

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXV • Mayo-Junio 1989 • Núm. 592



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

I. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
<i>In Memoriam</i>	609
ESTUDIOS:	
«Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las comunidades funcionales y los fondos de gestión», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO y MARÍA LUISA DE ALARCÓN ELORRIETA.	617
«La reforma de sociedades y el Registro Mercantil», por JUAN JIMÉNEZ DE LA PEÑA	675
«Las formas de garantía real en Roma», por ANTONIO MORO SERRANO.	715
DICTAMENES Y NOTAS:	
«Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», por JOSÉ ANGEL GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN	739
ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	773
JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	787
II. Resoluciones de la Dirección General, por PABLO VIDAL FRANCÉS.	797
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho civil:	
a) Parte general, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	807
b) Obligaciones y contratos, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ.	830
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	958
d) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	963
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	979
4. Derecho procesal, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	985

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«L'acquisto di azioni proprie», de FRANCESCO CARBONETTI, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1023
«Las cláusulas procesales en la contratación privada», de LUIS MUÑOZ SABATÉ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1026
«Estudios de Derecho de aguas», de EMILIO PÉREZ PÉREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1030
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1037

IN MEMORIAM

JUAN JOSE BENAYAS Y SANCHEZ CABEZUDO

Decano Honorario del Cuerpo de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

El pasado día 23 de abril falleció en Madrid don Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo, Registrador de la Propiedad jubilado, Decano Honorario de nuestro Cuerpo y Consejero de Redacción de esta Revista.

Como recuerdo a su memoria traemos la biografía que se publicó en el «Hectoanuario», redactada por otro compañero desaparecido, don Andrés Marcos Marcos, que comprende hasta 1961, fecha en que apareció dicha obra.

Los datos posteriores nos los ha facilitado su sobrino y también Registrador de la Propiedad don José Martín del Río y González de Castilla, a quien se lo agradecemos.

Dice así la biografía del «Hectoanuario»:

El excelentísimo señor don Juan José Benayas Sánchez-Cabezudo nació en Torrijos (Toledo) el 9 de marzo de 1899 y cursó los estudios de Derecho en la Universidad de Madrid, en donde se licenció en junio de 1920.

En 1921, y con motivo de los sucesos de Annual, fue movilizado como soldado y destinado, con su batallón, a la zona de Melilla, donde intervino en varias acciones de guerra. Permaneció en Marruecos hasta los primeros días de 1923, en que fue licenciado. Tal permanencia extraordinaria en filas, retrasó su preparación de las oposiciones para aspirantes a Registradores de la Propiedad, en las que ingresó en el año 1926.

Su arraigado sentido del deber hace que desde el primer momento ponga su inteligencia clara y su extraordinaria capacidad de trabajo al servicio de la Institución del Registro de la Propiedad.

En 1930 fue elegido secretario de actas de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, cuando estaba en situación de excedencia voluntaria.

Este mismo año fue elegido secretario de la Asociación de Registradores de la Propiedad, antecesora de nuestro Colegio, pertenciendo a la Junta Directiva hasta finales de 1933.

Por su iniciativa acordó dicha Junta que el homenaje a don Jerónimo González, por su designación de Presidente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, consistiese en la recopilación y publicación en un solo tomo de sus famosos *Principios Hipotecarios*, que sólo figuraban como artículos dispersos en la colección de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Fue Benayas el encargado de dirigir la edición en contacto con su ilustre autor.

Constituyen estos años, ya olvidados, una dura prueba para cada uno de los Registradores, y en especial para la Junta de la Asociación en el tránsito de la Monarquía a una República que se anunció conservadora, pero que bien pronto cambió de signo. Con esta perspectiva, desde el cargo de secretario de la Asociación realizó Benayas una eficaz labor de colaboración, de estudio y aportación de datos como enlace de la Junta con los diputados Registradores de las Cortes Constituyentes, hasta conseguirse por éstos; primero, en la Constitución de 1931, y después, en el Estatuto Catalán, que el sistema registral inmobiliario y, en consecuencia, el Cuerpo de Registradores fuera de la exclusiva competencia del Poder Central y no de las Regiones autónomas.

En 1932, y durante la discusión en las Cortes de la Ley de Reforma Agraria, siguió, en estrecha colaboración con el presidente de la Comisión Parlamentaria, el inolvidable compañero Ramón Feced (q. G. h.), los trabajos de dicha Comisión, consiguiéndose que la reforma se realizase a través de los Registros de la Propiedad y no del Catastro, como se intentaba.

Asimismo colaboró con Ramón Feced en la redacción del Proyecto de Decreto orgánico del Instituto de Reforma Agraria, proponiendo, como se aceptó, que entre los vocales técnicos jurídicos del Consejo Ejecutivo figurasen un Registrador de la Propiedad y un Notario.

El presidente de la Asociación de Registradores, don Julián Abejón, estimó, y así lo propuso a la Junta Directiva, que por tales trabajos y preparación, era Benayas el más indicado para representar al Cuerpo de Registradores en el Consejo Ejecutivo del Instituto de Reforma Agraria; y elevada al Gobierno la correspondiente propuesta unánime de la Junta, tras laboriosas gestiones fue designado nuestro compañero vocal Registrador de la Propiedad en dicho Consejo. Incorporado al Instituto, fue también nombrado jefe del Servicio Jurídico,

servicio que, además de su normal cometido, tuvo a su cargo la formación del Inventario de fincas expropiables.

En los primeros meses de actuación en el Instituto, redactó las normas básicas para la formación del Inventario de fincas, normas que habían de resolver los problemas de titularidad y cómputo de extensión en los casos especiales de: sociedad conyugal, usufructos, fideicomisos, enfiteusis, etc., y sostuvo en las largas y laboriosas sesiones del Consejo el peso de la discusión, con enfoque netamente jurídico, hasta la aprobación de las mismas.

Benayas llevó al Instituto a cuatro compañeros Registradores, unos agregados en comisión y otros incorporados a la plantilla del Organismo (plantilla que hoy continúa en el Instituto de Colonización), y con esta apreciada colaboración se realizó la ingente obra del inventario y la redacción de numerosos proyectos de Ley, decretos y disposiciones que plasmaron en normas legales, algunas todavía vigentes.

El Cuerpo de Registradores, en pleno, fue incorporado a la tarea de la formación del Inventario, pero consciente Benayas de los sacrificios que imponía, consiguió una compensación económica que, si fue exigua por su cuantía, demostró, una vez más, la preocupación que siempre sintió por los que ni un solo momento dejaron de ser para él compañeros entrañables.

Su arraigado sentido de la responsabilidad, su extremada ponderación y su tesón y entereza para defender las causas justas, hicieron que se destacara su valía en el Consejo Ejecutivo del Instituto, hasta el punto de que, no obstante, su mentalidad y actuación conservadora, fue desde los primeros momentos el timón de aquella nave, tan difícil de conducir, y a la que, salvando muy peligrosos escollos, gobernó, hasta que, con el advenimiento del Frente Popular, dejó de realizarse toda labor que no fuera la impuesta por el sectarismo de signo comunista.

Al formarse, en 1933, el primer Gobierno Lerroux, el nuevo ministro de Agricultura, Ramón Feced, nombró director general de Reforma Agraria a Juan José Benayas, cargo que desempeñó durante casi dos años, con tres ministros distintos; hasta que en abril de 1935 fue nombrado él mismo ministro de Agricultura. Su etapa ministerial fue muy breve (las crisis ministeriales, como se sabe, se sucedían con frecuencia): pero en su corta actuación refrendó el Reglamento de Arrendamientos Rústicos, entre otras cosas, y reguló el Registro de Arrendamientos establecido por la Ley, entonces recientemente publicada.

Producido el alzamiento en 1936, pasó seguidamente a la zona Nacional, y a fines de 1939, después de once años de excedencia voluntaria, pero, como se ha visto, nunca apartado del Cuerpo de Registradores,

reingresó al servicio activo, en el que desde entonces ha continuado sin interrupción.

Ha servido los Registros de San Sebastián de la Gomera, Medina-celi, Infantes, Almagro, Olmedo, Medina del Campo y Navalcarnero.

En 1949 fue elegido procurador en Cortes por las Empresas Azucareras, y tantas veces como tuvo oportunidad laboró en pro de la Institución registral y del Cuerpo que la rige.

En los últimos años ha actuado intensamente en las Comisiones de Evaluación Global de ámbito nacional de los Rendimientos del Trabajo Personal del Cuerpo de Registradores, en cuyas sesiones, primero como comisionado y después como asesor de la Comisión, ha destacado por su gran competencia y segura exposición en los temas fiscales, y por el estudio detenido y minucioso con que desempeñó las misiones que le han sido encomendadas.

Es autor de un interesante trabajo sobre *La Usucapión y el Registro de la Propiedad en el Derecho Español*, publicado en los «Anales de la Academia Matritense del Notariado», a petición de ésta.

Si queremos sintetizar la destacada personalidad de Juan José Benayas, diremos que son sus características más acusadas: inteligencia clara, ponderación, extraordinaria capacidad de trabajo, arraigo sentido de la responsabilidad, entereza y tesón para defender las causas justas, y, como obligada contrapartida, energía suficiente para no dejarse arrastrar por la fácil corriente del tópico y para rechazar lo injusto y arbitrario. Todas estas excelentes cualidades puestas al servicio del Cuerpo de Registradores de la Propiedad y de la Institución registral, a la que sirve como auténtico Registrador con calor y entusiasmo.

ANDRÉS MARCOS Y MARCOS
Registrador de la Propiedad

Los datos proporcionados por don José Martín del Río y González de Castilla son los siguientes:

Designado posteriormente Director del Centro de Estudios Hipotecarios, desempeñó su función con la entusiasta dedicación y entrega que le han caracterizado en cuantas misiones de responsabilidad ha desempeñado al servicio del Cuerpo de Registradores.

Ha servido, en la fase final de su vida activa, los Registros de Almería, Murcia número 2, Salamanca, Granada y Bilbao Oriente número 2, hasta su jubilación.

Fue elegido Decano del Colegio de Registradores en las elecciones

celebradas el 12 de noviembre de 1965. Entre otros cometidos, durante su mandato le correspondió llevar a la práctica la Ley 50/1965, o sea, la organización de los Registros Provinciales y Central de Venta a Plazos.

En su función de Decano, cargo en que cesó por su jubilación, volvió a demostrar la eficacia y competencia que conformaron toda su vida profesional y su fundamental preocupación por el prestigio del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, al que siempre estuvo orgulloso de pertenecer. Por ello recibió la extraordinaria distinción de su nombramiento de Decano Honorario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

* * *

Descanse en paz nuestro amigo y compañero don Juan José Benayas y Sánchez-Cabezudo.

LA REDACCION

ESTUDIOS

Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las «comunidades funcionales» y los «fondos de gestión»

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA NECESIDAD DE UN NUEVO CONCEPTO JURIDICO: LAS «COMUNIDADES FUNCIONALES».—III. LOS «FONDOS DE GESTION».—IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LOS «FONDOS DE GESTION»: IV.1. LAS PARADOJAS DEL FONDO DE INVERSIÓN: A) *El fondo de gestión no es sociedad, pero tampoco comunidad. La «comunidad funcional»: a) El ánimo de lucro. b) Ejercicio de la actio communi dividundo. c) La estabilidad del fin. d) La gestión por un tercero. B) El fondo de gestión no es una fundación: a) Adscripción del patrimonio. b) El interés general. c) Otra vez la estabilidad o permanencia. d) La organización. e) La personalidad jurídica. C) El abandono de la gestión: C.1. Prohibición implícita de concurrencia. C.2. La limitación de responsabilidad. C.3. Gestión confiada a tercero: a) Actuación fiduciaria. b) Atribución de titularidad de disposición sin atribución patrimonial. c) La «cuasipersonificación» societaria. D) Corolario y conclusiones: D.1. El fondo no posee personalidad jurídica. D.2. ¿Existencia de domicilio? D.3. La nacionalidad problemática. D.4. Los órganos. D.5. Patrimonio separado. IV.2. LA INSUFICIENCIA DOCTRINAL.—V. LOS «FONDOS DE GESTION» Y EL SISTEMA REGISTRAL.—VI. OTROS «FONDOS DE GESTION» Y EL REGISTRO MERCANTIL.*

I. INTRODUCCIÓN

Recientes disposiciones legislativas han utilizado la técnica anglosajona de los *investment trusts* o relaciones jurídicas que se articulan en torno a ciertos patrimonios de destino. Nos referimos a leyes tales como las que disciplinan las instituciones de inversión colectiva, los fondos de pensiones y los de capital-riesgo, etc... A pesar de lo singular de su estructura, lo que llamaré a partir de ahora «fondos de gestión», ha suscitado poca literatura jurídica y ha sido fruto de una recepción del

Derecho extranjero que al menos merece un esfuerzo de interpretación. Me propongo en este trabajo investigar sobre los problemas dogmáticos y jurídico-registrales que las nuevas figuras sugieren desde una óptica o dogmática nacionales. Ciertamente es que otra podría ser la perspectiva de estudio: podríamos tratar de «traducir» la teoría jurídica del fideicomiso anglosajón (*trusts*) a la realidad jurídica española, pero ni este es el lugar ni alentadores son los resultados de un proceso tal de importación en nuestro universo jurídico, ajeno al *Common Law*.

Para conseguir el propósito nos proponemos presentar los fondos de gestión como una exageración o hipertrofia de los rasgos más salientes de las llamadas con mejor o peor acierto «comunidades funcionales»; para luego describir conceptualmente las paradojas de los Fondos de Inversión Mobiliaria, el paradigma de las instituciones que son objeto de nuestro estudio, lo que nos servirá para inducir un concepto general y generalizar su aplicación a instituciones que están emparentadas con éstos. Todo esto puede servir de pórtico al estudio en detalle de los problemas registrales que suscitan las remisiones legales a la teoría general de sociedades y su inscripción en el Registro Mercantil.

II. LA NECESIDAD DE UN NUEVO CONCEPTO JURÍDICO: LAS COMUNIDADES FUNCIONALES

La Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 1983 acuñó la expresión «comunidad funcional». Posiblemente no sea original. Así, GIRÓN TENA, en su conocida obra *Derecho de Sociedades*, entiende, por ejemplo, que el Código Civil permite la existencia de una comunidad funcional, más o menos próxima a la germánica, por la necesidad o exigencia del fin común, lo que se traduce en la afectación patrimonial (1).

Quizá la mejor recomendación de la oportunidad de la nueva categoría sea, si no la crisis, sí la insuficiencia del concepto clásico de comunidad, que se nos antoja inservible para explicar ciertas situaciones jurídicas estables de cotitularidad de un patrimonio o fondo común, tales como las existentes en los llamados «clubes de inversión», las que reiterada jurisprudencia apellida, errónea pero gráficamente, «comunidades societarias», las comunidades *ad aedificandum* en la prehorizontalidad, los que hemos bautizado fondos de gestión... En todos estos casos, ciertamente dispares, se produce una quiebra de las líneas maestras

(1) J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, tomo I, págs. 56 y sigs., Madrid, MCMLXXVI. Con anterioridad, *vid.* sendos artículos en *Revista de Derecho Mercantil*, año I, 1946 y 1947, a propósito de la sociedad civil en Derecho español y comparado.

del edificio clásico de la comunidad. La Resolución citada ha tenido el mérito de alumbrar una nueva forma de comunidad atípica que se explica precisamente por la ausencia, en situaciones de cotitularidad, de las notas que caracterizaban la comunidad romana, típicamente incidental. Como es bien sabido, el Código, que no podía sino ser individualista y poco amigo de proindivisos, concebía la situación de cotitularidad comunitaria como algo transitorio, antieconómico, origen de discordias, y de fácil disolución. Se trataba de garantizar la *actio communi dividundo* que permitiera a todo comunero desatar el vínculo, tan pronto le resultara molesto. Por lo demás, tuvo el acierto —aquí desde luego no se inspiró en nuestro Derecho histórico— de plantear una distinción que ahora nos parece razonable y hasta inevitable, pero que entonces distaba mucho de serlo. Me refiero a la distinción entre comunidad y sociedad. Desde ese original acierto todo ha sido discutir las diferencias entre ambos institutos y mucha y valiosa doctrina se ha vertido sobre lo mismo. Pues bien; si algo caracteriza a nuestro tiempo, es la proliferación de una serie heterogénea de entidades, que vienen a situarse en el afilado margen de la distinción, en esa tierra de nadie, en que ninguno, o sólo algunos de los criterios tradicionales, son de aplicación. ¿Cuáles son las notas que caracterizan a esa singular especie? 1.º En cuanto *a su origen*: siempre voluntario, en virtud de un negocio plurilateral asociativo o de participación u organización social. 2.º En cuanto *a su duración*: por su permanencia y estabilidad, frente al carácter transitorio y circunstancial de la comunidad romana. 3.º Por lo que a su *organización* atañe: la necesaria para el logro del fin común, erigiéndose auténticos «órganos» para la gestión colectiva de lo que es común, órganos de los que carece ordinariamente la comunidad que el Código regula. 4.º En cuanto *a su fundamento*, PAU PEDRÓN señala la autonomía patrimonial, que en el área de comunidades ampara el artículo 392. 2, del Código Civil y con mayor amplitud el Derecho navarro (2).

Esta comunidad serviría para explicar ciertas notables peculiaridades en el régimen propio de ciertas situaciones jurídicas de cotitularidad:

— Empecemos por el caso de la Resolución: se trataba de explicar la comunidad sobre local comercial subterráneo destinado a GARAJE, en el que con ocasión de la enajenación de las cuotas indivisas del mismo se perfila un régimen jurídico *sui generis* en donde se excluye la acción individual de división de la cosa común y se renuncia al retracto de comuneros.

— Atención especial merece toda la riquísima variedad foral en ma-

(2) En particular, *vid.* Antonio PAU: «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», *RCDI*, año LXIV, núm. 584, págs. 21 y sigs.

teria de comunidades familiares y especialmente en materia de asociacionismo agrario. Una breve reseña bastar: en *Galicia* la compañía familiar gallega, el derecho de labrar y poseer, las comunidades de montes, el agro o agra, el villar, el «muiño de heredeiros», las aguas de «pillota» o de «torna a torna»; en *Navarra*, las pertenencias comunes, la comunidad en mancomún, las «corralizas», la comunidad «facera». En otras *legislaciones*, la troncalidad (Vizcaya y Alava), la casa (Aragón y Navarra), las comunidades matrimoniales (singularmente las conyugales continuadas) y fiduciarias (especialmente las fiducias colectivas y continuadas en Aragón y Navarra), resultan en la explotación común del patrimonio familiar (3).

→ Las diversas fórmulas de aprovechamiento en común de carácter estable, tales como la propiedad por períodos o multipropiedad, para aquel sector de la doctrina para quien es posible configurarla como comunidad; incluso las comunidades para construir piso o edificios en común o la comunidad de propietarios cuando del régimen de propiedad horizontal se trata, para el aprovechamiento de los elementos comunes.

— Las diversas fórmulas de aprovechamiento en común de carácter La posibilidad de una comunidad de bienes que desarrolle una actividad empresarial está reconocida y admitida por la Jurisprudencia, que en ocasiones ha utilizado el término «comunidad societaria» (4).

La función que realizan en el tráfico estas comunidades de bienes no ha podido ser olvidada por textos legales diversos. Así, en *materia fiscal*, el artículo 33 de la LGT dispone que tendrán consideración de sujetos pasivos «las comunidades de bienes y demás entidades que carentes de personalidad jurídica constituyan una unidad económica o patrimonio separado susceptibles de imposición». En consecuencia se atribuye a estas comunidades un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza tributaria, como advierte SÁNCHEZ RUS (art. 113

(3) Necesaria remisión al magnífico trabajo: «El asociacionismo agrario en el Derecho foral histórico», de Luis MARTÍN BALLESTERO HERNÁNDEZ, *RDP*, págs. 219 y sigs., marzo 1987.

(4) Sobre las llamadas «comunidades societarias», *vid. op. cit.*, nota 1, pág. 82. las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940, 15 de octubre de 1940, 16 de abril de 1942, 12 de junio de 1950, 12 de mayo de 1959 y 21 de diciembre de 1965, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de julio de 1962. *Vid.* también MARTÍN LÁZARO: «Sociedad y comunidad», *RDP*, 1942. GARCÍA GRANERO: «Cotitularidad y comunidad», *RCDI*, 1946. BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954. José Luis ESTÉVEZ: «La distinción de condominio y sociedad»; *RGLJ*, 1947, págs. 681 y sigs. Mariano ROTONDI: «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», *RDP*, 1958, pág. 724. Juan MUÑOZ XANCÓ: «El condominio español en su aspecto distintivo de sociedad», *RDP*, noviembre 1985; págs. 952 y sigs. Sobre la posibilidad de inscripción en el Registro Mercantil, sólo en *op. cit.*, nota 1. Hay una consulta pendiente por el Registro Mercantil de Barcelona a la Dirección General sobre este particular.

de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988). La legislación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales equipara las «comunidades de bienes constituidas por actos *inter vivos*, que realizan una actividad empresarial» a las sociedades, a efectos de la sujeción a operaciones societarias (art. 22 del TR de 30 de diciembre de 1980 y arts. 29 y 30 del Reglamento). Por su parte, en contestación a la consulta sobre sujeto pasivo de IVA, y en interpretación del artículo 24 del Reglamento, la Dirección General de Tributos tiene declarado que si la comunidad de bienes ostentase la «titularidad» de las respectivas actividades empresariales dándose de alta en el correspondiente epígrafe de Licencia Fiscal, sería la propia comunidad quien tendría la condición de sujeto pasivo a efectos del impuesto, «incluso en el caso de que la propiedad de cada establecimiento correspondiese a los comuneros individualmente considerados».

A efectos laborales pueden las comunidades de bienes tener la condición de empresarios (*vid.* art. 1, 2, del ET y la Sentencia del TCT de 4 de noviembre de 1983).

Entre las comunidades que operan en el *tráfico mercantil* no podemos olvidar: la resultante del condominio de buque (art. 589 del C. de C.), que, como dice la Sentencia de 23 de febrero de 1961, no constituye realmente compañía en sentido técnico —no obstante la dicción legal—, sino «un género intermedio entre la sociedad y la copropiedad», los llamados «clubes de inversión» y las Agrupaciones de Empresas. Por lo que hace a los clubes de inversión, éstos tienen por objeto la explotación en común de una empresa colectiva de especulación en valores, normalmente bursátiles. La Junta Sindical de la Bolsa de Barcelona, en el ejercicio de las facultades atribuidas en el Reglamento de la Bolsa, dictó una circular de la cual resultan las normas a que han de atenerse los agentes para ejecutar las órdenes y se ha establecido un Registro de dudosa legalidad para la constancia de los Estatutos y sus modificaciones. En cuanto a las agrupaciones de empresas, y en espera de que prospere el anteproyecto de reforma que adapta la legislación comunitaria en esta materia (y que opta por utilizar la técnica societaria de sociedad colectiva de modo bastante injustificado, para las Agrupaciones europeas de Interés Económico), la Ley 18/1982, de 26 de mayo, las define en su artículo 4 como «las que se deriven de las distintas modalidades contractuales de colaboración entre empresarios, válidas, según las leyes, que, sin crear un ente con personalidad jurídica propia, sirvan para facilitar o desarrollar en común la actividad empresarial de sus miembros».

¿Cuáles son algunas de las principales peculiaridades de estos entes comunitarios? Los rasgos diferenciadores son varios, pero todos ellos

derivados de su singular naturaleza y en especial de la permanencia y estabilidad del fin que se procura.

Para ilustrarlos propongo unos Estatutos-tipo de «comunidad societaria» (5):

**CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD PARA LA VENTA DE ARTÍCULOS
AL POR MENOR: «COMUNIDAD SOCIETARIA»**

1.^a Los comparecientes constituyen por este acto una comunidad de bienes, que girará en el tráfico con la antefirma «...», vocablos que podrán, cumplidos los trámites legales, componer nombre comercial o rótulo del establecimiento.

2.^a El objeto a que se dedicarán los bienes y negocios puestos en común será la venta al por menor de artículos de ...

3.^a La comunidad se regirá por las cláusulas del presente documento y en lo no previsto en el mismo por las reglas del título III del libro II del Código Civil.

4.^a Se constituye por tiempo indefinido.

5.^a Sin perjuicio del negocio de ... y de sus instalaciones propias, que no precisan de actos jurídicos de puesta en común, por pertenecer ya a los reunidos por sendas ... partes indivisas, cada uno de los comparecientes aporta y pone en común la cantidad de ... pesetas, en pleno dominio y en billetes del Banco de España, ingresados en el Banco ..., en la cuenta bancaria a nombre de «...».

6.^a A efectos de beneficios y pérdidas cada comunero tiene en la comunidad una participación del ... por ciento, atribución de beneficios y pérdidas que, en su caso, se distribuirán e imputarán por ejercicios económicos de un año, al final de cada uno de ellos.

7.^a Cada comunero se obliga frente a los demás a abstenerse de realizar por sí o por persona interpuesta negocios o actividades comerciales que puedan suponer competencia o concurrencia desleal respecto a las operaciones que esté llevando a cabo la comunidad.

8.^a La comunidad elegirá entre los condueños un presidente y ... vocales, uno de los cuales actuará de secretario, cargo éste no compatible con el de presidente. Para el presente ejercicio económico se designan: presidente a don ... y secretario a don ...

Al 31 de diciembre inmediato tendrá lugar la renovación, entrando como presidente el de más edad y como secretario el más joven, de entre

(5) Tomados de *Formulario de sociedades*, de Antonio ALVAREZ DE MORALES Y RUIZ y Miguel Angel DEL ARCO TORRES, Ed. Comares, págs. 552 y sigs. y 66 y sigs. El modelo del club de inversión se ajusta al aprobado por la Junta Sindical de la Bolsa de Barcelona.

los elegidos y sucesivamente se elegirán o reelegirán los nuevos vocales y sus cargos. Externamente y frente a terceros, la comunidad actuará en el tráfico mediante apoderamiento a favor del presidente.

9.^a Se exigirá la unanimidad:

a) Para los acuerdos del artículo 397 del Código Civil.

b) Para los de adquisición, gravamen y disposición de los elementos de capital fijo (inmuebles, maquinaria y vehículos a motor).

Los restantes acuerdos se adoptarán con el voto favorable que presente mayoría de intereses o capital en la comunidad. Los empates los resuelve el voto del presidente.

10.^a En todo caso de transmisión a título oneroso o lucrativo, voluntaria o forzosa, del todo o parte de la cuota en la comunidad, se constituye un derecho de tanteo, para la preferente adquisición de esa cuota-parte en idénticas condiciones que el tercer adquirente.

A tal efecto quien proyecte la transmisión lo notificará por medio auténtico a los demás condóminos con detalle de las circunstancias personales del adquirente y de las condiciones especiales de la misma, disponiendo los demás de un plazo de ... días naturales para optar a la adquisición, consignando a disposición de quien proyecte enajenar, el valor de la cuota, fijada de mutuo acuerdo o, en su defecto, por tasación arbitral, que a la vista de la contabilidad comunitaria haga un titulado mercantil designado por la Cámara de Comercio de ...

Si en la transmisión no se cumplen las reglas precedentes, los condueños no ejecutantes tienen por plazo de ... días naturales computados desde el conocimiento de la transmisión, un derecho de retracto.

No tendrá lugar el tanteo de referencia cuando la transmisión es a favor de un descendiente del condueño, ya que en tales eventos se pacta su renuncia o exclusividad del mismo.

11.^a En caso de fallecimiento de uno de los comuneros, si el sucesor de su cuota-parte es un descendiente del mismo, podrá subrogarse en un plazo de ... meses, en cuantos derechos y obligaciones correspondían a su causante en la comunidad. En los otros eventos se sobreentiende desde ahora que el partícipe se separa de la comunidad al fallecer en tales circunstancias, y su cuota-parte acrece por descompreñón de cuotas a los demás, bajo la obligación de indemnizar el valor de la misma, por acuerdo o, en su defecto, conforme a las normas previstas para el tanteo.

12.^a Para la disolución de la comunidad se estará a lo dispuesto en los artículos 400 y siguientes del Código Civil y con carácter subsidiario a las normas que el citado cuerpo legal fija para la división de herencia.

ESTATUTOS DE UN «CLUB DE INVERSIÓN» ...

I.—*Objetivo*

1. El «Club de Inversión ...», objeto de los presentes Estatutos, reúne personas interesadas en fomentar el ahorro, mediante la formación y gestión de una Cartera de Valores conjunta. Con este espíritu deciden agruparse bajo el sistema jurídico de Comunidad de Bienes y constituir una Cartera de Valores compuesta por títulos admitidos a cotización oficial.

II.—*Creación*

2. El «Club de Inversión ...» se constituye bajo la forma jurídica de una Comunidad de Bienes, prevista en el vigente Código Civil español, artículo 392, siguientes y concordantes, y se regirá por estos Estatutos y el Código Civil.

3. El tiempo de duración es de ... años, prorrogables indefinidamente, con la aprobación de por lo menos dos tercios de los socios. El período de cada ejercicio es de un año, comprendido desde el 1 de enero al 31 de diciembre, excepto el primer año, que comprenderá desde la fecha de constitución hasta el 31 de diciembre de ...

4. El Club no podrá comprender más de doce socios ni menos de dos. El aumento del número de socios por propuesta de alguno de los componentes se aprobará por votación superior de los dos tercios de los integrantes.

5. Las compra-ventas de valores se ejecutarán a través del Agente de Cambio y Bolsa don ..., al que expresa y estatutariamente se vincula el Club.

6. El Club declara como su domicilio el de ...

7. Los socios que hoy día constituyen el Club son, según la siguiente relación: ...

III.—*Recursos*

8. Existirán dos tipos de aportaciones iniciales de ... pesetas, unas y otras de ... pesetas.

Para las votaciones se contabilizarán como dos votos las aportaciones de ... pesetas y un voto las aportaciones de .. pesetas.

9. Se constituyen unas aportaciones mensuales por parte de los socios de ..., y ... pesetas, proporcionales a las aportaciones iniciales.

10. Con independencia de las anteriores, se efectuará una segunda

aportación inicial para sufragar los gastos de constitución, cuya cuantía será también proporcional a la aportación fundacional del apartado 8.

11. Llegado el 31 de diciembre de cada año y a partir del tercero, el Club podrá repartir los beneficios obtenidos o incorporarlos a la inversión con la aprobación superior a los dos tercios de los votos.

12. El Club podrá aprobar aportaciones extraordinarias, proporcionales a las aportaciones iniciales para liquidar la participación de algún socio, en caso de baja, y no interesar al Club descomponer su Cartera de Valores.

15. Dada la excepcionalidad del punto anterior, su aprobación requerirá la mayoría de votos.

14. El sistema de pago será el de domiciliación de las cuotas en cuenta corriente. Para tal fin se abrirán dos cuentas en el Banco ..., oficina principal, una a nombre de ..., para las aportaciones de los apartados 8, 9 y 12, y otra a nombre del «Club de Amigos Inversores» para las aportaciones del apartado 10.

15. La no satisfacción de dos cuotas mensuales consecutivas, o una aportación extraordinaria, en el plazo de ... días naturales a partir del día de su comunicación, supondrá la pérdida de la condición de socio, liquidándole al causante de baja su participación con un descuento del ... por daños y perjuicios a los demás socios, fijando la fecha de valoración el ... día hábil de cotización en la Bolsa de ... del segundo mes de impago, o a los ... días hábiles de la comunicación en caso de cuotas extraordinarias, liquidándole su participación a los ... días naturales siguientes a la fecha de valoración.

16. Cualquier socio podrá adquirir el máximo de participaciones cuando lo desee, conforme a las cláusulas de admisión de nuevos socios.

17. Conforme al objetivo expresado en el artículo 1, los beneficios obtenidos por el Club se reinvertirán en el mismo durante un plazo mínimo de ... años.

IV.—*Dirección*

18. El Club comprenderá el siguiente grupo directivo:

a) Un presidente, que será el representante del Club.

b) Un secretario, que cuidará de que se lleve un libro de Actas en donde se especifiquen los temas debatidos en las reuniones generales del Club.

c) Un tesorero, que supervisará los fondos del Club, así como la documentación referente a su administración, tal como pólizas, depósitos de títulos, etc., siendo responsable de la contabilidad que podrá ser llevada materialmente por otra persona natural o jurídica.

d) Un gerente, cuyo nombramiento recae en ..., que será el encargado del movimiento bursátil del Club y el encargado de efectuar las órdenes de compra y venta de valores, obligaciones, bonos o cupones de tipo mobiliario y al que por la firma de los presentes Estatutos todos los miembros del Club le dan poder para tal fin.

19. Los cargos tendrán duración de un año y podrán ser renovables por aprobación de simple mayoría de votos.

20. Para el control y reconocimiento de todos los componentes del Club existirán dos tipos de reuniones: semanales y mensuales, ambas a celebrar en ... y en lugar que se señale por el presidente.

...—*Valoración de la Cartera*

La valoración de la Cartera para los casos de admisión de nuevos socios será la del día que se apruebe su admisión, según la Bolsa de ... , debiendo el solicitante ingresar la parte correspondiente a la aportación que desee tener en el Club y que como se establece en el punto 8 no puede ser más que equivalente a uno o a dos votos. Además deberá ingresar una cantidad igual a las que hayan interesado los fundadores para gastos de constitución y que se ingresará como aportación a gastos generales.

En caso de solicitud de baja podrán los socios restantes adquirir la participación del causante de baja siempre en las proporciones establecidas de uno o dos votos. Este acuerdo se adoptará por unanimidad.

La valoración de la Cartera para casos de baja se efectuará al valor en la Bolsa de ... a los ... días naturales siguientes a la fecha de la recepción de la solicitud, definida en los artículos 27 y 28, y si no fuera día de Bolsa hábil, al primer día de Bolsa siguiente. Si no se cotizara algún valor, se considerará la última valoración que hubiera tenido.

De la liquidación se deducirán los gastos que hubiera supuesto la venta de los valores para el abono al interesado, no siendo devuelta la cantidad que fue entregada como gastos de constitución o gastos generales.

Cualquier controversia sobre valoración será decidida por el Agente de Cambio y Bolsa al que vincula el Club.

Un socio puede ser excluido del Club si lo votan más de los dos tercios de los miembros.

En caso de fallecimiento de un socio se liquidará su parte a los herederos en función de las anteriores normas.

De lo arriba transcrito y de los modelos o ejemplos de comunidades funcionales resultan algunas de las siguientes notas:

1.^a La exclusión, limitación o condicionamiento a la *actio communi dividundo*. Esto normalmente se traduce en una renuncia previa, aunque lo más normal es sustituir el régimen del Código por el propio de la disolución de una sociedad, singularmente las personalistas, o la civil. En la Resolución de 18 de mayo de 1983 se consignan entre las causas de extinción de la comunidad del garaje: el acuerdo unánime de todos los comuneros, la destrucción del edificio, la expropiación forzosa. .

2.^a La exclusión o renuncia al retracto de comuneros, para el caso de que cualquier interesado enajene su derecho en la comunidad. En otros casos el principio del interés colectivo imprime de tal modo el régimen de la comunidad que, lejos de favorecer la transmisión de la condición de socio, se la limita al consentimiento de todos o de la mayoría de los copartícipes (como en la sociedad civil del Código o el club de inversión que expusimos como ejemplo).

3.^a La creación de una organización suficiente es quizá el rasgo más aparente. A diferencia de lo que ocurre en la comunidad de bienes y, en parte, incluso en la sociedad civil, se crean auténticos órganos, como centros de imputación, efectos y de expresión de la voluntad colectiva. En las formas más depuradas, incluso distinguiendo una pluralidad de ellos.

4.^a La existencia de una serie de atributos que parecerían presuponer la capacidad jurídica: un domicilio o sede, una denominación, un número de licencia fiscal... (6).

5.^a En algunos casos la estabilidad de la situación de cotitularidad fuerza a reglamentar el ejercicio del derecho de separación (con reembolso de cuota y «rescisión parcial» del contrato, como dicen nuestras leyes), e incluso el de exclusión por incumplimiento de las obligaciones pactadas.

Con todo carece de personalidad jurídica, y la comunidad no puede ser sujeto titular de derechos u obligaciones (*vid.* Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1981, que negó la posibilidad de inscribir un piso o apartamento a nombre de la comunidad de propietarios). Aunque a veces casi se nos antoja la personalidad jurídica un capricho del legislador (por ejemplo: la comunidad de usuarios o de regantes que contempla nuestra Ley de

(6) La existencia de un número propio de identificación fiscal está recogida expresamente en la Ley de Presupuestos para 1988, aprobada mediante la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, art. 113.

Aguas es persona jurídica, mientras que una comunidad de las que llamamos societaria, con tener una base corporativa y organizativa tan similar, en cambio no lo es, como tampoco lo es la de propietarios de un edificio en propiedad por pisos) (7).

III. LOS «FONDOS DE GESTION»

Supuesta esa previa descripción de la problemática de las comunidades funcionales se impone reconocer que en algunos casos se lleva hasta tal punto la estabilidad, la permanencia y la organización comunitarias al logro del fin colectivo que se alcanza una cuasipersonificación instrumental. Si las comunidades funcionales son comunidades harto singulares pero en todo caso articuladas sobre una situación jurídica de cotitularidad, en los fondos de gestión se produce una unificación del haz de relaciones jurídicas en torno a un patrimonio separado y de destino, que es gobernado por un sujeto ajeno, al que se le confía la gestión y administración —y eventualmente la disposición de los bienes y derechos que lo componen—. En esa tierra de nadie que es la frontera entre la sociedad y la comunidad, está más próxima de la primera que de la segunda; lo contrario que ocurre con las comunidades funcionales, de las que puede *latu sensu* ser entendida como subespecie.

o Como *negocio jurídico constitutivo*, el fondo de gestión responde a la naturaleza de los llamados negocios plurilaterales de organización o asociativos, distintos de los puramente contractuales porque se ventilan una pluralidad de intereses que aspiran a un fin común. El sustrato asociativo es muy similar al que, por ejemplo, existe en el contrato de sociedad civil o mercantil. No desdice esta naturaleza corporativa el hecho de que en la legislación de los fondos el título de su constitución sea otorgado por el órgano de gestión, normalmente con el concurso del depositario, y que los partícipes se adhieran mediante la suscripción, de modo similar a lo que ocurre con los obligacionistas respecto a la emisión de obligaciones. Con razón se dice que el comisario, en nuestro caso el gestor, actúa fiduciariamente en interés de los partícipes (8).

(7) No pocos problemas ha dado a la doctrina la admisión de órganos en la comunidad de propietarios y las facultades y competencia del presidente de la Junta. En particular, *vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1965 y de 5 de junio de 1979, así como la Resolución de la Dirección General de 5 de mayo de 1970.

(8) *Vid.* voz *Investment Trust*. Alessandro NIGRO: *Enciclopedia del Diritto*, XXII, Milano, 1972, págs. 704 y sigs. «Coloquio sobre el régimen de los fondos

• Como *relación jurídica constituida*, el fondo se caracteriza por tres notas: el elemento *objetivo*, constituido por un patrimonio separado; el elemento *intencional* o fin al que se adscriben los bienes, y la *organización*, confiada a quien, aunque no propietario, tiene todas las facultades de gobierno.

— Lo primero es la existencia de un patrimonio constituido por las aportaciones de los partícipes, carente de personalidad jurídica y separado del propio personal de aquéllos (lo que se traduce en separación de responsabilidades: la recíproca que es debida entre gestor y depositario frente a los interesados en el fondo, y la resultante de las obligaciones contraídas en la gestión, de la que no responden personalmente los partícipes frente a terceros acreedores). Por supuesto la limitación de responsabilidad al valor de la aportado contradice el principio general de nuestro Derecho que consagra el artículo 1.911 del Código Civil.

— El elemento final está constituido por la vinculación institucional o afectación del patrimonio a un fin predeterminado, estable, posible y lícito que constituye su objeto y convierte a la masa de bienes en un patrimonio de destino.

— Por fin, la organización se traduce en el injerto de una titularidad de disposición sin atribución patrimonial en favor del órgano de gestión a quien se le atribuyen «todas las facultades del dominio sin ser propietario del fondo».

• En tres áreas se revela útil esta categoría para explicar las complejas relaciones que se anudan a un patrimonio separado y de gestión. Estas tres instituciones de aplicación inmediata tienen su origen en el Derecho extranjero (9).

de inversión mobiliaria», Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, 1974. *passim*.

Entre la literatura económica son interesantes los resúmenes de J. A. TRUJILLO y G. CUERVO-ARANGO: *El sistema financiero español*, Ariel, Barcelona, 1985, y A. CUERVO, Luis RODRÍGUEZ SAIZ y José Alberto PAREJO: *Manual de sistema financiero*, Ariel, Barcelona, 1986.

(9) Todos son una manifestación del *trust* anglosajón en su vertiente de *Investment trust*. Esta institución ha sido objeto de una auténtica recepción en países de Derecho ajeno al del *Common Law*, lo que ha originado no poca doctrina para su interpretación:

• En Derecho anglosajón, *vid.* A. UNDERHILL: *Law of trusts and trustees*, 12th ed., 1970. HAYTON & MARSHALL: *Cases and commentary of the law of trusts*, 8th ed. by Hayton Stevens. B. CURZON: *Law of trusts*, un excelente resumen de la materia publicado por M. & E. Handbooks. Sobre la extensión a países de la familia del *Common Law* es interesante, en particular sobre la constancia registral DOWSON & SHEPPARD: *Land Registration*, 2nd edition, págs. 141 y sigs., y *Registration of title in Ireland*, Desmond L. Mc. Allister, págs. 19 y sigs., Dublín, única edición. Para el Derecho norteamericano son imprescindibles las obras de SCOTT, en particular, *The law of trusts* Boston, 1939.

