por el contrario, me parece que atisba una profunda crítica de lo que el Profesor VATTIER llama «el viejo dogma de la voluntad en el campo de la sucesión *mortis causa»* que responde a «una superada visión antropomórfica del Derecho objetivo» (pág. 186). Voy a exponer brevemente las ideas del libro recensionado siguiendo la sistemática del propio autor.

### b) Capítulo I. *Presupuestos*

Tras unas consideraciones generales (reforma de 1981, pretendida excepcionalidad de la figura, tendencias amplificadoras), se plantea el autor el problema de *sistemática*. Se refiere a la tendencia a situar la representación en la parte general del Derecho sucesorio (pues actúa tanto en la sucesión testada como en la intestada, y por tratarse pretendidamente de un particular tipo de vocación); el autor, sin embargo, entiende que su colocación sistemática en la sucesión legal

es coherente con la estructura del instituto, como llamamiento directo por ley a título universal de heredero. También es partidario de conservar la *denominación* acuñada por la tradición que es expresiva del fenómeno, aunque recuerda que nada tiene que ver con la representación en sentido técnico, pues el representante actúa en nombre propio y no sucede al representado (ni siquiera hay una sustitución vulgar *ex lege*).

La representación general del capítulo I da ocasión al autor para exponer el concepto de vocación hereditaria y el funcionamiento *ex lege* del instituto (aunque critica, a mi juicio sin auténtica convicción, la tesis de NICOLO de considerar la vocación legal título único aun en la sucesión testada, tesis por cierto muy extendida en Italia: Cfr. PEREGO, en el *Trattato de diritto privato diretto da Pitro Rescigom*, vol. 5, Torino, 1982, págs. 97 y sigs.). Considera el Profesor VATTIER que la vocación es el vértice alrededor del cual gira el fenómeno sucesorio —*prius* lógico de la delación—, y que la apertura de la sucesión es algo distinto de la muerte (desde la perspectiva, tesis de NICOLO, de que no hay auténtica «continuidad» sucesoria). Tras la exposición de los conceptos de apertura, vocación, delación y designación, concluye que el derecho de representación no se puede explicar cómo una especialidad en la vocación o delación (tesis de vocación y delación indirectas que se critican más en detalle en el capítulo IV). La representación es un tipo especial de sucesión legal, que el Profesor VATTIER llama sucesión indirecta, a cuya explicación dedica en detalle el capítulo siguiente.

#### c) Capítulo II. *La sucesión indirecta*

La doctrina anterior a la codificación, tesis que influye en la redacción del Código, considera la representación una excepción al principio de proximidad en grado, pero esta tesis ya fue criticada en la pandectística (por ejemplo, GLUCK). No hay tampoco en la representación una sustitución legal de personas (concepción subjetiva tradicional remozada, por ejemplo, BETTI, CARRARO, COVIELLO), pues —y esta crítica sirve para ambas posturas— el representado nunca llega a heredar (así no responde el representante de las deudas del representado: Sentencia de 25 de abril de 1905) y la representación no sólo es sustitución de personas, sino también fijación del *quantum*: división por estirpes (lo fundamental, art. 926 Código Civil), obligación de colacionar (art. 1.038 Código Civil). El representante sucede de modo directo en un tipo sucesorio particular, distinto del intestado, que atiende tanto al sujeto (sustitución personal) como al objeto de la sucesión (fijación del *quantum*: unidad de la estirpe y colación). El capítulo se cierra con una exposición crítica de la exégesis de la doctrina española sobre el artículo 924 del Código Civil.

En este capítulo II el derecho de representación se explica desde sus connotaciones epistemológicas. El concepto de representación se desarraiga sistemáticamente tanto de su historicidad (que se expone en el capítulo III), como de las construcciones y preocupaciones de la doctrina española (capítulos IV y V), la razón de esta curiosa ruptura sistemática es seguramente, como ya apuntaba, evitar una crítica frontal de la doctrina española que está aún anclada en una visión estrictamente subjetivista en la configuración de la institución.

#### d) Capítulo III. *Evolución y Derecho comparado*

El autor afirma que no aspira a la reconstrucción erudita de la historia (pág. 119), y efectivamente este capítulo está centrado en el análisis detallado y

en profundidad de la representación en la legislación revolucionaria, Código de Napoleón, BGB y Códigos italianos de 1865 y 1942. El libro no pretende hacer un estudio en profundidad de la representación en el Derecho histórico español, seguramente porque ello exigiría un estudio completo de todo el régimen histórico de la sucesión intestada al que la representación está sustancialmente ligada.

Sin embargo, no falta un discurso propiamente histórico con importantes sugerencias en lo que se refiere a la concepción histórica de la familia y el parentesco. Históricamente la representación está ligada a la noción de sucesión de la estirpe. La existencia de la representación es dudosa en la Alta Edad Media —sistema sucesorio centrado en la continuidad de la casa— por tratarse de un instrumento de fraccionamiento de la propiedad propio de sistemas más desarrollados. La representación se introduce tímidamente primero en la línea recta descendente y sólo posteriormente y con limitaciones en la colateral. En los Fueros castellanos se excluye la representación en el llamamiento a los colaterales (Fuero Juzgo, Fuero Real, Fuero Viejo de Castilla), también en los Fueros de Aragón, Navarra y Vizcaya. Las Partidas reciben el sistema Justineano de representación en la línea recta descendente, y también en la colateral, aunque, en opinión del Profesor VATTIER, en la colateral sólo en el tercer grado y siempre que concurren sobrinos con hermanos, pues si no los ascendientes excluyen a los sobrinos.