• En otros países no anglosajones, los *trusts* de inversión han sido objeto de recepción. Citaremos a Liechtenstein (Ley de 1926), Suiza (Ley Federal de 1 de ju-

* La primera, y paradigmática, es la de los fondos de inversión en el seno de las instituciones de inversión colectiva: los FIM (Fondos de Inversión Mobiliaria) y los FIAMM (Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario). En estos casos, el fin al que se encamina el patrimonio separado del personal de los partícipes es el de la inversión institucionalizada en activos financieros: administración, tenencia, disfrute y enajenación de valores para obtener un rendimiento colectivo. Como patrimonio separado pertenece a una pluralidad de partícipes in-

lio de 1966). Alemania (Ley de 16 de abril de 1957), Francia (Decretos de 2 de noviembre de 1945 y 28 de diciembre de 1957), Holanda y Luxemburgo (*vid. Riv. Soc.*, 1961, DELVAUX: *Les sociétés d'investissement au Grand-Duché de Luxembourg*), Bélgica (Ley de 27 de marzo de 1957). En Italia existen numerosos proyectos; sobre el particular, *vid. NIGRO, op. cit.*, nota 8. En Derecho comunitario existen varias directivas sobre «organismos de inversión colectiva», como cita con posterioridad.

○ Para estudiar la acogida a esta institución en países de raigambre hispana, *vid. Joaquín GARRIGUES*, a propósito de la «fiducia legal», en *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Cuadernos Civitas, págs. 89 y sigs. Es fundamental el estudio del Derecho mexicano y la Ley de 31 de agosto de 1926. Rodolfo BATIZA publicó en 1954: *Tres estudios sobre el fideicomiso*, México. Apasionado defensor de la institución ha sido el jurista panameño ALFARO (*vid. el rapport al IV Congreso Internacional de la «Bar Association»*). Por supuesto interesantes, por partir de nuestro Código Civil, son la legislación de Puerto Rico —artículos 834 a 874 del Código Civil— y la de Filipinas —artículos 1.440 a 1.457—. Sobre la aparatosa diversidad institucional que encierra el concepto de *trust* puede resultar esclarecedor el pionero trabajo de Emilio MIÑANA en la *Revista de Legislación*, el año 1931, páginas 599 y sigs., «Los trusts». Los *investment trusts* han hecho su ingreso en las legislaciones de Bolivia, Brasil, Colombia, México, Puerto Rico, Panamá, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Perú... Por supuesto, son de obligatoria referencia en nuestro Derecho las obras de J. BAREA, NAVARRO MARTORELL y don Federico DE CASTRO sobre «propiedad» o titularidad fiduciaria:

Es habitual distinguir las siguientes categorías de *investment trusts*:

a) Según la política y medios de gestión de la cartera:

1. *Fixed investment trusts*: La sociedad gestora no tiene facultades de disposición, limitándose a la mera administración y conservación de la cartera, cuya composición está prefijada desde la constitución.
2. *Semifixed or flexible investment trusts*: Se deja a la determinación del gestor o *trustee* decidir el momento de realización del activo, aunque se fija cómo debe efectuarse la reinversión.
3. *Management investment trusts*: Libertad de la gestora o *trustee* de administrar y enajenar el patrimonio.

b) Según la estructura y naturaleza jurídica:

1. *Statutory* o de forma societaria (sociedad por acciones), en sus dos modalidades:
 - De capital fijo (*closed-end*).
 - De capital variable (*open-end*).
2. «Contractual» o de forma fiduciaria caracterizadas por la relación triangular calificada de *Driecksprinzip*, entre GESTOR, DEPOSITARIO y PARTICIPE.

versores, cuyo derecho de propiedad se representa en títulos de participación. Y en cuanto a su gestión, está confiada a una sociedad gestora, que, sin ser propietaria del fondo, tiene atribuidas, con el concurso de un depositario, todas las facultades del dominio (arts. 1 y 2 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, y primeros arts. del Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1346/1985, de 17 de julio).

* Esta categoría ha sido aplicada, sin especial esfuerzo de traducción, al área económica de las instituciones de capital de riesgo, que traducen la misma dualidad de instituciones: las societarias (sociedades —anónimas— de capital de riesgo) y las fiduciarias es el desarrollo de la actividad financiera especializada de financiación transitoria y sin ánimo de control de empresa en expansión mediante la participación minoritaria en su capital. La regulación, de todo punto insuficiente y de urgencia, se encuentra en el Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de Medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales (arts. 12 y ss.), y la Orden de 26 de septiembre de 1986 por la que se regula el acceso al Registro administrativo (10).

Como los fondos de inversión, los de capital-riesgo (de riesgo es la traducción más correcta del término *risk capital*) son patrimonios que persiguen la promoción o fomento de sociedades no financieras, mediante la participación en su capital, y que son gobernados por una sociedad gestora con el concurso de un depositario (art. 12 de la Ley).

* Por fin, y advertida la doctrina de la inaplicabilidad material de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (11), fue necesario dictar una polémica Ley, la de Fondos de Pensiones, para regular la disciplina de estos institutos. La Ley 8/1987, de 8 de junio, y su Reglamento, pendiente de aplicación cuando esto escribo, han venido a introducir en nuestro ordenamiento la figura de los fondos de pensiones. No sólo en la denominación, sino además en la técnica, se mantienen fieles a los esquemas de las IIC, que, insisto, constituyen el auténtico núcleo dogmático generador de fondos de gestión. Como en los anteriores casos, encontramos:

- una pluralidad de interesados en la previsión social: según el artículo 8.4, la titularidad de los recursos patrimoniales corresponde a partícipes y beneficiarios;
- un patrimonio separado, por supuesto carente de personalidad.

(10) Sobre el capital de riesgo, *vid.* la bibliografía, mayoritariamente extranjera, que recoge la revista *Situación*. 1987/4, del Banco de Bilbao, y *Papeles de Economía*, suplemento número 20 de la Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1987.

(11) *Vid.* las razones en FRANCISCO SOLER BORDEJAS: *Fondos de pensiones*, Ed. Deusto, 1985, pág. 65.

con cargo al cual se afronta el pago de determinadas rentas o capitales reconocidos en favor de determinadas personas (los beneficiarios);

- la afectación del patrimonio al cumplimiento de un plan de pensiones: programas de previsión social a largo plazo que, mediante el empleo de técnicas actuariales, pretenden arbitrar un sistema de ahorro-pensión complementario al de la Seguridad Social, para atender a futuras contingencias de muerte, jubilación o incapacidad;
- por fin, una compleja estructura de gestión, singularmente intervenida por la Administración. La administración (art. 13) está encomendada a una entidad gestora (una anónima especial —artículo 20— o una entidad aseguradora autorizada para operar en España en la rama de seguros de vida), con el concurso del depositario, el control y la supervisión (art. 14) es tarea de la Comisión de control del fondo (según el art. 7, está formada por representantes del promotor o promotores, partícipes y beneficiarios, de forma que se garantice la presencia de todos los intereses).

OTRAS POSIBLES ÁREAS DE APLICACIÓN

Una vez señalados los tres casos en que la institución de los fondos de gestión tiene aplicación inmediata, parece útil considerar otros casos en que con mayor o menor nitidez se apuntan sus rasgos más salientes.

Empecemos con el más próximo pariente: me refiero al Fondo de Garantía en las Sociedades de Garantía Recíproca (Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio). Según el artículo 9 del Real Decreto regulador, los socios partícipes cuyas deudas hayan de ser garantizadas por la sociedad habrán de constituir un fondo de garantía. Como en los anteriores ejemplos, encontramos:

- una pluralidad de interesados en la garantía;
- un patrimonio integrado por las aportaciones que han de hacer los socios en la proporción estatutaria sobre la cuantía de créditos garantizados, y con las rentas de esas aportaciones. Ese patrimonio es distinto del propio de la sociedad (*vid.* Exposición de Motivos);
- una finalidad específica: hacer frente a los pagos que haya de realizar la Sociedad en cumplimiento de las garantías otorgadas y de esta manera «refuerza decisivamente la solvencia de ésta para hacer frente a las obligaciones asumidas en garantía de los créditos otorgados a los socios» (Exposición de Motivos);

— una gestión encomendada a la Sociedad de Garantía Recíproca. Todas estas instituciones responden a la importación de figuras típicas de derechos foráneos y en el ámbito especial del Derecho financiero. Sin embargo, es posible defender la existencia de esta categoría en algunos casos:

• *En el área del Derecho urbanístico* es posible que las Juntas de compensación (arts. 126 y ss. de la Ley del Suelo) respondan al esquema de esta figura.

Efectivamente, cuando la obra urbanizadora se ejecuta por el sistema de compensación, con arreglo a las bases de actuación y a los Estatutos aprobados por la Administración Pública actuante (normalmente el Ayuntamiento u otro órgano urbanístico, como la Comisión Provincial de Urbanismo), ha de constituirse, salvo en el caso de que uno solo sea el propietario del polígono, una Junta de compensación.

Obsérvense las siguientes notas:

1.—La existencia de un patrimonio constituido con las aportaciones de los partícipes; la totalidad de las fincas radicantes en el polígono o unidad de actuación, las cuales, salvo que los Estatutos dispongan otra cosa, no se transmiten a la Junta, quedando afectas al cumplimiento de las obligaciones de urbanización, lo cual se hace constar en el Registro (para que por nota marginal) (12).

2.—La atribución de la gestión a las Juntas de compensación —personas jurídicas de carácter administrativo e integradas por los propietarios del polígono y, en su caso, las empresas urbanizadoras—, para lo cual, aun no siendo propietarias, son investidas de lo que LASO califica de titularidad fiduciaria de disposición: «las Juntas de compensación actuarán como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos» (art. 129.2).

3.—Por supuesto la finalidad específica es la ejecución de las obras de urbanización, cumpliendo las obligaciones impuestas.

• A esta técnica podrían responder las llamadas *asociaciones de hecho de carácter temporal*, a las que se refiere el capítulo IV, artícu-

(12) Sobre la titularidad fiduciaria de disposición, José Luis LASO MARTÍNEZ: *Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1982, tomo III, págs. 153 y sigs. Antonio CANCELLER FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 265 y sigs. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Luciano PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho urbanístico*, Ed. Civitas, pág. 534. Con los tres, por igual se recomienda la constancia registral de la afección real por medio de nota marginal a solicitud de la Junta de Compensación y en virtud de certificación administrativa. Vid. también Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, págs. 684 y sigs.

los 19 y 20, del aún vigente Decreto de 20 de marzo de 1965, por el que se aprobó el Reglamento de Asociaciones.

Aquí volvemos a encontrar un patrimonio constituido por los fondos obtenidos mediante suscripciones, cuestaciones públicas, festivales benéficos e iniciativas análogas y destinados a arbitrar fondos para cualquier actividad lícita y determinada, a la cual quedan afectos y la existencia de promotores u organizadores que son personal y solidariamente responsables ante la Administración Pública de la gestión e inversión de las cantidades recaudadas, estando obligados a rendir cuentas de su gestión.

• Por fin, señalar la Ley 3/1987 de 10 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Aragón, que regula la disciplina del llamado «Banco de Tierras»: un patrimonio separado constituido por las fincas de la Comunidad (aunque el art. 2 expresa que «la titularidad del dominio o de cualesquiera otros derechos reales sobre los bienes del Banco de Tierras corresponde a la Diputación General de Aragón», en realidad debiera expresar la Comunidad Autónoma), del cual es un mero órgano carente de personalidad (13). Aquí la finalidad exclusiva es la realización de la política agraria de la Comunidad Autónoma a la que quedan afectas las fincas (por cierto la constancia registral de esta afectación en el Registro de la Propiedad no está prevista), y la gestión encomendada al denominado Ente Gestor dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios (art. 2.2).

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LOS FONDOS DE GESTIÓN

Una vez estudiados los rasgos descriptivos del instituto y algunos supuestos de aplicación en el tráfico civil y mercantil me propongo hacer somera referencia a los problemas que plantea la calificación de la naturaleza. Para ello expondré primero las paradojas que suscitan los fondos de inversión, sin duda el modelo prototípico, en el bien entendido que un pequeño esfuerzo permitiría, *mutatis mutandi*, su generalización a otros supuestos. En segundo lugar trataré de dar una visión general sobre el estado de la doctrina sobre la naturaleza de esta institución de la que resulta la insuficiencia de todas las explicaciones que se postulan.

(13) Vid. Fernando CURIEL LORENTE, Juan JIMÉNEZ DE LA PEÑA y Antonio MOLPECERES OLIETE, *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, marzo 1988, páginas 472 y sigs. Aquí es un asiento de inscripción y no una nota marginal de afección lo que se recomienda.

VI.1. PARADOJAS DEL FONDO DE INVERSIÓN

Creía CHASTERTON que las verdades más complejas se escondían en paradojas. El fondo de inversión es tan difícil de comprender precisamente por esto. La confusión que suscita su naturaleza es buena prueba de ello. El entender cuáles son esas paradojas ayudará a comprender qué es el fondo que las paradojas desvelan.

Empecemos, pues, por analizar las notas que definen un Fondo de Inversión en la normativa española.

Se *define* el Fondo de Inversión Mobiliaria en la Ley 46/1984, reguladora de las instituciones de inversión colectiva (art. 2.2) como patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores, administrados por una sociedad gestora, con el concurso de un depositario, cuyo objeto social exclusivo es la adquisición, tenencia, disfrute, administración y enajenación de activos financieros. Y la administración adecuada del patrimonio contempla la diversificación de las inversiones con el fin de compensar riesgos.

Y la falta de personalidad jurídica se deduce de todo el articulado de estas normas, aunque no se dice expresamente en ninguno de los artículos. Esta, por otra parte, es la opinión general de nuestra doctrina.

De esta definición se extraen las notas siguientes:

- A) *El Fondo de Gestión no es sociedad, pero tampoco comunidad.*
La «comunidad funcional»

Por el fondo se obligan a poner en común dos o más personas bienes o derechos, para obtener un lucro que se hará común, y no es Sociedad, ni civil ni mercantil, a pesar de la definición que de Sociedad nos dan los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio.

Esta aparente paradoja o contradicción se explica porque el Fondo es una COMUNIDAD que se gestará como una Sociedad.

Es lo que alguna doctrina y cierta jurisprudencia se ha atrevido a calificar de *comunidad societaria* que se sitúa en el afilado margen de diferenciación entre comunidad y sociedad.

Se define la comunidad en nuestro Código Civil en los artículos 392 y siguientes como una forma o variedad de la propiedad: *hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*. Como dice JUAN MUÑOZ XANCÓ (14), *el condominio, según los artículos 392 y siguientes del Código Civil español, consiste en el dominio simultáneo y pro indiviso de varias personas sobre una cosa en la que cada partícipe tiene un derecho transmisibile*

(14) *Ob. cit.* en la nota 4, págs. 952 y sigs.

sobre una participación real y abstracta, viniendo caracterizada por dos elementos: unidad de la cosa y pluralidad de sujetos con simultaneidad de dominio (Sentencias del TS de 24-V-1943 y 7-2-1944), configurándose, en definitiva, como una variedad accidental del dominio cuya esencia consiste en la indivisión...

En los Fondos, por tanto, cada partícipe ostenta un derecho de propiedad sobre el patrimonio del mismo, y el reembolso de las participaciones en el fondo se efectúa a voluntad de sus titulares, en cualquier momento (salvo contadas excepciones) (15), lo que no ocurre en las Sociedades, donde el accionista debe buscar un comprador para sus acciones si quiere venderlas; el partícipe del fondo, por el contrario, tiene derecho a un reembolso casi inmediato (principio de liquidez del fondo).

Existen, sin embargo, otras características de la comunidad que la generalidad de la doctrina (16) viene considerando diferenciadoras de la sociedad, que no sólo no se dan en el fondo, sino que precisamente tiene características que harían pensar en una sociedad. Esta paradoja es precisamente la que nos hace calificarlo, en esta primera fase, como una *comunidad funcional*. Estas notas son:

a) *El ánimo de lucro*.—La doctrina tradicional ha venido considerando que esta es una de las notas básicas y distintas de la sociedad frente a la comunidad. Se decía que con la comunidad la finalidad perseguida por los interesados era *la mera conservación y aprovechamiento de la comunidad*, mientras en la sociedad pretendían *obtener un lucro común partible en la sociedad*.

Modernamente, sin embargo, la jurisprudencia del TS y también de la doctrina han venido a admitir la existencia de comunidades que explotan negocios industriales, para obtener un *lucro común partible* y no la mera conservación de los mismos para su aprovechamiento (la Sentencia de TS de 16-IV-1942 consideraba que, en tal caso, preciso se hace admitir que la relación jurídica creada en este convenio es la llamada comunidad societaria).

Y más recientemente la Sentencia del TS de 19 de junio de 1965 es buena prueba de esta línea doctrinal, al declarar, por ejemplo, que el presidente de una comunidad de propietarios es un *órgano* (como si estuviésemos en una sociedad); no es representante, según esta Sentencia, sino que actúa como verdadero órgano del ente comunitario, al que *personifica* en las relaciones.

(15) Artículo 20 de la Ley en relación con los artículos 42 y siguientes del Reglamento.

(16) *Obs. cts.* en la nota 4.

También las Sentencias del TS de 28 de junio de 1906, 14 de febrero de 1930 y las más recientes de 21 de diciembre de 1965 y 21 de diciembre de 1970 admiten que un negocio o una industria pueda ser objeto de condominio, pues jurídicamente no está excluida esta posibilidad, ya que del Código Civil se deduce que puede ser objeto de la copropiedad cualquier cosa específica susceptible de propiedad individual (17). Por otro lado, tampoco todas las sociedades tienen ánimo de lucro. LOIS ÉSTÉVEZ (18) apunta la existencia de sociedades exentas de móvil lucrativo, si bien no deja de ser esta una posición ampliamente discutida.

Es, pues, una comunidad y, sin embargo, se puede producir una vinculación de bienes al logro de la empresa, en contra de las teorías de la empresa o fin, a que luego nos referiremos, que fijan la diferenciación de comunidad y sociedad es la finalidad de *gestión de empresa* como privativa de las sociedades, sirviendo así las aportaciones sociales de medios para la consecución de este fin.

Como vemos, en los fondos también existe esa *vinculación* de bienes a la consecución de un fin de lucro, a pesar de ser COMUNIDADES, aunque, como estamos viendo, un tanto *sui generis*: así, se definen en la Ley 46/1984 (y en su Reglamento) como *patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuyo derecho de propiedad se representa mediante un certificado de participación, administrados por una sociedad gestora, a quien se atribuyen las facultades de dominio, sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario y constituidos con el exclusivo objeto de proceder a la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros, para compensar, por una adecuada composición de sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento, sin participación mayoritaria, económica o política en ninguna sociedad* (art. 2.2 de la Ley 46/1984).

b) *Ejercicio de la «actio communi dividundo»*.—Una de las notas distintivas de la comunidad frente a la sociedad es la posibilidad que existe para cada propietario en la comunidad de pedir la división del condominio en cualquier momento. En la sociedad, sin embargo, esto no es posible. La disolución de la misma sólo se producirá en los casos expresamente determinados en la Ley de Sociedades Anónimas.

Esta posibilidad se reconoce también para las «*comunidades societarias*» (Sentencia del TS de 14-II-1930).

En los fondos de inversión es muy dudoso que cualquiera de los partícipes pueda solicitar la división o disolución del mismo. Las causas

(17) Artículo 392 del Código Civil.

(18) *Ob. cit.* en la nota 4, págs. 681 y sigs.

de disolución aparecen previstas en la Ley y en el Reglamento de las IIC. Expresamente se prevé en la Ley 46/1984, en su artículo 23 (y en el artículo 47 del RD 1346/1985, por el que se reglamenta la Ley 46/1984), que *el fondo quedará disuelto, abriéndose el período de liquidación, por el vencimiento del término señalado en el contrato, por el acuerdo de la sociedad gestora o el depositario cuando el Fondo fue constituido por tiempo indefinido, como consecuencia del incumplimiento de los preceptos de esta Ley cuando así esté dispuesto, y por las causas que se establezcan en su Reglamento de Gestión.*

No cabe, *a priori*, que el Fondo pueda disolverse por la mera voluntad de uno de los partícipes, salvo que se previese esta causa de disolución en el Reglamento de Gestión del Fondo.

Es, sin embargo, harto dudosa esta posibilidad, pues una de las notas características del Fondo, que ahora comentamos, es la de su vocación de *permanencia*, y lo normal es que se constituyan por tiempo indefinido. Con esto se parece a la llamada *comunidad funcional*, cuyas notas se han tratado ampliamente en la Resolución de la DGRN de 25 de mayo de 1983.

c) *La estabilidad del fin.*—Es comunidad, pero en modo alguno meramente incidental o provisional, sino permanente y dirigida al logro del fin perseguido.

Para las teorías que han tratado de explicar las diferencias entre comunidad y sociedad, por *el fin* distinto de una y otra (teoría de la empresa o de fin) se venía entendiendo que una de las características principales de la comunidad frente a la sociedad es la de ser aquélla un *estado incidental* que... carece de la *vinculabilidad*, sustrato volitivo que permite... realizar una *gestión de empresa* (19).

De acuerdo con la tradicional concepción ya expuesta anteriormente de que con la comunidad el fin perseguido *no es, como en las sociedades, el acrecentamiento del capital común mediante las ganancias de los capitales aportados al fondo social, sino el simple aprovechamiento colectivo ordinario* (20) se deduce que, en general, la comunidad sea un mero estado incidental para toda esta doctrina tradicional.

Pero el admitir (como ha hecho la jurisprudencia y doctrina más modernas) la figura ya analizada de *comunidad societaria* conlleva también consecuentemente el considerar la *vinculabilidad* o *permanencia* como una característica más de este tipo de comunidades, aunque originariamente fuese concebida como privativa de las sociedades.

(19) *Ob. cit.* en la nota 4, pág. 703.

(20) MANRESA: *Comentarios al Código Civil*, ed. 1952, tomo III, págs. 498 y sigs.

Expresamente se admite en la Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 1983.

Claramente se prevé esta posibilidad en la regulación legal y reglamentaria de los Fondos de Inversión.

d) *La gestión por un tercero.*—Es comunidad, pero no es gestionada por los partícipes, sino por un tercero: la sociedad gestora, sin perjuicio de que más adelante profundicemos en este tema. Destacamos dos cuestiones que llaman la atención en esta afirmación:

- No existe en los Fondos esa relación directa y exclusiva del propietario (partícipe en la comunidad) con la cuota ideal objeto de su propiedad (su participación en el Fondo), pues sus facultades del *dominio* sobre el Fondo están muy recortadas, como hemos visto (no tienen las facultades de *gestión* sobre el mismo, ...).
- La existencia de una *sociedad gestora*, que ejerce las facultades de administración y gestión del Fondo, nos recuerda a las funciones que en la sociedad realizan sus *órganos de administración*. Y precisamente es esta una de las notas que para una parte de la doctrina distingue la comunidad de la sociedad: la organización. Para estos autores, la comunidad no necesita más que una organización mínima (la necesaria para *funcionar* y hacer posible la concurrencia de intereses sobre el mismo objeto de dominio), mientras, como dice MOSSA (21), *toda la evolución del derecho de sociedades gira en torno a su organización*.

En los Fondos la organización es fundamental para su funcionamiento, y el alcance de su *fin de lucro*, y dada su falta de personalidad jurídica, por ser una COMUNIDAD, se hace necesario encomendar esa gestión y administración a una entidad con plena capacidad jurídica: la sociedad gestora, pero necesariamente debe ser una sociedad anónima.

Según se deduce de lo expuesto, el Fondo es una comunidad, que carece de personalidad jurídica propia, presentando no obstante numerosos caracteres de la sociedad.

Incluso desde el punto de vista fiscal en el Real Decreto 1546/1985 no se considera comunidad, sino que se le da el mismo tratamiento en el IS que a las Sociedades de Inversión Mobiliaria de capital variable (tributación especial al tipo del 13 por 100 si el Fondo está inscrito en el Registro especial o autorizado administrativamente de manera transitoria).

(21) *Trattato del nuovo Diritto commerciale*, 1951, vol. 11.

Esto es significativo, pues en el artículo 27 del Reglamento del IRPF se establece para las rentas obtenidas por las entidades del artículo 33 de la LGT (sociedades civiles, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades sin personalidad jurídica) un régimen de imputación a los socios, herederos, comuneros y partícipes, respectivamente, según las normas o pactos aplicables en cada caso. No es este el régimen previsto en el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva para los Fondos, porque los considera como sociedades, más que como comunidades de bienes, a pesar de no gozar de personalidad jurídica.

En definitiva, no parece que el contenido y derechos de los copartícipes sobre su cuota y sobre el Fondo se ajusten mucho a la disciplina de los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Por lo demás, el Código no es precisamente prolijo en la regulación de comunidades.

B) *El Fondo de Gestión no es una fundación*

El Fondo, con consistir, según se deduce de su definición en la Ley 46/1984, en la vinculación de una masa de bienes al cumplimiento de un fin lícito al que quedan adscritos, y para cuya gestión se erige un organismo permanente —la sociedad gestora—, **NO ES UNA FUNDACION.**

Analicemos las notas definidoras de la Fundación destacando aquellas que la distinguen de los Fondos. La definen DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN (22) como *la persona jurídica que nace cuando se destinan bienes al cumplimiento de un fin de interés público, de un modo permanente y estable*, y añaden: *El ente no nace sin la adscripción de bienes: el ente Fundación es la personificación de un patrimonio destinado a un fin, luego sin patrimonio no hay ente...; la Fundación, una vez adquirida la personalidad jurídica deviene propietaria de los bienes.*

También CASTÁN (23) ha estudiado ampliamente esta figura, destacando de este estudio algunas notas importantes que iremos comentando a continuación.

Partamos de la definición expuesta:

a) *Adscripción del patrimonio.*—Debe existir necesariamente una dotación de un patrimonio que queda afecto a un determinado fin.

En los Fondos también existe un patrimonio constituido con las distintas aportaciones de los partícipes, que queda, más que afecto, *ads-*

(22) *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 4.ª ed., pág. 670.

(23) *Derecho civil español común y foral*, tomo I, vol. 2.º, 12.ª ed., páginas 413 y sigs.

crito al cumplimiento de un fin. Sin embargo, las diferencias con la fundación son claras:

• En ésta, el ente *fundación*, una vez adquirida la personalidad jurídica, adquiere la propiedad del patrimonio dotado por el fundador. Por el contrario, en los Fondos los propietarios del patrimonio del Fondo son los partícipes y no el propio Fondo.

• En las fundaciones, al ser este ente el propietario del patrimonio fundacional, no puede el fundador reclamarlo, pues su destino es el cumplimiento del fin para el que la fundación fue creada; sin embargo, puede haberse establecido cláusula de reversión en el negocio fundacional (Ley Navarra 47). En los Fondos, cualquiera de los partícipes puede, en cualquier momento, pedir el reembolso de su participación, separándose así del Fondo, y haciendo disminuir el patrimonio con el que se creó originariamente.

Como vemos, aun siendo importante en los Fondos el patrimonio del mismo, la figura de los partícipes es importante, como propietarios que siguen siendo de ese patrimonio, frente a la Fundación, en que lo que se *personifica* es precisamente el patrimonio, que pasa a ser propiedad de estos entes.

b) *El interés general*.—El fin en las Fundaciones debe ser necesariamente de *interés general* —después de la Constitución (24)—; en los Fondos, sin embargo, de lo que se trata es de obtener un lucro a repartir entre los partícipes del mismo.

En todo caso no es esta la principal nota diferenciadora entre Fondos y Fundaciones, pues la doctrina ya se ha preguntado muchas veces sobre la posibilidad de Fundaciones de interés particular (25). Incluso las Fundaciones culturales privadas (reguladas por el Decreto de 21 de junio de 1972) quedan autorizadas para realizar, con la previa autorización del Ministerio de Educación y Ciencia, actividades industriales y mercantiles anejas a la finalidad cultural a que están destinadas, aunque no sean necesarias para el cumplimiento de la misma (art. 28 del Decreto).

c) *Otra vez la estabilidad o permanencia*.—La nota de permanencia y estabilidad es mucho más marcada en las Fundaciones que en los Fondos. Prueba de ello es la posibilidad ya mencionada, que tiene todo partícipe de separarse del Fondo e incluso estadísticamente, la gran cantidad de Fondos que han desaparecido en los años de crisis en la Bolsa.

(24) Artículo 54.

(25) *Vid.* sobre esta polémica, Federico DE CASTRO Y BRAVO: *La persona jurídica*, 2.ª ed., Ed. Civitas, págs. 79 y sigs. y 295. Véase también, CÁRDENAS: «Las fundaciones familiares de Derecho privado», *RDP*, núm. 56, 1952, pág. 579.

d) *La organización*.—Tanto en las Fundaciones como en los Fondos se precisa de una organización para obtener los fines que cada una de estas instituciones se propone: en las Fundaciones esta organización la realiza el Protectorado, y en los Fondos una sociedad gestora. Y la diferencia fundamental entre ambas figuras es el enorme control y peso del Estado sobre el Protectorado, frente a las sociedades gestoras, en que el control es más bien legal.

e) *La personalidad jurídica*.—Aunque no sea esta la nota diferenciadora más importante conceptualmente, puesto que depende de la pura decisión legal, a efectos prácticos sí lo es: mientras las Fundaciones gozan de personalidad jurídica, los Fondos de Inversión no, por lo que no tienen capacidad de obrar; por esta razón tienen que operar a través de la sociedad gestora, como veremos.

Lo que en todo caso no puede ponerse en duda es que estamos ante un patrimonio especial, y no es un patrimonio personal de una persona jurídica, pues ya hemos dicho que los Fondos carecen de personalidad jurídica. Podríamos considerarlo dentro de las distintas tipificaciones que se han hecho de los patrimonios especiales (por contraposición, las personales), y siguiendo la de DE CASTRO (26), como un *patrimonio colectivo*, definidos por este autor como *una masa de bienes indivisos atribuidos unitariamente a la titularidad de varias personas. Su característica fundamental es la colectividad en la titularidad. La nota peculiar es su falta de caracteres específicos y su cercanía a la figura de la persona jurídica de tipo asociación, que, sin embargo, es presupuesto que falta, que, en otro caso, nos encontraríamos ante el patrimonio personal de una persona jurídica...*

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (27) también han contemplado este tipo de patrimonio, añadiendo las notas ya indicadas de que *estos patrimonios aparecen también separados de cada uno de los patrimonios personales de los cotitulares*, lo que expresamente se reconoce en la Ley y Reglamento de los Fondos de Inversión. Cuando se regula la *constitución, garantía y responsabilidad de los mismos*. Dice así el artículo 17.4 de la Ley 46/1984 (y del Reglamento):

4. *Los acreedores del Fondo no podían hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio de los partícipes, cuya responsabilidad se limita a sus aportaciones. El patrimonio del Fondo no responderá por las deudas de los partícipes, gestores o depositarios*, disposición esta que comentaremos en el siguiente apartado.

(26) *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 35:

(27) *Ob. cit.* en la nota 22, pág. 408.

C) *El abandono de la gestión*

Los partícipes son propietarios, y no obstante conservar la propiedad han abandonado su gestión.

Aquí radica, en mi opinión, la fuente de todas las paradojas: los partícipes, con ser propietarios (y en teoría, titulares de todas las facultades que ello conlleva), son sólo *interesados* en la gestión del Fondo.

Por eso:

C.1. *Prohibición implícita de concurrencia.*—Existe una prohibición implícita de *concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes o de inmiscuirse o estorbar la gestión del Fondo*, al ser confiados a la gestión de un tercero —la sociedad gestora—, único autorizado legalmente para ello; es decir, en palabras del artículo 131 del Código de Comercio, *no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones del tercero ni impedir sus efectos*.

En concordancia con ello, prevé la Ley 46/1984 en su artículo 19, al regular la *administración* del Fondo, que... *en ningún caso podrán impugnarse por defecto de facultades de administración y disposición los actos y contratos realizados por la entidad gestora con terceros, en el ejercicio de las atribuciones que le correspondan, conforme al artículo 2 de esta Ley* (igual previsión se encuentra en el RD 136/1985, en su artículo 40). Y en este mismo artículo 19 (y 40 del RD) se prevé que la *dirección y administración* de los Fondos recaiga necesariamente (debe entenderse como sinónimo de exclusivamente) en las sociedades gestoras reguladas en esa Ley.

Y lo que es más claro aún: se dispone en el artículo 2 de la Ley 46/1984 (y 2 del RD 1346/1985) que *los Fondos serán administrados por una sociedad gestora, a quien se atribuyen las facultades de dominio, sin ser propietaria del Fondo...* Profundizaremos sobre este importante punto más adelante, aunque queda suficientemente claro que la única que puede administrar y gestionar un Fondo es la sociedad gestora (con el concurso de un depositario que *vigila y controla* esa gestión, según veremos).

Tan es así, que el partícipe, según hemos visto, no puede exigir la disolución del Fondo, a pesar de ser esta una *comunidad* (aunque de características muy peculiares, según hemos ido estudiando), salvo que se diese alguna causa prevista en el Reglamento de Gestión del mismo. Sin embargo, la sociedad gestora y el depositario pueden acordar la disolución del mismo cuando el Fondo se constituyó por tiempo indefinido, sin que deba mediar causa especial prevista para ello (arts. 23 de la Ley 46/1984 y 47 del RD 1346/1985).

C.2. *La limitación de responsabilidad.*—Existencia de una limitación de responsabilidad al valor de lo aportado.

Se prevé expresamente en la Ley 46/1984 (art. 17.2). En el Real Decreto 1346/1985, sin embargo, no se dice nada de este tema. Dispone la Ley:

4. *Los acreedores del Fondo no podrán hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio de los partícipes, cuya responsabilidad se limita a sus aportaciones.*

El patrimonio del Fondo no responderá por las deudas de los partícipes, gestores o depositarios.

Queda claro que el Fondo es un patrimonio separado, con una nítida delimitación de esferas de responsabilidad:

- Una, la personal de cada partícipe, gestor o depositario.
- Otra, la del Fondo, como una especie de *cuasipersona* independiente, con su propio patrimonio (28).

Obsérvese la identidad de tratamiento legal en este punto para esta entidad, carente de personalidad jurídica (el Fondo), y para las Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada (29).

En materia de responsabilidad extracontractual o aquiliana, el principio general de nuestro derecho es que no hay responsabilidad sin culpa: tanto en el orden civil como en el criminal (arts. 1.902 CC. y 1 del C. Penal). Este principio sólo se excepciona para el caso de la responsabilidad por conducta ajena (arts. 1.903 y ss. CC), para los cuales la sanción civil se funda en *culpa in eligendo, in vigilando, in educando*, etc..., según los casos; y la falta de culpa es causa de exoneración de responsabilidad de resultar probada (art. 1.903, *infra*).

Cuando el partícipe, *interesado* en la gestión, se desentiende de ésta y la confía a la dirección del gestor, es razonable que si éste asume en exclusiva el gobierno del negocio, también lo sea bajo su exclusiva responsabilidad (principio de justicia aplicable por lo demás a las cuentas en participación (art. 241 C. de C.) o a las sociedades comanditarias respecto a los socios copitalistas comanditarios (arts. 147 y ss. C. de C.).

En este caso aparece muy clara esta delimitación de responsabilidad.

(28) Es tesis ampliamente difundida entre la moderna doctrina jurídica la existencia junto a las personas jurídicas de grupos sin personalidad, a pesar de lo cual se regulan de modo semejante a otros sujetos de derecho. *Vid.* el «Coloquio sobre el régimen de los fondos de inversión mobiliaria, *ob. cit.* en la nota 8, página 28. En la doctrina italiana: GALGANO, MENGONI y MESSINEO. En la española, *vid.* B. CAMY: «El patrimonio personalizado como estímulo para el desarrollo de negocios de toda clase». *RDP*, 1972, págs. 187 y sigs.

(29) Artículos 34 y siguientes de la Ley y artículo 75 del Reglamento.

pero, aunque así no fuera, existen múltiples argumentos, tratados extensamente por la doctrina, que avalan esta postura. Así, por ejemplo, en los contratos de cuentas en participación, dada su escasa regulación en el Código de Comercio (arts. 239 a 243), se ha planteado este tema, especialmente interesante a los efectos que nos ocupan, dado que el Real Decreto 1346/1985 sujeta expresamente a la normativa de las Instituciones de Inversión Colectiva este contrato en determinadas condiciones: dispone en su artículo 1.1, párrafo 2.º, que quedarán sujetas a la Ley las personas o entidades que captan públicamente recursos para su gestión *mediante el contrato de cuentas en participación y cualquier forma de comunidad de bienes y derechos siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos mediante fórmulas jurídicas distintas del contrato de sociedad*.

En estos contratos el partícipe *interesado* hace dejación de la gestión del negocio (según se prevé en el art. 241 del C. de C.), de suerte que el gestor (que puede ser perfectamente una Sociedad Anónima) lo dirige en su nombre propio, por más que el partícipe esté interesado en *los resultados prósperos o adversos* (art. 239 C. de C.); y precisamente el tema que más polémicas ha suscitado es el del alcance de esos *resultados adversos*: ¿hasta dónde debe entenderse que el partícipe *no gestor* responde de estos resultados?

Es la polémica de la responsabilidad *limitada* (hasta la cuantía de lo aportado) o *ilimitada* del partícipe (hasta alcanzar a cubrir las pérdidas que se han producido por la gestión de un tercero) en general la doctrina (30) se ha pronunciado por considerar esa responsabilidad por las deudas de la gestión, limitada a la aportación del partícipe, por una razón fundamental: en palabras de LANGLE (31), porque *sólo quien tiene pleno poder de gestión y contrata con los terceros puede contraer una responsabilidad personal limitada*. y en este contrato, por expresa disposición legal, el único que contrata con terceros es el partícipe gestor.

Así, las acciones de terceros derivadas de la contratación con el comerciante gestor sólo podrán dirigirse contra éste y no contra los otros partícipes; e igualmente éstos tampoco tienen acción contra los terceros que contrataron con el gestor (salvo que éste les haga cesión formal de sus derechos). según dispone el artículo 242 del Código de Comercio.

Este razonamiento de LANGLE y del resto de la doctrina mayoritaria, que defienden la responsabilidad *limitada* a su aportación de todo aquél

(30) Bibliografía citada por GARRIGUES en su *Tratado de Derecho mercantil*, tomo II, última edición, págs. 55 y sigs.

(31) «Problemas jurídicos de las asociaciones en participación». *AAMN*, 1946, número 1, pág. 200. *Vid.* también de este autor: «Las cuentas en participación. Prevenciones contra sus peligros», *RGL*, 1945, págs. 394 y sigs.

que no tiene poder de gestión se prevé también en nuestro ordenamiento legal.

Así, incluso en el propio Código Civil, se admite la posibilidad de exclusión de toda responsabilidad en las pérdidas en el caso del socio de industria (art. 1.691), como sola excepción a la regla general de nulidad del pacto que excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas.

Y, en consecuencia, cuando en el Código de Comercio se trata de las compañías colectivas, se prevé la imputación de las pérdidas entre los socios capitalistas, sin comprender a los industriales, salvo pacto expreso en contrario (art. 141); la razón es clara, y también aparece en este Código (art. 138): *el socio industrial no podrá ocuparse en negociaciones de especie alguna, salvo si la compañía se lo permite expresamente.*

Parece, pues, que cuando se carece absolutamente de poder de gestión y administración, como ocurre a los partícipes de los Fondos de Inversión Colectiva, su responsabilidad no puede ser mayor que la limitada a su aportación, como, lógicamente, se prevé en su regulación.

Especialmente claro es en este tema el comentario contenido en el número monográfico de *Papeles de Economía Española* (32).

C.3. *Gestión confiada a terceros.*—Para ello es preciso *confiar* en un tercero la gestión y dirección del Fondo.

En la propia Ley 46/1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, se alude a esta *confianza* cuando en el preámbulo de la misma se indican los tipos de gestión que se regulan en esta Ley; así, se dice: (...) *Gestión propia, a través de los órganos propios, en las sociedades. Gestión de terceros, basada en la confianza, en los Fondos (...).*

FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (33) define claramente esta relación cuando afirma: *Pero sustancialmente entre los partícipes y la sociedad gestora hay una relación de confianza (de «fiducia»), que da lugar a un negocio fiduciario que responde a la concepción anglosajona de la institución jurídica del trust. Esa confianza se acrecienta con la participación del depositario que vigila la actuación de esa sociedad...*

Debemos precisar que esta institución, aun cuando pretende acercarse a la figura anglosajona del *trust*, no llega a identificarse con ésta, entre otras notas y principalmente, porque el gestor no adquiere la propiedad del patrimonio del Fondo que gestiona (34).

(32) *Instituciones de inversión colectiva*, suplementos sobre el sistema financiero, núm. 12, comentario del articulado por Pedro FERNÁNDEZ RAÑANA, 1980, Madrid.

(33) *Instituciones de Derecho mercantil*, 9.ª ed., Ed. EDERSA, 1982, pág. 304.

(34) *Vid. obs. cits.* en la nota 9.

Pero sí puede considerarse la relación entre los partícipes y el gestor como una *relación fiduciaria en sentido amplio*, o tal y como la define JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE (35), como un *negocio de confianza* que es aquel *negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la Ley, la cual concede al que confía a otro sus intereses los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato*, por contraposición al *negocio fiduciario en sentido técnico* (36) en el que *él fiduciante lo juega todo a la pura confianza... y que se muestra como un negocio complejo, como una continuación entre un negocio real de transmisión plena, unido a un negocio obligacional que tiende a moderar los efectos de aquella transmisión.*

En los Fondos, la relación entre los partícipes y la sociedad gestora no es, pues, un puro negocio fiduciario, al menos en el sentido técnico definido por GARRIGUES. Sería más bien una forma de *fiducia legal*, pero cumple una finalidad similar o parecida a la de los *trust* anglosajones. No deja de ser, sin embargo, chocante la existencia de una relación fundada en la *confianza* y, sin embargo, *controlada y regulada* por ley.

Como dice GARRIGUES, *cuando nuestra confianza no descansa en la buena fe del otro, sino en la tutela de la ley, la fiducia deja de ser fiducia en sentido técnico. La llamada fiducia legal encierra una contradicción en sus propios términos...*

Analicemos, pues, la posición de este tercer gestor, que es el *talón de Aquiles* de la Institución, la fuente de todas las paradojas.

a) *Actuación fiduciaria.*—La sociedad gestora actuará *fiduciariamente* en nombre del Fondo, no porque tenga la propiedad fiduciaria, sino porque se le atribuye la titularidad de disposición sobre el Fondo en la confianza de que lo gestionará en interés de los partícipes (aún propietarios) o de terceros beneficiarios.

Expresamente se dice en la propia Ley 46/1984 (y en el RD 1346/1985, art. 2.2), al disponer en su artículo 2.2, cuando define los Fondos de Inversión Mobiliaria:

Los Fondos de Inversión Mobiliaria son patrimonios... administrados por una sociedad gestora a quien se atribuyen las facultades de dominio sin ser propietaria del Fondo, con el concurso de un depositario...

Y más adelante, cuando se regula la administración de los Fondos (artículo 19 de la Ley 46/1984) se añade una previsión, ya indicada

(35) *Ob. cit.* en la nota 9.

(36) *Ob. cit.* en la nota 9.

antes, sobre la no impugnabilidad de los contratos y actos celebrados con terceros por la entidad gestora en el ejercicio de las atribuciones según el citado artículo 2.2, por *defecto de facultades de administración y disposición*.

La razón es obvia: aunque no es propietaria, por expresa disposición legal, la sociedad gestora tenía atribuidas todas las facultades de dominio del Fondo que administra de forma exclusiva (sólo ella; con el concurso del depositario, goza de esas facultades de dominio).

b) *Atribución de titularidad de disposición sin atribución patrimonial*.—Es titular de disposición sin atribución patrimonial:

Aquí está la raíz de las paradojas: los propietarios, con ser titulares, no disponen; el gestor, no siendo propietario, tiene plenas facultades de disposición.

No es esta la única figura en nuestro ordenamiento en la que se produce esta disociación entre la facultad de disposición sobre un bien o derecho y la titularidad del mismo.

Así, por ejemplo, ocurre en las figuras del mandato para enajenar, albaceazgo, los usufructos de disposición, la fiducia testamentaria. Debe existir en todos estos casos una causa que justifique esa disociación (37). En el presente caso, parece que esa causa sería la misma que existe en las representaciones y apoderamientos, unido a la falta de personalidad jurídica del Fondo, que le impide actuar por sí mismo.

Este tema de las *titularidades de disposición sin atribución patrimonial* ha sido especialmente tratado por ROCA SASTRE (38), que las define así:

En estas titularidades de disposición el poder o facultad dispositiva de un derecho corresponde ejercerla en nombre propio a una persona distinta del titular actual o potencial de dicho derecho, de modo que el titular de disposición no es el mismo titular de goce o verdadero destinatario del derecho, viniendo a desenvolver aquél una actividad dispositiva (o de administración) sobre un patrimonio ajeno y como función propia, o sea, sin juego alguno de representación directa o indirecta.

Y quizá sea en estas figuras donde quepa encuadrar mejor a los Fondos, sobre todo porque a pesar de lo expresado en el preámbulo de la Ley 46/1984, la atribución de la facultad de disposición a una sociedad gestora no se debe, al menos de forma exclusiva, a un *pacto de*

(37) Vid. artículo de Luis FERNÁNDEZ DEL POZO en la *RCDI*, 1988, «Derecho real de uso y poder de disposición», *passim*.

(38) *Derecho hipotecario*, tomo 2.º, pág. 234.

confianza, sino que también ha intervenido la propia Ley para legislar y controlar esta atribución.

En esto se parece esta figura a la de las Juntas de compensación.

En los Fondos estamos, pues, ante una figura híbrida y compleja, a la que también cabría englobar en la nueva concepción que, tras GARRIGUES, ha perfilado JERÓNIMO GONZÁLEZ, de los negocios fiduciarios, *diversificando en ellos una titularidad meramente aparente y formal, que origina una posición exterior de titular real frente a terceros, y otra titularidad material, en la que las relaciones entre fiduciante y fiduciario se aproximan a las normas de la comisión y el mandato* (39), salvando los distancias, pues en el Fondo la sociedad gestora es eso: gestora, administradora, con facultades plenas de disposición, pero nunca operará como propietaria del Fondo porque no lo es, ni tan siquiera a efectos aparentes, frente a terceros.

En este contexto la situación jurídica del partícipe queda un tanto *desdibujada*, pues el derecho típico de todo propietario es el de disponer de sus bienes, derecho del que no gozan, al menos plenamente, los partícipes del Fondo.

En palabras de SÁNCHEZ CALERO (40), cuando describe esta situación jurídica del partícipe:

... si seguimos la letra de la Ley, el partícipe es un copropietario del Fondo. Sin embargo, difícilmente esta declaración podrá coordinarse con el concepto de copropiedad, ya que la intervención del depositario y de la sociedad gestora hace diluirse la relación real entre el partícipe y las cosas que forman el Fondo, de las que no puede disponer, ni administrar, ni utilizar. Todo esto está confiado a la sociedad gestora (y en parte al depositario) que puede disponer de estas cosas con la amplitud que consiente el régimen general de los Fondos y el Reglamento particular de cada uno de ellos.

Por esa razón, la situación jurídica del partícipe queda reducida a ciertos derechos que le confiere el ordenamiento frente al depositario y la sociedad gestora.

Sin perjuicio de que más adelante profundicemos en ello, nótese la gran contradicción que encierra esta figura.

Se está hablando de *confianza*, y de derechos atribuidos por el orde-

(39) En España, como recuerda LASO —*ob. cit.* en la nota 12—, se inicia el estudio de la figura del fiduciario según la teoría del doble efecto, en el trabajo del mismo nombre que don Jerónimo GONZÁLEZ publicó en 1928 a propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922.

(40) *Ob. cit.* en la nota 35.

namiento, por la Ley. Si la relación entre la gestora y los partícipes del Fondo descansa en la confianza (según se dice en el propio preámbulo de la Ley 46/1984), ¿a qué tanta reglamentación y control de las funciones de la gestora y los derechos de los partícipes frente a ella y el depositario?

c) *La «cuasi-personificación» societaria.*—Por virtud de una *cuasi-personificación* societaria, sus facultades de gestión se extienden, como el administrador de una Sociedad Anónima, a todo el ámbito de la empresa. Así lo establecido en el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas bien podría entenderse que es similar a las disposiciones de la Ley 46/1984, que *confían* a la sociedad gestora de los Fondos las facultades de gestión y administración del mismo, pues, como en éstos, para las Sociedades Anónimas dispone el artículo citado que ... *En todo caso la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa.* El concepto de cuasi-personificación es utilizado por alguna doctrina italiana: BRUNETTI, MESSINEO, BIGIAMI.

Tal es la similitud entre ambas figuras (el órgano administrativo de una Sociedad Anónima y la sociedad gestora de los Fondos) que incluso algún autor conocido parece referirse a los partícipes de los Fondos como si fuese una Junta general de las Sociedades Anónimas. Así, nos dice (41):

... La sociedad gestora representa a los partícipes en el ejercicio de los derechos que derivan de los valores que constituyen el Fondo. Con esta norma se ha establecido una excepción al principio contenido en la Ley de Sociedades Anónimas de prohibir que se nombre como representante de las Juntas generales a una persona jurídica (en este caso la sociedad gestora; cfr. art. 60 LSA).

Resulta extraño que se hable de excepción a una norma de la Ley de Sociedades Anónimas cuando el Fondo, al no ser Sociedad Anónima, no se ve afectado por esta Ley.

Pero aún es más idónea para explicar esta especial relación entre los Fondos y su sociedad gestora la teoría, extraída del Derecho administrativo, del *órgano*, cuyo concepto es consecuencia del dogma de la personalidad jurídica de la administración; esta figura, igual que ocurre en los Fondos, carece de personalidad jurídica propia, ello no obstante, se le reconoce una cierta *subjetividad jurídica* en las relaciones con otros órganos: *posee una serie de titularidades (competencias, potestades, deberes) y mantiene relaciones en cuanto titular con otros órganos*

(41) SÁNCHEZ CALERO en *ob. cit.* en la nota 33, pág. 304.

(internamente, dentro de la Administración Pública a la que pertenece) y, eventualmente, con personas físicas o con administraciones personificadas distintas de la propia, incluso para algunos autores los órganos administrativos tienen una cierta personalidad, aunque limitada o parcial, a los órganos: una *personalidad interorgánica*.

En los Fondos lo que se interpone es la figura de una sociedad gestora, que sí posee personalidad jurídica, por medio de la cual *actúa* el Fondo. No obstante, como ahora analizaremos, también en esta figura existen notas suficientes, como en los *órganos administrativos*, que nos permiten afirmar la existencia de una *cuasi-personalidad* jurídica en aquéllos.

D) Corolario y conclusiones

A consecuencia de la *cuasi-personificación* del Fondo pueden explicarse ciertos atributos que exigían, en buena lógica, el presupuesto de la personalidad jurídica del mismo.

La teoría de los derechos de la personalidad, tratada ampliamente por toda la doctrina civilista, nos dice lo que la personalidad jurídica supone para cualquier entidad: 1) El reconocimiento de la capacidad jurídica y de obrar; en palabras del artículo 38.1.º del Código Civil, *pueden adquirir y poseer toda clase de bienes, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución*, y esta capacidad jurídica es plena, aunque se extralimite de su fin (Sentencia del TS de 5-XI-1959). 2) La atribución de un domicilio (art. 41 CC). 3) La nacionalidad reconocida por el artículo 28 del Código Civil con la trascendencia que ello supone, a efectos de conocer la ley aplicable a los distintos supuestos contemplados en el artículo 9.º-11 del Código Civil (capacidad, constitución, representación, funcionamiento..., etc.). 4) Actuación de la entidad a través de órganos, que emiten y ejecutan su voluntad. 5) Posesión de un patrimonio propio distinto del de sus componentes. 6) La personalidad jurídica es atribuible por el Estado, que la hace depender del cumplimiento de unos requisitos formales impuestos por la Ley (42). En las sociedades mercantiles, por ejemplo, estos requisitos son los exigidos por los artículos 116 y 119 del Código de Comercio: constituir el contrato de sociedad en escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil.

¿Y cuáles de estas notas podemos encontrar en los Fondos de Inversión, a pesar de no poseer personalidad jurídica?

(42) A. SANTAMARÍA PASTOR: *Apuntes de Derecho administrativo*, Ed. ICAI, Madrid, 1982, *passim*.

D.1. *El Fondo no posee personalidad jurídica.*—El Fondo como tal no posee una capacidad jurídica para actuar por sí mismo, sino que debe hacerlo a través de un *órgano* (hasta aquí, igual que cualquier sociedad, que debe actuar a través de sus órganos de administración): la sociedad gestora. Lo que ocurre es que esta sociedad no es parte integrante del Fondo, sino una entidad con personalidad jurídica propia, distinta e independiente de la de cualquiera de los partícipes del Fondo.

D.2. *¿Existencia de domicilio?*—Aunque puede ser discutible (43), de la literalidad de la Ley 46/1984 y el Reglamento de la misma se desprende la atribución de *domicilio* a los Fondos, a pesar de parecer este un atributo exclusivo de las entidades con personalidad jurídica. Así, entre los preceptos del capítulo I de la Ley 46/1984 que rigen para todas las instituciones de carácter financiero, cualquiera que sea su naturaleza, se encuentra el artículo 3, referente al domicilio, que dice expresamente:

Las instituciones de inversión colectiva, así como sus entidades gestoras y depositarias, deberán estar domiciliadas en territorio español.

Cuestión distinta es que, a efectos prácticos y operativos, y sobre todo en los casos en que las participaciones de los Fondos se comercializan en distintos países o Estados (posibilidad esta expresamente contemplada en la Sección VIII de la Directiva del Consejo de la CEE de 20 de diciembre de 1985 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios —OICVM—), se considere situado el Fondo allí donde se centralice su gestión, que es precisamente donde esté la sede estatutaria de la sociedad gestora del Fondo (44).

Y debe tenerse en cuenta la existencia de esta Directiva a efectos de la regulación de los Fondos de España, pues en la propia Ley 46/1984 (y el RD 1346/1985) prevé en su preámbulo:

No puede, por último, ignorarse la existencia de un importante cuerpo jurídico elaborado en las legislaciones propias de los países europeos y cristalizado, después, en el Derecho de la Comunidad Económica Europea. Tal Derecho comunitario constituye un elemento de reflexión para el desarrollo de las propias normas en materia de regulación de las Instituciones de Inversión Colectiva.

D.3. *La nacionalidad problemática.*—En nuestro Derecho la nacionalidad de las personas jurídicas está reconocida en el artículo 28 del

(43) *Vid. infra.*

(44) Artículo 3 de la Directiva del Consejo 85/611/CEE.

Código Civil, que señala como vínculo determinativo de la misma el domicilio; la Directiva de la CEE no se refiere en concreto a la *nacionalidad* de los Fondos, sino que a lo largo de la misma se habla del lugar donde estén *situados*; parece, pues, que más que la nacionalidad lo que importa es el *domicilio*, o que ambos conceptos están íntimamente vinculados.

No vamos a profundizar en este trabajo sobre la discusión de si al Fondo, al carecer de personalidad jurídica, se le niega también la *nacionalidad* o no, pero téngase en cuenta que, al igual que es dudoso si posee domicilio o no, y, al estar éste tan vinculado a la nacionalidad de una entidad, debe admitirse al menos la discusión sobre el tema.

La Directiva de la CEE resuelve los problemas que pueden derivarse de la existencia de partícipes pertenecientes a Estados distintos al de aquel en que esté *situado* el Organismo de Inversión Colectiva, disponiendo en su artículo 44 que deberá respetarse en la comercialización de las participaciones la normativa del Estado donde se realice la misma. Se evita así el posible conflicto de leyes entre los diversos Estados, que en nuestro Derecho trata de resolverse con la atribución de una *nacionalidad* u otra, a una entidad.

D.4. *Los órganos*.—En los Fondos de Inversión existen también, como en las personas jurídicas, unos *órganos*, la sociedad gestora y el depositario, que emiten y ejecutan la voluntad de aquéllos; y ya hemos visto a lo largo de este apartado cómo pueden equipararse las funciones de estas entidades con las de los órganos administrativos de una entidad con personalidad jurídica, como es una Sociedad Anónima.

D.5. *Patrimonio separado*.—Y en cuanto a la existencia de un patrimonio propio distinto del de sus componentes, es precisamente lo más característico de los Fondos, como se deduce de la propia definición que de los mismos da la Ley 46/1984 (art. 2.2) y el Real Decreto 1346/1985 (art. 2.2), y según también hemos visto al inicio de este apartado, es precisamente esta característica la que determina una distinta esfera de responsabilidades entre el Fondo y sus partícipes, reconocida también en su normativa de desarrollo (art. 17.4 de la Ley 46/1984).

A los Fondos, sin embargo, y a pesar de reunir las características que determinan en principio la existencia de personalidad jurídica, ésta no les ha sido atribuida expresamente por el Estado, requisito este sin el cual no puede una entidad gozar de la misma y ello a pesar de exigírselo por ley los mismos requisitos que el Código de Comercio exige a las sociedades para gozar de este atributo: el constituir el contrato de sociedad en escritura pública y el inscribirlo en el Registro Mercantil.

También se exige a los Fondos para su constitución que la misma

se documente en escritura pública (arts. 17.1 de la Ley 46/1984 y 34.1 del RD 1346/1985). Y entre los datos que deben expresarse en la escritura pública se incluirán *necesariamente*, según el artículo 17.5 de la Ley 46/1984:

(...)

- a) *Le denominación del Fondo...*
- b) *El objeto...*
- c) *El patrimonio...*
- d) *El nombre y domicilio de la sociedad gestora y del depositario.*
- e) *El Reglamento de Gestión del Fondo...*

(...)

Datos todos ellos iguales a los que se exigen para la constitución de las Sociedades Anónimas en la Ley de Sociedades Anónimas.

Igualmente, al referirse a la inscripción en el Registro Mercantil de los Fondos, la Ley y el Reglamento dicen expresamente que *se aplicarán las normas legales y reglamentarias que regulan el Registro Mercantil y los principios que inspiran la inscripción de sociedades mercantiles*, como veremos con posterioridad.

Y como consecuencia de la existencia de una titularidad fiduciaria de disposición, el conocido *desajuste estructural* entre el fin perseguido y el medio jurídico utilizado; como toda fiducia, supone un *salto en el vacío*: la confianza puede ser traicionada. Y precisamente por ello interviene el poder público: para garantizar los intereses de los partícipes.

Esto explica que el Estado o Administraciones Públicas salgan garantes de la solvencia del gestor del Fondo o que se le exijan obligaciones de información, se le someta a Registros administrativos, a control de auditores..., etc.

Así, por ejemplo, tanto en la Ley 46/1984 (art. 31.1) como en su Reglamento (art. 60) se consagra el principio de auditoría obligatoria; se establece así la intervención de auditores al menos anualmente, y se exige que la comprobación se extienda, además de a los estados financieros y documentos contables de la institución, a la verificación de cuantos documentos de información deban publicarse o notificarse a la Administración financiera.

Llama asimismo la atención que se sienten en esta misma Ley (artículo 31.1) y Reglamento (art. 61) los requisitos para la realización de esta auditoría, a modo de *estatuto de los auditores, a los solos efectos de la Ley reguladora de las instituciones de inversión colectiva*, siendo esta más bien materia de una ley independiente de auditorías, pues entre estos requisitos se llega a tratar de temas tan específicos como la

titulación de los auditores, la exigencia de *colegiación o pertenencia a la corporación*, la creación incluso en esta Ley 46/1984 de un Registro administrativo de auditores, *a los efectos de las funciones de examen y verificación de las entidades y personas sujetas a su campo de aplicación*, llegándose hasta a controlar las auditorías, con el establecimiento de sanciones administrativas para los auditores (art. 63 Ley 46/1984). Todas estas previsiones van dirigidas, pues, a *vigilar* el correcto funcionamiento de estas instituciones en general, y de los Fondos en concreto, con una cierta preocupación diríamos *paternalista* del Estado por proteger a los socios o partícipes propietarios de un patrimonio que, sin embargo, no gestionan ni administran.

Se llega así a otra más de las paradojas del Fondo, ya advertida por GARRIGUES, y expresada en un apartado anterior de este trabajo: el Estado interviene en los negocios fiduciarios para *reglar* la fiducia. Es lo que él llama, según ya hemos visto, *fiducia legal*, de la que dice expresamente (45):

(...)

Pero no olvidemos —y esta será la conclusión un tanto desconcertante de mi trabajo— que al acercarnos a la fiducia legal nos alejamos del negocio fiduciario. (...). No hay negocio fiduciario allí donde el abuso de la ajena confianza esté previsto y sancionado por la Ley. (...).

Y concluye con las palabras ya citadas en la nota número 9, por las que niega la calificación técnica de fiducia a aquellas relaciones, cual es el caso, en las que la confianza debe verse *sustentada, afianzada, controlada*, por previsiones legales es una contradicción el hablar de relaciones de confianza o *fiducia* reguladas por la Ley.

Y aunque no hemos tratado de ellos en este apartado, no debe por menos que señalarse la existencia de un fortísimo peso del control público en los Fondos de Pensiones, regulados por la Ley 8/1987, a pesar de existir también en éstos una relación de *confianza* entre los partícipes, promotores y gestores del Fondo.

IV.2. INSUFICIENCIA DOCTRINAL

Nos gustaría concluir esta parte del trabajo haciendo una somera exposición de algunas de las teorías que han sido avanzadas para el recto entendimiento de los Fondos de Gestión. Por supuesto, no pretendo ser exhaustivo.

(45) *Ob. cit.*, nota 9.

◉ Ya hemos visto que no es propiamente una comunidad, o al menos no una comunidad típica, como tampoco es una sociedad o una Fundación, por las razones antes expuestas.

◉ Se ha sostenido la calificación de mandato, la de gestión de negocios o las de cargo, oficio o función. Ninguna de ellas, como tampoco la teoría del contrato de corretaje o mediación pueden agotar la explicación de la totalidad de relaciones que surgen de la institución o la existencia del patrimonio separado y de destino. En el mejor de los casos sólo alcanzan a justificar la posición jurídica del gestor.

◉ No es ciertamente un contrato de cuenta en participación, por la obvia razón de que los partícipes siguen siendo propietarios del Fondo, aun cuando hayan abandonado su gestión.

◉ Aunque la regulación legal emplea la palabra «institución», lo hace para huir de una calificación comprometedora de estas entidades, sin prejuzgar su naturaleza, de modo semejante a como en el Derecho comunitario se les apellida, más vagamente aún de «organismos».

◉ Por supuesto, no es una propiedad fiduciaria o *sub modo*, y si lo es (en realidad atribuye una titularidad de disposición, gestión y administración sin atribución patrimonial) esto sólo justifica la titularidad que el gestor tiene sobre el Fondo.

◉ Otra explicación es la recientemente avanzada por C. ALBIÑANA: se trataría, según este autor, de una bifurcación de la personalidad jurídica (46). La personalidad se escindiría en una capacidad de derecho o de goce correspondiente al Fondo, y la capacidad de obrar o de ejercicio, que se atribuye a la gestora. Vendría a responder esta situación a una tutela de entidades colectivas privadas de personalidad, siendo precisamente la causa de esa tutela la ausencia del atributo de la personalidad. En mi opinión carece de fundamento: la capacidad presupone la persona de quien se predica, que constituye su *prius* lógico. Antes de la personalidad, cuando ésta falta, no hay lugar al tema de la capacidad porque si no se es, no se puede ser capaz. Ello no obsta a la existencia de tutela dispensada a ciertos intereses eventuales dignos de protección, como es el caso de los derechos futuros del *nasciturus*. La personalidad jurídica es fruto de una decisión del legislador, que no es gratuita ciertamente, aunque puede resultar discutible. Esto es lo que quiere decir el artículo 35 del Código Civil. Si en nuestro caso no existe esa atribución, no es persona el Fondo. ¿Qué ocurre entonces?: que existe un sustrato social corporativo carente de personalidad, un patrimonio separado afectado a un concreto destino o finalidad, y una

(46) César ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA: «Los fondos de pensiones: capacidad jurídica compartida», *Revista La Ley*, año IX, núm. 2015, 19 de julio de 1988.

gestión encomendada a un tercero. Esto es lo que llamamos Fondos de Gestión.

V. LOS FONDOS DE GESTION Y EL SISTEMA REGISTRAL. COMENTARIO AL ARTICULO 9.3 DEL REGLAMENTO DE IIC

Una vez expuesta la teoría parece útil entrar a considerar las implicaciones prácticas de la admisión de esta categoría. Me voy a centrar en la trascendencia mercantil registrable de los Fondos de Inversión, para luego extender las conclusiones a sus parientes más próximos. Esta investigación tiene por objeto en primer lugar el comentario del artículo 9.3 del Reglamento de las IIC, que hace una generosa remisión a la dogmática de las sociedades, a la hora de disciplinar la inscripción de los Fondos de Inversión y demás instituciones de inversión colectiva en el Registro Mercantil.

El artículo 9 del Reglamento reza así:

Artículo 9.—*Registro y autorización*

1. Quienes pretendan constituir una institución de inversión colectiva deberán obtener del Ministerio de Economía y Hacienda autorización previa del proyecto de Estatuto o Reglamento que versará, exclusivamente, sobre las materias reguladas en la legislación especial.

La solicitud de la autorización previa se realizará por los promotores de las sociedades de inversión, por las entidades gestoras y depositarias promotoras de los Fondos de Inversión o por las personas o entidades promotoras de las demás instituciones de inversión colectiva, y se presentará ante la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda acompañada del proyecto del respectivo Estatuto o Reglamento de gestión y de una Memoria explicativa de los fines y objetivos asignados a la proyectada institución.

Si la solicitud no reuniera los datos correspondientes, faltare el debido reintegro o no se acompañare de los documentos preceptivos, se requerirá a los interesados para que subsanen los defectos en la forma y con los efectos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Corresponde al ministro de Economía y Hacienda la resolución de las solicitudes para la autorización previa de los proyectos de Estatutos o Reglamentos de las instituciones de inversión colectiva. La resolución deberá ser motivada y dictarse en el plazo de seis meses, entendiéndose, en caso contrario, que el proyecto ha sido autorizado. Si la resolución fuese denegatoria de la solicitud de autorización, deberá expresar deta-

lladamente los defectos u omisiones que deban ser corregidos o subsanados en el proyecto de Estatuto o Reglamento.

La autorización previa será vinculante para la Administración y se entenderá concedida bajo condición de que la entidad se constituya por los firmantes de la solicitud, en los términos de la misma, dentro del plazo de un año contado desde su notificación, siempre que no haya cambiado la legislación aplicable.

2. Para la constitución de entidades gestoras de Fondos de Inversión o de otras instituciones de inversión colectiva no se requerirá autorización previa de su Estatuto, sino que se presentará directamente para la inscripción en el Registro administrativo la escritura de constitución de la sociedad con las especificaciones mínimas que se contienen en este Reglamento.

3. En el Registro Mercantil se inscribirán, conforme al Código de Comercio, las escrituras de constitución de sociedades mercantiles que tengan la condición de institución de inversión colectiva o desempeñen funciones de gestores y depositarios y, asimismo, las escrituras de constitución de los Fondos y demás instituciones.

A cada Fondo o institución no societaria se abrirá una hoja de inscripción. Será primer asiento el correspondiente a la escritura de constitución y contendrá los extremos que ésta deba expresar. Se aplicarán las normas legales y reglamentarias que regulan el Registro Mercantil y los principios que inspiran la inscripción de sociedades mercantiles.

4. Se crean en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda los siguientes Registros administrativos:

- a) Registro de sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo.
- b) Registro de sociedades de inversión mobiliaria de capital variable.
- c) Registro de Fondos de inversión mobiliaria.
- d) Registro de Fondos de inversión en activos del mercado monetario.
- e) Registro de entidades gestoras y depositarias de instituciones de inversión colectiva.
- f) Registro de otras instituciones de inversión colectiva.
- g) Registro de sociedades gestoras de patrimonios.
- h) Registros de auditores.

5. Una vez inscritas en el Registro Mercantil, las instituciones de inversión colectiva se presentarán las correspondientes escrituras para su inscripción con el correspondiente Registro administrativo. Si la escritura contiene el Estatuto o Reglamento que fuera objeto de la autoriza-

ción previa, se procederá en el plazo de veinte días a la inscripción por resolución del director general del Tesoro y Política Financiera; en el caso de que el Estatuto o el Reglamento se apartaran de los que fueron autorizados previamente, se denegará la inscripción mediante comunicación a los promotores expresiva de los extremos que hayan sido objeto de modificación, pudiendo los interesados bien rectificar en el plazo de dos meses las variaciones o errores introducidos o bien solicitar expresamente la concesión de la autorización previa en los términos del apartado 1 de este artículo, y siempre sin perjuicio de los recursos que les correspondan de acuerdo con la legislación vigente.

6. La inscripción en el Registro Especial de Sociedades Gestoras se practicará, previa presentación de la escritura en los términos del apartado 2, por resolución del director general del Tesoro y Política Financiera. La inscripción de los depositarios se realizará en virtud de la mera comunicación por cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 55 de que acepta la función de depositario de una determinada institución de inversión colectiva.

7. La inscripción en los Registros administrativos determinará la aplicación del régimen financiero propio de cada institución a la entidad inscrita. El régimen fiscal propio de las sociedades y Fondos de Inversión regirá desde su inscripción en el Registro Mercantil siempre que la correspondiente al Registro administrativo se produzca en un plazo de tres meses a contar desde aquella.

Cualquier modificación en el contrato constitutivo y en los Estatutos o Reglamentos de las instituciones de inversión colectiva se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo. La solicitud de autorización de las modificaciones estatutarias podrá realizarse por los administradores de las sociedades de inversión con anterioridad a su aprobación por la Junta general de accionistas.

Por excepción, el cambio de domicilio social de las sociedades de inversión y el aumento de su capital social sólo requerirán notificación a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera para su constancia en el correspondiente Registro administrativo. En las sociedades de capital variable sólo deberá notificarse el aumento del capital inicial y del estatutario máximo.

Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva deberán, asimismo, comunicar al citado centro directivo las modificaciones estatutarias que se realicen. Los depositarios están únicamente obligados a notificar el cambio de domicilio social.

Las comunicaciones anteriores deberán realizarse en el plazo de treinta días, a contar desde la inscripción de la correspondiente escritura en el Registro Mercantil.

Tras la reforma introducida por la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores —que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el *BOE*—, los *números uno y tres* del artículo 8.º de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva 46/1984, de 26 de diciembre, tendrán el tenor siguiente:

«Uno. Toda Institución de Inversión Colectiva, *para poder dar comienzo a su actividad*, deberá obtener la previa autorización del proyecto de constitución por el Ministerio de Economía y Hacienda, constituirse como sociedad anónima o como Fondo de inversión, según proceda, e inscribirse en el *Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que corresponda a la Institución*.

La autorización a que se refiere el párrafo anterior se otorgará previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y sólo podrá ser denegada por incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen. La solicitud de autorización deberá ser resuelta mediante acuerdo motivado, dentro de los seis meses siguientes a su recepción o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su recepción.»

«Tres. Los gestores y depositarios de las Instituciones de Inversión Colectiva adquirirán el carácter de tales mediante la autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores e inscripción en los correspondientes Registros administrativos de la misma. La inscripción se realizará conforme a lo que disponga el Reglamento.

Serán requisitos indispensables para que las Instituciones de Inversión Colectiva y las sociedades gestoras obtengan y conserven la autorización y el derecho a inscripción en los Registros Administrativos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los siguientes:

a) Que su objeto social se limite a las actividades que les atribuye la presente Ley y su constitución se ajuste a lo dispuesto en la misma y en su desarrollo reglamentario.

b) Que dispongan del capital social o patrimonio mínimo que esta Ley establece y, posteriormente, de los niveles mínimos de recursos propios proporcionados al volumen de su actividad que reglamentariamente se determinen.

c) Que ninguno de los miembros del consejo de administración de aquellas Instituciones que revistan la forma de sociedades anónimas y de las gestoras haya sido condenado por sentencia firme o esté procesado por delitos de falsedad, contra la propiedad o contra la Hacienda Pública o esté inhabilitado para ejercer cargo de administración o di-

rección en entidades financieras, debiendo la mayoría de sus miembros contar con conocimientos y experiencias adecuados en materia de inversión mobiliaria y todos los miembros con una reconocida honorabilidad comercial o profesional.

Las modificaciones en el contrato constitutivo, en los Estatutos o en el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva quedarán sujetas a lo establecido en este número y en los dos anteriores, con las excepciones que reglamentariamente se establezcan.

La baja voluntaria en el Registro administrativo de las sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo requerirá el previo acuerdo al respecto de la Junta general de accionistas, adoptado con la mayoría exigida para la modificación de sus Estatutos. En cuanto a la baja voluntaria de las sociedades de capital variable en el Registro administrativo de las mismas, cuando no sea consecuencia de un acuerdo de disolución, precisará la previa modificación de Estatutos para su transformación en una sociedad de capital fijo.»

El contenido del artículo reglamentario es doble: i) la determinación del régimen jurídico-registral aplicable a las instituciones de inversión colectiva, y ii) la especificación de la técnica registral. En cuanto a lo primero, el texto legal contiene una REMISION GENERAL, de la que vamos a estudiar:

1. El sentido general de la remisión.
2. Los principios aplicables.
3. La disciplina positiva.

1. *El sentido general de la remisión*

La remisión a la disciplina mercantil registrable es necesaria. No por el carácter de estos organismos, lo que está fuera de duda. Son mercantiles, dada su función de intermediación financiera no bancaria dedicada habitual y exclusivamente a la captación pública de fondos del inversor para gestionarlos y obtener de ellos un rendimiento, en función de los resultados colectivos. Es necesaria esa remisión por la variedad y discutida naturaleza de las instituciones que caen bajo el ámbito de aplicación de la Ley; no sólo se incluyen las especies típicas en forma fiduciaria (FIM y FIAMM) y societarias (SIM de capital fijo y variable), sino que además incluye su normativa la regulación de las entidades promotoras de gestión y depósito, las gestoras de cartera. Nada, pues, más lejos del *numerus clausus*. En la Ley, bajo el epígrafe «Otras instituciones de IC de carácter financiero» (cap. IV. tít. I), se incluyen todas otras entidades de inversión no tipificadas en la Ley,

en que concurren las notas definitorias del capítulo I e incluso se extiende el texto legal a abarcar «otras instituciones de inversión colectiva de carácter no financiero».

El cuadro general es el siguiente:

I. Instituciones de Inversión Colectiva:

○ FINANCIERAS

— según la estructura:

{ fiduciarias: FIM y FIAMM.
 { societarias: SIM de capital fijo o de capital variable.

— según la disciplina legal:

{ típicas (las anteriores).
 { atípicas o innominadas: v. gr., cuentas en part. o comunidades de bienes (art. 1 Reglamento).
 («otras IIC de carácter financiero»).

○ NO FINANCIERAS (I.I. no financieras)

II. Gestoras y depositarios de IIC.

III. Gestoras de patrimonios. (Después de la Ley del Mercado de Valores serán «Sociedades Gestoras de Cartera».)

La voluntad del legislador es cerrar el círculo de legislación aplicable, con un orden imperativo, y evitar la huida de una normativa especialmente rigurosa en materia de control, inspección, publicidad, sanciones, etc... Por eso opera por exclusión: son IIC las que así definidas no son bancos, cajas de ahorro, aseguradoras, etc..., a que se refiere el artículo 1.3 del Reglamento. Incluso llega a aplicar la normativa a las «cuentas en participación y cualquier forma de comunidad de bienes y derechos» (art. 1.2 del Reglamento), siempre que capten públicamente fondos del público para gestionarlos y los rendimientos se efectúen en función de los resultados colectivos mediante fórmulas distintas del contrato de sociedad.

Advertimos en materia de inversión colectiva una distinción conceptual que corresponde a la que en Derecho extranjero y comunitario existe entre *statuary investment trust* (sociedades por acciones de capital fijo o *opened-end* y de capital variable o *closed-end*) y los denominados *contractual investment trust* o *unit trust*, habitualmente caracterizados por una estructura triangular (*Driecksprinzip*): un depositario (*trustee*),

una sociedad gestora (*management company*) y los partícipes poseedores de certificados. Esta es la estructura que hemos venido estudiando, bajo el nombre de Fondos de Gestión.

La remisión hace abstracción de la naturaleza societaria o no societaria de la institución, de la existencia o no de personalidad jurídica para aplicar a todo «ente» dedicado a la inversión colectiva la normativa reguladora de sociedades.

2. *Los principios aplicables*

Los principios a que se refiere el Reglamento y que «inspiran la inscripción de sociedades mercantiles» son: i) los principios generales del Derecho mercantil registrable, correlato en el Derecho mercantil de lo que para el hipotecario son sus principios, y que se encuentran recogidos fundamentalmente en el título preliminar del RRM: publicidad formal (arts. 30 del C. de C. y 2 y 38 del RRM), publicidad material (artículos 26 del C. de C. y 2 del RRM), legalidad (arts. 5 y 49 del RRM), legitimación (arts. 1 y 3 del RRM), rogación (art. 28), etc..., y, por supuesto, ii) los que disciplinan la eficacia de la inscripción de sociedades, así como los hechos relativos a éstas de obligatoria inscripción.

La aplicabilidad de principios y normas relativos a sociedades permite resolver algunos problemas que se plantean en la práctica:

1. *La extensión de la calificación del Registrador*

Ha sido objeto de discusión si la calificación del Registrador debe o no extenderse al Reglamento o proyecto de Estatuto, toda vez que el artículo 9 del Reglamento y 8 de la Ley de IIC disponen la preceptiva autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda, con el informe favorable de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (*vid.* disposición adicional sexta de la Ley del Mercado de Valores, por la que se modifica la de IIC). Pero por mucho que el dictamen sea vinculante, esto debe de entenderse referido al órgano que lo dictó, y en modo alguno al Registrador que puede y debe calificar (*ex art.* 5 del RRM) los documentos presentados a inscripción. Esta calificación, bajo su responsabilidad, abarca —art. 99 del RH— la competencia del órgano autorizante —el Ministerio de Economía y Hacienda—, la congruencia de la autorización con el procedimiento seguido —el art. 9.1 del Reglamento se remite a la Ley de Procedimiento Administrativo—, además de las formalidades extrínsecas. Y puesto que, según el artículo 9.1 del Reglamento, aún no modificado, se establece que se entiende concedida la

autorización «bajo la condición de que la entidad, se constituya en el plazo de un año contado desde su notificación, el Registrador deberá comprobar si la autorización ha caducado por transcurso del plazo señalado por el Reglamento. Queda por resolver cuándo se entiende «constituida» a estos efectos la sociedad o el Fondo. Otra vez debemos aplicar en este punto los «principios» que rigen las sociedades, para cuya válida constitución se precisa escritura e inscripción en el Registro Mercantil. Por tanto, debe entenderse que el *dies ad quem*, para el cómputo del plazo de caducidad de la autorización es el del asiento de la presentación (habida cuenta de que se considera como fecha de la inscripción «para todos los efectos legales» la del asiento de presentación (art. 24 de la LH). Aunque ésta me parece la solución más correcta, dada la imprecisión de los textos legales, y sobre todo, teniendo en cuenta el olvido del Registro Mercantil y de la calificación del Registrador en que incurre el legislador, puede haber base para entender que lo que el legislador «quiso decir» es el otorgamiento de la escritura de constitución. En todo caso parece fuera de duda que el término final no es el de la inscripción en el Registro administrativo, como creen algunos autores.

II. El problema de las denominaciones

Desde luego una de las circunstancias esenciales de los Estatutos o del Reglamento de Sociedades de Fondos de Inversión es el de la denominación. Denominación que para las IIC es «privativa» o reservada. Esto quiere decir: i) que forzosamente habrá de hacerse constar la denominación relativa a su naturaleza, por ejemplo: SIM añadida al final de la denominación social o FIAMM .., y ii) que sólo las IIC podrán utilizar las siglas y denominaciones que las identifican u otra tan similar a ellas que pueda inducir a confusión (por analogía a lo dispuesto para las entidades de crédito en el artículo 28.1, *in fine*, de la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria de 29 de julio de 1988). Pero es que, además, por aplicación de las normas que rigen la inscripción de sociedades en el Registro Mercantil deberá acreditarse que no existe otra entidad con sustancialmente idéntica denominación a la IIC que se pretende constituir por certificado del «Registro General de Sociedades» (art. 144 del RRM), certificado negativo que no puede suplirse con la previa autorización del Ministerio y que debe de exigirse incluso a los Fondos que carecen de estructura societaria y personalidad jurídica. La razón es obvia: se intenta evitar que un FIM adopte la denominación idéntica a la de otro Fondo, a cualquier otra sociedad previamente constituida.

III. *El problema de la doble calificación*

Como puede comprobarse de la lectura de los preceptos que las disciplinan, existe un doble control de legalidad de las IIC. El Registrador Mercantil debe calificar en ejercicio de su función, pero también lo ha de hacer la administración con carácter previo. Esto puede resultar en un conflicto positivo de competencia cuando el Registrador descubra en el proyecto de reglamento o de estatutos que han merecido el *placet* de la Administración, defectos o faltas subsanables o insubsanables, que no puede dejar de advertir so pena de incurrir en responsabilidad. Si se subsanaren los defectos observados, para que la escritura pueda ser inscrita en el Registro Mercantil, entonces, por aplicación del artículo 9.5 del RIIC, al haberse modificado el texto originariamente autorizado, puede denegarse la inscripción en el Registro administrativo especial mediante comunicación justificada, con lo que el Fondo o la sociedad, perfectamente constituidos e inscritos, no podrán empezar el ejercicio de su actividad. El legislador ha incurrido en una grave negligencia por omisión: simplemente ha olvidado que el Registrador califica. En el caso de otras actividades «intervenidas» por la Administración o la autorización es posterior a la inscripción (caso del transporte terrestre por su Ley de julio de 1987), o es previa a la inscripción la «calificación» administrativa (tal es el caso de las SAL) y posterior la inscripción en Registros administrativos especiales.