Yo, que he realizado una pequeña investigación histórica sobre este punto, creo que esta última opinión generalizadora es francamente dudosa. En las Partidas, los ascendientes son llamados con los hermanos conjuntamente (sin que ello implique la exclusión de la representación) y sólo en la Ley 7 de Toro se establece la preferencia de ascendientes sobre colaterales. En el Derecho común la sucesión de los descendientes en línea recta es siempre por estirpes, lo que implica que los nietos heredan por representación aunque no concurren con sus padres (opinión que aún se mantiene generalizada en la época anterior a la codificación GUTIÉRREZ los nietos sólo heredan por cabezas si todos los ascendientes de grado anterior renuncian a la herencia, pues si premueren hay representación, y aun en la estirpe única). La Ley 8 de Toro establece la preferencia de los sobrinos en el tercer grado aunque no haya hermanos porque heredan por estirpes, pero aquí el concepto de estirpe no significa un modo de reparto, sino la preferencia de los sobrinos sobre los tíos en el tercer grado de la línea colateral; COVARRUBIAS y el propio GÓMEZ afirman claramente que los sobrinos heredan por cabezas si no concurren con hermanos, y ambos explican la preferencia de sobrinos sobre tíos en el tercer grado porque «aun en los colaterales se contempla más próxima la descendencia que la ascendencia». Se trata evidentemente de un pequeño inciso histórico, que viene a contemplar el trabajo del Profesor VATTIER, y que mi vanidad de descubridor de un pintoresquismo no ha podido dejar de insertar aquí. En mi opinión, en el Derecho histórico, la representación no tiene el sentido de excepción al principio de proximidad en grado que le atribuye la codificación, porque en el Derecho histórico la proximidad en grado no define la proximidad en el parentesco. La representación es en el Derecho histórico un sistema sucesorio que toma en cuenta el concepto de estirpe como un concepto legal definitorio de la proximidad del parentesco, es por ello parte integrante e inseparable del sistema sucesorio intestado. A través de la teoría de la ficción legal, en la codificación (POTHIER, DONELLUS), se pierde la noción clásica de estirpe y se afirma que los nietos y sobrinos sólo heredan por representación cuando concurren con sus padres, heredando en otro caso por cabezas, y se pierde

también la noción de que los sobrinos excluyen a los tíos en el tercer grado de la línea colateral, o el sistema de sucesión por estirpes de los sobrinos (aunque se trate de estirpe única). El dogmatismo del principio de proximidad en grado hace concebir la representación como excepción, desde una visión subjetivista e individualista del sistema sucesorio intestado.

e) Capítulo IV. *Construcción dogmática*

El autor que en los capítulos anteriores ha estado muy atento a las cuestiones epistemológicas y políticas en la consideración del concepto de sucesión por representación (capítulo II) y en las discusiones de la codificación europea (capítulo III), vuelve aquí a una exposición clásica, que yo me atrevería a llamar «castañiana». Se hace en este capítulo una exposición lineal del derecho de representación (concepto, fundamento, naturaleza jurídica, distinción de figuras afines), centrado sobre todo en la doctrina española, aplicando la configuración dogmática adoptada en el capítulo II, pero que se evita exponer en un tono dialéctico con la doctrina constituida. Pero no se trata sólo de mera repetición de ideas anteriores. Resulta especialmente brillante el discurso sobre el fundamento del derecho de representación. Tras examinar las tesis que fundamentan la institución en la voluntad presunta del causante, la equidad y la protección de la familia, constata que no son incompatibles entre sí y que suponen simplemente trasladar al derecho de representación las justificaciones genéricas de la sucesión intestada. Por ello, para justificar la representación, recurre el autor (pág. 188) a la distinción entre vínculo de parentesco —vínculo de sangre— y grado más próximo; la representación es una manifestación de la configuración legal del parentesco que no se agota en el dogma de la proximidad del grado, y que se explica también por la protección de la generación más joven. En la justificación de la obligación de colacionar (art. 1.038), observa que se tiene en cuenta el interés de los demás llamados a la sucesión del causante que no pueden ser perjudicados por el llamamiento al representante. Finalmente, se refiere la finalidad práctica de política legislativa de división de la herencia que viene favorecida por la representación.

f) Capítulo V. *Condiciones de actuación*

Históricamente la noción de estirpe justificaba la regla *viventis non datur representatio*, hoy en día se extiende la aplicación del derecho de representación a la indignidad y desheredación y no a la renuncia, aunque hay una fuerte corriente doctrinal favorable también a la extensión de la representación a la renuncia (que el autor parece también considerar con simpatía). Estima el Profesor VATTIER que hay representación en los supuestos de estirpe única (descendientes del hijo único premuerto), pero no en la línea colateral, pues la aplicación de la representación en este caso exige que concurren a la sucesión al menos un hermano del causante.

Recoge también ampliamente el Profesor VATTIER el debate sobre la extensión de la representación a la sucesión testada (excluida en la Sentencia de 6 de diciembre de 1952, que admite la representación sólo en la sucesión intestada y en la legítima), se muestra el Profesor VATTIER contrario a la extensión de la representación a la sucesión testada considerando que se trata de un debate atormentado pero estéril, pues se realiza en el entorno de la concepción errónea de la representación como simple sustitución *ex lege*. Discrepo yo en este punto,

y considero que la representación se debe aplicar también a la sucesión testamentaria, aunque no por las razones habituales, sino por estimarla sucesión testamentaria una mera especialidad de la sucesión legal, que debe interpretarse y aplicarse según los criterios de ésta. El tema se plantea, bajo otra perspectiva, en el Derecho histórico durante el estudio de las «condiciones tácitas» en el testamento (Partidas 6, 4, 10). «Si algún testador que tuviese dos hijos, ambos legítimos o naturales, estableciese en su testamento que el que muriese primeramente el otro que fincase vivo heredase los bienes del muerto. Ca si este que muriese dejase hijos, ellos deben heredar los bienes de su padre... Porque siempre se entiende por derecho, aunque el padre no lo diga paladinamente, que muriendo el uno e dejando hijos, que el otro hermano que finca vivo no debe heredar lo suyo; mas los hijos del muerto lo deben haber.» El texto, pues, tomado del *Digesto*, califica de condición tácita la representación en la sucesión testada dentro de la familia, la calificación es discutible (es evidente que no se trata propiamente de una condición), pero el texto es una evidencia indiscutible de una interpretación legal de las cláusulas testamentarias aun en nuestro Derecho histórico, en favor de la aplicación de los principios de la representación a la sucesión testamentaria; con todo, la representación en la sucesión testada se da sólo en el ámbito de la familia legítima, no en la institución hereditaria por extraños.

Analiza también en este último capítulo el Profesor VATTIER la relación entre el derecho de representación y la legítima. Se estudia en profundidad la reforma de 1981 (art. 814 Código Civil) que evita la preterición de los descendientes ulteriores en la hipótesis de la premoriencia del descendiente del causante. Y, finalmente, el libro se cierra con una referencia a la aplicación de la representación a la reserva lineal.