Para resolver el círculo vicioso del conflicto de calificaciones entiendo:

1. Que si el defecto es relativo al domicilio, a la denominación o a otras circunstancias cuya modificación no entrañaría preceptiva autorización administrativa sino simple notificación, el Registro administrativo no puede denegar la inscripción de los Estatutos o Reglamentos modificados (por ejemplo, el cambio de denominación por existir otra sociedad o fondo con idéntica a la «autorizada», la adición de la expresión de domicilio si se omitió, o la expresión de un capital superior...). Esta regla parece aplicable a todas aquellas modificaciones que hacen referencia a aspectos mercantiles ajenos a los pronunciamientos administrativos.

2. Si el Registrador Mercantil advierte algún otro defecto en el que no reparó la Administración, debe suspender o denegar la inscripción. Para que la inscripción proceda deberán subsanarse los defectos. Lo más prudente en este caso parece extender una nota al pie del título modificado, haciendo constar además del hecho de haberse extendido la inscripción en los libros del Registro, que para ello, y a resultas de la calificación, fue preciso subsanar los defectos que se advirtieron en los

Estatutos o Reglamentos que fueron autorizados. Es de esperar que por esta razón no se niegue el acceso al Registro administrativo. Desde luego el procedimiento más correcto, pero hartó más lento, sería el de retirar el título calificado por el Registrador Mercantil, subsanar los defectos, solicitar del Ministerio autorización a la modificación estatutaria o reglamentaria, y, una vez concedida segunda autorización, proceder a la inscripción en el Registro Mercantil y luego en el administrativo. La medida precautoria en todo caso sería la de acudir al dictamen o informe previo del Registrador, con el riesgo de no ser vinculante.

IV. *El problema de la constitución de las IIC*

Es tal la confusión en este punto y tan oscura la expresión del legislador, que resulta muy difícil determinar cuándo las instituciones de inversión colectiva quedan válidamente constituidas. Entiendo que la única solución posible con la remisión general al régimen de sociedades es que la sociedad o Fondo se entienden perfectamente constituidos cuando la escritura sea inscrita en el Registro Mercantil (art. 9.1 de la Ley según la reforma por la del mercado de valores que habla de que para el inicio de operaciones deberá obtener la IIC autorización previa, «constituirse» como sociedad anónima o Fondo, e inscribirse en el Registro administrativo). También lleva a esta interpretación el principio general el artículo 9.3 del RIIC, en relación con el 119 del Código de Comercio. Tratándose de sociedades anónimas la regla del artículo 3 de la Ley es clara, sólo alcanzarán la personalidad jurídica con la inscripción en el Registro Mercantil (*vid.* igual regla, por ejemplo, para las Sociedades de Garantía Recíproca, art. 13 del RD 1885/1978, a pesar de su distinta naturaleza). Tratándose de Fondos, y a pesar de la ausencia de personalidad, su válida constitución —no obstante la incorrecta expresión del artículo 34 del Reglamento, que parece exigir la puesta en común, y el artículo 17 de la Ley, en igual sentido— por aplicación de los principios que disciplinan las sociedades debe entenderse que se produce, con la inscripción en el Registro Mercantil. En ambos casos la inscripción en el Registro administrativo es condición para el inicio de las operaciones propias de su actividad de inversión colectiva (esto se deduce del artículo 9.1 de la Ley y especialmente del 9.7 del Reglamento, que reza: «la inscripción en los Registros administrativos determinará la aplicación del régimen financiero propio de cada institución a la entidad inscrita»). Por ello no podrá hacerse constar otra fecha distinta de inicio de operaciones en los Estatutos o Reglamentos de gestión. Una vez inscrita en el Registro administrativo, esta circunstancia podrá hacerse constar en el Mercantil por nota marginal (por analogía, art. 383.2 del RH).

V. *Actos inscribibles en el Registro Mercantil relativos a las IIC*

Por supuesto son de obligatoria inscripción las circunstancias previstas en los artículos 86 y siguientes del RRM. Ello se entiende sin perjuicio de otros actos inscribibles que contempla su legislación: la atribución de la gestión a una sociedad gestora (art. 12.4 de la Ley), la modificación del capital inicial y los aumentos y disminuciones del estatutario máximo en las SIM de capital variable (art. 15.10 de la Ley), la sustitución de gestoras y depositarios en los Fondos (art. 57 del Reglamento), la designación de la comisión de control y auditoría (art. 13 en las SIM), etc...

Una peculiaridad notable es que cualquier modificación en el contrato constitutivo, en el Reglamento o en los Estatutos, quedan sujetos a la reiteración del procedimiento, es decir, autorización previa del proyecto de modificación, inscripción en el Registro Mercantil e inscripción en el administrativo. Por excepción: los supuestos determinados en el Reglamento (según éste, para la modificación del domicilio y el aumento de capital social, basta notificación para la inscripción en el Registro administrativo). El régimen de simple comunicación es el aplicable también a las modificaciones estatutarias de las gestoras de IIC y a los cambios de domicilio social de las depositarias.

Una especialidad notable es la existencia de acciones propias en cartera, derivadas de la singularidad del capital variable en las SIM de esta especie.

VI. *La reserva material de objeto social*

En materia de objeto social es doctrina general:

1. El objeto social debe de ser determinado y no necesariamente único, pecando nuestra jurisprudencia registral de generosa indulgencia (por todas, la Resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 1985).

2. La fijación ha de ser clara y precisa, lo que no ocurre cuando se emplean palabras extranjeras cuyo uso no está extendido en la práctica (Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 1979).

3. El objeto social, a diferencia del sistema alemán o del establecido en la Novena Directiva de la CEE, tiene fuerza delimitadora de la facultad representativa orgánica de los administradores, observándose una tendencia expansiva mediante interpretación amplificadora a favor de los llamados «actos neutros» y admitiéndose la ampliación del contenido mínimo e ilimitable en Estatutos o por acuerdo de la Junta (*vid.*, por todas, las Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y la de 31 de marzo de 1986).

4. El objeto social no determina la capacidad de la sociedad —a di-

ferencia con lo que ocurre en la doctrina *ultra vires* del Derecho anglosajón— (*vid.* Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 24 de noviembre de 1981): en principio toda sociedad puede realizar actos extraordinarios o fuera de su objeto social, pero por aplicación de la teoría del representante sin poder (art. 1.259 CC), o del que se extralimita en el ejercicio del suyo (art. 1.727 CC), ha de ser ratificado o autorizado preventivamente por la sociedad.

Con la reforma en materia de sociedades de capital se establece, en armonía con las directivas comunitarias, la inoponibilidad de la limitación de las facultades representativas, aún fuera de su objeto social a terceros de buena fe, aunque sean ignorantes de lo que el Registro publica. Todo esto sirve para recordar que en nuestro sistema, no obstante la trascendencia que pueda tener el objeto social no delimita la personalidad jurídica o la capacidad de obrar. En tanto que persona la sociedad válidamente constituida es capaz para todos los actos de la vida civil, puede ser titular de derechos y obligaciones (*ex art.* 38 CC).

Sin embargo, es menester señalar la importante excepción de ciertos objetos sociales que la Ley reserva con carácter exclusivo a ciertas entidades. Este es el caso de las IIC y aún en general de nuestro mundo jurídico financiero.

Plantearé con claridad el problema: se trata de dilucidar el sentido de la exclusividad de objeto social y si éste existe en el área de inversión colectiva, como existe sin duda en materia de seguros o en materia de objeto típico de entidades financieras.

Los textos legales hablan reiteradamente de objeto exclusivo de ciertas sociedades. En buena lógica esta exclusividad puede significar dos cosas bien distintas: una exclusividad «tipificadora» de ciertos tipos sociales, generalmente acreedores de ciertos beneficios y ventajas fiscales y por ello sujetos a una especial intervención administrativa, y una exclusividad «excluyente» o reserva material de objeto que añade a la anterior la prohibición a cualquier otra sociedad o entidad de desarrollar las actividades privativas de las entidades que se sujetan a su especial ordenación. Distinguir cuándo se da una u otra no es tarea nada fácil. Ciertamente con anterioridad a la vigente Ley resultaba claro que la disciplina especial de las instituciones se quería como *conditio iuris* del acceso a una serie de privilegios fiscales que como contrapartida llevaban consigo cierta intervención administrativa. Tras la reforma y creación de una normativa uniforme se trata de dilucidar si es posible la constitución de sociedades o entidades que dedicándose al mismo objeto que las de inversión colectiva huyan de su normativa renunciando a la denominación exclusiva y a las ventajas fiscales. Es el tema de las sociedades o Fondos de cartera atípicos.

El problema se plantea con mucha frecuencia en la calificación del Registrador por ser harto frecuente que entre el objeto social de la sociedad se incluya en una u otra redacción la tenencia, administración, disfrute, enajenación o participación en sociedades u otras personas jurídicas, bien como objeto exclusivo, o, como es mucho más frecuente, uno más de los posibles.

Antes de nada, determinar qué se entiende por inversión colectiva, que constituye el ámbito de aplicación de la Ley: Por inversión colectiva se entiende aquella actividad financiera especializada consistente en la captación pública de bienes y derechos del inversor para gestionarlos (adquirirlos, tenerlos, disfrutarlos y enajenarlos) y obtener unos rendimientos en función de los resultados financieros. Se requiere:

1. Una actividad financiera de intermediación especializada en forma societaria o fiduciaria.
2. Aplicación de los recursos obtenidos del público en la inversión en activos, atendiendo a criterios de compensación de riesgos y tipos de rendimiento sin ánimo de control de empresas.
3. La determinación del resultado del inversor en función de los resultados colectivos.

Por inexistencia de captación pública de fondos, toda vez que no existe una llamada al público inversor, por estar limitado el número de socios y no haber lugar a la difusión de la propiedad ni constituirse típicamente como entidades de capitales —sino más bien *intuitu personae*— no es aplicable la normativa a los llamados «clubes de inversión» o a las sociedades personalistas. Entiendo que dada la limitación existente en el número de socios (cincuenta), tampoco parece aplicable a las sociedades limitadas.

Fuera de estos casos, la constitución de entidades de inversión atípicas, que bajo otra denominación distinta de la reservada se dediquen a la captación pública de fondos no es posible tratándose de fondos. A nadie se le ocurre que sea posible la creación de un fondo atípico. Esto es lo que se quiere evitar con la ampliación del ámbito de aplicación de la normativa a supuestos tan dispares como las cuentas en participación o las comunidades de bienes cuando captan públicamente recursos para la inversión colectiva, y lo que con mejor intención que fortuna se quiere expresar en el artículo 1.1, *in fine*, cuando se incluyen dentro del campo de aplicación las entidades que gestionan los fondos si el rendimiento «se establece en función de resultados colectivos mediante fórmulas jurídicas distintas del contrato de sociedad». Por lo demás, la creación de un patrimonio separado y la escisión de la titularidad dominical y la de gestión o administración parece exigir la sumi-

sión a los preceptos imperativos que disciplinan los fondos (por contradecir los principios más elementales de nuestro Derecho patrimonial, entre ellos el de responsabilidad universal del art. 1.911 del CC).

Aunque con anterioridad a la Ley del Mercado de Valores parecía posible la constitución de gestoras de patrimonio atípicas, que tenían por objeto la gestión y administración de carteras de valores y activos financieros de los inversores —falta la compensación de riesgos en la gestión de todos los valores de la pluralidad de inversores, pues aquí sólo se compensan los riesgos de cada cartera, no habiendo, pues, inversión colectiva—, dado el carácter potestativo en que se expresaba el artículo 36.1 de la Ley; con la nueva redacción parece existe sin duda alguna una reserva material de objeto: «Ninguna otra entidad podrá desarrollar dichas actividades con carácter habitual sin estar inscritas en dicho Registro (se refiere al de Sociedades de Cartera, que vienen a sustituir a las antiguas Gestoras de Patrimonio), con las excepciones previstas en la Ley del Mercado de Valores» (art. 36.1, nueva redacción). La exclusión hace referencia a las sociedades y agencias de valores (arts. 71 y 76 de la Ley del Mercado de Valores).

En conclusión, queda por resolver *si una sociedad anónima puede tener por objeto el de la adquisición, tenencia, disfrute, administración, en general, y enajenación de valores mobiliarios (vid. art. 2.2, de la Ley), sin ajustarse a la normativa de IIC renunciando a la denominación de SIM y al régimen fiscal propio.*

Empecemos por señalar la imposibilidad de constituir sociedades anónimas de capital variable fuera de las admitidas por la Ley, con lo que no puede plantearse el tema de una sociedad de inversión mobiliaria de capital variable atípica.

Tratándose de sociedades anónimas habituales (capital fijo), el «objeto exclusivo» que han de tener las SIM (art. 2.2 de la Ley) puede interpretarse en uno de estos sentidos:

— Como una obligación impuesta a las SIM de no tener más que el objeto típico, con lo que parecería posible que otras sociedades anónimas con pluralidad de objetos puedan dedicarse al de inversión colectiva.

Esta solución parece absurda: bastaría una pluralidad de objetos sociales para burlar la normativa y como el objeto social no obliga a su ejercicio actual, podrían existir sociedades que de hecho se dedican «en exclusividad» al objeto propio de las IIC, lo que según los que esto consideran, debería aplicársele la específica normativa.

— Como una obligación impuesta a ciertas sociedades para que de este modo puedan gozar de una denominación privativa y de un régi-

men fiscal beneficioso a costa de un sistema riguroso de control público en materia de publicidad, verificación de cuentas, gestión, política de inversiones, régimen sancionador, incompatibilidades, etc...

Parece apoyar esta tesis el principio general de capacidad —la incapacidad o reserva material de objeto es ciertamente una excepción— e incluso la normativa fiscal del impuesto de renta de sociedades, que contempla la posibilidad de «sociedades de cartera» en régimen de transparencia.

— Sin embargo, parece más razonable la de reconocer la existencia de una reserva material a favor de las IIC por una serie de razones de peso:

1. Porque así se deduce de la propia reglamentación imperativa y ciertamente amplio espectro de aplicación. El propósito del legislador es conseguir una normación lo más completa y sustantiva (además de fiscal) posible, que sustituya a la anterior regulación fragmentaria (no recogía o lo hacía defectuosamente muchas de las categorías que ahora se regulan) y ciertamente dispositiva. En este sentido muy clarificadora es la exposición de motivos del Reglamento. Por lo demás, resulta congruente con el principio de especialización financiera típico en nuestro sistema desde las Leyes de Ordenación Bancaria.

2. Porque así parece deducirse de la definición por exclusión de otras entidades financieras y de seguros en donde no hay duda existe reserva de objeto (para las entidades financieras: la de disciplina e intervención de las entidades de crédito en sus artículos 28 y siguientes, llegando incluso a declarar la nulidad de las inscripciones —art. 50—, para las que intervienen en el mercado de valores, su Ley reguladora, en sus artículos 71 y siguientes, y, por fin, para las de seguros el primer capítulo de la Ley de Ordenación del Seguro Privado).

3. Porque así se deduce del cambio de la técnica de intervención administrativa. Con la anterior regulación existía un dictamen previo vinculante al que podían acogerse los promotores con carácter previo a la formalización documental, y una vez inscritas en el Registro Mercantil, mediante la instrucción de un expediente por la DGPF obtener la resolución que concedía los beneficios fiscales. Ahora se impone una autorización previa y posterior inscripción en sendos Registros. lo que, además de asemejar al régimen de entidades financieras y de seguros, revela una técnica rigurosa de intervención de la Administración, por la que, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, «ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente».

4. Porque esto es lo que se deduce *a contrario* del artículo 33 de

la Ley y 67 del Reglamento de IIC, al establecer entre las infracciones sancionadas la realización por entidades o personas no inscritas en los correspondientes Registros las actividades reservadas a dichas instituciones.

5. Por fin, este es el sentido habitual de la expresión «objeto exclusivo» (*vid.*, por ejemplo, el caso de las sociedades de arrendamiento financiero que tienen por objeto exclusivo operaciones de *leasing*, según su Ley reguladora, especificando su Reglamento que ninguna otra entidad distinta de las inscritas podrá desarrollar dicha actividad), y es la interpretación más conforme con la normativa comunitaria.

6. De una recta lectura de la Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 1986, que sentó la doctrina de que una modesta participación en otra sociedad, aunque de diverso objeto, no implica modificación de objeto, además de ser una forma de inversión estimulada por el legislador español para favorecer el mercado de valores, pueden deducirse dos consecuencias: una directa y otra indirecta. Parece, en primer lugar, que son ociosos y de todo punto innecesarios los tan frecuentes artículos estatutarios que además de lindar con lo omnicompreensivo incluyen en la enumeración de objetos posibles algunos, tales como «la participación y suscripción de acciones en cualquiera otras empresas y sociedades, tanto nacionales como extranjeras». Resulta innecesario porque, a tenor de la resolución y con un razonable criterio pragmático, una toma de participación modesta en otra sociedad, aunque de diverso objeto, por «revestir un carácter funcional» respecto al logro del fin social de la participante, puede ser decidida por su órgano de administración y no supone modificación de objeto.

Debe inferirse, en segundo lugar, que en principio, si toda sociedad, perfectamente constituida, es capaz y, por ende, puede adquirir acciones, participar en otras... para el logro del fin social; otra cosa es cuando el fin propio constitutivo de su objeto es precisamente esa adquisición, tenencia, disfrute y enajenación de valores, que constituye un fin y no un medio al logro del objeto social.

En conclusión: lo razonable parece ser admitir que en materia de inversión colectiva existe una reserva material de objeto. Ahora bien: la calificación registral debe de ser ponderada y cautelosa. Deberán evitarse fórmulas que además de inútiles (no se menciona entre el objeto social el de contratar, aceptar donaciones, redimir censos, recibir legados o arrendar locales porque son obvias manifestaciones de la capacidad de obrar), pueden invadir la esfera propia de actividades reservadas a las IIC. La prudencia, sin embargo, exige admitir la posibilidad de fórmulas como la siguiente: «el objeto social está constituido por

la comercialización de congelados y a tal fin podrá la sociedad adquirir acciones y participar en sociedades...» y ello porque la inversión en otras sociedades es instrumental al logro del fin social.

Y, por fin, parece razonable la admisión de aquellos objetos sociales en que se excluyen expresamente las actividades propias de las IIC porque habrá de entenderse que no se propone la sociedad la captación pública de fondos, mediante esta intermediación financiera especializada, y esto sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan los interesados incurrir en caso contrario.

VI. Otros Fondos de gestión y el Registro Mercantil

Me refiero a los Fondos de gestiones y a los llamados Fondos de capital-riesgo. Su inscripción en el Registro Mercantil presenta unos problemas análogos a los ya estudiados, pues no en vano adoptaron el esquema de los Fondos de inversión para su disciplina. Aquí basta con citar su normativa de interés:

- Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo (arts. 12 y ss.), y la Orden de 26 de septiembre de 1986 regulan los «Fondos de capital-riesgo».
- Ley 8/1987, de 8 de junio, de Fondos de Pensiones, y su Reglamento, de reciente aprobación.

Por lo que hace a la TÉCNICA REGISTRAL, es común en todos los casos:

— La inscripción —previa la autorización— es obligatoria y constitutiva del Fondo; lo que llama la atención al imponerla como obligatoria a una no persona jurídica, frente a la inscripción potestativa del comerciante individual exceptuado el naviero (art. 17 C. de C.).

— La sociedad o Fondo no debidamente inscrito es irregular y los promotores y la sociedad gestora, junto con el depositario en los Fondos, responden frente a los partícipes solidariamente (*vid.* art. 17.5 de la Ley, que remite a los arts. 28 y 29 de la LSA).

— Aunque carezca de personalidad jurídica, el Fondo se inscribe, con independencia de gestora y depositario, en el libro de inscripción de sociedades (art. 6.2 RRM) (en contra de lo que se venía haciendo con anterioridad a la Ley, y lo que se preceptúa para el Fondo de garantía en las SGR, es decir, inscribir el Reglamento de gestión del Fondo en la hoja correspondiente a la gestora y en el orden correspondiente).

— Abre folio en la correspondiente hoja de inscripción la escritura

de constitución del Fondo que contiene las menciones preceptivas (artículos 17 de la Ley y 34 del Reglamento), y a continuación de la primera inscripción las subsiguientes de obligatoria inscripción (*vid. supra*). Por tanto, el Registro deberá llevar una sección especial además de las obligatorias para los Fondos de las IIC, de pensiones y de capital de riesgo. El artículo 16 del Código de Comercio, según redacción que resultará de las reformas de sociedades para adaptar nuestra legislación a la comunitaria prevé ya expresamente la inscripción de los Fondos.

— La inscripción se practicará en el Registro correspondiente al lugar del domicilio de la sociedad. Tratándose de Fondos de inversión es más que dudoso que tengan domicilio. Así parece deducirse del artículo 3 de la Ley, que predica el domicilio de todas las IIC y la remisión general a los principios y normas de sociedades. Sin embargo, entre las circunstancias de la escritura de constitución del Fondo y del Reglamento de gestión se omite la circunstancia de su domicilio y en su lugar se habla del de su gestora y depositario. Por otra parte, el artículo 3 de la Directiva comunitaria de organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios dispone que se consideran situados en el Estado miembro en que se encuentre la sede estatutaria de la gestora. Y como el artículo 28 del Código Civil utiliza como punto de conexión para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas el domicilio, parece lo más razonable sostener que el domicilio de la gestora determina la sede social, así como la normativa aplicable en materia de conflicto de leyes. Dos precisiones en cuanto al domicilio: desaparece la obligatoriedad existente en la anterior legislación de establecer el domicilio en donde el depositario tenga establecimiento abierto y, por fin, señalar que la Ley del Mercado de Valores establece en la nueva redacción al artículo 3 de las IIC que las reguladas en la Ley (las nacionales) deben estar domiciliadas en territorio español y tener en éste la administración central.

— La constancia en el Registro Mercantil de la inscripción en el administrativo, a la que se subordina el inicio de operaciones, no está prevista. Sin duda, mediante certificación de este último podrá hacerse constar en el primero por nota marginal.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador Mercantil de Barcelona

y

MARÍA LUISA DE ALARCÓN ELORRIETA
Abogado. Economista

La reforma de sociedades y el Registro Mercantil

SUMARIO: I. LA REFORMA DE LA PUBLICIDAD MERCANTIL: I.1. NORMAS APLICABLES. I.2. PRINCIPALES REFORMAS: I.2.1. *Ambito de la publicidad mercantil:* A. Ambito en general. B. Ambito desde el punto de vista subjetivo. Entidades que tienen acceso al Registro. I.2.2. *La obligatoriedad de la inscripción.* I.2.3. *Legalización de los libros de contabilidad.* I.2.4. *Obtención de certificaciones y notas simples por correo.* I.2.5. *Datos identificadores de los empresarios y sociedades en su documentación.* I.2.6. *El «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y el Registro Central.* I.2.7. *Depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil:* I.2.7.1. Entidades obligadas al depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales: I.2.7.1.1. Grupos de sociedades: 1.º Concepto. 2.º Documentos que deben depositarse en el Registro Mercantil. I.2.7.1.2. Sociedades Anónimas: 1.º Regla general. 2.º Sociedades que pueden formular balance abreviado. 3.º Sociedades que pueden formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. I.2.7.1.3. Sociedades de Responsabilidad Limitada. I.2.7.1.4. Sociedades Anónimas Laborales. I.2.7.1.5. Sociedades comanditarias por acciones. I.2.7.2. Forma de depósito de las cuentas anuales. I.2.7.3. Forma de publicidad de las cuentas anuales. I.2.7.4. Legitimación para obtener publicidad de las cuentas anuales. I.2.7.5. Publicidad de la condición de auditor.— II. LA REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN EL REGISTRO MERCANTIL: II.1. INTRODUCCIÓN. II.2. CONSTITUCIÓN: II.2.1. *Inscripción en general.* II.2.2. *Personalidad jurídica de la sociedad.* II.2.3. *Efectos de la falta de inscripción.* II.2.4. *Denominación de la sociedad.* II.2.5. *Fundación simultánea y fundación sucesiva.* II.3. NULIDAD DE LA SOCIEDAD. II.4. ACCIONES. II.5. MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS: II.5.1. *Aumento y reducción de capital.* II.6. TRANSFORMACIÓN II.7. FUSIÓN: II.7.1. *Inscripción del acuerdo de fusión.* II.7.2. *Inscripción de la escritura de fusión* II.8. ESCISIÓN.— III. LA REFORMA DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL REGISTRO MERCANTIL: III.1. TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. III.2. PRENDA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES.— IV. LAS REFORMAS EN CUANTO A LA ORGANIZACION DEL REGISTRO MERCANTIL.

I. LA REFORMA DE LA PUBLICIDAD MERCANTIL

I.1. NORMAS APLICABLES

La Primera Directiva (68/151/CEE), de 9 de marzo de 1968, bajo el título «Publicidad», regula esta materia en los artículos 2 a 6. El Proyecto de reforma de la legislación mercantil de 8 de abril de 1988 en el artículo 1.º, de modificación del título II del libro primero del Código de Comercio —arts. 16 a 24—, regula el Registro Mercantil.

Antes de entrar en el análisis concreto de las principales novedades, se debe indicar que la reforma de la materia referente al Registro Mercantil recoge con bastante fidelidad la normativa establecida en las Directivas comunitarias.

Si se toma en consideración, por un lado, la circunstancia de que las normas contenidas en las Directivas se han adoptado sin la intervención de España ni la consideración de su sistema registral; por otro, el propio carácter de la Directiva, que es una disposición que obliga al Estado a un resultado, pero que deja en libertad a ese Estado para adoptar la forma y los medios de conseguirlo, y, por fin, el hecho de que el sistema de seguridad y de publicidad en el Registro Mercantil español supera en muchos casos a los sistemas europeos, aún después de la aplicación a través de su legislación interna de las reglas de las Directivas comunitarias, se puede concluir que el legislador español debería haber sido más crítico al llevar al Proyecto de Ley algunos aspectos de la normativa comunitaria, sin que por ello afectara a los fines pretendidos por la Comunidad.

No se puede concluir este apartado de normas aplicables sin hacer una referencia a la reforma del Registro Mercantil. Se autoriza al Gobierno en la disposición final cuarta del Proyecto para aprobar las modificaciones precisas del Reglamento del Registro Mercantil. La enmienda 353 del grupo parlamentario socialista propone no una simple modificación del Reglamento del Registro Mercantil, sino un nuevo Reglamento. A nuestro modo de ver es esta una ocasión extraordinaria para, colocando en primer lugar el elemento más importante —la seguridad jurídica—, una elaboración desde el punto de vista sustantivo y técnico, del Registro Mercantil del siglo XXI. El Colegio de Registradores es el más interesado en ello, y prueba de lo dicho es que el propio Colegio ha presentado al Ministerio de Justicia una proposición de anteproyecto cuya admisión o no depende, naturalmente, del propio Ministerio. Aunque algunas de esas ideas se irán esbozando a lo largo de este trabajo, habrá que esperar, con esperanza, esa reforma del Reglamento.

I.2. PRINCIPALES REFORMAS

A continuación se tratarán algunas de las más características modificaciones de carácter general referentes a la publicidad registral.

I.2.1. *Ambito de la publicidad mercantil*

A) *Ambito en general.*—La reforma de la legislación en materia de publicidad mercantil viene a tomar en consideración dos notas características ya expuestas por JOAQUÍN GARRIGUES: Una, el carácter de registro de personas, y, otra, la tendencia a extender el ámbito de publicidad mercantil.

En cuanto al primer aspecto, la reforma pretende que definitivamente sea el Registro Mercantil un registro de personas o entidades, dejando para otros registros los bienes. De esa forma la exposición de motivos, en su apartado IV, dice: «el artículo 1.º modifica el título II del libro primero del Código de Comercio. Una de la(s) novedad(es) má(s) importante(s) que introduce el precepto en la legislación española es la exclusión como objeto del Registro Mercantil de los Buques y las Aeronaves». En congruencia con lo anterior contiene el Proyecto una disposición final segunda en la que se establece que los libros de buques y aeronaves llevados hasta ahora en los Registros Mercantiles constituirán registros independientes y continuarán rigiéndose por las normas referidas a ellos, hasta que se establezca el Registro de la Propiedad Mobiliaria, en el que se unificarán los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los libros de buques y aeronaves, y se dote al mismo de la adecuada regulación, para lo que se concede al Gobierno la correspondiente autorización. Ello supondrá una mejor organización de los servicios registrales. Y la disposición final segunda dice: «Los libros de buques y aeronaves llevados hasta ahora en los Registros Mercantiles constituirán registros independientes y continuarán rigiéndose por las normas referidas a ellos, hasta que se establezca el Registro de la Propiedad Mobiliaria, en el que se unificarán los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los libros de buques y aeronaves, y se dote al mismo de la adecuada regulación, para lo que se concede al Gobierno la correspondiente autorización».

En resumen, se sacan del Registro Mercantil los buques y aeronaves, para llevarlos a un futuro Registro de la Propiedad Mobiliaria. Cuando así suceda, al conjunto de Registradores estarán encomendados cuatro Registros diferentes: Registro de la Propiedad Inmobiliaria, Registro de la Propiedad Mobiliaria, Registro Mercantil y Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

B) *Ambito desde el punto de vista subjetivo. Entidades que tienen acceso al Registro Mercantil.*—La Primera Directiva, referente a publicidad, nada aporta en este sentido respecto a lo que en nuestra legislación ya se regulaba. Se limita a enumerar en el artículo 1.º las formas sociales de los Estados miembros a que son aplicables las disposiciones de las Directivas. Estas son las equivalentes a las sociedades anónimas, sociedad de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias en España; todas ellas objeto de publicidad en el Registro Mercantil español actual (arts. 6 LSA, 5 LSRL, 110 C. de C. y 6 RRM).

Sin embargo, parece criterio de la Comunidad el extender las ventajas del sistema de publicidad contenida en la Primera Directiva a otras entidades. Así, por ejemplo, a las Agrupaciones Europeas de Interés Económico, según el artículo 9 del Reglamento CEE número 2157/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico.

En nuestra legislación también aparece esa tendencia a ampliar los supuestos de registración. Así lo demuestra el hecho de que normas que han regulado figuras nuevas y diferentes a lo que son sociedades mercantiles estrictamente hayan establecido la inscripción en el Registro de las mismas.

En la actualidad, el Código de Comercio, en su artículo 16, párrafo primero, establece: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: 1. Los comerciantes o empresarios mercantiles individuales. 2. Las sociedades mercantiles. 3. Los buques. 4. Las aeronaves. 5. Cualesquiera personas o entidades, naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las Leves y Reglamentos.» Y el artículo 1 del Reglamento del Registro Mercantil: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, sociedades mercantiles, buques y aeronaves y la de actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las Leyes.»

Al amparo de dichos preceptos, deliberadamente amplios y, por tanto, enormemente útiles, en la actualidad tienen acceso al Registro:

— Los comerciantes o empresarios mercantiles individuales.

— Las sociedades mercantiles: sociedades colectivas, sociedades comanditarias, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada.

— Las sociedades anónimas laborales (art. 4 de la Ley 15/1986, de 25 de abril).

— Los Fondos de Inversión Mobiliaria y Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario, regulados por la Ley 49/1984, de 26

de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva y su Reglamento, aprobado por Decreto 1346/1985, de 17 de julio. Son definidos en el artículo 2.2 de la Ley como «patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuyo derecho de propiedad se representa mediante un certificado de participación, administrados por una sociedad gestora a quien se atribuyen las facultades de dominio sin ser propietaria del Fondo, con el concurso de un depositario...» El artículo 8.2 de la Ley exige la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución del Fondo, declarando, además, «... a cada Fondo se abrirá una hoja de inscripción. Será primer asiento el correspondiente a la escritura de constitución y contendrá los extremos que ésta deba expresar. Se aplicarán las normas legales y reglamentarias que regulan el Registro Mercantil y los principios que inspiran la inscripción de las sociedades mercantiles». Por otro lado, sólo mediante la inscripción adquieren estas entidades el carácter de Instituciones de Inversión Colectiva para el ejercicio legítimo de las facultades reguladas en la Ley (art. 8.3 de la Ley 46/1984).

— El Fondo común operativo que se crea en las Agrupaciones y Uniones temporales de empresas (arts. 5.B.6 y 8.E.5 de la Ley de 26 de mayo de 1982) y que ha de configurarse como propiedad común de los empresarios, individuales o sociales, que convienen en desarrollar en común una actividad mercantil. También está sometido a publicidad este Fondo, por cuanto que la referencia al mismo (junto con el objeto a realizar, fecha de inicio de las operaciones, órganos que desempeñan la administración, domicilio y otras cuestiones) es mención necesaria en la escritura en que se formaliza la Agrupación o la Unión temporal de empresas.

— Los Fondos de Pensiones, regulados por la Ley 8/1987, de 8 de junio. El artículo 2 de la Ley los define como «patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a los Planes de Pensiones»: el artículo 11 establece que los Fondos de Pensiones se constituyan, previa autorización administrativa, en escritura pública otorgada por la entidad promotora, inscribiéndose en el Registro especial administrativo que al efecto se establezca y en el Registro Mercantil.

— El Fondo de Garantía que han de constituir las Sociedades de Garantía Recíproca que tiene por finalidad aumentar la seguridad de las garantías otorgadas por las otras sociedades, se integra con las aportaciones de los socios y es ajeno al patrimonio de la sociedad misma (exposición de motivos y artículos 9 y siguientes del Decreto de 26 de julio de 1978, sobre régimen jurídico, fiscal y financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca). El Fondo está sometido a publicidad, ya que los Estatutos de la Sociedad de Garantía Recíproca han de contener

necesariamente «la constitución y funcionamiento del Fondo de Garantía y el régimen y proporción de las aportaciones a dicho Fondo» (artículo 16.4.P).

— Los Fondos de capital-riesgo, regulados en el Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales. Se definen en el artículo 12 como «Fondos patrimoniales administrados por la sociedad gestora». El artículo 15 establece que se constituirán en escritura pública y se inscribirán en el Registro Mercantil.

— Las sociedades civiles con objeto mercantil. La Resolución de la Dirección General de fecha 28 de junio de 1985 entendió que no cabe la inscripción en el Registro de la Propiedad de un inmueble a favor de la sociedad civil con objeto mercantil, si no constaba previamente la inscripción de ésta en el Registro Mercantil.

El Proyecto de reforma de la legislación mercantil es más amplio, al menos en una primera impresión. Así, en el artículo 16 del Código de Comercio se dispone: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de:

- 1.º Los empresarios individuales.
- 2.º Las sociedades mercantiles.
- 3.º Las Cajas de Ahorro, las Sociedades de Inversión Mobiliaria de Capital Variable, los Fondos de Inversión Mobiliaria, los Fondos de Pensiones, las Sociedades de Garantía Recíproca y, en general, cualesquiera personas naturales y jurídicas, públicas y privadas que establezca la ley.
- 4.º Los actos y contratos que establezca la ley.»

Es muy probable que este texto u otro muy parecido sea el que prospere en las Cortes, ya que, por otro lado, no es excesivamente conflictivo. Varios grupos parlamentarios proponen ligeras reformas de estilo (así, G. P. Socialista en la enmienda 290) o de simplificación (el G. P. Mixto-Democracia Cristiana en la enmienda 354 propone suprimir la referencia a las Sociedades de Inversión Mobiliaria y las Sociedades de Garantía Recíproca por sobrentenderse).

Sin embargo, existe un defecto que era el que nos llevaba a apuntar que es un precepto a primera vista más amplio —en realidad debería serlo—. Es el hecho de haber suprimido la palabra «entidades» en el número 3.º del artículo 16 y que estaba presente en el Código de Comercio que se pretende reformar. Si se suprimiera, como se pretende, resultaría incongruente el propio artículo, ya que hablaría sólo de «y en general cualesquiera personas naturales y jurídicas, públicas o priva-

das que establezca la Ley», cuando lo cierto es que al Registro tienen ya acceso, y lo seguirán teniendo, según el propio artículo, «entidades» que no tienen personalidad jurídica, como son:

— Los Fondos de Inversión Mobiliaria y Fondos de Inversión en Activos del Mercado Mobiliario.

— El Fondo común operativo que se crea en las Agrupaciones y Uniones temporales de empresas (art. 4 de la Ley de 26 de mayo de 1982).

— Los Fondos de Pensiones (art. 11 de la Ley 8/1987, de 8 de junio).

Sólo una enmienda de última hora (la 460, del G. P. Vasco) recupera el término entidades, aunque para una finalidad diferente: Suprimir la referencia expresa a la enumeración ejemplificativa.

Desde luego la gran novedad está en la inscripción de las Cajas de Ahorro. Hasta ahora, de las Cajas de Ahorro sólo se tomaba razón cuando emitían obligaciones (Ley de 11 de noviembre de 1964). Probablemente no se inscribían amparándose en el criterio de carecer de finalidad de lucro, ya que no hay beneficios, sino excedentes que se dedican a obras sociales. Sin embargo, las exigencias del tráfico jurídico mercantil hacían muy conveniente su inscripción.

Esta tendencia a la ampliación de los supuestos de inscripción en el Registro Mercantil es seguro que continuará con nuevas figuras jurídicas. Así, por ejemplo, en el Anteproyecto de Ley sobre agrupaciones de interés económico y agrupaciones europeas de interés económico de 26 de febrero de 1988 se prevé la inscripción de las mismas en el Registro Mercantil (arts. 8 y 38).

Expuesto el panorama jurídico, tal vez sería conveniente plantear el dar un paso más en cuanto al ámbito del Registro Mercantil respecto de los sujetos y convertir a ese Registro Mercantil en Registro de comerciantes, personas jurídicas y entidades. En Alemania, por ejemplo, tienen acceso al Registro Mercantil y son objeto de inscripción determinadas personas jurídicas de Derecho privado que ejercen el comercio o industria mercantil y que tienen la categoría de comerciantes por disposición legal, como, por ejemplo, determinadas asociaciones con capacidad jurídica, fundaciones, sindicatos, etc.

Los argumentos a favor son numerosos:

1. La tendencia a la ampliación demostrada a través de la historia, que incorpora al Registro entidades que carecen de personalidad y entidades que no tienen —al menos en principio— ánimo de lucro.

2. La seguridad jurídica que supondría la calificación registral, la

garantía de los terceros que acudiendo al Registro podrían conocer siempre la existencia y órganos de representación.

3. La comodidad de acudir a una fuente única de conocimiento. No tiene sentido, por ejemplo, que se mantenga un Registro de cooperativas en el Ministerio de Trabajo, con un Reglamento prácticamente copiado del Reglamento del Registro Mercantil.

En ese nuevo Registro tendrían cabida desde luego las:

— Empresas mercantiles (comerciantes individuales, sociedades y otras entidades mercantiles con o sin personalidad jurídica).

— Todas las personas jurídicas (asociaciones, fundaciones y sociedades civiles).

— Y otras entidades, algunas ya presentes en nuestro Derecho, como son las Juntas de Compensación, Comunidades Romanas de Bienes, que tienen como finalidad la actuación en el tráfico con finalidad de lucro (tratadas estas últimas fragmentariamente por la legislación fiscal, ya que pueden ser sujeto pasivo de impuestos; por la legislación laboral —artículo 1.2 del ET—, e incluso admitidas como «negocio o empresa» por el TS en Sentencias de 15 de octubre de 1940, 15 de marzo de 1961 y 21 de diciembre de 1965).

— Y otras por regular, como la multipropiedad o los llamados «conjuntos inmobiliarios» o «conjuntos urbanos», complejos residenciales, turísticos, agrarios, comerciales o industriales, y respecto de los cuales el último Anteproyecto de Ley establecía la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil del órgano de representación de tales comunidades.

1.2.2. La obligatoriedad de la inscripción

El artículo 19 del Código de Comercio, en el Proyecto de reforma de la legislación mercantil, señala: «La inscripción en el Registro Mercantil de las personas y los actos inscribibles será obligatoria, salvo disposición en contrario.

No obstante, la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero respecto del cual será obligatoria.

El empresario individual no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de los efectos legales de la publicidad registral.

El naviero no inscrito responderá con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas.»

Con relación a este precepto, dos enmiendas del G. P. Vasco y del G. P. Mixto (Democracia Cristiana) proponen una mejor redacción, ya que no sólo el naviero no inscrito responde con todo su patrimonio

de las obligaciones contraídas, sino también todo comerciante individual, esté o no inscrito.

Desde el punto de vista práctico la modificación no tiene una excesiva trascendencia, ya que los actos que venía siendo obligatorio inscribir lo eran porque así se establecía expresamente a lo largo de la normativa vigente; y los que lo sean de ahora en adelante también será porque así se disponga expresamente.

La modificación más bien es en el campo de los principios. Se abandona la voluntariedad como principio general —heredado del Registro de la Propiedad— y la obligatoriedad como excepción (así parece desprenderse del art. 17 del C. de C. vigente) y se convierte a éste en regla dominante y aquélla en excepción. En el fondo lo que hace el Proyecto es recoger como principio lo que ya existía en la realidad.

Esta tendencia a la obligatoriedad no responde a una voluntad de limitar la libertad de pactos y de formas. Muy al contrario, se debe a una necesidad imperiosa de la sociedad de una mayor seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

I.2.5. *Legalización de los libros de contabilidad*

La Exposición de Motivos del Proyecto de reforma de la legislación mercantil en su apartado V señala: «Destaca, respecto a los aspectos formales de la contabilidad, el que la legalización de los libros de los empresarios y sociedades se realizará a través del Registro Mercantil para descargar con ello a la oficina judicial de cometidos extrajudiciales.»