En conclusión, estamos de enhorabuena. En España se publican hoy en día algunas de las mejores monografías de la ciencia jurídica europea. El libro del Profesor VATTIER está destinado a convertirse en un clásico de la doctrina española. El libro profundiza en los principios epistemológicos fundadores del Derecho civil, y despega de la dieciochesca consideración de la voluntad del testador como ley de sucesión y del derecho sucesorio como un derecho fundado en la «presunta» voluntad del causante. La lectura del libro no es fácil, porque la ordenación sistemática y la exposición no es la clásica más que en los dos últimos capítulos, centrados los dos capítulos centrales II y III en profundizar, realizando una introspección dogmática del derecho de representación, en los fundamentos del Derecho sucesorio. En definitiva, se trata de un libro que además de analizar exhaustivamente una institución de Derecho civil, sabe situar a la misma en el Derecho sucesorio y en los problemas dogmáticos y epistemológicos del mismo, labor poco habitual en los civilistas y que demuestra que el autor, además de manejar con soltura los conceptos jurídicos, tiene una auténtica y profunda formación humanista.

JOSÉ A. ÁLVAREZ CEPEROCHIPI

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1988. Un tomo de 152 páginas.

Si los juristas clásicos romanos resucitaran por un momento y pudieran ver cómo ha evolucionado su concepto del dominio, se llevarían una impresión tan

de infarto que les proporcionaría un fulminante e inmediato regreso al otro mundo.

La concepción aquella de la propiedad se proyectaba, todos lo sabemos, en sentido vertical desde el suelo hasta el infinito y, hacia abajo, hasta los mismísimos «inferos»; sus facultades de disfrute eran prácticamente ilimitadas y, además, lo eran «para siempre», sin limitación en el tiempo.

Ahora, las restricciones legales y administrativas son innumerables; de las fiscales no hablemos, pues ahí está la reciente muestra de esa extraña ley que castiga con las más estrafalarias penas del infierno a aquellos que enajenando bienes a título oneroso pueden verse gravados con una anormal imposición propia de transmisiones gratuitas, en virtud de presunciones mucho más gratuitas aún.

Pero no íbamos por ahí, sino a reseñar la poda de la propiedad en sus proyecciones verticales. Porque frente a la vivienda edificada sobre un suelo firme y con tejado propio, ahora tenemos la propiedad horizontal, con suelo y techo ajenos, que ha llegado a constituir el tipo normal de la vivienda en las zonas urbanas, dada la carestía del suelo.

Y encima... las ciencias adelantan que es una barbaridad, que dirían los achulados personajes de la zarzuela. Porque, frente a la propiedad, ya clásica u horizontal, pero por siempre y para siempre, ahora nos surge la propiedad temporal, a tiempo compartido o multipropiedad, que con todos esos motes se la va conociendo poco a poco.

Va siendo una realidad creciente en las zonas turísticas y en su evolución veremos si llega a extenderse a otros supuestos distintos.

El caso es que, a falta de ley que la regule en España, la doctrina ha de ir elaborando su construcción y ya han aparecido algunos meritísimos trabajos. Pero junto a las puras disquisiciones teóricas están las más imperiosas necesidades que se presentan en la práctica y que han de afrontar inaplazablemente los profesionales juristas, buscando las soluciones más adecuadas.

El libro que presentamos recoge la Ponencia que defendió en la III Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Palma de Mallorca, el Notario de dicha capital Eduardo MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, en la que queda clara su altura doctrinal. La preocupación constante del autor por las cuestiones profesionales la vemos reflejada en el *Boletín del Colegio Notarial de Baleares* y sus trabajos llegan hasta nosotros a través del boletín *Lunes 4,30*, de los Registradores de la Propiedad valencianos, con los que tiene un pacto de «mutua rapiña», como ellos dicen donosamente.

Esta Ponencia, lo hemos dicho, reúne una doble cualidad que la hará muy apreciable a los profesionales: gran altura doctrinal y una indudable utilidad. Por ello es lógica su edición y hay que agradecerse a la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, pues con ello facilitará unas consultas que han de ser cada vez más frecuentes.

El libro está dividido en tres grandes partes, refiriéndose en la primera a la multipropiedad en general y dedicando la segunda al estudio de la multipropiedad en España.

### *Primera parte*

Comienza su estudio constatando que la propiedad es una de las instituciones que más se han transformado y que habrá de mutarse aún más. Si el problema de la vivienda dio lugar a la propiedad horizontal, el mundo sigue girando, dice

el autor, y los humanos seguimos inventando nuevas necesidades, pues ya no nos conformamos con un piso u hogar familiar, sino que deseamos otro donde pasar las vacaciones. Y como no está al alcance de todos los bolsillos tener un piso en la ciudad, un chalé en la playa y otro en una estación invernal, ha sido preciso recurrir a otra solución y ésta es la multipropiedad.

Recoge más de una docena de definiciones que quieren dar idea de su contenido y termina diciendo que el denominador común de estas definiciones reside en el facto tiempo. El *ius utendi* se distribuye en la multipropiedad entre titulares por períodos de tiempo.

La terminología es también abundante. MARTÍNEZ-PIÑEIRO hace una colección de expresiones utilizadas para calificar este fenómeno en los diversos países. En España se emplean multipropiedad, propiedad concretada a períodos de tiempo, propiedad de temporada, propiedad periódica, propiedad cuadrimensional, propiedad horizontal por períodos, propiedad por turnos, propiedad por tandas, propiedad de tiempo compartido...

Tras unas breves pinceladas sobre antecedentes —escasísimos— el autor expone un completo abanico de su regulación en Argentina, Bélgica, Estado Unidos de América, Francia, Grecia, Italia, Portugal, Gran Bretaña y Suiza.

### Segunda parte

Dice MARTÍNEZ-PIÑEIRO que nuestro sol y nuestras playas atraen a los turistas que nos invaden con sus peculiares hábitos y los inversores que lo hacen con sus propias técnicas, entre éstas las jurídicas; y una de estas novedades es la multipropiedad, que está alcanzando un gran desarrollo en las zonas turísticas.

Constatada la realidad de esta figura en España, los autores discuten sobre su naturaleza jurídica. Mientras para unos es un derecho personal (simple pacto entre cotitulares, sociedad de diversos tipos), para otros es un auténtico derecho real en cuanto que reúne las condiciones de ser inmediato y absoluto. Dentro del último grupo hay diversas construcciones: Como derecho real limitado o restringido, que debe configurarse como servidumbre; como propiedad dividida o comunidad *pro diviso* o como verdadero *pro indiviso*. Esta última parece ser la opinión que acepta el autor, diciendo que encaja dentro del marco general de la comunidad por cuotas de tipo romano, si bien tipificada por una serie de notas (origen, duración, fines, organización), que nos permiten calificarla de comunidad atípica, aunque dentro del indicado marco de la comunidad *pro indiviso*. Y advierte que si, además, la multipropiedad se sitúa dentro de una propiedad horizontal, como es lo más frecuente, puede surgir una comunidad dentro de otra comunidad. Echemos nuestro cuarto a espadas y sin saber si será una «machada», se nos ocurre que, efectivamente, dentro de la comunidad porcentual de la propiedad horizontal, puede existir otra comunidad atípica, no por cuotas centesimales, sino por tramos temporales, que es la multipropiedad.

Estudia el autor después la estructura de la multipropiedad analizando los elementos personales y sus diversos supuestos, los reales y los formales, siguiendo el orden castaliano

Nos dice MARTÍNEZ-PIÑEIRO que carente de regulación legal esta figura en España, el nacimiento, adquisición y disciplina de la multipropiedad han de ser por el momento forzosamente convencionales y artesanales, y aquí es donde la intervención notarial ha de resultar decisiva. Así, cuando el promotor decida vender apartamentos en este régimen, habrán de redactarse los pertinentes Estatutos en los que se regulen los detalles necesarios para el desarrollo normal

de la comunidad temporal. La opinión de los autores es conforme en que estos Estatutos deben inscribirse en el Registro de la Propiedad. Por analogía con la propiedad horizontal forman un todo unitario que afectará en consecuencia a los terceros.

El contenido de la multipropiedad se puede concretar en la posesión, uso y disfrute, conservación, disposición y administración por los multipropietarios del apartamento en cada uno de sus períodos respectivos y que el autor contempla detalladamente, así como el momento de la extinción de la comunidad y sus consecuencias.

Dado que el más frecuente titular de estas propiedades especiales es foráneo, hace MARTÍNEZ-PIÑEIRO una notable aportación al tema de las inversiones extranjeras en sus diversos aspectos, con especial referencia al célebre fraude inmobiliario, como «sambenito» que algún mister nos quiso colocar, cuando se ha aclarado que lo más numerosos timadores son entidades formadas por no españoles, precisamente.

### *Tercera parte*

Termina el libro con un sustancioso apartado dedicado a las soluciones notariales al fenómeno de la multipropiedad, donde el autor concreta sus conclusiones.

En primer lugar, la necesidad de una normativa concreta y específica donde se precise y regulen los elementos y el contenido. Y mientras tanto, los Notarios seguirán asesorando y construyendo el entramado de esta figura que poco a poco vamos recibiendo.

Constituye un acierto, repetimos, la publicación de esta completa Ponencia que contiene una gran aportación a la temática de la multipropiedad, utilísima para todos los profesionales que nos movemos en el ámbito inmobiliario.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

COBACHO GÓMEZ, José Antonio: *La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 1989. Un tomo de 106 páginas.

Resulta curioso comprobar que las limitaciones al dominio son cada vez mayores y más frecuentes, hasta el punto de que se han llegado a considerar normales. Hay una distancia abismal desde el dominio pleno romano a la concepción de la propiedad del Código Civil; pero hay más distancia aún desde el Código a nuestros días. En efecto, el artículo 348 al hablar de las «limitaciones» del dominio las contempla como algo singular y necesitado de unas leyes que las determinen; hoy, por el contrario, ¿existe la que, para entendernos, podría llamarse «propiedad absoluta»? Lo normal, en este momento, es la limitación omnipresente, avalada por una catarata de disposiciones, reglamentos y normas de todo tipo, nacionales, autonómicas y hasta locales, que hacen del propietario del suelo un pobre don Tancredo, blanco de todos los pelotazos y tarascadas, bajo pretexto de unas no siempre claras razones socializantes.

Una de las figuras que nos pueden confirmar este aserto es el contrato de arrendamiento. En el Código, el dueño puede arrendar la tierra con las suficien-

tes garantías de cobrar la renta y recuperar su tierra en el plazo previsto y en buen estado. Hasta finales del siglo pasado, el principio de la autonomía de la voluntad plasmado en los contratos era una realidad.

Pero llegan las leyes especiales: hay que proteger a la parte más débil (habría mucho que hablar sobre quién es realmente el débil en cada caso) y entonces se imponen normas y más normas que cercenan derechos y pactos y... del arrendamiento se pasa a cualquier otra cosa que no se le parece en nada, hasta venir a parar en lo que el Notario Ignacio Nart llamaba certeramente «ex arrendamiento».

Casi ya habíamos olvidado que existiese una locación de tierras distinta de la contemplada en la Ley especial de Arrendamientos Rústicos y ahora se nos viene a recordar que existen realmente unos arrendamientos regidos por el Código Civil en este libro, editado por la Universidad de Murcia, de la cual es Profesor su autor, José Antonio COBACHO GÓMEZ.

En los artículos 6 y 7 de la Ley de Arrendamientos Rústicos se señalan los supuestos en los que por no aplicarse dicha Ley hay que acudir al Código; igual ocurre con los bienes comunales o de propios de las Corporaciones locales y los montes en mano común, según la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley arrendaticia y el artículo 5.<sup>o</sup> de la Ley de 11 de noviembre de 1980, sobre dichos montes. En estos casos que, efectivamente, no son tan infrecuentes, la normativa aplicable será la contenida a título general en los artículos 1.546 a 1.574 del Código Civil y de modo especial, para los colonatos, en los artículos 1.575 a 1.579 del mismo Cuerpo legal.