El artículo 27 del Proyecto, referente al Código Civil, señala: «Los empresarios presentarán los libros que obligatoriamente deben llevar en el Registro Mercantil del lugar donde tuviesen su domicilio, para que antes de su utilización se ponga en el primer folio de cada uno diligencia de los que tuviera el libro y, en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro. / Será válida, sin embargo, la realización de asientos y anotaciones, por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadradas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio o, en el caso del libro de inventarios, de que transcurra igual plazo a partir de cada una de las transcripciones que ordena el artículo 28. / Lo dispuesto en los párrafos anteriores se aplicará al libro registro de acciones nominativas en las sociedades anónimas y al libro registro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada. / Cada Registro Mercantil llevará un libro de legalizaciones.»

Los libros son los que indican los artículos 25 y 26: para todo empresario, persona natural o jurídica, un libro de inventarios y cuentas anuales y otro diario; y para las sociedades mercantiles, además, un libro o libros de actas. Además, claro, de los libros registros que señala el propio artículo 27.

Debe darse la bienvenida, por tanto, a cualquier reforma que tienda a descargar de trabajo a los Tribunales en aquello que no tenga que ser necesariamente de su competencia.

1.2.4. *Obtención de certificados y notas simples por correo*

La Primera Directiva, en su artículo 3.3, primer inciso, señala: «Deberá poderse obtener copia íntegra o parcial de todo acto o toda indicación de las mencionadas en el artículo 2.» El Proyecto de reforma de la legislación mercantil, en el artículo 23, párrafos 1.º y 2.º, del Código de Comercio establece: «El Registro Mercantil es público. La publicidad se hará efectiva por exhibición, nota simple informativa o certificación expedida por los Registradores. La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro. / Tanto la certificación como la simple nota informativa podrán obtenerse por correspondencia.»

La novedad consiste, por tanto, en poder obtener certificaciones y notas simples por correo. Esta reforma no ofrece ningún problema, ya que las notas simples en muchos Registros ya se proporcionan por este medio, y supone una mayor agilidad en la información.

Se mantiene la exhibición de los libros del Registro como modo de publicidad, aunque habrá que tomar en consideración la instrucción de la DGRN de 5 de febrero de 1987, que por razones de seguridad y conservación de los libros estableció: «Para el mejor cumplimiento de la exigencia legal de conservación de los libros, la presentación directa de éstos tendrá carácter excepcional y se reducirá a aquellos casos en que concurren circunstancias especiales que la justifiquen.»

1.2.5. *Datos identificadores de los empresarios y sociedades en su documentación*

El artículo 4 de la Primera Directiva establece: «Los Estados miembros prescribirán que las cartas y notas de pedido lleven las siguientes indicaciones: un Registro ante el que se hubiera abierto el expediente mencionado en el artículo 3, así como el número de inscripción de la sociedad en este Registro; la forma de la sociedad, su domicilio social y, en su caso, el estado de liquidación en que se encuentra; si en estos

documentos se hiciera mención al capital de la sociedad, la indicación deberá referirse al capital suscrito y desembolsado.»

Por su parte, el artículo 24 del Código de Comercio, previsto en la Ley de reforma de la legislación mercantil, dispone: «Los empresarios y sociedades inscritas deberán hacer constar en toda su documentación correspondencia, notas de pedido y facturas, el domicilio y los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. Las sociedades mercantiles deberán hacer constar además su forma social y, en su caso, la situación de liquidación en que se encuentren. Si mencionan el capital, deberá hacerse referencia al capital suscrito y desembolsado. El incumplimiento de estas obligaciones será sancionado, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, con una multa por cuantía de cien mil a un millón de pesetas.»

El segundo párrafo ha sido criticado por varios grupos parlamentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, el domicilio y los da 6; G. P. Popular, enmienda 241, y G. P. Mixto —P. L.—, enmienda 70) o su moderación (G. P. CDS, enmiendas 171 y 172).

En lo que se refiere a los datos identificadores en el Registro Mercantil, éstos deberán ser el tomo, libro y su sección, folio y número de hoja de la sociedad o empresario y, claro, el Registro Mercantil en que estén inscritos.

1.2.6. *El Boletín Oficial del Registro Mercantil y el Registro Central*

Es esta, sin duda, una de las más trascendentes novedades que incorpora la Ley de reforma de la legislación mercantil en materia de Registro. Expondremos, antes de nada, las disposiciones que se refieren a ella.

La Primera Directiva —recordemos la del año 1968— señala en el artículo 3, números 4, 5, 6 y 7: «4. Los actos y las indicaciones que se mencionan en el apartado 2 serán objeto de una publicación íntegra o en extracto, o bien bajo la forma de una mención que señale el depósito del documento en el expediente hasta su transcripción en el Registro en el *Boletín Nacional* designado por el Estado miembro. 5. Los actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros por la sociedad hasta después de la publicación mencionada en el apartado 4, salvo si la sociedad demuestra que estos terceros tenían ya conocimiento de los mismos. No obstante, para las operaciones realizadas antes del decimosexto día siguiente al de esta publicación, estos actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros que prueben la inoponibilidad de haber tenido conocimiento de los mismos. 6. Los Estados miembros toma-

rán las medidas necesarias para evitar cualquier discordia entre el contenido de la publicación en la Prensa y el del Registro o expediente. No obstante, en caso de discordancia, no podrá oponerse a terceros el texto publicado en la Prensa; éstos, sin embargo, podrán invocarlo, a menos que la sociedad demuestre que hayan tenido conocimiento del texto recogido en el expediente o transcrito al Registro. 7. Los terceros podrán valerse siempre de los actos e indicaciones cuyas formalidades de publicidad aún no se hubieran cumplimentado, a menos que la falta de publicidad les privase de efecto.»

El Proyecto de reforma de la legislación mercantil en la Exposición de Motivos y en su apartado IV dice: «Otra de las innovaciones relevantes es que, por exigencia de la Primera Directiva del Consejo, se impone la necesaria publicación de un *Boletín Oficial* de los actos y documentos inscritos en el Registro, atribuyendo a esa publicación efectos decisivos y articulando la mecánica necesaria para que los asientos registrales puedan ser mencionados o extractados en dicho *Boletín*. Este sistema, previsto en las Directivas para las sociedades capitalistas, se ha generalizado para todos los sujetos inscribibles.»

Su regulación concreta se establece en el artículo 22 del Código de Comercio en el Proyecto de reforma de la legislación mercantil. Dice: «Sin perjuicio de los efectos de la inscripción, cuando ésta sea obligatoria, las escrituras y demás actos y documentos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a los terceros de buena fe después de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Esta publicación no será oponible para actos realizados antes del decimosexto día siguiente a aquel en que la publicación hubiere lugar, frente a terceros que prueben que les fue imposible conocer los hechos inscritos y publicados. Cuando las escrituras y demás actos y documentos a que se refiere este artículo sean publicados en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* con un contenido diferente al que aparece inscrito en el Registro, esa publicación no podrá ser opuesta a los terceros de buena fe, pero éstos podrán utilizarla en lo favorable. Las escrituras y demás actos y documentos sujetos a inscripción que no hayan sido inscritos y publicados no podrán ser opuestos a terceros de buena fe, pero éstos podrán invocarlos en lo favorable, a menos que la falta de publicidad legal les prive de efectos.» En el artículo 18 se dice: «Dentro de los dos días siguientes a aquel en que se hayan practicado los asientos registrales, se comunicarán por los respectivos Registros Mercantiles a un Registro Central, que dispondrá de un *Boletín Oficial* en el que se publicará necesariamente un extracto o una mención de los datos esenciales de los asientos practicados en los Registros Mercantiles. Una vez realizada la publicación en el *Boletín Oficial*, se hará constar ésta en el Registro Mercantil corres-

pondiente.» Y el artículo 23, párrafo 3.º: «El Registro Central sólo podrá expedir simples notas informativas de los datos de su archivo.»

La verdad es que tanto el Registro Central como el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* ya aparecen en la legislación anterior al Proyecto de reforma de la legislación mercantil. El artículo 16 del Código de Comercio, en su último párrafo (redactado por Ley 16/1975, de 21 de julio), dispone: «En la Dirección General de los Registros y del Notariado existirá un Registro Central de carácter informativo, cuyo alcance y funcionamiento se regularán en el Reglamento del Registro Mercantil.» Y el artículo 30, también del Código de Comercio (redactado por la misma Ley arriba reseñada), dispone en su párrafo segundo: «Se publicará un *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, en el que se dará información suficiente de los datos esenciales del Registro Central que el Reglamento determine, y en el que se insertarán, además, aquellos anuncios y avisos que establezcan las disposiciones en vigor.»

Ninguna de las dos instituciones alcanzó una regulación en el Reglamento del Registro Mercantil, como se preveía en el Código de Comercio. Sin embargo, al amparo de dichos preceptos se ha ido formando, desde septiembre del año 1985, un Servicio Central de Índices Mercantiles en Madrid, recogiendo los datos enviados por los Registros Mercantiles de toda España, con arreglo a unos formatos diseñados para cumplir las exigencias de las Directivas comunitarias, y conteniendo las circunstancias fundamentales de cada inscripción, que se incorporaban a un centro de proceso de datos informatizado. Del *Boletín* tan sólo se han publicado, a modo de ensayo y con información muy fragmentaria, algún volumen recogiendo las sociedades de toda España, ordenadas por orden alfabético, por Registros y por designación KWIC.

En cualquier caso, el sistema que establecían los dos preceptos citados poco tiene que ver con lo que ahora se pretende imponer en el Proyecto de reforma. Aquéllos arbitaban un Registro Central cuya finalidad era el recoger una limitada información proveniente de los Registros Mercantiles y que daría a conocer, a través de una publicación periódica, sin mayores consecuencias jurídicas, es decir, sin alterar el principio de publicidad legal de los artículos 26 del Código de Comercio y 2 del Reglamento del Registro Mercantil. Por el contrario, el Proyecto de reforma organiza un Registro Central que, con los datos que remitan los diferentes Registros Mercantiles, publicará un extracto de los mismos en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, con la particularidad de que esa publicación será obligatoria y con la trascendencia sustantiva de resultar, los actos e indicaciones publicados, oponibles frente a terceros desde el momento que tenga lugar dicha publicación.

En resumen, los trámites serían: Inscripción en el Registro Mercantil

de la provincia correspondiente; comunicación por el propio Registro al Registro Central en el plazo de dos días; publicación por el Registro Central de un extracto o mención de los datos esenciales de los asientos practicados en los Registros Mercantiles y, por fin, constancia en el Registro Mercantil correspondiente del hecho de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

Desde luego la introducción de este nuevo sistema de publicidad, casi transcrito literalmente de la Primera Directiva, merece una dura crítica. Tanto desde el punto de vista teórico y sustantivo como desde el punto de vista práctico.

Desde el punto de vista sustantivo de los efectos de la publicidad se quiebra el tradicional sistema por el cual los documentos inscritos producían efectos en perjuicio de terceros desde la fecha de la inscripción, presumiéndose conocido el contenido de los Registros por todos y no pudiendo invocarse su ignorancia. Por el contrario, según el Proyecto de reforma, esa eficacia frente a terceros que aparecía claramente remitida a un momento —el de la inscripción— se difumina en tres momentos diferentes:

1. *Antes de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»*: Sería oponible a terceros que carecieran de buena fe. Esta «mala fe» debe interpretarse, creemos, como conocimiento de la inscripción en el Registro Mercantil, aunque la Ley debería haberlo aclarado.

2. *Después de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»*: Sería oponible frente a terceros salvo para actos realizados antes del decimosexto día siguiente a aquel en que la publicación tuviera lugar, frente a terceros que prueben que les fue imposible conocer los hechos inscritos y publicados.

3. *Dieciséis días después de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»*: En que ya sí (¡por fin!) sería oponible frente a cualquier tercero.

No cabe duda de que es un sistema más lento, más incómodo y, sobre todo, más inseguro. Piénsese, como ejemplo, en un apoderado general de un comerciante o en un administrador de una sociedad, que, según el sistema actual, recoge del Registro Mercantil, inscrita, su escritura de poder o de nombramiento de cargo, respectivamente, y pueden actuar tranquilos de que quien responde es el poderdante o la sociedad. Por el contrario, después de la reforma, el mismo apoderado o administrador; con su misma escritura inscrita en el Registro Mercantil, podrá verse sorprendido por un tercero que se dirija contra él, personalmente, hasta dieciséis días después de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, alegando que desconocía su condición de represen-

tante. De los efectos en la constitución de sociedades ya nos ocuparemos más tarde.

Pero es que tampoco, desde un punto de vista práctico, resulta un sistema satisfactorio. Ya resulta triste que el propio artículo que regula el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* regule también los supuestos de discordancia entre lo inscrito en el Registro Mercantil y lo publicado en el *Boletín*. Este supuesto antes no podía existir. Sólo podía darse, y después de la reforma también podrá producirse, el caso de que la inscripción no coincidiera con el documento inscrito, cuya solución era tan sencilla como exigir responsabilidad al Registrador.

Por otro lado, es de destacar lo incómodo que resultará consultar el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, ordenado sólo según un criterio cronológico. Y habrá que esperar también a saber cuál es su verdadera difusión.

En cualquier caso no puede decirse que la experiencia europea del *Boletín Oficial del Registro Mercantil* haya sido del todo feliz. Incluso en los países que mejor se ha aplicado, como Francia y Alemania, existen inconvenientes. En Francia tiene un carácter meramente informativo. En Alemania se publica en el *Bundesanzeiger* (equivalente al *BOE* español) y los datos se remiten por correo, es mínima la informatización (sólo veinte o treinta de los cuatrocientos cuarenta Registros) y no existe un Registro de denominaciones, con lo que puede haber tantas denominaciones iguales como Registros hay, debiendo resolverse las controversias ante los Tribunales.

En otros países, como Italia, ha resultado un verdadero desastre. La técnica empleada para la publicación del *Boletín* ha producido gravísimos perjuicios a la vida económica y a la seguridad jurídica, debido, sobre todo, al enorme retraso con que se viene produciendo la publicación. En este sentido, el Profesor MINERVINI planteó, el 30 de octubre de 1979, una interpelación parlamentaria en la que pedía la supresión del *Boletín*, al que calificaba expresamente de «inútil y nocivo», y citaba ejemplos, como el del publicado en septiembre de 1979, que tenía como fecha oficial de publicación la de 18 de febrero de 1978; o el hecho de que se estaban publicando sólo números alternativos, con la consiguiente supresión de publicidad legal para los actos que debían ser mencionados en los fascículos no publicados; o el desfase entre los fascículos regionales y el *Boletín Nacional*, que ha llegado a ser de varios años (el *Boletín Nacional* publicado el 15 de enero de 1977 mencionaba actos publicados en los fascículos regionales a finales de 1973). Estos defectos han producido una gravísima inseguridad, que alcanza incluso a plantearse la legitimidad y validez de ciertos actos sociales, y que ha llevado a que se generalice la ficción jurídica de considerar como fecha

de publicación la fecha de depósito del documento en el Registro de la Cancillería del Tribunal, con lo que, en definitiva, se está prescindiendo de la eficacia prevista para el *Boletín*.

Tal vez prospere la enmienda 4 del Grupo Parlamentario Vasco que propone modificar el párrafo primero, *in fine*, del artículo 22 sustituyendo «Después de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*» por «Después de la inscripción en el Registro Mercantil». O, por lo menos, la enmienda 93 del Grupo Parlamentario Minoría Catalana, que pretende suprimir la referencia al periodo de dieciséis días posterior a la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Pero no parece muy probable.

En cualquier caso, y dejando las críticas aparte, es de desear un buen funcionamiento en España del *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, que debería ser diario, puesto que deberá también sustituir al *Boletín Oficial del Estado* en todas aquellas funciones que ahora le encomienda la Ley de Sociedades Anónimas (v. gr., arts. 18, 19, 53, 117, 153, 98, 100, 166...).

Como ventajas de este nuevo sistema se aprecia sobre todo la puesta en marcha del Registro Central (REMIC o Registro Mercantil Informativo Central) que permita proporcionar desde el mismo momento de entrada en vigor de la Ley los datos en él archivados, referentes a cualquier sociedad o comerciante de España que ya ha venido recogiendo. Y en un futuro no muy lejano pueda proporcionarlos a través de terminales de ordenador o telefax instalados en cada Registro.

Aquí sí es conveniente hacer un breve comentario sobre dos enmiendas al párrafo tercero del artículo 23 (la 91 del G. P. Minoría Catalana y la 240 del G. P. Coalición Popular). En ambas se propone que el Registro Central pueda expedir no sólo notas simples, sino también certificaciones. A nuestro modo de ver, es correcta la redacción del Proyecto, ya que el Registro Central, en un sentido propio, no es un Registro jurídico. Su misión es doble: publicar en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* un extracto o una mención de los datos esenciales de los asientos practicados en los Registros Mercantiles y archivar, en la medida de lo posible, estos datos a través de un centro de proceso de datos informatizado. Pero, no podrá expedir certificaciones, ya que en el Registro Central no existen asientos legitimados por la firma del Registrador y bajo la salvaguarda de los Tribunales, del modo que existen en los Registros Mercantiles. En las certificaciones sólo las podrá expedir cada Registrador Mercantil de los asientos practicados en los libros de su Registro (art. 38 RRM).

1.2.7. *Depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil*

En este apartado se tratarán sólo los aspectos registrales del depósito de cuentas. Por otro lado, aunque el lugar propio de estudio sería en el análisis de los actos inscribibles de cada sociedad, por su trascendencia y novedad, hemos considerado oportuno aislarlo como cuestión separada.

El artículo 2 de la Primera Directiva establece: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades se refiera al menos a los actos e indicaciones siguientes: ... f) El balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio. El documento que contenga el balance deberá indicar la identidad de las personas a quienes incumbe, en virtud de la Ley, certificarlo...» Y el artículo 6: «Los Estados miembros preverán sanciones apropiadas en caso de: falta de publicidad de la cuenta de pérdidas y ganancias, tal como se ordena en la letra f) del apartado 2 (debería ser 1) del artículo 2.»

La Cuarta Directiva (78/660/CEE), de 25 de julio de 1978, referente a las cuentas anuales, establece en su Exposición de Motivos: Considerando que la coordinación de las disposiciones nacionales relativas a la estructura y al contenido de las cuentas anuales y del informe de gestión, a las formas de evaluación, así como a la publicidad de estos documentos en lo que se refiere especialmente a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada, reviste una importancia particular en cuanto a la protección de los socios y de terceros. Considerando que es necesario asimismo que se establezcan en la Comunidad unas condiciones jurídicas mínimas equivalentes a cuanto a la amplitud de las informaciones financieras que se han de poner en conocimiento del público por parte de las sociedades competidoras. Considerando que las cuentas anuales de todas las sociedades a que se aplique la presente Directiva deberán publicarse, de conformidad con la Directiva 68/151/CEE; que no obstante, también a este respecto podrán permitirse determinadas excepciones a favor de las pequeñas y medianas empresas.»

La misma Directiva señala en su artículo 2.1: «Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la Memoria. Estos documentos formarán una unidad.» Y la sección X se refiere a la publicidad. Así, el artículo 47, en su número 1, dispone: «Las cuentas anuales regularmente aprobadas y el informe de gestión, así como el informe establecido por la persona encargada del control de las cuentas, serán objeto de publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad

con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE. No obstante la legislación de un Estado miembro podrá permitir que el informe de gestión no sea objeto de la publicidad antes mencionada. En tal caso, el informe de gestión estará a disposición del público en el domicilio de la sociedad en el Estado miembro en cuestión. Se deberá poder obtener copia íntegra o parcial del informe, sin gastos y mediante solicitud.» El número 2 enumera ciertos supuestos en que se puede permitir que se publique un balance abreviado o una Memoria abreviada.

El artículo 48 dispone: «Al efectuarse cualquier publicación íntegra, las cuentas anuales y el informe de gestión deberán reproducirse en la forma y el texto sobre cuya base la persona encargada del control de las cuentas haya establecido su informe. Deberán ir acompañados del texto íntegro de la certificación. Si la persona encargada del control de las cuentas hubiera hecho reservas o rehusado su certificación, deberá señalarse esta circunstancia y darse razones de la misma.» El artículo 49: «Cuando no se publiquen íntegramente las cuentas anuales deberá precisarse que se trata de una versión abreviada y deberá hacer referencia al Registro en que se hayan presentado las cuentas en virtud del apartado 1 del artículo 47. Cuando aún no hubiera tenido lugar esta presentación, deberá mencionarse esta circunstancia. La certificación de la persona encargada del control de las cuentas, no podrá acompañar a esa publicación, pero se deberá precisar si la certificación ha sido dada con o sin reservas o si ha sido rechazada». Y el artículo 50: «Al mismo tiempo que las cuentas anuales y en las mismas modalidades, deberán publicarse: —la propuesta de aceptación de resultados— la afectación de los resultados / en el caso que estos elementos no apareciesen en las cuentas anuales.» Por fin, el artículo 54: «La presente Directiva no afectará a las legislaciones de los Estados miembros que prescriban la presentación de las cuentas anuales de las sociedades que no pertenezcan a su jurisdicción, ante un Registro en el que estén inscritas sucursales de estas sociedades.»

La Séptima Directiva (83/349/CEE), de 15 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas, dispone en su artículo 16: «Las cuentas consolidadas deberán comprender el balance consolidado, la cuenta de ganancias y pérdidas consolidadas y el apéndice. Estos documentos formarán una unidad.» La sección V se refiere a la publicidad de las cuentas consolidadas y el artículo 38 dispone: «1. Las cuentas consolidadas, legalmente aprobadas, y el informe consolidado de gestión, así como el informe establecido por la persona encargada del control de las cuentas consolidadas, serán objeto, por parte de la empresa que ha establecido las cuentas consolidadas, de una publicidad que se efectuará según las modalidades dispuestas por el Derecho del Estado miembro

al que estuviere sujeta esta empresa con arreglo al artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE. 2. En lo que respecta al informe consolidado de gestión será aplicable el segundo párrafo del apartado 1.º del artículo 47 de la Directiva 78/660/CEE. 3. La última frase del apartado 2 del artículo 47 de la Directiva 78/660/CEE será sustituida por el texto siguiente: Una copia íntegra o parcial de este informe deberá poderse obtener mediante simple petición. El precio que se reclame por esta copia no podrá exceder del de su coste administrativo. 4. Sin embargo, cuando la empresa que haya establecido las cuentas consolidadas esté organizada bajo una forma diferente de las enumeradas en el artículo 4 y no esté sometida a su legislación nacional, en relación a los documentos a que se refiere el apartado 1, a una obligación de publicidad análoga a la obligación a que se refiere el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, deberá, al menos, tener a disposición del público en su domicilio social. Una copia de estos documentos deberá poderse obtener mediante simple petición. El precio exigido por esta copia no podrá exceder de su coste administrativo. 5. Serán aplicables los artículos 48 y 49 de la Directiva 78/660/CEE. 6. Los Estados miembros dispondrán sanciones apropiadas en caso que no se efectúe la publicidad dispuesta en el presente artículo.»

Entrando ya en la regulación concreta del Proyecto de Ley de reforma de la legislación mercantil, las reglas fundamentales son las siguientes: La Exposición de Motivos en su número V establece: «El texto reforma el título III del libro primero del Código de Comercio, referente a la contabilidad de los empresarios. La razón esencial de esa modificación se debe a la oportunidad de la generalización de algunas normas, en especial las referentes a las cuentas anuales, que proceden del ordenamiento comunitario. Aunque originalmente pensadas para las sociedades mercantiles, no es dudoso que los principios esenciales de tales normas deban aplicarse con carácter general a la contabilidad de todo empresario.» Y en el número IX, refiriéndose a la Ley de Sociedades Anónimas: «En el régimen de las cuentas anuales cabe destacar no sólo la inclusión de normas sobre valoración, sino también la regulación de la Memoria como parte de dichas cuentas y el establecimiento de la obligación de verificar éstas por los auditores. Esta verificación ha de sustituir, con claras ventajas, el actual régimen de examen e informe de los accionistas censors de cuentas. Se regula, por último, el depósito en el Registro Mercantil y la publicación de las cuentas anuales.»

Las normas concretas del articulado del Proyecto de reforma de la legislación mercantil son:

— El artículo 42.6 del Código de Comercio, referente a la presentación de las cuentas de los grupos de sociedades, dice: «6. Las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la Junta general ordinaria de la sociedad dominante, simultáneamente con las cuentas anuales y el informe de gestión de esta sociedad. Los accionistas de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad dominante los documentos sometidos a la aprobación de la Junta y al informe de los auditores. En el mes siguiente a su aprobación las cuentas y el informe de gestión consolidado y el certificado de los auditores deberán ser depositados en el Registro Mercantil. El *Boletín Oficial del Registro Mercantil* habrá de publicar de forma inmediata el anuncio del depósito.»

— El artículo 110, f), de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto: «*Depósito de las cuentas en el Registro Mercantil*: 1. Las cuentas anuales aprobadas, la aplicación del resultado y el informe de gestión, así como el informe de auditoría, habrán de depositarse en el Registro Mercantil dentro del mes siguiente a su aprobación por la Junta general. El *Boletín Oficial del Registro Mercantil* habrá de publicar de forma inmediata el anuncio de que tales documentos se han depositado. 2. Cualquier persona podrá obtener, en los términos fijados por el artículo 25 del Código de Comercio, copia de todos los documentos indicados en el párrafo anterior. 3. Las sociedades que pueden formular balance abreviado depositarán éste y la Memoria abreviada, de acuerdo con las normas a ellas aplicables, y podrán prescindir del depósito de la cuenta de pérdidas y ganancias y del informe de gestión, así como, en su caso, del depósito del informe de auditoría de cuentas. 4. Las sociedades que pueden formular la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada podrán depositar el balance y la Memoria abreviados de acuerdo con las reglas siguientes: A) Un balance abreviado en el que figurarán únicamente las partidas previstas en el artículo 105, con mención separada, bien en el balance o bien en la Memoria: a) De las partidas C I 3, C II 1, 2, 3 y 4; C III 1, 2, 3, 4 y 7; D II 2, 3 y 6, y D III 1 y 2 del activo, así como C 1, 2, 6, 7 y 9 del pasivo. b) De las informaciones pedidas en las partidas D II del activo y C del pasivo, pero de forma global para todas las partidas en cuestión y por separado para las partidas D II 2 y 3 del activo, así como C 1, 6, 7 y 9 del pasivo. B) Una Memoria abreviada desprovista de las indicaciones 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 10 del artículo 107, a). No obstante la Memoria deberá indicar de forma global los datos previstos en la indicación 5.º del artículo 107, a). 5. Las sociedades a que se refiere el párrafo anterior, deberán depositar la cuenta de pérdidas y ganancias, el informe de gestión, así como, en su caso, el informe de auditoría de cuentas. 6. El incumplimiento

por los administradores de la obligación de depositar los documentos a que se refiere esta Ley dará lugar a la imposición de una multa a la sociedad por importe de 500.000 pesetas por cada año de retraso en el cumplimiento de la obligación de depósito, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo.»

— El artículo 110, g): «*Publicación de las cuentas.*—En el caso de publicación de los documentos mencionados en el artículo anterior, deberá indicarse si es íntegra o abreviada. En el primer supuesto deberá reproducirse fielmente el texto de los depositados en el Registro Mercantil, incluyendo siempre íntegramente el informe de los auditores. En el segundo caso se hará referencia a la oficina del Registro Mercantil en que hubiesen sido depositados los documentos. El informe de auditoría podrá ser omitido en esta publicación, pero se indicará si ha sido dado con reservas o no.»

— Y la disposición final tercera del Proyecto señala: «La obligatoriedad de someter a auditoría las cuentas anuales en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley de Sociedades Anónimas, se aplicará a las cuentas del primer ejercicio que haya transcurrido íntegramente después de la entrada en vigor de la presente Ley.» Entendemos que serán esas primeras cuentas sometidas a auditoría las que por primera vez deberán depositarse en el Registro.

Para una mejor exposición de la publicidad registral referente a las cuentas anuales dividiremos la cuestión en una serie de apartados.

I.2.7.1. *Entidades obligadas al depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales*

I.2.7.1.1. *Grupos de sociedades*

1. *Concepto.*—Para el Proyecto de reforma se consideran grupos de sociedades, a efectos de formulación de las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en el Código de Comercio y en la Ley de Sociedades Anónimas, toda sociedad mercantil que siendo socio de otra sociedad se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consoli-

dadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo (art. 42.1 del Código de Comercio, según el Proyecto).

A ellos se asimilan los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica dominante formule y publique cuentas consolidadas. Y se dice que se aplicará, en cuanto sea posible, a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en los párrafos 1 y 2 del artículo 42 (art. 42.7 C. de C., según el Proyecto).

2. *Documentos que deben depositarse en el Registro Mercantil.*—Las cuentas anuales consolidadas, el informe de gestión consolidado y el certificado de los auditores. El *Boletín Oficial del Registro Mercantil* publicará de forma inmediata el anuncio del depósito.

El depósito en el Registro Mercantil de las cuentas deberá hacerse en el mes siguiente a su aprobación. En cuanto a la fecha de entrada en vigor de la obligación de formular cuentas consolidadas, la disposición final tercera del Proyecto de reforma prevé que sea en el ejercicio del año 1991. Probablemente se retrase un año más.

1.2.7.1.2. *Sociedades anónimas*

1. *Regla general.*—Las sociedades anónimas deberán depositar en el Registro Mercantil las cuentas anuales aprobadas —el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el cuadro de financiación, la propuesta de aplicación del resultado y la Memoria—, la aplicación del resultado, el informe de gestión y el informe de auditoría.

2. *Sociedades que pueden formular balance abreviado.*—Son las señaladas en el artículo 103, b): Aquellas que durante dos años consecutivos en la fecha de cierre del ejercicio concurren al menos dos de las circunstancias siguientes: 1.^a Que el total de las partidas del activo no supere los doscientos treinta millones de pesetas. 2.^a Que su cifra anual de negocios sea inferior a cuatrocientos ochenta millones de pesetas. 3.^a Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no supere los cincuenta.

Deberán depositar en el Registro Mercantil el balance abreviado, la Memoria abreviada y podrán prescindir del depósito de la cuenta de pérdidas y ganancias y del informe de gestión, así como, en su caso, del depósito del informe de auditoría de cuentas [art. 110, g), 3, según el Proyecto].

3. *Sociedades que pueden formular la cuenta de pérdidas y ganan-*

cias abreviada.—Son las que indica el artículo 105, *a)*: Las sociedades en las que durante dos años consecutivos en la fecha del cierre del ejercicio concurren dos de las circunstancias siguientes: 1.ª Que el total de las partidas del activo del balance no supere los novecientos veinte millones de pesetas. 2.ª Que su cifra anual de negocios sea inferior a mil novecientos veinte millones de pesetas. 3.ª Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no supere los doscientos cincuenta.

Deberán depositar la cuenta de pérdidas y ganancias, el informe de gestión y, en su caso, el informe de auditoría de cuentas; y el balance y la Memoria, que podrán ser abreviados, conteniendo los requisitos que establece el número 4 del artículo 110, *h)*.

Tanto el Grupo Parlamentario Minoría Catalana (enmiendas 153 y 154) como el Grupo Parlamentario CDS (enmiendas 46 y 47) consideran más correcto el que la Ley no exigiera el depósito del informe de auditoría, sino el certificado de auditoría.

I.2.7.1.3. Sociedades de responsabilidad limitada

El Proyecto de Ley, al modificar el artículo 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en su apartado primero señala: «Se aplicará a las cuentas anuales de las sociedades de responsabilidad limitada lo dispuesto en el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, sin perjuicio de lo establecido en este artículo y el siguiente.»

Por tanto, es aplicable lo dicho anteriormente respecto de las sociedades anónimas. Es de observar que la aplicación del régimen general o las reglas más simplificadas para las sociedades que puedan formular balance abreviado o cuenta de pérdidas y ganancias abreviada viene determinada por la dimensión económica de la empresa y no por su carácter de anónima o limitada; no obstante, dado que la intención del legislador es que la sociedad limitada quede para empresas de pequeño tamaño, parece claro que la gran mayoría de las sociedades limitadas quedarán sometidas a alguno de los regímenes simplificados.

I.2.7.1.4. Sociedades anónimas laborales

También les será aplicable el mismo régimen en cuanto al depósito de cuentas de las sociedades anónimas. Así, según lo previsto en el Proyecto de reforma, el artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales dirá: «En lo no previsto en esta Ley las sociedades anónimas laborales se regirán por las normas aplicables a las sociedades anónimas.»

1.2.7.1.5. *Sociedades comanditarias por acciones*

En el Proyecto de Ley se dispone, en cuanto al artículo 152 del Código de Comercio: «Se aplicará a la sociedad en comandita por acciones la Ley de Sociedades Anónimas, salvo en lo que resulte incompatible con las disposiciones de esta sección.»

Por tanto, también serán aplicables en materia de depósito de cuentas las mismas normas que a las sociedades anónimas.

1.2.7.2. *Forma de depósito de las cuentas anuales*

Toda esta materia tiene que ser objeto de una detallada regulación en el Reglamento del Registro Mercantil, pues supone una novedad no sólo el hecho del depósito de cuentas, sino también todo lo que se refiere a lo que podíamos llamar «técnica registral».

En efecto, lo que es habitual en el Registro Mercantil es la recepción de un documento, su inscripción y su devolución al interesado. Por el contrario, en el caso de las cuentas anuales, se depositan en el Registro los documentos presentados, no se inscribe el contenido de esos documentos —aunque deberá arbitrarse alguna forma de hacer constar en los libros de inscripciones a través de algún asiento el depósito de las cuentas— y se publica en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, a través del Registro Central, el anuncio de que tales documentos se han depositado.

Por tanto, y respecto al depósito de cuentas, el Registrador se convierte en un archivero de documentos —diferente en todo caso del Registro Central que lo que archiva son datos y no documentos—. Esto condiciona aspectos tales como la calificación, la publicidad y la forma de archivo de estos documentos, entre otros.

Incluso se plantea un problema material de espacio. La mayor parte de los Registros actuales no pueden dar cabida a la cantidad de documentos que deben archivar y conservar. Así, por ejemplo, el Registro de Madrid va a recibir las cuentas anuales de más de cien mil sociedades y deberá conservarlas por un plazo de seis años, archivadas de forma que permita su posterior consulta. Consiguientemente ello requerirá —ya se está llevando a cabo— un esfuerzo económico para la adquisición de nuevos locales.

1.2.7.3. *Forma de publicidad de las cuentas anuales*

Tal como dice el artículo 110, f), se debe entender que las cuentas anuales podrán hacerse públicas a través de las formas previstas en el artículo 23 del Código de Comercio, según el Proyecto, y artículo 38

del Reglamento del Registro Mercantil, «certificaciones, notas simples informativas y manifestación o exhibición».

La certificación supone una novedad de considerable importancia, puesto que el Registrador, en contra de lo dispuesto en el artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil y los artículos 223 de la Ley Hipotecaria, 335 del Reglamento Hipotecario y del propio artículo 23 del Código de Comercio, según el Proyecto, no certificará de asientos practicados en los libros del Registro y con la firma de un Registrador, sino de documentos depositados en el Registro. Y la certificación lo que hará será acreditar de forma fehaciente el contenido de los documentos depositados. Esto sin duda requiere un desarrollo reglamentario. Pero creemos que ese desarrollo debe hacerse, no siendo óbice para ello lo novedoso de la situación, ya que en caso contrario se privaría a los particulares de la posibilidad de obtener, acreditada de forma fehaciente, la información sobre las cuentas anuales de las sociedades.

En cuanto a la publicidad a través de exhibición de los propios documentos depositados, por razones evidentes de seguridad y conservación, nos parece totalmente desaconsejable.

I.2.7.4. Legitimación para obtener publicidad de las cuentas anuales

Es conocida la divergencia que existe entre las normas del Derecho Hipotecario y del Derecho referente al Registro Mercantil en cuanto a la legitimación para obtener información de los datos del Registro. Así, mientras el artículo 221 de la Ley Hipotecaria señala que «los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos», tanto el actual artículo 30 como el futuro artículo 23 del Proyecto de Reforma, en cuanto al Código de Comercio, y como el artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil, dicen: «El Registro Mercantil es público.»

En materia de cuentas anuales lo dicho no parece compaginarse bien con el artículo 41 actual del Código de Comercio («sin perjuicio del secreto de la contabilidad...»), ni con el probablemente futuro artículo 32 del Código de Comercio («La contabilidad de los empresarios es secreta»). Y ya no se diga con el número 2 del artículo 110, *f*), del Proyecto, que dice: «Cualquier persona podrá obtener, en los términos fijados en el artículo 23 del Código de Comercio, copia de todos los documentos indicados en el párrafo anterior.»

Parece conveniente, en consecuencia, establecer un primer filtro para la publicidad de las cuentas depositadas. Sin llegar al extremo expuesto

por la enmienda número 81 del Partido Liberal, que propone suprimir ese párrafo 2, y que iría en contra de la 1.^a, 4.^a y 7.^a Directivas, creemos conveniente que para la publicidad de esas cuentas se debe acreditar un interés legítimo, como propone el PNV en la enmienda número 42. Sería una forma de poner alguna traba a las pesquisas indeseables. Sin perjuicio, claro está, frente a la negativa del Registrador, de recurso según lo establecido en el artículo 228 de la Ley Hipotecaria.

I.2.7.5. Publicidad de la condición de auditor

Tanto el nombramiento como el cese de los auditores deberán inscribirse en el Registro Mercantil, según el Proyecto de reforma, en el artículo 21.2 del Código de Comercio.

II. LA REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN EL REGISTRO MERCANTIL

II.1. INTRODUCCIÓN

A continuación se expondrá, de forma sucinta, los actos fundamentales que de las sociedades anónimas son objeto de publicidad, haciendo hincapié en las novedades que aporta el Proyecto de reforma de la legislación mercantil.

II.2. CONSTITUCIÓN

II.2.1. Inscripción en general

El artículo 21.1 del Código de Comercio, según el Proyecto, dice: «En la hoja de inscripción de cada sociedad mercantil se inscribirá: 1. Las escrituras de constitución...»

II.2.2. Personalidad jurídica de la sociedad

Parece que el Proyecto de Ley tiene un especial interés en que quede perfectamente determinado el momento exacto de comienzo de la personalidad jurídica en la sociedad anónima: el momento de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

Así el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto, dispone: «La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil y, desde ese momento

adquirirá personalidad jurídica.» Y el artículo 11: «*Procedimientos de fundación*: La sociedad puede fundarse en un solo acto por convenio entre los fundadores, o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones. En uno y otro caso, la sociedad se entenderá constituida cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil.» Incluso el artículo 17, que se titula «Acciones antes de la constitución», comienza diciendo: «Hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil no podrán ponerse en circulación las acciones emitidas...»

En consecuencia, independientemente de los efectos respecto de terceros que se producen por la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 7.3 LSA, según el Proyecto), lo cierto es que la personalidad jurídica de la sociedad anónima comienza desde la inscripción en el Registro Mercantil.

El carácter constitutivo de la inscripción no es novedad respecto de la legislación en la actualidad vigente. Pero conviene resaltarlo, ya que, como se ve, el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* sólo ha venido a sustituir al Registro Mercantil en lo que se refiere al momento en que los actos inscritos surten efectos respecto de tercero.

II.2.3. *Efectos de la falta de inscripción*

El Proyecto de Ley ha venido a establecer una serie de consecuencias a la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil en el plazo de un año. El artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto, dispone: «Cuando la escritura de constitución no se inscribiese en el Registro Mercantil dentro del año de su otorgamiento, los bienes aportados a la sociedad y sus frutos quedarán afectos al cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de quienes los hubieran celebrado. La posterior inscripción de la escritura, en ningún caso, eliminará esta responsabilidad solidaria por estos actos y contratos, ni siquiera aunque concurra alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de la sociedad.»

II.2.4. *Denominación de la sociedad*

El Proyecto, al referirse en el artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas a la denominación de las mismas, dice en el párrafo segundo: «No se podrá adoptar una denominación sustancialmente idéntica a la de otra sociedad preexistente.» La incorporación del término «sustancialmente idéntico» choca con lo dispuesto en la Ley actual y lo que se prevé que sea en el Proyecto de LSRL, en donde se mantiene simplemente la exigencia de que no sea idéntica.

En tres enmiendas (103 de Minoría Catalana, 180 del CDS y 362 de Democracia Cristiana) se propone que se suprima «sustancialmente». Nosotros creemos que desde un punto de vista técnico y de congruencia con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es mejor suprimir sustancialmente. Pero en cualquier caso debe entenderse subsistente en este punto la doctrina de la DGRN, según la cual la certificación del Registro General de Sociedades no agota las posibilidades de calificación del Registrador, debiendo éste apreciar si existe un obstáculo que impida poder aceptarse la denominación elegida (Resoluciones de 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de octubre de 1984).

Sería deseable que en el futuro pudiera desaparecer el Registro General de Sociedades, asumiendo sus funciones el Registro Central y consiguiendo que sea el propio Registrador y no el particular quien deba consultar la lista de denominaciones, ahorrando así al interesado una gestión más.