Partiendo de esta base, el autor estudia el contrato de arrendamiento rústico en el Código, empezando por analizar la idea del goce o uso de la cosa locada a la luz del precepto del artículo 1.543, ya que para algunos constituye el pivote que distingue el arrendamiento de fincas rústicas y el de las urbanas. Opina que nuestro Código se orienta a propietarios principalmente rurales y lamenta que no contenga la clara distinción del Código alemán, diciendo que hubiera sido deseable que se delimitasen las facultades de los arrendatarios en cada uno de los casos, teniendo en cuenta la distinta forma en que obtienen el provecho de las cosas arrendadas.

Muy relacionada con este goce está la cuestión del subarriendo, prohibido por la legislación especial y, sin embargo, admitido como principio general por el Código, a no ser que se prohíba expresamente. El autor profundiza en este aspecto del goce arrendaticio estudiando los artículos 1.550, 1.551 y 1.552, previos sus antecedentes históricos.

Considera COBACHO que el Código es excesivamente parco en la regulación del subarriendo y que los preceptos son bastante oscuros y quedan interrogantes sin contestar.

En el apartado del contenido del contrato arrendaticio, el autor estudia las obligaciones del arrendador en general, empezando por el deber de saneamiento, que el Código despacha en el artículo 1.553 con una remisión genérica a la compraventa, aunque después se amplía en el artículo 1.554 en el modo que el propio autor explica.

Como obligación genérica del arrendamiento, COBACHO se fija en el párrafo segundo del artículo 1.555, según el cual debe usar la cosa con arreglo a su destino, sea el pactado o el normal según su naturaleza o la costumbre de la tierra, patrón socorrido en temas agrarios. Repasa el autor la doctrina patria y extranjera sobre el particular y recapitula en las siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup> El uso de la cosa no es obligación sino derecho; 2.<sup>a</sup> lo que el Código entiende como

obligaciones son más bien límites del derecho; 3.<sup>a</sup> el no uso puede llegar a ser abusivo.

Siguiendo el estudio del contenido del contrato, el autor desarrolla las obligaciones del arrendador referidas a su actividad en la cosa arrendada y que se concretan en los artículos 1.557 y 1.558 en cuanto a su obligación de respetar la forma de la finca arrendada y lo concerniente a las reparaciones precisas.

Los artículos 1.559 y 1.560 forma un todo que nos sirve para configurar las posiciones de arrendador y arrendatario ante las perturbaciones que se realicen en la cosa, sean de hecho o de derecho. Tras estudiar ambos preceptos detalladamente, concluye el autor que se puede hablar de una relación directa e inmediata del arrendatario con la cosa arrendada, aunque la posición jurídica del arrendador con sus constantes intervenciones nacidas de un derecho de crédito dejen sin resolver la cuestión.

La duración limitada del contrato es una de las características que diferencian de modo más saliente el arrendamiento del Código frente a los prácticamente indefinidos de la legislación especial. Los artículos 1.565 y 1.566 establecen la duración para el arrendamiento de cosas en general y el 1.577 regula el plazo en el de fincas rústicas en particular, siendo aplicable la tácita reconducción cuando se den los requisitos marcados por el Código. El contrato termina una vez finalizado el plazo y por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, según el artículo 1.578. El autor hace una exposición completa de estos preceptos y los comenta ampliamente.

Otra de las diferencias más salientes entre los arrendamientos especiales y los del Código Civil radica en que éste recibe y reitera el principio romano *emptio tollit locatum*, en el artículo 1.571, según el cual, como sabemos, el comprador de una finca puede dar por terminado el arriendo preexistente a no ser que haya pacto contrario o la Ley Hipotecaria deje a salvo los derechos del arrendatario. COBACHO analiza el principio general y sus dos excepciones, deteniéndose especialmente en la protección que puede prestar el Registro de la Propiedad al arrendatario que inscribió su derecho al amparo del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria. Nos dice, con razón, que no es preciso reproducir la polémica de si el arrendamiento es derecho real o se convierte en tal por el hecho de su inscripción; lo único cierto e importante es que al existir inscripción el contrato de arrendamiento es oponible frente a terceros adquirentes, que es de lo que se trata en verdad.

El autor expone también el diferente régimen de las mejoras. Sabemos que la Ley especial articula un complicado sistema, mientras que el Código se limita a remitir a las normas del usufructo en lo que se refiere a las mejoras útiles y voluntarias.

La parte final del libro se dedica a estudiar las disposiciones del Código Civil que se refieren específicamente a los arrendamientos de fundos rústicos y que son, como es sabido, los artículos 1.576 a 1.579, el último de los cuales se dedica a la aparcería.

Al analizar los artículos 1.575 a 1.576 que regulan la imputación de riesgos, el autor dice que queda patente que el arrendador se limita a poner a disposición del arrendatario la finca arrendada y éste es el que se convierte en titular de la actividad económica que dimana del cultivo del fundo, con todas las ventajas, pero también con las posibles desventajas que puedan venir. Por ello no tiene derecho a rebajas en la renta por esterilidad de la tierra ni por la pérdida de frutos, a no ser que sea por causas fortuitas y extraordinarias y esa pérdida supere la mitad; o sea, que normalmente el arrendatario sufre los riesgos de su

actividad económica. En el supuesto de estar ya los frutos separados y recogidos, el artículo 1.576 no hace más que aplicar el principio de que las cosas parecen para su dueño y atribuye todo el daño al arrendatario.

La duración del contrato locatorio rústico viene regulada de modo especial en el artículo 1.577, que el autor estudia e interpreta, concentrándolo en las reglas de que, salvo pacto expreso, el plazo tiene un mínimo de un año, que se amplía en las fincas cuyos frutos precisan un plazo mayor de recogida y en cuanto a las tierras labrantías, por llevar cultivos alternativos, se justifica igualmente la norma especial.

El contrato de aparcería de fincas rústicas es tratado de entrada como arrendamiento y a continuación el artículo 1.579 se remite en globo a la sociedad. El autor analiza las similitudes y diferencias entre ambas figuras y su relación con la sociedad.

El libro termina con unas conclusiones en las que COBACHO GÓMEZ trata de resumir su estudio: el Código Civil está orientado desde la perspectiva de la titularidad y no desde el ejercicio de los derechos; configura la posición jurídica del arrendador como titular de una situación a la vez activa y pasiva; debe darse por fracasado el intento de definir con nitidez el goce del arrendatario en relación con otra figuras típicas de los derechos de goce y disfrute, la diversidad esencial de la posición jurídica del arrendatario de fincas rústicas no queda bien perfilada en el Código; a pesar de tratarse de un contrato sinalagmático, el arrendatario aparece en la regulación del Código en una cierta situación de dependencia constante respecto al arrendador; y, finalmente, en cuanto al aparcerero, al remitirse a las normas societanas hace pensar en la figura del socio industrial, también bastante maltratado por dicho Código.

Esta es la sinopsis de un libro serio y bien hecho que trata un tema en cierto modo original y casi olvidado; a la vez antiguo y nuevo, pues a fuerza de leyes especiales habíamos llegado a creer que no existe la verdadera figura básica. El autor nos viene a decir así que cuando la absorbente Ley de Arrendamientos Rústicos no se hayan engullido casi todo, cuando deje un respiro, aun quedan normas en el Código Civil que regulan algo que sigue existiendo y que se llama, sencillamente, arrendamiento rústico a secas.

Por todo ello y porque el estudio realmente lo merece, felicitamos a su autor

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS



# REVISTA DE REVISTAS



REVISTA GENERAL DE DERECHO  
Núm. 535 (Abril 1989)

- La Revolución Francesa y el Derecho privado*, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 1845.
- La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores*, por LUIS FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, pág. 1863.
- La paralización de la Junta General de Accionistas*, por JUAN FLAQUERT RIUTORT, pág. 1883.
- Régimen jurídico de las actividades políticas en las Fuerzas Armadas*, por IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER, pág. 1909.
- Aplicabilidad en Derecho Penal Militar del artículo 66 del Código Penal Común*, por JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERA, pág. 2139.
- La problemática de los créditos laborales en la vigente legislación española y en el anteproyecto de Ley Concursal*, por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 2171.
- Reivindicación de la doctrina española de la quiebra: su influencia universal*, por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 2183.

Núm. 536 (Mayo 1989)

- La reforma del mercado de valores*, por ASCENSIÓN FORNIES BAIGORRI, pág. 2661.
- El matrimonio civil y los acuerdos con la Santa Sede*, por LUIS ZURRALUQUI, pág. 2675.
- El proceso sobre marcas*, por ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE, pág. 2721.
- La nueva Constitución brasileña de 1988*, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 2727.
- La protección internacional de los derechos de los niños*, por REYES MELIÁ LLACER, pág. 2907.

Núm. 537 (Junio 1989)

- Régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978*, por JAIME F. RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 3541.
- Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones*, por JOSÉ LUIS IRIARTE E ÁNGEL, pág. 3561.
- Consideraciones sobre la suspensión de los procesos civiles por procesos penales*, por FRANCISCO JAVIER GIMENO PÉREZ DE LEÓN, pág. 3583.

- La prueba pericial en el proceso penal*, por AMELIA MARÍA ROMERO COLOMA, pág. 3593.
- Las pensiones en favor de los familiares de funcionarios públicos*, por VALENTÍN SÁNCHEZ PERIS, pág. 3607.
- El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 102 CE)*, por FERNANDO REY MARTÍNEZ, pág. 3611.
- La protección internacional de los derechos de los niños*, por REYES MELIÁ LLACER, pág. 3819.
- El incumplimiento del Estado en materia fiscal: la restitución de los ingresos indebidos*, por MARÍA J. DA CUNHA Y DA SILVA Y JORGE J. MARTÍ MORENO, pág. 3911.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Mayo 1989)

- La responsabilidad por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos*, por EDUARDO PÉREZ PASCUAL, págs. 411 a 466.
- De una primera solución práctica y formal: discordancias entre derechos dominicales sobre inmuebles y derecho moral en la propiedad intelectual de decoradores, jardineros y arquitectos*, por JOSÉ MANUEL OLIVARES ABAD, págs. 467 a 470.

Junio 1989

- La conversión de la aparcería en arrendamiento rústico*, por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, págs. 515 a 555.
- Los contratos preparatorios consagrados expresamente en el Código Civil Peruano de 1984 como una categoría, clasificación o género contractual*, por FERNANDO FUEYO LANERI, págs. 556 a 562.

## BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 3 (Mayo-Junio 1989)

- La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, por LEONARDO PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, pág. 7.
- La defensa del Estado en el proceso administrativo*, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, pág. 19.
- Análisis de algunos supuestos de la «Inaequalitas mulierum»*, por MERCEDES LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, pág. 31.
- Contribución al balance del decenio democrático municipal*, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 47.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3 (1989)

*Adquisición, administración y disposición de bienes inmuebles en la sociedad conyugal*, por JOSÉ LÓPEZ LIZ, pág. 575.

*Comentarios básicos a la nueva Ley de Marcas de 1988*, por BUENAVENTURA PELLISE PRATS, pág. 615.

*Los convenios interadministrativos de los entes locales*, por FRANCISCO LLISSET BORREL, pág. 677.

*Secreto de las comunicaciones y Derecho penal*, por M. TERESA CASTIÑEIRA y DAVID FELIP, pág. 689.

*La responsabilidad fiscal de los administradores*, por JOSÉ M.<sup>a</sup> GARRETA, pág. 717.

*Repercusiones jurídicas del pago electrónico y su incidencia en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho español*, por RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA, pág. 759.

*El refrendo del nombramiento regio de Presidente de una Comunidad Autónoma*, por JUAN LUIS PÉREZ FRANCESCH, pág. 777.

*El riesgo de pago de indemnizaciones laborales: tratamiento jurídico-tributario*, por RAMÓN BADENES CHILLIDA, pág. 789.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 187-188 (Enero-Junio 1988)

*La sociedad anónima como problema*, por ÁNGEL ROJO, pág. 7.

*Factoring*, por JOSÉ MARÍA DE EIZAGUIRRE, pág. 35.

*La reducción y ampliación simultáneas del capital de las sociedades anónimas*, por RICARDO CABANAS, pág. 93.

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 113 (Mayo-Junio 1989)

*Otros impuestos locales sobre la propiedad inmobiliaria*, por JOSEP ROCA CLADERA y CARLOS PÉREZ LAMAS, pág. 13.