II.2.5. *Fundación simultánea y fundación sucesiva*

Casi ninguna novedad ofrecen estas formas de fundación desde el punto de vista del Registro Mercantil.

a) *Fundación simultánea.*—En la fundación simultánea la inscripción en el Registro Mercantil se lleva a cabo presentando la escritura de constitución en el propio Registro. El artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto de reforma, dice: «*Presentación de la escritura en el Registro Mercantil.*—1. Los fundadores y los administradores de la sociedad tendrán las facultades necesarias para hacer la presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y, en su caso, en el de la Propiedad, así como para solicitar o practicar la liquidación y para hacer el pago de los impuestos y gastos correspondientes. 2. Los fundadores y los administradores de la sociedad deberán presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social la escritura de constitución en el plazo de un mes a contar desde la fecha de su otorgamiento y responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación.»

b) *Fundación sucesiva.*—En la fundación sucesiva, tal y como sucede ahora, primero se deposita en el Registro Mercantil el programa de fundación y luego, tras la Junta constituyente, se inscribirá la escritura pública de fundación en el propio Registro Mercantil. El depósito del programa se regula en el artículo 21 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto: «*Depósito y publicación del programa.*—1. Antes de que los promotores hagan cualquier publicidad de la sociedad proyectada, un ejemplar del programa de fundación debidamente

impreso deberá ser depositado en el Registro Mercantil, previa legitimación notarial de las firmas de todos ellos. Se hará público en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, tanto el hecho del depósito como el extracto del programa de fundación que, a tal efecto, le entreguen los promotores, previa calificación de su legalidad. 2. En toda publicidad de la sociedad proyectada se mencionará el Registro Mercantil en que se ha efectuado el depósito del programa de fundación...»

La convocatoria de la Junta general constituyente deberá hacerse en un plazo máximo de seis meses contados a partir del depósito del programa en el Registro Mercantil y deberá publicarse en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 24 LSA según el Proyecto).

En cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública de fundación sucesiva, se dispone en el artículo 29 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto: «1. La escritura pública de fundación sucesiva será, en todo caso, presentada para su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad dentro del mes siguiente a su otorgamiento. 2. Los otorgantes tendrán las facultades necesarias para hacer la presentación de la escritura, tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad para solicitar o practicar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos respectivos». Y el artículo 30, c), se refiere a los efectos de la no inscripción: «En todo caso, transcurrido un año desde el depósito del programa de fundación en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas.»

II.3. NULIDAD DE LA SOCIEDAD

La inscripción en el Registro Mercantil de las sentencias firmes que declaren la nulidad de la constitución de la sociedad y, en general, de todos los actos inscribibles referentes a las sociedades mercantiles, deberán inscribirse en el Registro Mercantil según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto de reforma.

En cuanto a las causas de nulidad que tienen que ver con el Registro Mercantil, el artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto, dice: «*Causas de nulidad*.—1. La acción de nulidad de la sociedad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas: 1.º Por no haberse otorgado la escritura pública de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil.»

A nuestro modo de ver, este primer número del artículo 32 sobra, ya que si la sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta el mo-

mento de la inscripción (art. 7) la sociedad no inscrita es inexistente, esto es, no es sociedad. Y, por tanto, no es necesario «declarar judicialmente la nulidad de la misma», ya que, y sin perjuicio de las acciones judiciales respecto del contrato social, sin necesidad de tal declaración, carecerá de operatividad alguna respecto a terceros.

Incluso desde el punto de vista estrictamente registral, en este caso se plantea la paradoja de no poder cumplir lo dispuesto en el artículo 21 del Código de Comercio, según el Proyecto, ya que no se entiende cómo puede abrirse hoja registral a través de una sentencia que declara la nulidad de una sociedad no inscrita.

II.4. ACCIONES

Además de lo ya dicho en cuanto a la imposibilidad de poner en circulación las acciones antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, cabe hacer algunas otras puntualizaciones más.

Frente al artículo 43 de la Ley de Sociedades Anónimas actual, en donde se dispone que los títulos de las acciones expresarán la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil, el artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto, exige que se hagan constar los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. Además se establece, también respecto a los títulos de las acciones, que la suscripción, que es necesaria, de uno o varios administradores, podrá hacerse mediante reproducción mecánica de la firma. En este caso se extenderá acta notarial por la que se acredite la identidad de las firmas reproducidas mecánicamente con las que se estampen en presencia del Notario autorizante. Y este acta deberá ser inscrita en el Registro Mercantil antes de poner en circulación los títulos. Nosotros entendemos que deberá, además, depositarse una copia del acta en el Registro Mercantil.

En cuanto a la sustitución de títulos de las acciones o modificación de las características de las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta se harán públicas a través de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los *Diarios* de mayor circulación de la provincia donde la sociedad tenga su domicilio. En el primer supuesto (sustitución de títulos) la sociedad podrá anularlos cuando no hayan sido presentados para su canje en el plazo publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en el *Diario*, plazo que no podrá ser inferior a un mes. Los títulos anulados serán sustituidos por otros, cuya emisión se anunciará igualmente en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y el *Diario* en el que se hubiera publicado el anuncio del canje.

II.5. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS

La modificación de los Estatutos de la sociedad sigue siendo, de acuerdo con el Proyecto de Ley de reforma, y como lo era antes de él, de inscripción obligatoria. El artículo 21 del Código de Comercio, según el Proyecto, dice: «En la hoja de inscripción de cada sociedad mercantil se inscribirá: '...1. Las escrituras de ... modificación de los Estatutos sociales'.» Y el artículo 84: «*Requisitos de la modificación de Estatutos*: En todo caso, el acuerdo se hará constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil.»

Existen ciertos límites a las modificaciones estatutarias condicionados por plazos en relación con el Registro Mercantil. Así, cuando la modificación consiste en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo, no quedarán sometidos a él durante el plazo de tres meses contados desde la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* del extracto de la inscripción del acuerdo. Y la misma regla se aplicará en los casos de transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, contándose el plazo de tres meses desde la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* de la escritura de transformación. Por otro lado, cuando la modificación consista en el cambio de objeto, los accionistas con derecho de separación podrán ejercitarlo en el plazo de un mes, a contar de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* del extracto de la inscripción del acuerdo. Por fin, el cambio de objeto sólo será efectivo cuando, transcurrido el mes mencionado en el caso anterior, se inscriba en el Registro la declaración de los administradores de que ningún socio ha hecho uso de su derecho de separación o de haberse reembolsado las acciones de quienes ejercieron ese derecho.

Donde sí resulta una cierta novedad es en la publicidad de determinados acuerdos. El artículo 88 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Proyecto de Ley, dispone: «El cambio de denominación, el de domicilio o cualquier modificación del objeto social se anunciarán en dos periódicos de gran circulación en la provincia o provincias respectivas, sin cuya publicidad no podrá inscribirse la modificación en el Registro Mercantil. Una vez inscrito el cambio en el Registro Mercantil se hará constar en los demás Registros por medio de notas marginales.» La novedad consiste en que sin acreditar los anuncios en la prensa, el cambio de denominación, de domicilio o de objeto no podrá inscribirse en el Registro Mercantil y con esto queda superada la doctrina de la Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 1987, que entendió que el incumplimiento de la obligación de dar publicidad a los acuerdos en la

prensa diaria tiene como único significado la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores, no siendo requisito para la validez del acuerdo ni obstáculo para la inscripción. Por nuestro lado, y de acuerdo con la resolución, entendemos que no tiene sentido hacer depender la inscripción de un acuerdo válidamente adoptado de la publicación en la prensa, añadiendo un trámite más y retrasando la publicidad de verdadera trascendencia para los terceros.

II.5.1. *Aumento y reducción de capital*

Tanto el aumento como la reducción de capital dará lugar a dos inscripciones en el Registro Mercantil: la del acuerdo de aumentar o reducir y la de la ejecución de ese acuerdo.

En el aumento de capital, y cuando la ejecución del acuerdo no se realice en la propia Junta, el acuerdo deberá inscribirse en el Registro Mercantil provincial que corresponda, y publicarse en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, salvo si las acciones son nominativas, caso en el que podrá sustituirse esta publicación por una comunicación escrita a cada uno de los accionistas (art. 95.1.º y 2.º LSA, según Proyecto), el Proyecto no alude expresamente a la inscripción en los Registros provinciales, pero entendemos que ésta es necesaria, dado que del proyectado artículo 18 del Código de Comercio se deduce que el Registro Central, del que depende el *Boletín*, recibe los datos necesarios para su funcionamiento de los citados Registros provinciales. Posteriormente deberá inscribirse en el Registro Mercantil la ejecución del aumento de capital y los suscriptores podrán pedir la resolución de la obligación de hacer la aportación y la restitución de las aportaciones efectuadas si transcurridos seis meses desde que se abrió el plazo de suscripción no se hubieran presentado para su inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento de capital.

En la reducción del capital deberá inscribirse en el Registro el acuerdo de reducción, publicándose en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en dos periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio [art. 101, a), LSA]. También en este caso la Ley omite señalar la necesidad de previa inscripción en el Registro Mercantil y sólo se refiere al *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y a los periódicos. Por la misma razón antes expuesta, creemos necesario previamente la inscripción en el Registro Mercantil. Y, después, la inscripción de la ejecución con la efectiva modificación del capital en los Estatutos; que también, aunque no lo señale expresamente la Ley al hablar de reducción de capital, será necesaria, del mismo modo que es necesaria la inscripción de cualquier modificación de los Estatutos.

III.6. TRANSFORMACIÓN

Deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (arts. 21.1 Cl de C. y 140 LSA, según el Proyecto de reforma).

II.7. FUSIÓN

En el concepto de fusión, que se establece en el artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas del Proyecto, se suprime, frente a la redacción anterior, la necesidad de «previo acuerdo de disolución» de la sociedad absorbida o de las sociedades que se fusionan, ya que, como señala BERCOVITZ, el acuerdo de fusión es único, aunque traiga como consecuencia la disolución y traspaso en bloque del patrimonio social.

También en la relación entre la fusión —por absorción o por creación de nueva sociedad— y el Registro Mercantil se deben distinguir dos momentos:

II.7.1. *Inscripción del acuerdo de fusión*

La inscripción de los acuerdos de fusión en los Registros provinciales no está prevista expresamente —tan sólo se prevé en el artículo 144 de la LSA, según el Proyecto, la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en dos periódicos—; pero se deduce con claridad del proyectado artículo 18 del Código de Comercio. El título material está constituido por el acuerdo de fusión adoptado por las Juntas generales con los requisitos del artículo 58 de la Ley; en cuanto al título formal, habrá que estar a la regla general (art. 8 RRM), que exige documento público. En nuestra opinión, el Registrador deberá exigir, además:

1. Presentación del proyecto de fusión con los requisitos del artículo 146, el balance de fusión con el informe que deben emitir los auditores de cuentas, el informe que sobre la fusión han de emitir expertos independientes y el informe de los administradores.

2. Acreditar la convocatoria de la Junta en los términos del artículo 144, *b*), del Proyecto, salvo si es universal.

3. Manifestación de que se pusieron a disposición de los accionistas los documentos que se detallan en el artículo 145, en el plazo y condiciones que este precepto establece. Hay que estar a la manifestación de las partes, ya que, al ser una cuestión de hecho no cabe prueba de la misma en el ámbito del procedimiento registral.

El artículo 145 establece, además, que deberá ponerse a disposición

de los accionistas el proyecto de escritura de fusión, o de modificación de Estatutos de la sociedad absorbente; entendemos que en esta fase no existe una ineludible necesidad de presentar dicho proyecto en el Registro, ya que la escritura, una vez otorgada, será calificada en un momento posterior, pero sí extremadamente conveniente hacerlo, a los efectos de que el Registrador pueda advertir de los posibles defectos de la misma; defectos que de tener carácter insubsanable harían volver a iniciar todo el procedimiento de fusión, con las correspondientes pérdidas de tiempo y trabajo.

Una vez practicada la inscripción del acuerdo se notificará al Registro Central, que procederá a su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Las sociedades por su parte deberán publicarlo en dos periódicos.

II.7.2. *Inscripción de la escritura de fusión*

El título para practicar el asiento será la escritura, que deberá contener los requisitos que enumera el artículo 148, *d*), 3.º y 4.º Además el Registrador deberá:

1. Exigir que se acredite la publicación de los anuncios del acuerdo de fusión, en los que debe hacerse referencia a la facultad de oposición de los acreedores.
2. Verificar el transcurso de un mes desde el último anuncio.
3. En caso de que no haya acreedores que se opongan a la fusión deberá manifestarse así en la escritura.
4. Deberá aportarse incorporado a la escritura el balance final, cerrado el día anterior al otorgamiento de ésta.

En cuanto a la nulidad de la fusión, el artículo 148, *e*), en su párrafo 3 señala la obligación de inscribir en el Registro Mercantil y publicar en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* la sentencia que declare la nulidad.

II.8. ESCISIÓN

El Proyecto no regula de forma sistemática el procedimiento de escisión, limitándose a señalar las diferencias con el procedimiento de fusión. Por tanto, deberán cumplirse las mismas normas en cuanto a la registración que en el proceso de fusión, con la única peculiaridad de que en el informe que sobre el proyecto de escisión deben redactar los administradores de las sociedades que participan en ella. de acuerdo con lo dispuesto para la fusión. se deberá expresar que han sido emitidas.

para cada una de las sociedades beneficiarias, los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la presente Ley, así como indicar el Registro Mercantil en el que este último informe deberá depositarse [artículo 149, c), LSA, según el Proyecto].

III. LA REFORMA DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL REGISTRO MERCANTIL

Ya que la pretensión de esta ponencia es poner de relieve las modificaciones más características que incluye el Proyecto de Ley sobre el Registro Mercantil y especialmente en Derecho de sociedades, en la materia de sociedades de responsabilidad limitada, nos ocuparemos tan sólo del aspecto más relevante respecto al Registro Mercantil: La supresión de la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil de la transmisión y la prenda de las participaciones sociales.

III.1. TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

El artículo 20, en su párrafo último, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, según el Proyecto, dispone: «La transmisión de las participaciones sociales se formalizará en escritura pública.» El artículo 20, en su párrafo último, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vigente, establecía: «La transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil.» Por su parte, el artículo 22 del Proyecto en su párrafo último dice: «La sociedad llevará un libro registro de socios, en el que se inscribirán sus circunstancias personales, las participaciones sociales que cada uno de ellos posea y las variaciones que se produzcan. Cualquier socio podrá consultar este libro registro, que estará bajo el cuidado y responsabilidad de los administradores. El socio tiene derecho a obtener una certificación de sus participaciones en la sociedad, que figuren en el libro registro.»

Tanto la enmienda 450 de Democracia Cristiana como la 223 del CDS proponen la vuelta al sistema de transmisión de participaciones sociales formalizada a través de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Nosotros creemos que es más correcto el sistema inicial de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil por las siguientes causas:

— Las dificultades de la transmisión de las participaciones derivan no del Registro, sino de su propia naturaleza, ya que no pueden incor-

porarse a títulos negociables. Son, como dice URÍA, una especie de «acción no documentada»; no hay incorporación de los derechos de socio a un título material, de manera que no se pueden transmitir aquellos mediante la transmisión de la propiedad de éste.

— Elimina la posibilidad de controlar el número máximo de socios que, al no modificarse por la reforma, continúa establecido en cincuenta, según el artículo 1 de la LSRL.

— Disminuye la seguridad de los terceros, que antes podían adquirir confiados en las declaraciones de titularidad del Registro.

— Dificulta la información de los terceros, ya que el libro registro de socios se puede consultar por cualquier socio, pero nada se dice de los terceros.

Tal vez lo que se pretende con la reforma es eliminar del Registro Mercantil todo parecido a un Registro de bienes, no tomando en consideración que lo que verdaderamente se inscribe es la transferencia de los derechos de socio (art. 4 RRM). En cualquier caso, si lo que se pretendía era agilizar la transmisión de las participaciones sociales, la fórmula mejor habría sido incorporar los derechos de socio a un título valor.

III.2. PRENDA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

El artículo 25.2 de la LSRL, según el Proyecto, dispone: «La constitución de la prenda sobre las participaciones sociales deberá constar en escritura pública, que se anotará en el Registro de socios.»

En el caso de prenda, la falta de inscripción es aún más incomprensible. Se trataría de una prenda sin translación posesoria —ya que la participación no se incorpora a un título— ni inscripción en un Registro público al modo de la inscripción en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento —puesto que el registro de socios nunca puede equipararse a un Registro jurídico—. Mal puede entenderse que esta prenda pueda ser un propio derecho real. Y mal pueden conocer los terceros la existencia de esa carga, a no ser por la manifestación del transmitente, con lo que no sería razonable que al ulterior adquirente que no la conoció pueda perjudicarlo.

IV. LAS REFORMAS EN CUANTO A LA ORGANIZACION DEL REGISTRO MERCANTIL

Para concluir esta ponencia es oportuno el hacer, aunque de forma breve, una reflexión acerca del futuro de los Registros Mercantiles considerados individualmente y considerados en conjunto. Y sobre todo, frente al futuro Reglamento del Registro Mercantil.

En toda reforma que se acometa deberán tomarse en consideración dos aspectos: el jurídico y el técnico.

El aspecto jurídico debe estar siempre encaminado a conseguir la principal finalidad: la seguridad jurídica a través de la publicidad. Es de extraordinaria trascendencia que cualquier reforma técnica que se acometa no pierda de vista este objetivo principal. Lo contrario sería echar por tierra un sistema que se ha ido perfeccionando a lo largo de más de cien años y que se encuentra, sin duda alguna, entre los más destacados de Europa.

En cuanto a las reformas técnicas, sus principales objetivos, a nuestro modo de ver, deberán ser: el mejor asesoramiento, la mayor rapidez y la más eficaz información.

En cuanto al primer aspecto, podría llegar a institucionalizarse lo que ya es corriente en la mayor parte de los Registros Mercantiles: la disposición del Registrador a cualquier consulta previa y el fácil acceso a comentar, ya sea verbalmente o por escrito, su criterio, que han hecho casi innecesario el recurso de reposición. No cabe duda de que esta labor se tiene que intensificar tanto en calidad como en cantidad ante una reforma de la trascendencia de la del presente Proyecto de Ley de reforma de la legislación mercantil. Es muy notorio el interés que actualmente tienen los Registradores Mercantiles en atender las cuestiones que puedan presentarse con motivo de la aplicación de la Ley, para poder lograr que el documento, a la hora de la calificación para su inscripción, no presente ningún inconveniente. A través de ese asesoramiento previo, y aunque eso suponga un trabajo anterior, tal vez pueda conseguirse un ahorro de tiempo y de esfuerzo posterior con un innecesario ir y venir de la documentación.

La mayor rapidez es también una de las cuestiones que principalmente preocupan a los Registradores. La vida mercantil exige, además de seguridad, rapidez. Una de las medidas posibles es aplicar la informática a cada uno de los Registros en particular en aquello que sea factible. Y especialmente en tres puntos: la gestión documental, la contabilidad y los índices. De más interés para el que acude al Registro es la llevanza informatizada de los índices, que permita una

rápida búsqueda de los datos por varias vías diferentes: por el nombre de la sociedad, por el domicilio, por el nombre de cualquier cargo o apoderado, la búsqueda por aproximación (cualquiera de las palabras que configuren el nombre de la sociedad, un solo apellido de las personas que ostentan cargo...), el nombre antiguo de la sociedad en caso de modificación, etc. Ya lleva funcionando casi un año este sistema informatizado de índices en algunos Registros como Madrid, Barcelona o Pamplona y es probable que en breve se extienda a casi todos.

Por fin, la implantación del REMIC ofrece la posibilidad de obtener información rápida y eficaz de cualquier sociedad o comerciante de España, así, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Ley se podrán pedir notas simples al Registro Central en cuanto a inscripciones practicadas a partir de 1985. Y es de esperar que en un futuro próximo pueda conseguirse la intercomunicación entre todos los Registros Mercantiles a través de ordenador y a través de telefax. En cualquier caso debería procurarse que en cada uno de los Registros Mercantiles pueda obtenerse toda la información del Registro Central y a la vez puedan gestionarse todos los trámites relativos a ese Registro Central.

RESUMEN

LA REFORMA DEL REGISTRO MERCANTIL

El Proyecto de reforma de la legislación mercantil de 8 de abril de 1988 traerá, respecto del Registro Mercantil, entre otras, las novedades siguientes:

1.º Amplía el ámbito subjetivo de la publicidad, aumentando las entidades que tienen acceso al Registro y estableciendo la inscripción de las Cajas de Ahorro.

2.º Determina la obligatoriedad de la inscripción de actos inscribibles, salvo disposición en contrario.

3.º Establece que la legalización de los libros de contabilidad de los comerciantes y sociedades se lleve a cabo en el Registro Mercantil.

4.º Admite la posibilidad de obtener certificaciones y notas simples del Registro por correo.

5.º Señala como obligación de las sociedades y empresarios el hacer constar en su documentación y correspondencia y como datos identificadores los de inscripción en el Registro.

6.º Crea el Registro Central y el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, con la particularidad de que el momento en que los actos ins-

critos comienzan a surtir efectos respecto de terceros es el de la publicación en el mencionado *Boletín*. La implantación de este sistema ha sido objeto de numerosas críticas.

7.º Obliga al depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de las sociedades y de las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades.

JUAN JIMÉNEZ DE LA PEÑA
Registrador de la Propiedad
y Mercantil

Las formas de garantía real en Roma

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. LAS GARANTÍAS PERSONALES: 2.1. SU EVOLUCIÓN HACIA LAS GARANTÍAS REALES.—3. FORMAS DE GARANTÍA REAL.—4. LA FIDUCIA *CUM CREDITORE CONTRACTA*: 4.1. LA *USURECEPTIO*. 4.2. EFICACIA.—5. LA PRENDA MANUAL O PRENDA POSESORIA: 5.1. PACTOS MÁS USUALES.—6. EL *PIGNUS CONVENTUM* O *HYPOTHECA*: 6.1. ORIGEN: LOS MANCEPS Y LOS REDEMPTORES. LOS *INVECTA ET ILLATA*. 6.2. CLASES DE HIPOTECAS; LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS. 6.3. EL *IUS OFFERENDI*. 6.4. TUTELA DEL DERECHO DE HIPOTECA.—7. CONCLUSION.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La idea de crédito es inseparable de la de contrato u obligación. Resulta difícil imaginar un estado social y económico tan rudimentario en que las dos prestaciones derivadas del contrato, equivalentes la una de la otra, se realicen simultáneamente. Las palabras mismas de acreedor y deudor evidencian la existencia de un crédito hecho por una a la otra, sin olvidar que ambas partes juegan simultáneamente el papel de acreedor y de deudor. El que realiza su prestación lo hace porque tiene confianza en la capacidad y en la solvencia de la otra parte. Cuando falta esa confianza se acude a las garantías. Cabe exigir una garantía personal haciendo intervenir a un tercero para responder de la solvencia del deudor y obligándole a pagar en su defecto o una garantía real cuando el deudor o un tercero afectan a la liberación de la deuda, una cosa, sobre cuyo precio el acreedor está seguro de ser pagado frente a todos.

La seguridad real que garantiza al acreedor contra el riesgo de insolvencia del deudor, destruye en cierta medida la noción de crédito. Quien dice crédito dice confianza; confianza mezclada con cierta dosis de incertidumbre. En la garantía real, por el contrario, hay desconfianza

de una parte y de otra seguridad absoluta para el acreedor de ser pagado con la cosa dada en garantía.

Sorprende pensar que la hipoteca, la forma más refinada de garantía patrimonial conocida, fuera un instrumento jurídico utilizado en Grecia y sólo lo fuera tardíamente en Roma, resultando difícil de explicar por qué los romanos, que elaboraron un sistema de Derecho tan perfecto, asombro de propios y extraños, no la utilizaran más que tardíamente, mientras que los griegos, que no destacaron en el mundo por sus creaciones jurídicas, la utilizaran desde los primeros momentos de su historia.

El Derecho griego no fue desconocido por los jurista de Roma, pero ello no quiere decir que siguieran miméticamente sus instituciones, antes al contrario, el Derecho romano fue un Derecho nacional que en original síntesis de normas, reglas e instituciones y presidido por la idea una y suprema de «lo jurídico», como dice IGLESIAS (1), supo adaptarse a las necesidades de la sociedad a la que se aplicó.

Grecia se encontraba en la ruta de los grandes tráficos comerciales de aquellos momentos, debiendo constituir su geografía el terreno idóneo para el desenvolvimiento de esta institución. La nobleza helena, con residencia en Atenas, controlaba el comercio marítimo y concentraba en sus manos un poderío económico fantástico. Se dice por los estudiosos que los campos del Atica estaban llenos de cipos o lápidas hipotecarias que publicaban el nombre de los acreedores y la cuantía de sus créditos. Los terrenos libres de lápidas habían pasado a ser propiedad de los acreedores.

Sería interesante conocer la diversa estructura de ambas sociedades, griega y romana, para encontrar las causas de tan diferente desarrollo, pero me temo que este estudio no sería fácil de hacer y acaso no nos llevara muy lejos. No obstante, conviene recordar que la sociedad helena estaba estructurada políticamente en torno a las ciudades-Estado, cuyos ideales había sido incapaz de superar, mientras Roma conoció un sistema político de Estado fuertemente centralizado, representativo en todo momento de orden, claridad, unidad, disciplina y autoridad. Como ha señalado IHERING (2), la importancia y misión de Roma en la historia se resume en que representó el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades.

Por otro lado, las instituciones jurídicas no viven aisladas sino dentro de un sistema en el que conviven, estructurado éste alrededor de unos

(1) IGLESIAS, J.: *Roma. Claves históricas*, Univ. Complutense de Madrid, 1985, página 43.

(2) VON IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*, Revista de Occidente Argentino, Buenos Aires, 1947.

principios básicos por lo que estudiar por separado una institución y tratar de especular sobre su desarrollo, no aclara gran cosa.

A pesar de todo, pensamos que es útil y conveniente repasar la historia de las formas de garantía en Roma para destacar los puntos históricos culminantes de su evolución, rindiendo de esta manera un modesto tributo de admiración al pueblo romano que supo articular un ordenamiento jurídico tan armónico que ha permitido a las sociedades modernas inspiradas en su Derecho el desarrollo tan asombroso alcanzado. En el fondo y en la forma —dice IHERING—, todas las legislaciones modernas se basan en el Derecho romano que ha llegado a ser para el mundo moderno como el cristianismo, como la literatura y las artes griegas y romanas, un elemento de civilización cuya influencia no se limita a las instituciones que le hemos pedido, sino que nuestro pensamiento jurídico, nuestro método y nuestra forma de intuición son romanos, si es que se puede llamar romana a una cosa y verdad universal que los romanos han tenido el mérito de desarrollar hasta su último grado de perfección.

En este recorrido que iniciamos, forzosamente tenemos que ir de la mano de los romanistas que con su habitual celo y erudición han cultivado su parcela jurídica, reconociendo de antemano, con DE CASTRO (3), lo escaso y poco explícito de los textos utilizables que han impedido aclarar por completo muchos puntos de estas figuras jurídicas.

2. LAS GARANTIAS PERSONALES

El romanista francés ALFRED JOURDAN (4), Profesor de la Facultad de Derecho de Aix, nos ha dejado un testimonio muy lucido de lo que ocurrió en los primeros tiempos de Roma. Cuenta este ilustre profesor que el jurista SEXTO POMPONIO decía «plus est cautionis in re quam in persona». Un siglo antes MARCIAL dirigía amargos reproches a su amigo THELESINUS, que se negaba a prestarle dinero si no era con la garantía de una buena hipoteca. Pero los antiguos romanos veían la cosa de otro modo. Para ellos la garantía personal de una o de varias personas era preferible a la garantía real. CATÓN nos ha dejado toda una serie de formularios de contratos en los cuales los arrendatarios daban al propietario una hipoteca hasta haber encontrado fiador. La garantía real tenía el carácter de provisional hasta que se encontraba una garantía

(3) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, INEJ, 1971, págs. 380 y sigs.

(4) *L'hypothèque*, París, Marescq Ainé, Libraire, 1876.

personal. ¿Cómo explicar esta preferencia? Hay en la intervención de los fiadores algo más que una seguridad material, que una garantía de la solvencia del deudor; hay un testimonio de honradez y de moralidad.

¿Quiénes eran los fiadores? No eran los primeros venidos, sino los amigos y los familiares más próximos. Había una preocupación en las antiguas leyes romanas para asegurar la existencia de varios fiadores en cada obligación.

En los primeros tiempos, en Roma, antes de que los conquistadores hubieran hecho llegar riquezas exteriores, el pueblo romano era un pueblo de pastores y de artesanos. Había un puñado de familia ricas, cuya relativa opulencia tenía su origen en la explotación de tierras de dominio público. ¿A quién podían prestar dinero los ricos en una sociedad así? ¿Al labrador arruinado por la guerra o al artesano empobrecido por la falta de clientes? El crédito trataba, simplemente, de impedir que la pobre gente se muriera de hambre. Se trataba, pues, de préstamos de consumo. Puede que existiera cierta competencia entre los prestamistas, pero no entre los prestatarios.

En esta situación los prestamistas no reclamaban más que seguridades personales, sea porque entendieran que en cierta medida prestaban un servicio o sea porque no buscaban más que su propio interés. ¿De qué servía al capitalista una hipoteca sobre un pobre utillaje artesanal o sobre un campo saqueado por la guerra que costaba mucho poner en producción mientras existían a su disposición grandes extensiones de terreno de dominio público? La tierra abundaba en aquellos momentos; lo que escaseaba eran el capital y los útiles de trabajo.

La fianza garantizaba a los acreedores que los *sponsors* interesados en el pago de la deuda ejercerían sobre el deudor una especial vigilancia, facilitada por sus relaciones de parentesco o de amistad. Podía ocurrir que el deudor no triunfara en la actividad emprendida, pero su insolvencia no sería nunca consecuencia del fraude. Los fiadores podían en todo caso abandonar el deudor al acreedor que tenía derecho de mostrarse con él de forma inmisericorde, o bien, si habían pagado ellos mismos, podrían ejercitar contra el deudor la *actio depensi* que les concedía la Ley Publicia.

No sólo la fianza era la forma preferida de garantía, sino que, además, se había generalizado de tal modo que no se concluía ningún contrato sin *sponsors*. No se acudía a ninguna cita para un asunto cualquiera sin llevar testigos y fiadores. Resultaba más elegante en Roma cerrar un trato con *sponsors* que con dinero en mano (5).

(5) Según datos del *Boletín Estadístico del Banco de España*, capítulo II, cuadro 13; capítulo III, cuadro 15, y capítulo VI, cuadro 8, los créditos al sector

El Derecho romano, tan riguroso con los deudores, se mostró benévolo con los fiadores, y concedió, a los que habían sido perseguidos por el todo, el poderse dirigir contra los cofiadores. Más tarde estableció la división de pleno derecho, de forma que la insolvencia de alguno corriera a cargo del acreedor. El heredero del *sponsor* quedaba liberado a los dos años y se impusieron penas a los acreedores que exigían a los *sponsors* más dinero del debido.

¿Por qué razón existía este trato? Tal vez fuera porque los acreedores se fueran poco a poco alejando de las garantías personales y empezaran a exigir garantías reales.

En Roma, en el periodo clásico, como hemos visto, la forma principal de crédito era el crédito personal puro, con fiadores y no el crédito real. La *fides* romana, el afán de exactitud, la honradez y la seriedad en los negocios fueron los pilares en que se apoyaba esta forma de crédito

privado concedidos por la Banca privada, las Cajas de Ahorro y el crédito oficial ascendieron, en miles de millones de pesetas y referidos a saldos vivos, a las siguientes magnitudes:

	<i>Crédito al sector privado</i>	<i>De él con garantía real</i>
<i>Banca privada:</i>		
A 31 de diciembre de 1985	6.329,6	394,9
A 31 de diciembre de 1986	6.905,5	531,5
A 31 de diciembre de 1987	7.991,9	778,1
<i>Cajas de Ahorro:</i>		
A 31 de diciembre de 1985	3.281,0	1.809,0
A 31 de diciembre de 1986	3.885,3	2.095,6
A 31 de diciembre de 1987 . . .	4.930,8	2.572,7
<i>Crédito oficial:</i>		
A 31 de diciembre de 1985	1.921,3	—
A 31 de diciembre de 1986	2.093,4	—
A 31 de diciembre de 1987	2.295,2	—

Los créditos con garantía personal pueden obtenerse por diferencia entre el total y los créditos con garantía real. En el caso del crédito oficial no se publican por el Banco de España estos datos. En otras palabras, el crédito real de la Banca privada crece en un porcentaje del 6,22 por 100 en 1985, el 7,69 por 100 en 1986 y el 9,73 por 100 en 1987. En las Cajas de Ahorro este porcentaje, que es mucho mayor, va disminuyendo y ha pasado del 55,13 por 100 en 1985, al 53,92 por 100 en 1986 y el 52,17 por 100 en 1987. Redondeando podemos decir que el dinero con garantía real dado por la Banca privada y las Cajas de Ahorro ronda el 10 por 100 y el 50 por 100, respectivamente, del total concedido.

Según datos del *Anuario de la Dirección General de los Registros de España*, se autorizaron en 1986, 179.031 escrituras de préstamo y reconocimiento de deuda simples, pignorativas o hipotecarias.

dito. En esta época estaba todavía vigente la ejecución en la persona del deudor, seguridad que era suficiente a los acreedores, a diferencia de lo que ocurre en los tiempos modernos. Cuando el pretor exigía una garantía, esta exigencia no suponía que hubiese de constituirse una garantía real. La *cautio* era una promesa hecha mediante *sponsio* (6), con fiadores, y la garantía real no era considerada sustitutivo bastante de la fianza. Por otro lado, los capitalistas que descaban invertir su dinero preferían comprar tierras a prestar con hipoteca a sus propietarios. SCHULTZ (7) nos habla de PLINIO EL JOVEN, típico capitalista de la época de TRAJANO, que tenía un gran patrimonio, constituido en su mayor parte por tierras cultivadas por colonos y en menor cantidad por dinero colocado a interés en créditos personales. El dinero no se situaba en empresas industriales o comerciales, que no existían, sino en la adquisición de tierras y en créditos personales.

3. FORMAS DE GARANTIA REAL

El crédito real se desarrolló, lenta e imperfectamente en la vida económica romana, y la historia del Derecho romano referente a la garantía real ofrece estas mismas características de deficiencia y lentitud. Se preguntaba SCHULTZ si la vida económica había dificultado el desenvolvimiento del Derecho o si había sido al revés, es decir, el escaso desenvolvimiento del Derecho había perjudicado el crecimiento del crédito real, contestando que tal vez el Derecho y la Economía se habían influenciado recíprocamente. Lo cierto es que el Derecho republicano de garantías reales es pobre y solamente es utilizado por gentes acostumbradas a operar con créditos personales. El Derecho clásico conoció, pues, una propiedad libre, exenta de gravámenes, idea entrañable a las mentes romanas, que necesariamente llevó a la ruina a muchos pequeños propietarios que se vieron obligados a vender sus fincas, contribuyendo así a la formación de latifundios.

El Derecho romano antiguo desconoció el instituto prendario. La necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones se satisfizo primero con la fiducia *cum creditore*, o sea, con la transmisión de la propiedad de la cosa al acreedor en funciones de garantía. Más tarde surgió una nueva forma de garantía real, el *pignus* que se presentó

(6) La *sponsio* era una forma de *stipulatio* con fines de garantía, y el término *sponsor* sólo se empleaba para designar al fiador. En un principio fue una modalidad del juramento similar al *votum*, sin más sanción que la sacral y que servía también para promesas de tipo internacional. D'ORS, A: *Derecho privado romano*. EUN. 1968, pág. 397.

(7) SCHULTZ, F.: *Derecho romano clásico*. Bosch. 1960.

como modificación de la fiducia. En vez de transmitir la propiedad se transmitía la posesión de la cosa dada en garantía. En un tercer momento y para salvar los inconvenientes que para el deudor suponía verse privado de la posesión de la cosa, surgió la prenda convencional, en la que la cosa dada en garantía quedaba afecta a la seguridad de cumplimiento de la obligación sin necesidad de entrega posesoria alguna. Veamos por separado cada una de estas figuras.

4. LA FIDUCIA «CUM CREDITORE»

La idea de garantía patrimonial de las obligaciones se abrió paso en Roma, como decimos, con dificultad. La sujeción de la persona del deudor a la potestad del acreedor era lo suficientemente enérgica como para asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Esta sujeción o *addictio* del deudor al acreedor se resolvía con la venta del mismo al otro lado del Tíber o con el descuartizamiento de su cuerpo en la forma ejecutiva concursal conocida. La garantía patrimonial debió venir actuada por un negocio jurídico indirecto, la «*fiducia cum creditore*», del Derecho civil. La *mancipatio* y la *in iure cessio fiduciae causa*, como procedimientos formales en la fiducia, producían la transmisión de la titularidad dominical que pasaba del deudor al acreedor de forma plena y definitiva, resultando protegido, desde ese momento, por *actiones in rem* (*reivindicatio* y *negatoria*). Antes de que el mancipante dispusiese de una *actio* directa contra el *accipiens* que usara de la posición jurídica conferida más allá de la finalidad propuesta, existía un medio de limitar su abuso: la *fides*, fenómeno ético-religioso, cuya raíz estaba en la confianza que el fiduciante depositaba en la palabra empeñada por el adquirente de obrar conforme al fin propuesto. A la *mancipatio* se agregaba el *pactum fiduciae*, que era un vínculo obligatorio para el acreedor, que le constreñía a hacer la *remancipatio* en cuanto pagase el deudor. Si no restituía la cosa a quien la había dado en fiducia, por regla general, el deudor, éste podía demandar al acreedor con una acción especial, llamada *actio fiduciae*.

4.1. LA «USURECEPTIO»

Como correctivo de tanto rigor formal surgió la *usureceptio*, que permitía al deudor recuperar la cosa (independientemente de la retrocesión o de la *remancipatio* y de que no estuviese extinguida la deuda) con la posesión de un año, pues en tal caso se consideraba que faltaba una justa causa para la usucapión. Si el deudor recuperaba la posesión

de la cosa dada en fiducia, bien porque el acreedor no la exigía al tiempo de celebrar la *mancipatio*, o bien porque habiéndola tenido la perdía a favor del deudor, éste, al cabo de un año, devenía propietario en virtud de una *usucapio* especial o privilegiada llamada *usureceptio*. Si el deudor detentaba la cosa como arrendatario o precarista, la *usureceptio* no comenzaba hasta no haber pagado la deuda. Si se apoderaba de la cosa dada en prenda al acreedor, cometía un robo, ya que este último había puesto en la detención material toda su seguridad, mientras que en la fiducia no se producía tal situación al tener la posesión una importancia secundaria, siendo lo principal la adquisición de la propiedad. El plazo de un año era común para los bienes muebles como para los inmuebles.

4.2. EFICACIA

Si el deudor no cumplía la obligación, no se producía el decomiso de forma automática y continuaba el acreedor siendo un mero depositario, con obligación de conservar la cosa a disposición del deudor. El formalismo de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* producían inevitablemente esta consecuencia. El decomiso se producía por virtud de una cláusula especial del *pactum fiduciae*, llamada *lex commissoria* (*lex*: convenio, contrato; *committitur* fiducia: la fiducia es decomisada). En virtud de esta cláusula, el acreedor se convertía en dueño de la cosa, aunque el valor de la misma excediese del montante de la deuda asegurada, de modo que se producía un enriquecimiento injusto en cuanto a dicho exceso o sobrante (*hyperocha*), toda vez que el acreedor adquiría la propiedad de la cosa en función de pago.

La fiducia, como ya se ha dicho, sólo podía efectuarse por *mancipatio* o por *in iure cessio*; la *mancipatio* (no la *in iure cessio*) sólo podía aplicarse a la *res Mancipi*. El deudor podía transmitir el dominio de una *res nec Mancipi* por *traditio fiduciae causa*. Pero la *actio fiduciae* se aplicaba sólo a la *mancipatio* y a la *in iure cessio* y es por esto por lo que no encontramos una *traditio fiduciae causa*. Si el deudor había transferido el dominio por *traditio* al acreedor, éste solía prometer por estipulación restituir el objeto al deudor cuando fuera pagada la deuda. La *actio ex stipulatu* sustituía a la *actio fiduciae*, aunque no era tan eficaz como esta última, que llevaba aparejada la infamia.

La desproporción entre el fin perseguido y el medio utilizado, propio, por lo demás, de todos los negocios fiduciarios, es revelador de una economía escasamente influenciada del recurso al crédito. La fiducia ofrecía graves inconvenientes para el deudor al tiempo que otorgaba al acreedor ventajas exageradas. Así, el acreedor, al convertirse en pro-

pietario de la cosa, podía disponer de ella pasando la propiedad al tercero, aunque éste conociese el carácter fiduciario de la titularidad del transmitente.

El fiduciario era propietario y transmitía la propiedad. Además, el deudor quedaba privado del uso y disfrute de su cosa. Para paliar este inconveniente era usual que el deudor retuviese la posesión a título de arrendatario, precarista, depositario o comodatario (*constitum possessorium*). Pero en el caso del precario, al ser éste revocable, el deudor carecía de recursos para retener la cosa. Con ello conseguía conservar la cosa, pero no se libraba de los otros inconvenientes. El mal de todo ello radicaba en haber transmitido la propiedad al acreedor, que le servía para proteger la cosa de embargos de otros acreedores y de la constitución en su perjuicio, de nuevos derechos reales. Tenía a su alcance un derecho de persecución y de preferencia sancionados por la más enérgica de las acciones reales, la acción reivindicatoria. El deudor era el que resultaba perjudicado. Al transmitir la cosa, de un valor, acaso, superior a la deuda, agotaba de un golpe toda su capacidad de garantía.