*Anulación de planes: efectos ordenatorios y aplicativos*, por AGUSTÍN EUGENIO DE ASÍS ROIG, pág. 31.

*La consulta urbanística: un estudio del artículo 55.2 de la Ley del Suelo*, por ÁNGEL AROZAMENA LASO, pág. 71.

## REVISTA DE DIREITO IMMOBILIARIO DO BRASIL

Núm. 22 (Julio-diciembre 1988)

*As Medidas Cautelares no Registro de Imóveis*, por ELVINO SILVA FILHO, pág. 7.

*A Vizinhança e o Registro*, por AFRANIO DE CARVALHO, pág. 33.

- Qual o Destino dos Bens excluidos da Penhora, por iniciativa da Mulher Casada, a través de Embargos de Terceiros?*, por ADEMAR FIORANELI, pág. 42..
- Do Controle da Disponibilidade na Segregação Imobiliária*, por RICARDO HENRY MARQUES DIP, pág. 54.

## REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Núm. 897 (Marzo-Abril 1988)

- Modificaciones en materia de derechos reales*, por MARCELA H. TRANCHINI DE DI MARCO y otros, pág. 323
- La función notarial frente al fenómeno inflacionario y sus medios de corrección*, por NÉSTOR O. GÓMEZ, pág. 371
- Publicidad de las reservas de sobreelevación*, por HUMBERTO GARCÍA, pág. 431.
- Instrumentos públicos, privados y particulares*, por ADRIANA T. GONZÁLEZ LANDA y otros, pág. 441.
- La función notarial y la informática*, por CARLOS MARTÍNEZ MAGADÁN y HORACIO A. GAMES, pág. 469.
- Sociedades*, por SALVADOR O. COCOZZA y otros, pág. 475.

Núm. 898 (Mayo-Junio 1988)

- La adopción y su relación con la función notarial*, por CRISTINA NOEMI ARMELLA, pág. 611.
- La función notarial y el estado de adoptabilidad*, por ELISA I. ALABES DE COLOMBO y otros, pág. 621.
- Representación, poder y mandato*, por RUBÉN AUGUSTO LAMBER, pág. 629.
- Las medidas cautelares y el bloqueo registral. Desplazamiento de medidas cautelares y desprotección de acreedores causadas por subasta judicial*, por NORBERTO GARCÍA y NORBERTO A. GIANNOTTI, pág. 699.
- Valor probatorio del documento electrónico*, por MARÍA DELIA BOZICOVICH y MARÍA RAQUEL MARTÍNEZ, pág. 705.
- La actuación notarial en las asambleas societarias*, por CARLOS H. SCALA, pág. 715.

## REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DE URUGUAY

Núms. 1-6 (Enero-Junio 1987)

- Formación del contrato*, por ATELIO ANÍBAL ALTERINI, pág. 7.
- Pacto comisorio*, por ROBERTO LÓPEZ CABANA, pág. 16.
- Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria*, por ENRIQUE AREZO PIRIZ, pág. 25.
- Cláusula en moneda extranjera*, por JORGE GAMARRA, pág. 38.
- Consensualidad del mandato con representación para negocios solemnes*, por ARTURO CAUMONT, pág. 49.

## ANUARIO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMA Núm. 16 (1987)

- La regulación constitucional del terrorismo*, por EDGARD MOLINO MORA, pág. 17.
- El estado de sitio o estado de urgencia en el Derecho Constitucional Panameño*, pág. 27.
- Naturaleza jurídica de la inscripción en nuestro Registro de la Propiedad*, por DULIO ARROYO CAMACHO, pág. 59.
- Panamá y la lucha internacional contra el Apartheid*, por ARMANDO MUÑOZ PINZÓN, pág. 91.
- Las características del Derecho Internacional Africano*, por JULIO ELÍAS BERRIO HERRERA, pág. 107.
- Ambito de aplicación del Convenio Internacional sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Panamá de 1975)*, por ULISES PITTI, pág. 137.
- Consideraciones preliminares en torno al despido del trabajador*, por ÓSCAR VARGAS VELARDE, pág. 151.
- Organización sistemicocibernética de la función penal*, por MANUEL LÓPEZ-REY Y ARROJO, pág. 215.
- El delito de genocidio*, por VIRGINIA ARANGO DE MUÑOZ, pág. 235.
- La Constitutio Tanta (De confirmatione digestorum) del Emperador Justiniano del año 533*, por CARLOS G. CUESTAS H., pág. 263.

## REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO Núm. 102 (Febrero-Junio 1988)

- The Vazquez Morales Decision: The Application of Lien Theory in Defining the Bank's Right in Maintenance Cases Under the Horizontal Property Regime*, por GEOFFREY M. WOODS, pág. 205.
- La concepción mediante la inseminación artificial y sus efectos en el Derecho de Familia*, por LIZETTE SÁNCHEZ VÁZQUEZ, pág. 223.
- La retención de ingresos bajo la Ley de Sustento de Menores*, por EDDIE A. RÍOS BENÍTEZ, pág. 255.
- Matrimonio y sociedad extramarital en Puerto Rico y en el Derecho Comparado Hispano-Americano*, por JOSÉ PORTUONDO Y DE CASTRO, pág. 307.

## REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION Núm. 182 (Julio-Diciembre 1987)

- Acción ejecutiva y acción de petición de quiebra*, por JULIO SALAS V. y HÉCTOR OBERG Y., pág. 7.
- Infracciones y sanciones relativas a la adopción*, por ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, pág. 17.
- Algunos aspectos sobre la eficacia de la Constitución en la sociedad chilena*, por JOSÉ BIDART HERNÁNDEZ, pág. 25.

- Extensión de la competencia penal de los Tribunales Militares*, por CARLOS PECCHI C. y ELEODORO, por ORTIZ S., pág. 33.
- La nulidad del acto expropiatorio*, por HUGO CALDERA DELGADO, pág. 47.
- Algunos aspectos del Decreto-Ley 2695 de 1979*, por HERNÁN TRONCOSO LARRONDE, pág. 63.
- Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal*, por IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, pág. 71.
- Los órganos de la quiebra*, por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 83.
- No se atraviesa un puente antes de llegar a él*, por RAMÓN DOMÍNGUEZ A. y RAMÓN DOMÍNGUEZ B., pág. 99.
- Algunas notas sobre Derecho de Aguas*, por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 105.

## REVUE DE DROIT UNIFORME

Núm. 1 (1987)

- L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (du 1 janvier au 31 décembre 1986)*, por MALCOLM EVANS, pág. 2.
- L'introduction du droit uniforme de Genève sur la lettre de change, le billet à ordre et le chèque dans le droit espagnol*, por RAMÓN VIÑAS FARRÉ, pág. 54.
- Projet de Convention sur l'affacturage international —texte adopté par le Comité d'Unidroit d'experts gouvernementaux chargé d'élaborer un projet de Convention sur certains aspects du factoring international à sa troisième session (Rome, 22-24 avril 1987)*, pág. 72.
- Rapport explicatif sur le projet de Convention sur l'affacturage international*, por FREDERIQUE MESTRE, pág. 84.
- Projet de Convention sur le crédit-bail international —texte adopté par le Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit chargé d'élaborer un projet de Convention sur le crédit-bail international à sa troisième session (Rome, 27-30 avril 1987)*, pág. 150.
- Rapport explicatif sur le projet de Convention sur le crédit-bail international*, por MARTÍN J. STANFORD, pág. 168.

## BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 61 (Enero-Abril 1988)

- Las reformas jurídicas de Mijail Gorbachov. La Ley de Empresas Estatales y las leyes sobre empresas mixtas*, por MANUEL BECERRÁ RAMÍREZ, pág. 15.
- Cambio estructural para el ahorro energético: modificaciones en la organización del transporte público y la jornada laboral en la ciudad de México*, por MARÍA DEL CARMEN CARMONA LARA y PEDRO LOBO DOMÍNGUEZ, pág. 47.
- Evolución del federalismo fiscal en México*, por DOLORES BEATRIZ CHAPOY BONIFAZ, pág. 119.
- La creación del Derecho internacional. Perspectivas tercermundistas*, por MARGARITA GONZÁLEZ DE PAZOS, pág. 151.
- El Consejo de Gobierno*, por MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA, pág. 189.

- La pena de prisión. Problema de nuestro tiempo*, por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 207.
- La planificación latinoamericana: concepciones y experiencias*, por MARCOS KAPLAN, pág. 227.
- La teoría del Derecho orientada hacia la política*, por MYRES S. McDOUGAL, pág. 269.
- La internacionalización de los derechos del hombre: expansión y movimiento. Algunos obstáculos para su progreso actual*, por CÉSAR SEPÚLVEDA, pág. 295.
- Análisis del delito de contagio en la legislación penal estatal*, por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 319.
- Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley de Mercado de Valores*, por SOYLA H. LEÓN TOVAR, pág. 323.
- Proyecto de régimen legal de microrreproducción en Argentina*, por JULIO TÉLLEZ VALDÉS, pág. 331.

## Núm. 62 (Mayo-Agosto 1988)

- El contrato de comisión mercantil*, por SOYLA H. LEÓN TOVAR, pág. 623.
- La V República francesa y el fenómeno de la cohabitación política*, por MONIQUE LIONS, pág. 649.
- El plan de Ptuc*, por GUILLERMO F. MARGADANT S., pág. 699.
- Dignidad de la persona y derechos. La Constitución española de 1978*, por VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLE GOYRI, pág. 717.
- Flexibilidad judicial y contractualismo*, por ANTONIO OJEDA AVILÉS, pág. 749.
- Aspectos jurídicos del Distrito Federal mexicano*, por FRANCISCO JAVIER OSORNIO CORRES, pág. 775.
- El sistema jurídico de la Seguridad Social en México*, por LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA, pág. 807.
- La reforma constitucional para la prevención y restauración del equilibrio ecológico*, por MARÍA DEL CARMEN CARMONA LARA, pág. 821.
- Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura*, por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 825.
- Análisis del artículo 120 constitucional*, por FEDERICO QUINTANA ACEVES, pág. 827.

## NOTICIAS CEE

### Núm. 53 (Junio 1989)

- Delegación legislativa y Derecho Comunitario: el control de los Decretos legislativos por la Comisión Mixta para las Comunidades Europeas de las Cortes Generales*, por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 11.
- La Presidencia española de las Comunidades Europeas: consecuencias para España desde el punto de vista institucional*, por HELIO REX GÓMEZ DE ROJAS y TOMÁS A. RAMOS SÁNCHEZ, pág. 37.
- Los contratos de franquicia de servicios en consideración con el derecho de la competencia y el de consumidores y usuarios*, por MIGUEL A. BOTUJA BELTRÁN, pág. 49.

- El papel de la peseta ante el sistema monetario europeo y el tratamiento fiscal del ECU en las operaciones con divisas*, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 53.
- Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas, relativas al seguro de defensa jurídica*, por EILENA TEJERO ORTEGA, pág. 73.
- El medio ambiente en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, por LUIS ORTÚZAR ANDECHAGA, pág. 79.
- El paro: un reto para la Comunidad Económica Europea (II)*, por VICENTE PÉREZ MENAYO, pág. 115.

### Núm. 54 (Julio 1989)

- El dinero, la Banca y el Acta Unica*, por JOSÉ RAMÓN ÁLVAREZ RENDUELES, pág. 11.
- Las cuentas corrientes ante el control de cambios*, por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 23.
- La Presidencia española y el sistema de comercio preferencial de la Comunidad*, por JOSÉ ANTONIO NIETO SOLÍS, pág. 51.
- La integración financiera en la CE: el reto del 92*, por MARIANO RUBIO JIMÉNEZ, pág. 61.
- Crónica Tributaria de la CEE. Enero-Julio de 1988*, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 67.
- El régimen uniforme aplicable a los recursos procedentes del IVA*, por JOAQUÍN DEL POZO LÓPEZ, pág. 77.
- Libre prestación de servicios de Abogados en España. Cometario al Real Decreto 1062/1988*, por JOSÉ M.<sup>a</sup> DE DIOS MARCER, pág. 89.
- Examen de la Directiva 88/295/CEE relativa al contrato público de suministro*, por VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES CASTILLO, pág. 97.
- La cohesión económica y social*, por JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, pág. 105.
- El paro: un reto para la Comunidad Europea (y III)*, por VICENTE PÉREZ MENAYO, pág. 111.







3