Además, la fiducia daba lugar a otros inconvenientes. Como era un acto del *ius civile*, efectuado por la *mancipatio* o la *in iure cessio*, no era adaptable a la *traditio* (modo natural) y sólo podía ser utilizada por los ciudadanos romanos con *commercium* y con capacidad procesal.

La doctrina reconoce que la fiducia había venido practicándose durante todo el período clásico, aunque no pueda decirse si existió en la época de las XII Tablas; fue desapareciendo a medida que se fueron abandonando las formas primitivas de la *mancipatio* y la *iure cessio* y fue sustituida por las formas más modernas de la prenda y la hipoteca, las cuales, sin la injustificada dureza que para el deudor significaba la fiducia, garantizaban cumplidamente al acreedor. Esta tendencia se completó con la prohibición de la *lex commissoria*.

Este proceso favorable al deudor se gestó, según apunta DE CASTRO (8), gracias a la obra de los magistrados. Si originariamente la fiducia se separaba en dos negocios distintos, después esta separación se fue diluyendo hasta convertirse en un simple formalismo. Así se fue reduciendo la importancia de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* hasta convertirse en actos formales del cumplimiento del *pactum fiduciae*, que, por otro lado, aumentó su importancia.

Además, insinúa este profesor, resultaba dudoso que el fiduciario adquiriera el dominio pleno y definitivo de la cosa, ya que los textos romanos contienen datos difícilmente conciliables. No sólo los frutos no se consideraban sin más propios del fiduciario, sino que además el

(8) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 391.

acreedor no podía vender los objetos confiados, si no se le autorizaba expresamente para ello. El fiduciario adquiría una propiedad limitada, un derecho menor al de dominio, atenuándose la afección real de la *mancipatio* y abriéndose camino la idea de que el fiduciario tenía una propiedad limitada por el fin, atribuyéndose al fiduciante ciertos poderes propios del contenido de la propiedad, como el *ius vendendi*.

La fiducia, que estaba muy en consonancia con la aversión sentida por los romanos a los *iure in re aliena*, estaba unida, en Roma, según DE CASTRO, a la valoración dada a la *fides*, a la condena social que suponía su ruptura y al estigma penal de la infamia. Quien recibía en fiducia *fidem praestare debet* y su infidelidad llevaba consigo la condena por ignominia con sus gravísimas consecuencias.

Podemos afirmar, finalmente, con JORDANO BAREA (9), que la fiducia vino a suplir las deficiencias de un ordenamiento rígido, formalista e incompleto, que atendía toscamente, a través de una transmisión de propiedad, las mismas necesidades que luego satisficieron la prenda, la hipoteca, el mandato, el depósito y el comodato (negocio *fiduciae causa* originario, fiducia necesaria). Pero, con el nacimiento de nuevas categorías jurídicas, la fiducia se alejó de su primitiva función supletoria para vivir a impulsos de la inercia jurídica: los romanos continuaron utilizando el negocio fiducia causa para alcanzar otras finalidades específicas que exigían el traspaso de la propiedad y que no podían alcanzarse a través de los esquemas negociales típicos (negocio *fiduciae causa* residual, fiducia voluntaria). En la dogmática moderna, continúa diciendo este profesor, la tradicional y tantas veces repetida identificación del *scopum fiduciae* con el mandato de un lado (fiducia *cum amico*) y con la prenda de otro (fiducia *cum creditore*) deriva de no haber reparado suficientemente en esa distinción de las dos etapas de la fiducia, atendiendo más bien al período originario y dejándose llevar por él, pero sin las interpolaciones constatadas. De este modo se explica que erróneamente se haya fijado como característica del negocio fiduciario la desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin perseguido diciendo que se emplea la transmisión de propiedad para un fin de garantía o de gestión que no la requiere. Por el contrario, la distinción entre la llamada fiducia necesaria y la voluntaria, pone de relieve que esta última es la que tiene verdadero interés para el Derecho moderno. en el que la fiducia se practica al margen y coexistiendo con los negocios típicos de garantía y de gestión, constituyendo el soporte que ha permitido construir a los pandectistas alemanes el maravilloso y a veces impenetrable mundo de los negocios fiduciarios.

(9) JORDANO BAREA. I. B.: *Origen y vicisitud de la fiducia romana*. Coimbra Ed. Lda., 1948. págs. 38 y sigs.

5. LA PRENDA MANUAL O PRENDA POSESORIA

Otra forma de garantía real, desconocida en el Derecho romano antiguo, era la denominada *pignus possessorio* o *prenda manual* o *posesoria*. La etimología de esta palabra es oscura y discutida, pero posiblemente no puede significar otra cosa que «garantía». El término se creó para designar las cosas aprehendidas por un magistrado en ejecución de sus propias órdenes (*pignoris capio*); las cosas aprehendidas por efecto de la antigua *legis actio per pignoris capionem* y aquellas otras incautadas por los publicanos (*pignoris capio*). En el Derecho clásico, el término *pignus* comprendía dos formas diferentes de garantía real: la prenda y la hipoteca. La prenda era ya conocida en los viejos tiempos republicanos y es probablemente más antigua que la fiducia; la *hypotheca* se desarrolló lenta y gradualmente a partir de los últimos tiempos de la República. Ambas formas fueron creación del Derecho pretorio.

La prenda manual o posesoria era una forma de garantía real creada por un negocio no formal que confería al acreedor la mera posesión de la cosa (no el dominio), con lo que desapareció para el deudor el peligro enajenatorio de la fiducia. El acreedor no estaba protegido por la acción reivindicatoria, acción real, que podía ejercitarse en todo momento y contra cualquier persona, sino que como simple poseedor sólo disponía de los interdictos posesorios, más frágiles y limitados y que tenían que ejercitarse dentro de ciertos plazos y contra ciertas personas. La *actio in rem (actio quasi serviana)* le fue concedida sólo más tarde, probablemente por el edicto de ADRIANO. Por eso sólo después del siglo II d. C. el derecho de prenda pudo caracterizarse como un *ius in rem alienam «iure pretorio»*. El convenio por cuya virtud se constituía una prenda implicaba uno de los contratos llamados «reales», de los cuales derivaban *actiones in personam*.

El objeto entregado en garantía y la misma garantía se llaman *pignus*: quien la constituía, ya fuera el mismo deudor ya una tercera persona. pignorante y quien la recibía, acreedor pignoraticio. El acreedor tenía la posesión pretoria y el pignorante cometía un *furtum possessionis* si sustraía la prenda. El pignorante, por un lado, retenía la posesión civil que le permitía consumir la usucapión, en tanto otra persona no tomaba posesión de la cosa. Pero el acreedor pignoraticio adquiría también un derecho de garantía similar a un derecho real. Lo que se daba en la *detio pignoris* era precisamente la garantía y no la cosa misma en propiedad; en este sentido puede hablarse de un «préstamo de garantía».

Como la prenda debía ser restituida, sólo podían pignorar las

cosas específicas, aunque cuando se pignoraba un patrimonio entero la prenda se extendía también a los géneros en él contenidos. Podían pignorarse no sólo los inmuebles, sino también los muebles; respecto a éstos, el acreedor pignoraticio respondía por custodia como el comodatario. Por toda clase de impensas el acreedor disponía de la *actio negotiorum gestorum*, y a causa de los perjuicios causados por el pignorante de la *actio dolo*, y en caso de haberse pignorado dolosamente una cosa ajena, o ya pignorada, del crimen *stellionatus*.

Como modo de garantía, la prenda presuponia la existencia de una deuda que se garantizaba, la cual podía ser incluso natural o similar. En tanto la deuda no se cumplía o extinguía de otro modo, el acreedor pignoraticio podía oponer una *exceptio* a la acción del pignorante; tan pronto la obligación se extinguía, la retención posesoria perdía su causa y procedía la acción de repetición.

La prenda era indivisible, en el sentido de que la extinción parcial de la deuda no producía la extinción parcial del derecho de prenda. En un rescripto del Emperador Gordiano III se facultaba al acreedor posesorio para retener la prenda cuando, a pesar de haberse extinguido la obligación garantizada, el mismo deudor seguía debiendo algo al acreedor. Aunque se hablara de prenda (*pignus gordianum*), esta prórroga posesoria era una simple retención, de modo que el acreedor en ningún caso podía satisfacerse con la cosa retenida de créditos no garantizados por aquélla.

El derecho del acreedor posesorio se extinguía por la total extinción de su crédito (o la venta de la prenda para satisfacer al acreedor); también por la desaparición de la cosa pignorada. La restitución voluntaria de la posesión al pignorante también extinguía la garantía. Por último, como no podía existir un *pignus* sobre cosa propia, la confusión de titularidades entre el propietario pignorante y el acreedor posesorio producía la extinción del derecho del mismo modo como ocurría con los otros derechos reales sobre cosa ajena y con las mismas deudas que la prenda garantizaba.

5 1. PACTOS MÁS USUALES

La garantía que ofrecía el *pignus* era sólo, en principio, de carácter coactivo: el acreedor, al retener la posesión de la cosa, privaba de la misma al pignorante y le forzaba así a cumplir o hacer cumplir la obligación para recuperar la posesión de la cosa de la que se veía privado. Pero el pignorante podía autorizar al acreedor para aprovecharse de la

prenda que éste retenía. Según ALVARO D'ORS (10), estos pactos eran los siguientes:

- a) Corrientemente le autorizaba a vender la prenda, cobrarse con el precio y restituir tan sólo la cantidad sobrante (*superfluum*) mediante este pacto de *vendendo*, el acreedor a quien no se le pagaba en el día debido, podía proceder a la venta y satisfacer su crédito, y el pignorante conservaba la acción pignoraticia para reclamar el sobrante del precio obtenido. Este *ius vendendi* se hizo tan frecuente que la jurisprudencia de finales del II d. C. llegó a considerarlo como elemento natural de la prenda que no hacía falta pactar expresamente.

Una sola vez probablemente en un glosema se llama a este sobrante *hyperocha*; la difusión de este término griego en la romanística moderna es del todo caprichosa.

Aunque el acreedor vendía sin ser propietario, podía hacerlo válidamente por la autorización del pignorante, pero la venta solía hacerse sin asumir la responsabilidad por evicción (venta *iure pignoris*), ya que aquí el vendedor no podía tener seguridad acerca de la propiedad del pignorante; en todo caso el vendedor no podía hacer mancipación ni *in iure cessio* y, en consecuencia, el comprador sólo podía adquirir la propiedad bonitaria, de la *res mancipi*. Por su parte, el deudor podía vender la misma prenda, pero, para entregarla, debería pagar antes al acreedor o darle otra garantía suficiente.

- b) Podía también pactarse la renuncia del pignorante a reclamar los frutos producidos por la cosa durante el tiempo de su retención (las fuentes aluden a rentas de arrendamientos, el uso y el trabajo de esclavos y animales), a cambio de renunciar el acreedor al cobro de los intereses de la deuda; este era el pacto llamado de *antichersis*. De no pactarse así, el valor de los frutos debía imputarse a los intereses y si excedían de la cuantía de éstos se imputaba a la deuda del capital y si excedía se convertía en superfluo.
- c) Otro pacto posible era aquel por el que se convenía que el pignorante renunciaba a reclamar la devolución de la cosa, que quedaba en propiedad del acreedor como vendida por el valor de la deuda, pero con posibilidad para el pignorante de comprar de nuevo la prenda por aquel mismo precio (*lex commissoria*). En este caso no había verdadera prenda, sino venta en función de garantía y con pacto de recuperación por el pago

(10) D'ORS, A., *op. cit.*, págs. 387 y sigs.

de la deuda (*pactum de retroemendo*). De hecho, esta modalidad servía para encubrir intereses ilegales y por eso el Emperador Constantino prohibió la utilización de *lex commissoria* con este fin.

6. EL «PIGNUS CONVENTUM» O «HYPOTHECA»

Aparece la hipoteca, en Roma, en el último estadio de la evolución de las formas de garantía patrimonial y como una combinación perfeccionada de las dos instituciones anteriores. Su función económica consistía en respetar la relación de producción del propietario con la cosa, reservando el acreedor los beneficios de esta relación a través de la percepción, total o parcial, de los rendimientos, como observa SILVIO GENTILE (11).

Dada la insuficiencia de la garantía genérica que tenían los acreedores sobre los bienes presentes y futuros del deudor, se empezó a sentir por aquéllos la necesidad de una garantía específica que les confiriera un derecho de preferencia y un derecho de persecución de la cosa frente a los terceros poseedores. Los romanos se habían mantenido fieles a la noción de obligación como vínculo jurídico o lazo personal que no otorgaba al acreedor ninguna potestad directa o inmediata sobre el patrimonio del deudor, sino sólo el derecho de ejercer sobre su persona cierta violencia física para forzar al cumplimiento de la obligación.

A diferencia de la prenda manual, que comportaba la transmisión de la posesión de la cosa al acreedor, la hipoteca dejaba al deudor tanto la propiedad como la posesión y la misma disponibilidad jurídica del bien, resolviéndose la garantía del acreedor en el derecho de persecución y en el derecho de preferencia. Por otro lado, al no producirse desplazamiento posesorio antes del vencimiento, la hipoteca no agotaba de un golpe el crédito de la cosa. Esta podía ser objeto de nuevas garantías a favor de otros acreedores, cuyos derechos respectivos se escalonaban cronológicamente. Reunía, pues, la hipoteca con ciertas mejoras complementarias, las ventajas de las otras dos formas de seguridad real.

En ambos casos había un acuerdo de voluntades sobre la sujeción

(11) SILVIO GENTILE, F.: *Le ipoteche*, Jandi Sapi Editori, 1961. pág. 6.

de la cosa al pago de la deuda, pero así como al constituirse la hipoteca bastaba la *conventio* aislada, en la prenda era necesario, además, la entrega de la cosa al acreedor, requisito este que se destacaba oscureciendo el acuerdo de voluntades.

Esta diferente manera de constituirse hizo que a la prenda se la denominara prenda manual o posesoria y a la hipoteca prenda convencional o prenda de posesión diferida. Diferencia importante que obligaba a catalogar a la prenda entre los contratos reales y a la hipoteca entre los consensuales.

6.1. ORÍGENES. LOS «MANCEPS» Y LOS «REDEMPTORES». LAS «INVECTA ET ILLATA»

La teoría del origen griego de la hipoteca, basada principalmente en el vocablo griego *hypotheca*, está abandonada, y hoy la opinión dominante es que el desenvolvimiento de la hipoteca romana es típicamente romano. Se formó, dice P. JÖRS (12), sola en Roma, sin ninguna influencia externa y no como una figura independiente, sino como vástago de la prenda posesoria, lo que explica que en las fuentes no se halle una distinción clara entre una y otra clase de prenda, incluso en las compilaciones justinianas aparecían a veces comprendidas bajo la denominación común de *pignus*. Los romanos no trataron estas figuras como instituciones radicalmente distintas. Es a partir de la época post-clásica cuando se observa una predilección por el nombre griego, aunque a veces se utilizaba para referirse a ambas clases de prenda. En este mismo sentido, GIRARD (13) dice que las circunstancias históricas en las que nació atestiguan que la hipoteca era sólo un *remaniement du gage*.

Concurrió a la ruptura del esquema tradicional, como precisa SILVIO GENTILE (14), la evolución de una institución del Derecho público. Los *manceps* y los *redemptores*, es decir, los deudores del Estado. Estos deudores estaban obligados a dar garantías personales y reales de sus obligaciones (*praedes et praedia*). Los fiadores, antes de la Ley *Poetelia*, estaban en la misma situación que los deudores y sujetos, por tanto, a la ejecución con su propio cuerpo. Después de dicha Ley, los *praedes* estaban obligados a garantizar las obligaciones con sus bienes. A éstos se llamaba *praedia subsignare, in publicum dare, obligare*. El Estado podía transmitir el crédito con su garantía, cesión que se decía

(12) JÖRS, P., y KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, Labor, 1937, pág. 222.

(13) GIRARD, P. F.: *Manual élémentaire du Droit romain*, París, Rousseau, 1929, pág. 815.

(14) SILVIO GENTILE, *op. cit.*

hecha *ex praeditura*. Los *praedia subdita, subsignata, accepta*, dados en garantía a las ciudades, ya solos, ya junto con los de los *praedes*, eran distintos de éstos, que quedaban afectados en bloque a la deuda en virtud del propio compromiso. Eran objeto de una inscripción especial, en virtud de la cual no podían, a diferencia de los bienes de los *praedes*, ser enajenados válidamente más que desde la inscripción y estaban sometidos como ellos al vencimiento de la obligación a la *venditio ex lege praediatoria*, seguida, en defecto de comprador, de la *venditio in vacuum*.

El origen histórico de la hipoteca ha de situarse en la costumbre de los arrendatarios de fincas rústicas de afectar los muebles acarreados y los semovientes introducidos (*invecta et illata*), a la seguridad del pago del canon o renta. Si el arrendatario se hubiera visto obligado a dar en prenda sus aperos de labranza, *instrumentum fundi*, no hubiera podido cultivar sus tierras, con grave quebranto para su situación económica personal. La característica de la hipoteca reside en que no había entrega posesoria alguna, a pesar de que la cosa quedaba afectada al cumplimiento de la obligación y sólo en caso de impago de la obligación el acreedor podía obtener la posesión de la cosa para venderla y cobrar-se con el precio. Si el arrendatario no podía satisfacer la renta era frecuente que el arrendador le diera un plazo para el pago, afectando como contrapartida los aperos de labranza y los demás muebles del arrendatario al pago de su obligación. El uso introdujo un pacto por el cual estos objetos quedaban en garantía del arrendador, pero sin sacarlos del poder del arrendatario. El acreedor sólo tenía un derecho de realización de valor en el caso de impago, cualquiera que fuere su propietario.

6.2. CLASES DE HIPOTECAS. LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS

La hipoteca sin posesión, constituida por convención simple, se empezó muy pronto a usar en casos distintos del arrendamiento rústico y terminó empleándose para el empeño de toda clase de cosas, incluidos los inmuebles. La hipoteca afectaba, pues, tanto a los muebles como a los inmuebles, aunque era más frecuente sobre estos últimos por razón de su inmovilidad. También podía recaer sobre bienes singulares o sobre patrimonios enteros, incluso sobre los bienes futuros del mismo (hipoteca general y solidaria). No sólo podía constituirse sobre cosas susceptibles de posesión (*res corporales*), sino también sobre derechos en cuyo caso el contenido de la garantía consistía en la satisfacción del crédito garantizado mediante la liquidación pecuniaria del derecho.

La hipoteca nació como convencional, pero con el paso del tiempo aparecieron las hipotecas legales y los privilegios semihipotecarios. Cabía la constitución de la hipoteca por acto de disposición testamentaria, así como por presunción jurídica de la voluntad de constituirla (hipotecas tácitas) e incluso por una directa disposición de la ley (hipotecas legales).

Las hipotecas tácitas, como apuntó D'ORS (15), se desarrollaron tan sólo en la época justiniana, pero hubo precedentes clásicos: en algunos supuestos bastaba la existencia de un simple inventario, unido al contrato de arrendamiento, para que los juristas clásicos admitieran la existencia de una hipoteca tácita.

También las hipotecas legales tuvieron precedentes clásicos en los casos de preferencia ejecutiva sobre determinados bienes. Así, *a*) la que un senado consulto de la época de MARCO AURELIO concedió al que prestó dinero para reparar un edificio (acreedor refaccionario) sobre aquel edificio; *b*) la que tenía el Fisco, desde la época de los Severos, sobre el patrimonio del contribuyente por los impuestos no cobrados; *c*) la del pupilo sobre las cosas compradas por el tutor con dinero pupilar. En la época postclásica y justiniana se admitieron nuevos casos de hipotecas legales.

En los últimos tiempos se caracterizó el Derecho romano por la multiplicidad de hipotecas voluntarias y legales, muchas de carácter general.

Además, fue nota típica la ausencia de publicidad, pues bastaba para constituir las el simple acuerdo en las voluntarias; y en las legales era suficiente que se diera el mero supuesto de hecho al que la ley atribuía la garantía hipotecaria. Requisito de publicidad no se exigía ninguno, de manera que el signo de clandestinidad era el dominante, pues el *pignus* convencional carecía de la ostensibilidad de la prenda posesoria. El Derecho romano se mostró, según ROCA (16), altamente liberal en materia de hipotecas; demasiado, pues en esto principalmente radicaba uno de sus más destacados defectos.

La falta de desplazamiento posesorio permitía la acumulación de garantías por distintas obligaciones, sobre un mismo objeto, incluso sobre un objeto ya pignorado en prenda posesoria. Esta concurrencia de derechos se resolvía dando preferencia al constituido con prioridad temporal, de modo que el acreedor preferente podía agotar la prenda ejercitando su derecho de ulterior rango, con lo que los acreedores quedaban sin garantía.

(15) D'ORS, *op. cit.*, pág. 393.

(16) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 6.ª ed., tomo IV-I, página 127.

En caso de garantía constituida simultáneamente a favor de dos o más acreedores tenía preferencia el poseedor. Prioridad esta que resultaba alterada en favor de las hipotecas que se consideraban «privilegiadas», ya fueran convencionales o legales. El Emperador León dio preferencia a la hipoteca documentada en escritura pública, a la que Justiniano equiparó la constituida en documento privado suscrito por al menos tres testigos.

6.3. EL «IUS OFFERENDI»

En caso de pluralidad de hipotecas se podía dar la subrogación de un acreedor en el rango de otro. Así ocurría cuando un acreedor de rango posterior ofrecía al de rango anterior la cantidad a éste adeudada (el llamado *ius offerendi*). Con ello el acreedor, al que se hacía el ofrecimiento, que no podía rechazar, quedaba desinteresado y el que le pagó ocupaba su lugar de preferencia.

El que se subrogaba podía cobrar también los intereses que pagó al anterior, aunque no pudiera cobrar nuevos intereses. El *ius offerendi* era propiamente el contenido de la hipoteca de rango posterior, la cual quedaba como condicionada a la extinción de la hipoteca preferente.

El acreedor hipotecario posterior podía ejercitar la acción hipotecaria contra cualquier poseedor que no fuera el acreedor preferente. Por lo demás, el que se había subrogado en virtud de este derecho podía, a su vez, ser desplazado por otro acreedor que le ofreciera aquella cantidad que él pagó para mejorar el rango, con lo que su crédito volvía a ocupar el rango que antes tenía. Así, dice D'ORS (17), en el caso de un crédito de Primus por 50, otro de Secundus por 60 y otro de Tertius por 100, todos ellos garantizados por una hipoteca sucesiva sobre una única cosa que valía 150: Si Tertius pagaba 50 a Primus, Tertius se colocaba en el rango de aquél y podía vender la prenda y cobrarse los 50 que pagó por el rango más los 100 que le debían, pero si Secundus se adelantaba a la venta y ofrecía a Tertius los 50 que pagó a Primus, el crédito de 100 volvía a quedar postergado.

Este *ius offerendi et succedendi* podía resultar imperfecto en un régimen sin publicidad registral, aunque había que tener en cuenta que se realizaba en el momento de concurso de acreedores, es decir, cuando se conocían los respectivos créditos con garantía.

(17) D'ORS, A., *op. cit.*, pág. 393.

6.4. TUTELA DEL DERECHO DE HIPOTECA

El acreedor estaba protegido no sólo por los interdictos posesorios, sino que tenía, además, a su alcance una verdadera acción real, análoga a la *rei vindicatio*, una *vindicatio pignoris* perpetua que podía ejercitar contra los terceros detentadores.

Al final de la República, el Pretor Salvio atribuyó a este pacto los mismos efectos que al *pignus depositum* y concedió al arrendador un interdicto denominado *Salvianum* para conseguir la posesión *adipiscendae possessionis* de las cosas que el arrendatario tratara de sacar del fundo que sólo podía ejercitar contra éste y sus herederos, pero no contra terceros. Otro Pretor, llamado Servio, más tarde, reforzó la tutela de este derecho, con un *actio in rem*, que permitía al acreedor reivindicar los aperos sacados del fundo por el arrendatario siempre que se demostrase que los mismos formaban parte de los bienes de éste en el momento de celebrar el contrato. La utilidad de esta acción indujo a Juliano, al codificar el *Edicto* de Adriano, a extender su aplicación, denominándola *actio quasi Serviana* o «*Serviana utilis*», que el *Corpus* tomó denominándola *actio in rem hypothecaria*.

Y es así como el derecho real pretorio de hipoteca se encontró constituido con la concesión de la acción cuasi-Serviana, como lo fue el derecho de propiedad pretorio con la creación de la acción *Publiciana* y como lo fueron los derechos reales del superficiario y del conductor *agri vectigalis* con la creación de las acciones reales pretorias respectivas.

La acción se podía dirigir, como la *rei vindicatio*, contra el poseedor que se hubiese desprendido dolosamente de la posesión. El actor, para fundar la demanda, debía probar que la cosa le había sido hipotecada para garantizar un crédito y que al tiempo de constituirse se hallaba en el patrimonio del hipotecante. No estaba obligado a aportar la prueba del origen del crédito asegurado. Esta carga correspondía al demandado que para librarse de la condena debía probar la extinción de la deuda o la mora del acreedor en recibir el pago. Como en la *rei vindicatio*, regía en esta materia el principio de libertad de defensa del demandado y, como en aquéllas, el juez conminaba al demandado a la entrega de la cosa antes de condenarle, y sólo en el caso de que se negara le condenaba a pagar el valor de la cosa según tasación del demandante; sin embargo, cuando la acción era dirigida contra el deudor mismo, no se podía asignar más valor a aquélla que el importe del crédito garantizado.

El demandado podía hacer uso, frente a la acción Serviana, de todas las excepciones que le competieran contra el crédito mismo garantizado.

Así, si el acreedor tenía una hipoteca sobre varios bienes del deudor, podía elegir aquel sobre el que había de recaer la acción. Pero este derecho fue limitado por los Emperadores Severo y Caracalla, que decidieron que el acreedor que ostentara simultáneamente una hipoteca general y otra especial no podía dirigirse contra los bienes sujetos por la hipoteca general hasta que no hubieran resultado insuficientes los primeros (*excussio realis*). Justiniano ordenó a los acreedores que antes de ejercitar la acción de hipoteca contra los terceros poseedores debían dirigirse contra los deudores personalmente por la obligación, es decir, contra el deudor principal o contra los fiadores (*excussio personalis*).

Frente al deudor o los terceros poseedores sin título, el segundo, el tercero y el cuarto acreedor hipotecario tenían el mismo derecho que el primer acreedor. Pero entre ellos gozaba de preferencia el de rango más antiguo, salvo que se tratara de acreedores privilegiados por ministerio de la ley. De suerte que a través del juego de excepciones y de réplicas aquel acreedor que tenía un rango preferente obtenía o conservaba la posesión.

La facultad de vender la cosa hipotecada por parte del acreedor resultaba de un pacto que, como en la prenda, era frecuente establecer al tiempo de constituir la garantía. Solamente a partir de los Severos, ciertos juristas, entre ellos ULPIANO, aplicaron a este pacto tan corriente la norma de que las cláusulas de estilo no era necesario establecerlas, sino que se sobreentendían y que el acreedor no cometía ningún hurto si vendía la cosa, salvo que existiera pacto en contrario. JUSTINIANO dio un nuevo paso, estableciendo una nueva norma que obligaba al acreedor en caso de cláusula prohibitiva a hacer tres requerimientos de pago al deudor antes de poder proceder a la venta de la cosa. En estas circunstancias el acreedor podía vender la cosa cuando y como quisiese, en pública subasta o directamente. Solamente le estaba vedado venderse la cosa a sí mismo. Sin embargo, éste podía adjudicarse la cosa de forma definitiva, pasado cierto tiempo, después de una estimación previa y por decisión imperial (*impetratio dominii*).

Para el constituyente de la hipoteca, la venta le privaba de la propiedad, como si hubiese vendido él mismo. Se aprovechaba del precio en el sentido que le servía para liberarse de la deuda, en la medida en que ésta había sido pagada y tenía derecho al sobrante, si el precio obtenido era superior a la deuda. Los acreedores posteriores en rango se veían privados de su derecho por la venta, pero conservaban un derecho de preferencia sobre el precio si el montante era superior a la deuda del primer acreedor vendedor.

La institución de la hipoteca no suplantó a las otras formas de garantía. Ya hemos dicho que la enajenación aseguratoria sobrevivió hasta

la desaparición de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*. La prenda subsistió siempre a su lado, sin duda principalmente, para los bienes muebles, más fáciles de escamotear, reforzándose con una acción real. La hipoteca, sin la publicidad sencilla que suponía el desplazamiento posesorio, podía constituirse no sólo sobre los bienes individualmente determinados, sino sobre todos los bienes presentes y futuros del hipotecante. Ello determinó que la hipoteca fuera clandestina y pudiese ser general, dos rasgos nuevos de la hipoteca romana que fueron dos graves defectos que la impidieron ganar la carrera como en los tiempos modernos a las seguridades personales.

Provoca admiración que los romanos no pensaran en ninguna forma de publicidad registral para dar a conocer a los terceros la existencia del vínculo hipotecario, aunque hubiera sido muy difícil organizar esta publicidad sin la de los derechos principales. A la caída del Imperio Romano de Occidente se produjo un hundimiento de los intercambios comerciales que llevó consigo una disminución en el uso de los instrumentos de garantía patrimonial que sufrieron un retroceso en su evolución hacia las líneas de la antigua fiducia.

7. CONCLUSION

Resumiendo lo expuesto, cabría decir que en Roma la necesidad de asegurar las obligaciones se satisfizo con garantías personales. Pero los inconvenientes que para los acreedores representaban el reconocimiento al fiador de los beneficios de excusión y de división, así como los riesgos de insolvencia del mismo fiador, más tarde o más temprano, hicieron sentir la necesidad de las garantías reales. La garantía real, cuyas especies dependían de la naturaleza del derecho concedido al acreedor, y, por ende, del grado de perturbación de la garantía en el patrimonio del deudor, empezó a utilizarse después de la época de las XII Tablas, iniciándose con la enajenación aseguratoria o fiducia *cum creditore contracta*, creación del Derecho civil y después con la prenda en sentido propio en sus dos formas, la prenda posesoria o manual y la hipoteca o prenda convencional, creaciones del Derecho pretorio. Al no conocer el Derecho romano primitivo más derechos reales que la propiedad y las servidumbres, no se podía alcanzar la finalidad de garantía más que con la transmisión de la propiedad. En el Derecho justinianeo desapareció por completo la fiducia con la caída en desuso de los negocios formales de enajenación, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que eran su base y ocupó su lugar la hipoteca, que pese al origen griego del término, no fue una institución griega, sino netamente romana, surgida como

modalidad de la prenda posesoria o manual, y que se desarrolló en el tráfico inmobiliario dentro de un sistema que la doctrina moderna considera casi unánimemente como de clandestinidad.

ANTONIO MORO SERRANO
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1986.*
Boletín de Estudios del Banco de España.
DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, INE Jurídico, Madrid, 1971.
D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, EON, 1968.
GIRARD, P. F.: *Manual élémentaire du Droit romain*, París, Rousseau, 1929.
IGLESIAS, J.: *Roma. Claves históricas*, Univ. Complutense de Madrid, 1985.
VON IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*, Rev. de Occidente Argentino, Buenos Aires, 1947.
JORDANO BAREA, J. B.: *Origen y vicisitud de la fiducia romana*, Coimbra Ed. Ltda., 1948.
JÖRS, P., y KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, Labor, 1937.
JOURDAN, A.: *L'hypothèque*, París, Marescq Ainé, Libraire, 1876.
ROCA, R. M.: *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 6.ª ed., 1968.

DICTAMENES Y NOTAS

Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas

I. INTRODUCCION

Con motivo de la necesaria adaptación de nuestra legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, está actualmente en discusión, en la Comisión correspondiente del Congreso de Diputados, el Proyecto de Reforma de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada.

Esta Ley no sólo es de adaptación de nuestro Derecho mercantil a las normas comunitarias, sino que, aprovechando esa adaptación y como expresa la Exposición de Motivos de la propia Ley se ha procurado una nueva regulación sistemática y completa de aquellas cuestiones a las que las Directivas afectaban, es decir, que en algunos puntos la Ley se limita a adaptar y en otros, si bien la adaptación no era obligada, se producen determinadas reformas para mejorar el texto de la antigua Ley, incorporando soluciones que doctrinal o jurisprudencialmente se habían estimado como más eficaces o adecuadas al momento actual en que se desenvuelve la vida empresarial española.

Entre los artículos que dentro de la legislación de Anónimas sufren una más profunda modificación se encuentran los referentes a las aportaciones no dinerarias, tanto en la constitución de la sociedad como en los sucesivos aumentos de capital, y a las adquisiciones onerosas llevadas a cabo por la sociedad en los dos primeros años a partir de su constitución.

La materia se encuentra regulada en la sección 4.ª del capítulo II

de la Ley de Sociedades Anónimas, que trata de la fundación de la sociedad, en los artículos 31 y 31, a).

II. MOTIVOS DE LA REFORMA

Lo primero que debemos preguntarnos ante los preceptos que regulan la materia que va a ser objeto de nuestro estudio es si los mismos se reforman como consecuencia de la necesaria adaptación o se reforman por considerar que la legislación anterior se había quedado desfasada.

Estos artículos tienen la causa inmediata de su reforma en la SEGUNDA DIRECTIVA DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas a los Estados miembros, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado de Roma, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la Sociedad Anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Efectivamente, esta segunda Directiva, en sus artículos 10 y 11, se ocupa de la materia relativa a las aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas estableciendo una regulación que vamos a examinar, siquiera sea someramente, para después comprobar la fidelidad o discordancia, el acierto o desacierto con que esa regulación se incorpora a nuestro Derecho.

1) APORTACIONES NO DINERARIAS

A) *Introducción*

El artículo 10 se ocupa de las aportaciones no dinerarias, estableciendo como obligatorio para estas aportaciones, un informe emitido con anterioridad a la constitución de la sociedad por uno o varios peritos independientes a ésta, designados o aceptados por una autoridad administrativa o judicial. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembros personas físicas o morales o sociedades.

Lo primero que nos llama la atención de esta norma son las tres opciones o posibilidades, que la Directiva parece dejar al arbitrio de la legislación de cada Estado. En primer lugar vemos que pueden ser uno o varios peritos. El número exacto de expertos que deban emitir el informe se deja en manos de la legislación estatal, que podrá fijarlos con total libertad. Ya veremos después cómo soluciona este punto nuestro legislador mercantil.

En segundo lugar dice la Directiva que estos peritos pueden ser

designados o aceptados. En el primer caso entendemos que la sociedad en constitución debe pedir su designación y en el segundo que la sociedad puede señalar unos nombres y éstos ser aceptados o rechazados por quien corresponda hacerlo. Esta segunda posibilidad parece que se aviene mal con la exigencia de que los peritos sean independientes. Y la tercera posibilidad que proporciona la Directiva es que esa designación o aceptación sea realizada por una autoridad judicial o administrativa. La cuestión de que sea una u otra autoridad la que lleve a cabo la designación o aceptación de los peritos no es baladí ni deja de tener importancia dado los distintos ámbitos, en que, sobre todo en nuestra patria, se mueven las esferas judicial y administrativa. Ya veremos también más adelante cómo lo soluciona nuestro Derecho.

A continuación el artículo 10, que comentamos, se refiere a cómo ha de ser el informe del perito, que al no dar ninguna opción ni posibilidad de cambio a la legislación estatal, ha sido recogido con casi toda fidelidad en el artículo correspondiente de nuestra Ley de Sociedades Anónimas y que, por tanto, más adelante examinaremos. Finalmente termina el artículo 10, en la parte que nos interesa, exigiendo una publicidad para el mencionado informe de los peritos, que, entendemos, va ínsita en todo el nuevo sistema de publicidad que el Derecho comunitario exige en materia de sociedades.

No nos ocupamos de la parte final del tantas veces citado artículo 10, pues trata de ciertas excepciones a la regla general del informe obligatorio de valoración, que, por su complejidad, oscuridad y poca utilidad práctica, no ha sido incorporado, entendemos que con buen criterio, a nuestro Derecho interno. Una vez examinado el Derecho comunitario, veamos la forma en que el legislador español ha procurado la incorporación y transposición de esas normas en nuestra legislación societaria.

B) *Derecho español*

La regulación se contiene en el artículo 31, que trata en general del régimen de aportaciones a la sociedad, si bien en materia de aportaciones dinerarias el precepto es sumamente lacónico, limitándose a ratificar el principio establecido en el artículo 4 de que las aportaciones dinerarias deberán establecerse en moneda nacional, y si lo fueren en moneda extranjera deberá establecerse su equivalencia en moneda nacional con arreglo a la Ley.

Fuera de ello, el artículo 31 establece la siguiente regulación en la materia que estudiamos:

«Artículo 31. Régimen de aportaciones.

1. Sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. En ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. No obstante en la escritura podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, sin que puedan integrar el capital de la sociedad.

2. Se ocupa de las aportaciones dinerarias en el sentido ya expuesto.

3. Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Juez del domicilio social. El informe de los expertos contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida. El informe se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad.

4. Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa 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 el mismo contrato en el punto a la transmisión de los riesgos.

5. Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.

6. Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Procederá también al saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

7. Toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo.»

De este precepto vamos a centrar nuestro estudio, fundamentalmente, en su párrafo tercero, pues el resto del artículo es similar, salvo algunas pequeñas precisiones en materia de establecimiento mercantil y la posibilidad de establecer prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, al viejo, entre comillas, artículo 31 de la todavía vigente Ley de Sociedades Anónimas.

Lo primero que observamos al ponernos en contacto con el men-

cionado párrafo tercero es que nuestro legislador, salvo en el punto referente al número de peritos, ha hecho su opción en la medida que, como antes hemos visto, permitía el artículo 10 de la segunda Directiva. Efectivamente, el número de peritos o expertos independientes, como los llama la Ley, sigue en el aire, al decir que serán uno o varios. En este punto creemos que, ante la casi ilimitada variedad de bienes que pueden ser objeto de aportación a una sociedad, la Ley no se ha atrevido a señalar un número exacto de expertos, dejando su señalamiento, entendemos, al Reglamento del Registro Mercantil, que deberá hacerlo según la distinta naturaleza de los bienes a peritar. No obstante, la dificultad sigue existiendo, y quizá lo más correcto hubiera sido confiar al Juez, del mismo modo que se confía su designación, de que fuera él mismo el que fijara, a la vista de la naturaleza de los bienes sometidos a informe, el número de expertos encargados de llevar a cabo la misión que les encomienda la Ley. No resuelve nuestro artículo 31, a diferencia de lo previsto en el artículo 10 de la segunda Directiva, si esos expertos deben ser necesariamente personas físicas o pueden ser también personas jurídicas. A la vista del estado actual de la función auditora, y teniendo en cuenta el antecedente que marca el tantas veces citado artículo 10, no vemos inconveniente, en nuestro Derecho, para que la labor de auditar o expertizar los bienes objeto de aportación, sea llevada a cabo por una sociedad con dicho objeto. A la vista está y casi todos los días son objeto de divulgación por la prensa, que las auditorías más famosas o de más relevancia de cara al gran público, por implicar a personas sumamente conocidas de la vida nacional, han sido llevadas a cabo por grandes firmas auditoras, sobre todo extranjeras, a las cuales, lógicamente a través de sus expertos, se les confían estos cometidos. Con este punto de vista, quizá se solucione en parte el problema del número de expertos necesarios para auditar distintos bienes aportados a una sociedad, pues no habría que acudir a un excesivo número de peritos, sino que bastaría con encargar las labores de auditoría a una sociedad, la cual y según la naturaleza de los bienes, encargaría a unos u otros de sus empleados, con la titulación adecuada, la labor de llevarla a cabo. Qué duda cabe que no tiene la misma complejidad emitir un informe sobre el valor de unas acciones cotizadas en Bolsa que emitir ese mismo informe sobre unos determinados bienes inmuebles sujetos a sustitución fideicomisaria condicional o gravados con censos o servidumbres de muy difícil apreciación en cuanto a la disminución de valor que esas cargas producen sobre los bienes. Caso de que se aportaran bienes de tan distinta naturaleza a una sociedad, se ve clara la conveniencia de que fuera una sociedad la encargada de verificar la valoración de los bienes aportados, obligatoria para su incorporación a la escritura de constitución.

Solucionado o visto ya el problema del número y naturaleza de los expertos, vamos a pasar a examinar la segunda opción de nuestro artículo 31. Es decir, el hecho de que esos expertos no sean aceptados, sino directamente designados por la autoridad judicial.

Para ello y mientras tanto no esté regulado este procedimiento de una manera especial, deberemos acudir a las reglas que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se contienen en materia de designación de peritos a propósito de la prueba de la misma naturaleza. Estas reglas son las contenidas en los artículos 610 y siguientes de nuestra Ley actuaria. De ellos y en síntesis, procurando hacer las necesarias adaptaciones, podemos extraer la siguiente doctrina: El nombramiento se hará a propuesta de parte interesada, en nuestro caso, el socio aportante de los bienes o la misma sociedad en proceso de formación. Según el artículo 611 de la LEC, en el escrito se indicará si han de ser uno o tres peritos. Sin embargo, esto último, como ya hemos indicado, quedará al arbitrio del Juez, pues los artículos de la LEC están pensados para el caso de que haya contienda entre partes, cosa que en principio no sucede, ni debe de suceder, en la constitución de una sociedad. Por tanto, creemos que lo único que debe hacer el socio aportante o la sociedad es pedir del Juez del domicilio social la designación de expertos o peritos a los efectos del artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas. El Juez, sin más trámite, dictará auto admitiendo la designación y citando a la sociedad para dentro de los seis días siguientes, con objeto de hacer el nombramiento, el cual, una vez efectuado, se le hará saber al perito para que acepte el cargo y jure desempeñarlo bien y fielmente dentro del término que el Juez les señale, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y la previsible complejidad de su dictamen. Al haber hecho la opción el artículo 31 por el régimen de designación, el nombramiento se hará en la forma que determina el artículo 616 de la LEC, es decir, por insaculación entre expertos registrados en las listas a disposición del Juzgado. El problema que surge en este punto es el que, si hecho el nombramiento, cabe que el perito designado sea recusado, bien por el socio solicitante del dictamen bien por cualquiera de los otros socios de la proyectada sociedad. No nos planteamos el problema de que sea la propia sociedad la que plantee la recusación, pues lógicamente en este período de formación la misma no sólo carece de personalidad jurídica, sino que ni siquiera poseerá unos órganos embrionarios que actúen en su nombre. Se trata de un mero proyecto o estudio de la formación de una futura persona jurídica, pues si el dictamen debe incorporarse a la escritura, lógicamente ni siquiera ésta podrá estar autorizada y, por tanto, de conformidad con el artículo 8 de la LSA de estos actos o contratos celebrados antes del otorgamiento de la escri-

tura responden solidariamente quienes los hubieran celebrado. Volviendo al tema de la recusación, creemos que sí, que es perfectamente posible el que el perito designado sea recusado y que las causas que recusación serán las mismas que se establecen en el artículo 621 de la LEC para los peritos en general y de las cuales las más frecuentes podrán ser las de tener un interés directo en la constitución de la sociedad, estar en relación de dependencia con alguno de los futuros socios o tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los constituyentes. Hecha la recusación y admitida la misma, volveríamos al principio del proceso ya expuesto. Otro problema a plantear es el del tiempo de que dispondrá el experto para emitir su dictamen. Ya hemos visto que será el Juez el que le hará el señalamiento del plazo, pero para el caso de que el perito no cumpliera el plazo fijado, creemos que, dada la importancia que ello tiene para la sociedad, el socio podrá recurrir en queja ante el Juez y caso necesario podría incluso pedir la designación de nuevo perito.

El tercer punto, en el que nuestro legislador mercantil hace uso de las posibilidades que le da el artículo 10 de la segunda Directiva, es en el relativo a la persona que debe hacer esa designación. Entre que sea una autoridad judicial o administrativa, elige y opta por la autoridad judicial, quizá por entender que sería difícil encontrar una autoridad administrativa con la suficiente infraestructura, medios e independencia para hacer esa designación. Sin embargo, con ello lo que hace la Ley es complicar aún más el proceso de formación de la sociedad a la que vayan a ser aportados bienes de la naturaleza que sean. Ello ha motivado que, con la salvedad del grupo parlamentario socialista, casi todos los demás grupos hayan planteado enmiendas al estudiado artículo 31.

Veamos estas propuestas de enmiendas para después hacer una crítica global del precepto.

El Grupo Parlamentario Vasco propone que esos expertos sean designados por las personas que han decidido constituir la sociedad, entre quienes reúnan las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Es plausible esta propuesta, pues nos evitaría todas las complicaciones antes señaladas, pero la misma no es admisible, pues ello supondría tanto como dejar la valoración en manos de los socios, pues los peritos estarían ligados por el mandato imperativo del que los nombró. Además este sistema se sale totalmente de lo que ordena la Directiva y de la finalidad de ésta, que no es proteger a los socios, sino a los terceros que entren en contacto con la sociedad. Por tanto, el destino de esta enmienda, no sólo por no estar propuesta por los socialistas, sino por su contenido, está condenada al fracaso.

Los Catalanes, con el sentido práctico que les caracteriza, a través del Grupo de Minoría Catalana, proponen que los expertos sean simplemente aceptados por el Juez del domicilio social. Esta enmienda es interesante, pues vemos que entra dentro de lo que exige la Directiva comunitaria, cumpliéndola en sus términos literales al hacer uso de una de las opciones antes vistas, y simplificaría grandemente de los bienes necesarios para el desarrollo de su objeto. Sin embargo, esto que puede parecer neutro o de poca importancia para la sociedad, pues el fin final de que los bienes pasen al dominio de la persona jurídica se consigue con uno u otro medio, tiene una gran importancia en el terreno de la fiscalidad, que no olvidemos es el que mueve las grandes decisiones empresariales y el que mediatiza en gran parte la aplicación del Derecho. Efectivamente: En orden al Impuesto de Operaciones Societarias, una sociedad a la que, por ejemplo, se le aportaran bienes inmuebles sólo pagaría por el concepto de aportación el 1 por 100 de su capital y, por tanto, el 1 por 100 del valor asignado a los bienes aportados. Por el contrario, el empresario que deseando dar rapidez a la constitución de su sociedad y evitar gastos en principio innecesarios, suprimiera las aportaciones no dinerarias, sustituyéndolas por adquisiciones onerosas una vez constituida la sociedad, se encontraría con la desagradable sorpresa de que ese 1 por 100 a pagar por Operaciones Societarias se le transforma en un 6 por 100, que tendría que abonar por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas o incluso llegando más lejos, en un 12 por 100 a pagar por el IVA en el caso de que los bienes aportados procedieran de un empresario dedicado habitualmente a la venta de bienes de la clase que interesara a la sociedad o de fincas que no tuvieran la naturaleza de rústicas ni se tratara de viviendas, garajes o anexos de las mismas. Por ello pensamos que tanto uno como otro sistema son malos y que el empresario que quiera constituir una sociedad a la que se aporten bienes inmuebles lo mejor que puede hacer es acudir al expediente de la sociedad de responsabilidad limitada en la cual no existe este problema de valoración de aportaciones no dinerarias y además al haberse suprimido el límite de los 50.000.000 de pesetas a partir del cual toda sociedad que limitara en cualquier forma la responsabilidad de sus socios y tuviera un capital superior a esa cantidad debería revestir forzosamente la forma de anónima, la vestidura de la sociedad limitada puede perfectamente servir para la gran empresa, o la mediana con vocación de grande. Es más, si en un futuro al empresario le interesara pasar a ser sociedad anónima, podría perfectamente hacerlo acudiendo al expediente de la *transformación* que, a pesar de sus requisitos y habiéndose suprimido hoy el derecho de separación de los socios, que era su principal inconveniente, se encuen-

tra sumamente facilitado y aligerado de trámites, con lo cual y dando un rodeo conseguiríamos el propósito inicial de fundar una sociedad anónima con aportaciones no dinerarias y evitar, en el momento clave de la fundación de la sociedad, el retraso que supondría el seguir con fidelidad los engorrosos trámites y condicionamientos que supone el artículo 31 de la LSA. Precisamente para evitar este posible fraude de ley, el artículo 140 de la Ley, bajo el epígrafe de «Transformación en Sociedad Anónima», nos dice que el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario se incorporará a la escritura de transformación.

Vemos, por tanto, que la Ley no deja abierto el portillo de la transformación para burlar lo dispuesto en el tantas veces citado artículo 31. Sin embargo, podemos considerar interesante esta operación de transformación, pues si no todos, algunos de los inconvenientes de la valoración hecha por expertos independientes se eliminan, al estar ya constituida la sociedad y poder seguir funcionando la misma con normalidad durante el proceso de transformación, sin tener que estar pendientes, dada la rapidez con que se hacen los negocios mercantiles de una designación, una aceptación y un informe cuya mayor o menor celeridad dependerán de un elemento totalmente aleatorio como será la mayor o menor competencia del experto que nos toque en suerte, y ello sin entrar ya en consideraciones sobre los gastos tan cuantiosos que será necesario hacer para esa expertización cuando todavía no tenemos seguridad alguna sobre la rentabilidad o no del negocio que emprendemos con tantas trabas y dificultades. Concluyendo, y antes de entrar en el examen pormenorizado de las diferencias con la legislación vigente, estimamos y aconsejamos que en caso de aportaciones no dinerarias a una sociedad se acuda al expediente de la Sociedad de Responsabilidad Limitada o de adquisiciones onerosas realizadas con posterioridad a la constitución. Para terminar este apartado no podemos dejar de indicar que el Grupo Socialista del Congreso no ha propuesto ninguna enmienda al artículo 31, por lo que podemos considerar su redacción como definitiva, dada la proclividad tan acusada del partido en el poder a no dar entrada en las leyes a enmiendas que no sean las presentadas por ellos mismos.

D) *Diferencias con la legislación vigente*

Vamos ahora, a dar unas breves indicaciones sobre la legislación vigente hasta la fecha, para que se pongan más de manifiesto las sensibles diferencias con las que empezará a regir a partir de 1 de enero de 1989.

De las garantías para asegurar la verdad y suficiencia de las apor-

taciones no dinerarias se ocupa el artículo 32 de la vigente Ley, estableciendo que «los administradores de la Sociedad Anónima, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su constitución, están obligados a revisar la valoración de las aportaciones no dinerarias». Como vemos, se trata de un control interno y no externo a la sociedad. Esta es la principal diferencia con la legislación futura en la que el control estará totalmente fuera del poder de administradores y socios. Continúa el precepto diciendo que dentro de los cuatro meses siguientes cualquier accionista podrá solicitar del Juez de Primera Instancia el nombramiento de un perito que revisará la valoración efectuada por los administradores. En caso de discrepancia entre las dos valoraciones, el Juez decidirá cuál es la justa. Hasta que la revisión no se realice o transcurra el plazo en que puede solicitarse, los accionistas aportantes no podrán obtener los títulos definitivos de sus acciones. Aquí todo el proceso, pues la función del Juez se limitaría a aceptar la propuesta hecha por todos los socios, comprobando la solvencia y honestidad profesional de la persona encargada de la peritación. Ello simplificaría bastante las cosas y daría rapidez al proceso de formación y constitución de la sociedad. Sus inconvenientes serían los mismos señalados para la propuesta de los vascos, pero con la diferencia de que al intervenir en una de las etapas del proceso la autoridad judicial le daría una seriedad y unos visos de autenticidad de los que carecería sin ella.

Quizá la propuesta más interesante sea la de la Coalición Popular, aunque nos tememos que su destino sea el mismo que el de las otras enmiendas propuestas. Este Grupo sugiere una redacción completamente distinta del apartado tercero que estudiamos. Su redacción sería la siguiente: «Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes, con título adecuado para ello. El informe de los expertos contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la primera emisión de las acciones a emitir como contrapartida. El informe se incorporará al documento público de constitución de la sociedad y deberá ser aprobado en la primera Junta general que se celebre. El nombramiento de los expertos deberá ser comunicado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la forma que reglamentariamente se determine, pudiendo ser rechazados por ésta mediante acuerdo fundado. Cuando el volumen del valor de los bienes aportados exceda de 500.000.000 de pesetas será necesario que los peritos se encuentren colegiados oficialmente».

Como vemos, los principios en que se basa la plausible enmienda de la Coalición Popular, prescindiendo de toda connotación política, son diametralmente opuestos a los que informan el proyecto de ley gubernamental y, sin embargo, al contrario que pasaba con las otras enmiendas vistas hasta ahora, no podemos decir que ésta se aparte de los cauces que marca el artículo 10 de la segunda Directiva. Efectivamente: El informe lo hacen expertos independientes; son aceptados y eventualmente pueden ser rechazados, y la autoridad que lleva a cabo esa aceptación no rechazo es una autoridad administrativa, lo cual también está autorizado por el Derecho comunitario. Estas, junto con otras, son precisamente las razones alegadas por el Grupo Parlamentario de la Coalición Popular a la hora de justificar la conveniencia de su enmienda. Así nos habla de la distinta variedad de aportaciones no dinerarias que pueden darse dentro de la vida mercantil. De lo complicado y costoso del procedimiento en el caso de aportaciones de escaso valor e importancia. Del retraso que puede suponer para la constitución de la sociedad todos los trámites de designación judicial de los peritos. Del hecho de recargar con más funciones los ya de por sí recargados y lentos órganos judiciales. Y, en definitiva, que no se debe ser muy rigorista en este punto, si no se quiere perjudicar el normal desenvolvimiento de la vida mercantil. Como hemos apuntado anteriormente, nos parece bastante aceptable esta enmienda del Grupo Popular. Simplifica grandemente las cosas, abarataría con casi toda seguridad los costes de constitución de las sociedades, los hace más rápidos y eficaces y no podemos decir que disminuyan las garantías para los terceros al dar intervención en la designación de peritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, de la que no podemos poner en duda la independencia de sus resoluciones. Sin embargo, mucho nos tememos que esta enmienda corra la misma suerte que todas las demás, es decir, ser oída sin escucharla ni meditarla por proceder de quien procede, y ser rechazada de plano sin más trámites.

Finalmente, y para terminar este apartado de las enmiendas presentadas al proyecto de ley, no podemos dejar de aludir a la de Izquierda Unida, que propone lisa y llanamente la supresión total del apartado tercero del artículo 31 de la Ley. Pese a lo radical de esta reforma, y de que la misma podría hacernos sonreír, el fundamento y motivación de la misma es casi idéntico al de la enmienda presentada por el Grupo Popular, es decir, suprimir cargas burocráticas que darían lentitud al proceso, evitar una fuga de aportaciones no dinerarias, hacia las adquisiciones onerosas, que después trataremos, y darle mayor celeridad al proceso de formación de la sociedad. Sin embargo, esta enmienda, aunque nos guste, no tiene ninguna posibilidad de prosperar, no sólo por

ser propuesta fuera del Partido Socialista, sino porque la misma queda fuera del mandato imperativo que supone la necesaria adaptación de nuestra Ley a las Directivas comunitarias que, como hemos visto, exigen el informe con carácter imperativo.

C) *Problemas que plantea la nueva regulación*

Los problemas que plantea la nueva regulación de las aportaciones no dinerarias son de tal calibre que mucho nos tememos que a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley sean muy pocas las sociedades que se constituyan a partir de aportaciones no dinerarias. Sobre todo para la pequeña y mediana empresa, que no podrá correr con los gastos que supone la peritación ni estará dispuesta a soportar los retrasos que conlleva toda la tramitación del artículo 31, precisamente en una materia como la mercantil, caracterizada por su rapidez y celeridad. Las aportaciones no dinerarias quedarán para las grandes empresas, para aquellas que se constituyen con grandes medios materiales y para las cuales el retraso de unos meses no supone perjuicio apreciable alguno, pues los estudios que dan lugar a estas sociedades pueden ya llevar consigo la peritación y expertización de los bienes aportados. Sin embargo, cuando no se den estas circunstancias, creemos que las empresas se constituirán sólo a base de aportaciones en metálico, acudiendo posteriormente a la adquisición onerosa si se introduce ya un elemento extraño a la sociedad. El perito designado por el Juez a solicitud de cualquier accionista y con ello se produce un relativo acercamiento a la legislación nueva. Relativo porque esta revisión y nombramiento de perito es en todo caso posterior a la constitución y sólo puede darse a petición de algún socio. Por ello, como apunta DE LA CÁMARA ALVAREZ, el precepto deja bastante que desear, sobre todo en la constitución simultánea, única que suele darse en la práctica, añadimos nosotros, pues en este caso de fundación simultánea los accionistas fundadores controlan casi siempre la administración de la sociedad, al menos durante los ocho meses siguientes a su constitución; de aquí que las revisiones no se cumplan y, si se cumplen, lo son de un modo formulario.

Puestas ya de manifiesto las profundas diferencias que van a existir entre el actual precepto del artículo 32 y el futuro del artículo 31 de la nueva Ley, diferencias abismales, pues en la actualidad la revisión de las aportaciones no dinerarias prácticamente no existe, mientras que con la nueva Ley van a ser un requisito *sine qua non* para poder constituir una sociedad con aportaciones no dinerarias, vamos a fijarnos más detenidamente en el contenido del nuevo artículo 31 de la LSA.

E) *Examen crítico del artículo 31 de la nueva Ley*

El principal problema que planteará este artículo en la práctica, como apunta el profesor PÉREZ DE LA CRUZ, a quien seguimos en estas notas, es el de hasta qué punto cuenta España con la infraestructura humana capacitada y habituada para llevar a cabo escrupulosamente el delicado cometido que les asigna el artículo 31 de valorar y expertizar las aportaciones no dinerarias. Nos tememos que no existen tales expertos con las características de funcionamiento que requiere el moderno Derecho de sociedades. Hasta ahora los expertos en valoraciones contabilidad más bien han servido para dar opacidad y poca transparencia a las materias sometidas a su examen que para llevar a cabo valoraciones que sirvan como garantía a los terceros y a los socios, que es lo que pretenden las Directivas comunitarias. No obstante, y aunque el cambio no se produzca de la noche a la mañana, confiamos en que **con el tiempo la vida contable y auditora se normalice** en nuestro país. Así podremos pasar del llamado Estado de las Autonomías al Estado de las Auditorías, como reflejo del modelo que funciona más allá de los Pirineos en los países que forman parte de la Comunidad Económica Europea.

El segundo punto a considerar es el del ámbito del precepto. La Ley nos habla que el informe será necesario a todas las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza. Ello es criticable, pues establece un sistema igual de complicado para aportaciones en las que hay poco que valorar, piénsese, por ejemplo, en una aportación de valores cotizados en Bolsa o en créditos perfectamente documentados, líquidos y exigibles, que para una aportación de bienes inmuebles gravados con servidumbres, arrendados o con otras cargas de difícil valoración o incluso sujetos a condiciones resolutorias en el que los criterios de valoración no sólo van a depender de criterios económicos, sino también jurídicos. Sabemos lo difícil que hubiera sido establecer un doble sistema de valoración según la naturaleza de los bienes, pero no por ello podemos dejar de criticar un precepto que en la generalidad de los casos va a provocar en la mediana empresa enormes dificultades, tanto económicas como de rapidez en la evacuación de los informes económicos necesarios para incorporar a la escritura, por lo que en la generalidad de los casos mucho nos tememos de que las aportaciones no dinerarias, como antes apuntamos, van a desaparecer en la constitución de sociedades, siendo sustituidas por adquisiciones onerosas hechas con posterioridad a su constitución, dando lugar a lo que impropiaemente se ha dado en llamar por la doctrina alemana «fundación retardada» y de la que más adelante nos ocuparemos. Quizá la Ley, para aportaciones

de escasa importancia o de una naturaleza tal que racionalmente se excluyera el fraude, debiera haber intentado otro sistema con menos formalidades y requisitos que cumpliendo en su espíritu la Directiva comunitaria, hubiera evitado problemas, gastos y dilaciones en la constitución de sociedades para muchas de las cuales la aportación de elementos distintos del dinero son consustanciales para su existencia. Piénsese en el caso bastante frecuente de constitución de sociedad para llevar a cabo determinadas obras o construcciones en las cuales es frecuente aportar los elementos del trabajo (carretillas, pequeña herramienta para la construcción, etc.) y que para proceder a la valoración de esos elementos, que deben pasar a propiedad de la sociedad, deben montar todo el entramado de nombramiento judicial que el artículo 31 establece. Piénsese también en las Sociedades Anónimas Laborales, para las cuales también será de aplicación el artículo 31 y en las cuales también es bastante frecuente la aportación de los elementos o herramientas de trabajo. A todas estas sociedades, a partir de la entrada en vigor de la Ley, se las obliga o bien a acudir a lo que antes hemos llamado fundación retardada, adquiriendo con posterioridad todos esos elementos necesarios para su funcionamiento, o bien a constituirse como sociedades de responsabilidad limitada cuando su vocación quizá fuera la de constituirse como anónima o disfrutar de las ventajas fiscales de las anónimas laborales. Sin embargo, el precepto está como está y no creemos que vaya a ser cambiado en la discusión parlamentaria de la Ley. Por ello proponemos cierta flexibilidad en su aplicación, tanto por parte de los Jueces, que son los designados para llevar a cabo esos nombramientos de peritos, como de los Registradores Mercantiles, que serán los encargados de calificar la adecuación de las valoraciones con lo ordenado por la Ley. Los Jueces, ante aportaciones de poca importancia, deben abreviar los trámites para la designación de peritos e incluso sin merma de su independencia establecer ciertas reglas en cuanto a rapidez y economía a que deben sujetarse sus informes. Y los Registradores no deben extremar su rigor y celo ante dictámenes que o bien por su forma o por su contenido o por la titulación del emitente no se adecúen al espíritu de la Ley, siempre que se den las circunstancias anteriores, de poca importancia de las aportaciones no dinerarias en relación al capital de la sociedad o por la propia naturaleza de dichas aportaciones.

El segundo punto que debemos de tratar en relación con el artículo 31 es el de la titulación necesaria para poder emitir el informe requerido por la Ley.

El artículo 31 de la Ley sólo nos dice que han de ser uno o varios expertos independientes. Por tanto, sólo este requisito de independencia es el exigido por la Ley de Sociedades Anónimas para que el experto

pueda dar su informe sobre los bienes que van a ser objeto de aportación a la sociedad. Esa independencia que predica la Ley, lógicamente debe referirse a independencia de los futuros socios y de la sociedad, y en este punto desembocamos en las posibles causas de recusación, que ya antes apuntamos a propósito de la designación por parte del Juez. Fuera de esto la Ley nada nos dice y, por tanto, será el Juez el que según su leal saber y entender y teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes designará a un experto de una u otra profesión, siempre la más adecuada para poder emitir el informe con las mínimas garantías de seriedad y justeza que quieren las Directivas comunitarias. En ocasiones, y si la naturaleza de los bienes aportados es muy diversa, será preciso designar varios expertos, cada uno con la titulación adecuada, para los bienes de que se trate. Ante estas dificultades, entendemos que lo que se impondrá será el confiar el informe a una empresa especializada en auditorías, que a través de sus diversos técnicos podrán emitir el informe adecuado en cada caso. De todas formas, y ante la falta de precisión de la Ley, creemos que será el Reglamento del Registro Mercantil el que tendrá que venir a regular toda esta materia con más detalle, pues la estimamos de gran importancia en los procesos de fundación de sociedades y que, por su novedad en nuestra patria, puede dar lugar a multitud de problemas y dificultades.

En cuanto al contenido del informe, la Ley nos dice que el mismo contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con los datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida. Como vemos, lo fundamental es que el informe contenga la descripción; descripción que debe ser lo más detallada posible y en el caso de los inmuebles debe contener obligatoriamente sus datos registrales. En este punto consideramos aplicable a la nueva regulación la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 1981 sobre los datos y circunstancias que han de incluirse en la descripción de aportaciones no dinerarias. En efecto, para la Dirección General la descripción debe cubrir, desde luego, las exigencias específicas de la legislación inmobiliaria cuando lo aportado sea un bien de esta naturaleza, a tenor de lo dispuesto en el artículo 103 del RRM. Pero, en todo caso, la descripción ha de ser la suficiente para permitir la perfecta identificación del bien aportado, ya que «esa identificación y pertenencia a la sociedad de los bienes interesa no sólo a los socios, sino también a terceros y acreedores...».

Fuera de ello lo que debe contener el informe son los criterios de

valoración adoptados, pero no el verdadero valor que los expertos asignan a los bienes, sino si con esos criterios el valor de los bienes cubren el valor nominal y en su caso la prima de emisión de las acciones que al aportante se dan como contrapartida. Es decir, que lo que desea la Ley, de acuerdo con la finalidad declarada de proteger a los terceros, es que el valor de los bienes en ningún caso pueda ser inferior, pero no impide que ese valor sea superior, de tal forma que el informe no garantizará el verdadero valor de los bienes, sino simplemente esa adecuación que es la querida por la Ley. No se trata, por tanto, de transparencia fiscal y se podrán seguir encubriendo plusvalías en aportaciones a sociedades, pues a la Ley en este punto lo único que le preocupa es garantizar frente a todos que el valor de las acciones ha sido debidamente cubierto con la aportación de bienes o derechos hecha a la sociedad. Al hilo de ello debemos hacer referencia a un problema que puede surgir con posterioridad a la constitución e inscripción de la sociedad, y es el de si a pesar de este informe y de las garantías que la Ley rodea a las aportaciones no dinerarias, alguno de los socios, bien sea originario o sobrevenido, no estuviera de acuerdo con el informe emitido por los expertos independientes. Para solucionar este problema el anterior artículo 32 de la LSA venía a establecer un doble sistema de revisión de las aportaciones no dinerarias. Uno en el plazo de cuatro meses por los administradores de la sociedad, totalmente en desuso y que incluso el Tribunal Supremo admitió que podía realizarse con carácter tácito, sobre todo si los administradores eran los mismos que en el momento de constitución de la sociedad, y otra revisión que podía realizarse en el plazo de los cuatro meses siguientes a petición de cualquiera de los socios. Hasta que estas revisiones no se realizaran o pasara el plazo de las mismas el aportante no podría obtener los títulos definitivos de sus acciones. Pues bien, la nueva Ley ha suprimido completamente estas dos revisiones, pensando que con el informe de los expertos independientes estarían plenamente a cubierto tanto los intereses de los socios como los de los terceros que entran en relación con ella y para los cuales la cifra de capital constituye su única garantía. Vemos cómo la Ley a este informe quiere darle un valor absoluto, pues, una vez emitido, parece que todos los intervinientes, como fundadores en la escritura de constitución, están obligados a pasar por él. No obstante, creemos que si, con posterioridad a la constitución, algún socio, que puede o no ser fundador, acudiera al Juez en petición de que el informe sea revisado, por ser lesivo para sus intereses o los de la sociedad, el Juez, si estimara fundada la petición, debería nombrar otro experto que realizaría una nueva valoración a petición del accionista insatisfecho con la valoración dada a las aportaciones no dinerarias, y si de este segundo informe

resultara que la valoración dada a los bienes o derechos aportados es excesiva, procedería, sin perjuicio de las exigencias de responsabilidades al primero primeros expertos, la reducción de capital, con anulación de sus acciones al socio aportante, lo que, dado el principio de capital mínimo introducido en la nueva Ley, podría tener una nueva implicación, pues si como consecuencia de ese menor valor dado a las aportaciones no dinerarias el capital de la sociedad quedara por debajo del listón de los diez millones de pesetas exigidos en el artículo 4, lo que habría que hacer en este caso sería o bien completar el capital hasta la cifra mínima exigida o bien, como apunta el artículo 101, *d*), párrafo 5, proceder a la transformación de la sociedad en otro tipo social sin exigencias de mínimo de capital.

Sin embargo, estas soluciones tropiezan no sólo con la falta de previsión legal al respecto, sino también con el hecho de que al suprimir este sistema de revisión pueda pensarse, como se ha apuntado antes, de que la Ley da un valor absoluto al informe. No creemos que deba ser así, pues el informe, teniendo en cuenta la falibilidad humana puede ser incorrecto, obligando en tal caso al accionista a acudir a otros medios más largos y costosos para remediar el informe defectuoso. Por tanto, pensamos en la conveniencia de que en la reforma del Reglamento del Registro Mercantil se diera paso a esta posibilidad estableciendo al mismo tiempo un plazo prudencial dentro del cual podría ser pedida esta revisión y pasado el cual el informe sobre valoración dado por los expertos se consideraría firme y ya no sería posible su revisión.

Finalmente la Ley obliga a que el mencionado informe sea incorporado a la escritura de constitución de la sociedad. Entendemos que esa incorporación debe ser a la escritura matriz para su reproducción en las copias, asegurándose así la perpetua conservación del informe, la posibilidad de que el mismo sea reproducido en ulteriores copias y el evitar manipulaciones posteriores que pudieran alterar su contenido. En cuanto a la posible calificación registral del informe, creemos que la misma debe limitarse al hecho de que la designación por el Juez sea correcta y ajustada a las disposiciones legales aplicables al caso, así como a que el informe cumpla las prescripciones legales y jurisprudenciales en cuanto a la descripción de los bienes. Fuera de esto no podrá el Registrador entrar a calificar el fondo del informe, pues tanto los criterios de valoración utilizados como el resultado a que se llega con esos criterios son materia que escapa a las facultades calificadoras del Registrador Mercantil.

Centraremos ahora nuestro estudio en los demás apartados de este artículo 31, en cuanto puedan tener relación con las aportaciones no dinerarias.

Lo primero que encontramos es la posibilidad de que se establezcan en la escritura y con carácter obligatorio para los socios prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital y sin que puedan formar parte de este último. A juicio de DE LA CÁMARA, esta posibilidad ya existía y existe en el Derecho vigente. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de abril de 1961, había declarado válido el pacto en virtud del cual los socios se habían obligado a no hacerse la competencia. Ahora el Proyecto sanciona específicamente la posibilidad de pactar prestaciones accesorias, pero lamentablemente no ha abordado ni resuelto los múltiples problemas que el régimen de prestaciones accesorias puede suscitar. Estos problemas, señala DE LA CÁMARA, son los siguientes:

1.º ¿Cuál puede ser el contenido de la prestación accesorias? Los Estatutos deben determinarlas, pero al no especificar nada más entendemos que puede ser objeto de prestación accesorias todo aquello que pueda constituir el objeto lícito de una obligación, de conformidad con el artículo 1.088 del Código Civil, de suerte que cabrán tanto las obligaciones de dar como las de hacer y no hacer. Se deben excluir aquellas prestaciones accesorias que consistan en dinero, pues la prestación accesorias se debe establecer en función de la persona del socio y el hecho de proporcionar dinero a la sociedad en principio está al alcance de cualquiera. Esta, además, es la solución adoptada por el Derecho alemán y la que se sostiene para el Derecho italiano.

2.º La prestación accesorias no puede integrar el capital social ni servir de contrapartida a las acciones. Así se deduce del artículo 33 de la Ley y del 10 de la LSRL.

3.º ¿Cabe que las prestaciones accesorias se estipulen después de que la sociedad se haya constituido? Parece ser que sí, pero siempre sobre la base de que sean asumidas libremente por el socio al que se le impongan, pues entendemos que en ningún caso cabe que al socio se le impongan prestaciones accesorias contra su voluntad ni siquiera con las mayorías exigidas para la modificación estatutaria. Así vemos que el artículo 85 del Proyecto, idéntico al de la anterior Ley, establece que ninguna modificación de los Estatutos que implique nuevas obligaciones para los accionistas podrá hacerse sin la aquiescencia de los interesados.

4.º ¿Qué acontece si el socio o socios obligados a una prestación accesorias no la cumplen? Evidentemente cabrá reclamar el cumplimiento por vía judicial y si no fuera posible la ejecución en la forma específicamente pactada se reclamarán los daños y perjuicios consiguientes, sin perjuicio de la posibilidad de establecer cláusulas penales

para el caso de incumplimiento, una de las cuales podría ser la rescisión del contrato de sociedad respecto del socio que no cumpliera con las obligaciones impuestas.

5.º Finalmente, hay que preguntarse qué es lo que ocurre si el socio obligado a la prestación accesoria transmite sus acciones. Se ocupa de ello el artículo 47, c), que subordina la transmisión de estas acciones a la autorización por parte de la sociedad, salvo disposición contraria de los Estatutos. Esta autorización no es discrecional, ya que, según el mismo artículo, para que la transmisión de las acciones pueda subordinarse a la autorización de la sociedad es menester que en los Estatutos se mencionen las causas que permitan denegarla. El cumplimiento de esta exigencia es complejo en lo relativo a la transmisión de acciones con prestaciones accesorias y exigirá en cada caso examinar la naturaleza de la prestación accesoria para constatar si esa prestación es susceptible de ser cumplida por el adquirente.

De todos modos, concluye DE LA CÁMARA, debe reprocharse al Proyecto que después de haber admitido las prestaciones accesorias en la sociedad anónima no se haya preocupado de regular el régimen jurídico a que deben estar sometidas.

Los restantes apartados del artículo 31 se ocupan de aclarar o especificar las normas aplicables a determinados supuestos de aportaciones *in natura*. Así, si la aportación consiste en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos para el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio en orden a la transmisión de los riesgos. Norma idéntica a la de la anterior Ley, lo único que nos interesa destacar es que cuando se trate de aportación de derechos, éstos deben lógicamente ser transmisibles. Así no serán aportables los derechos de uso y habitación, ni tampoco las servidumbres prediales, con independencia del predio a que pertenezcan.

Si la aportación es de un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor. Será preciso, además, dar cumplimiento al artículo 1.527 del Código Civil, es decir, notificar la aportación al deudor para evitar que éste pague al aportante y quede libre de su aportación.

De la aportación de una empresa o establecimiento se ocupa el párrafo 6, estableciendo que el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a su totalidad o a algunos de los elementos esenciales para su normal explotación. Procederá también el saneamiento individualizado de aquellos elemen-

tos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial. Con ello la nueva Ley en este punto se aparta de la regulación del anterior artículo 31, que en el caso de aportación de una empresa o establecimiento mercantil predicaba sin más la aplicación del artículo 1.532 del Código Civil. Responde así a las críticas de gran parte de la doctrina que ponían en duda la directa aplicabilidad del artículo 1.532 a la aportación de la empresa. Efectivamente, con el nuevo precepto se podrá pedir no sólo el saneamiento de la totalidad, sino también el saneamiento de elementos individualizados.

Finalmente concluye el precepto aclarando que toda aportación se entiende hecha a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo. Algo obvio y que no requiere comentarios. No nos extendemos más en estos apartados del nuevo artículo por ser, como hemos visto, similares al del anterior artículo 31.

2) ADQUISICIONES ONEROSAS

Una vez finalizado el somero estudio de las aportaciones no dinerarias en el momento de fundación de la sociedad, normas y doctrina que también serán aplicables a los sucesivos aumentos de capital, vamos a pasar a examinar las adquisiciones onerosas realizadas por la sociedad dentro de determinado plazo a partir de su constitución. De ellas se ocupa el artículo 31, *a*), de la nueva Ley bajo el epígrafe de «Aprobación de adquisiciones onerosas».

Dice este precepto que «las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución habrán de ser previamente aprobadas por la Junta general, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social. Con la convocatoria de la Junta deberá ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por expertos independientes y otro por los administradores». Añade finalmente el precepto que «lo dispuesto anteriormente no será de aplicación a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, ni a las que se verifiquen en un mercado bursátil o en subasta pública».

Esta norma, como la del anterior artículo 32, se enfrenta con lo que la doctrina alemana llama la «*fundación retardada*». En qué consiste esta fundación retardada. Nos lo explica DE LA CÁMARA en sus *Estudios de Derecho Mercantil*: «Se constituye una sociedad simulando aportación de dinero cuando en realidad se aportan bienes. Estos se adquieren merced a una compra, también simulada, posterior, y de esta forma se da salida al supuesto metálico. La combinación persigue eludir las normas sobre la aportación de bienes *in natura*.

Una vez expuesto el nuevo artículo 31, y lo que con el mismo se pretende evitar, vamos a realizar su exégesis a través de los siguientes puntos:

1. *Diferencias con la legislación anterior*

Estas diferencias son bastante notables: Efectivamente, el último párrafo del anterior artículo 32 se limitaba a decir que las adquisiciones onerosas realizadas por la sociedad dentro del primer año a partir de su constitución deberán ser aprobadas necesariamente por la Junta general, previo informe escrito de los administradores, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social.

Las diferencias son patentes y manifiestas y las vamos a señalar una por una, sin perjuicio de volver después sobre ellas al examinar el precepto con más detenimiento.

Lo primero que salta a la vista es el aumento del plazo durante el cual las adquisiciones onerosas están limitadas y, por tanto, afectadas por este artículo. De un año se pasa a dos años, con lo que se dificulta, al imponer un plazo más largo, el fraude que precisamente se pretende evitar con este precepto. La segunda diferencia es que antes se hablaba de aprobación por la Junta general, lo que es un requisito *a posteriori*, y hoy se habla de que deben ser aprobadas previamente por la Junta general, con lo que, mientras no se llene este requisito no podrá verificarse la adquisición. Antes sólo era preciso el informe de los administradores; hoy, además de este informe, se requiere también, a semejanza de lo que ocurre con las aportaciones no dinerarias, un informe realizado por expertos independientes. Sin embargo, la diferencia más importante quizá esté en el último párrafo del actual artículo 31, al señalar las excepciones a la regla general que antes no existían. Estas excepciones (operaciones ordinarias de la sociedad y compra en subasta pública o mercado bursátil), por su importancia, las examinaremos más adelante.

El artículo en su redacción anterior fue objeto de una dura crítica, ya que, como decía DE LA CÁMARA, el remedio con el que se pretendía combatir el fraude, aparte de inocuo, de cara al menos a la fundación simultánea, era perturbador. No se comprende en la fundación simultánea qué garantía puede representar que la Junta (integrada ordinariamente por los mismos fundadores) apruebe la adquisición de los administradores. Claro es que los accionistas, dentro del plazo de un año a que se refería el artículo 32, pueden cambiar, pero si realmente se ha obrado en fraude de la Ley, el fraude se consumará antes de que los socios cambien. En la fundación sucesiva podría tener alguna virtualidad en relación a los socios, pero no así frente a los acreedores, que tendrían que entablar en todo caso la acción de simulación para luego vérselas

con el artículo 29 de la Ley, que los deja sin protección frente a valoraciones exageradas. Aparte de ineficaz, sigue diciendo DE LA CÁMARA, el precepto es perturbador, pues en muchos casos no hay fraude alguno, y, sin embargo, todos los contratos que entran en la previsión de aquella norma, debían ser aprobados por la Junta general. Ahora bien, ¿qué carácter tenía la aprobación por la Junta general? BERGAMO decía que la aprobación operaba como una *conditio legis*, es decir, que si la adquisición se llevaba a cabo, quedaba sujeta a la condición suspensiva de que se produzca el correspondiente acuerdo aprobatorio. Sin embargo, en opinión de DE LA CÁMARA, y según se deduce del texto, lo que ocurre es que los administradores no tienen poderes suficientes para efectuar por sí solos las adquisiciones a que se refiere el artículo 32 de la Ley. De aceptar la tesis de BERGAMO, la otra parte quedaría vinculada *sine die*, pues el artículo 32 no señala plazo durante el cual debería recaer la aprobación o desaprobación de la Junta general. Por consiguiente, con esta otra tesis se podría aplicar el artículo 1.259 del Código Civil y la contraparte podría revocar el consentimiento antes de que recaiga la aprobación de la Junta.

2. *Motivos de la reforma*

Al igual que vimos anteriormente en materia de aportaciones no dinerarias, el motivo fundamental de la reforma de esta materia en la nueva Ley de Sociedades Anónimas es la de buscar una adaptación de nuestras leyes mercantiles con las Directivas comunitarias en materia de sociedades. En efecto, el artículo 11 de la segunda Directiva viene a regular esta materia, siempre bajo su punto de vista de la protección de los terceros, estableciendo la siguiente doctrina: «La adquisición por parte de la sociedad de cualquier activo perteneciente a una persona o a una sociedad de las que hayan firmado los Estatutos o la escritura de constitución de la sociedad, por un contravalor de al menos la décima parte del capital suscrito, será objeto de una verificación y de una publicidad análogas a las previstas para las aportaciones no dinerarias, y se someterá a la aprobación de la Junta general, cuando esta adquisición tenga lugar antes de la expiración del plazo fijado por la legislación nacional en al menos dos años a partir del momento de la constitución de la sociedad o del momento de la obtención de la autorización de comenzar sus actividades. Igualmente, los Estados miembros podrán prever la aplicación de estas disposiciones cuando el activo pertenezca a un accionista o a cualquier otra persona.» Termina el artículo 11 diciendo que lo anteriormente dispuesto no se aplicará ni a las adquisiciones hechas en el marco de las operaciones corrientes de la sociedad

ni a las adquisiciones hechas por iniciativa o bajo control de una autoridad administrativa o judicial ni a las adquisiciones hechas en Bolsa.

A la vista de esta norma comunitaria podemos observar algunas diferencias con nuestro artículo 31. De una parte, la Directiva no fija el plazo, sino que se limita a señalar el mínimo durante el cual las legislaciones de los Estados miembros deben establecer estas limitaciones. De otra parte, la Directiva está fundamentalmente pensada para evitar un perjuicio a la sociedad mediante la confabulación de sus administradores con alguno o algunos de los socios fundadores. Pero también permite que se establezca la limitación cuando la adquisición onerosa proceda de otra persona y esto es precisamente lo que hace el artículo que comentamos. Quizá por ello haya optado por establecer el plazo mínimo para dar cumplimiento a la norma comunitaria, pues extender a un plazo más amplio la limitación resultaría demasiado perturbador para la sociedad. Finalmente, la Directiva nos dice que se deberán observar en estos casos los mismos requisitos que para las aportaciones no dinerarias. Y en este punto es donde se aparta más claramente nuestra legislación del artículo 11 comentado, pues lo único que exige el artículo 31 es la aprobación de la Junta general, eso sí con un informe preceptivo de expertos independientes y un informe de los administradores, pero, y esta es la fundamental diferencia, esos expertos sólo requieren eso, ser expertos y ser independientes, sin que los mismos tengan que ser designados por el Juez del domicilio de la sociedad que era precisamente el principal escollo con el que opinábamos se iban a tropezar las aportaciones no dinerarias a partir de la nueva Ley. Con ello lo que nos tenemos que preguntar es si el Derecho español se aparta de las Directivas comunitarias en esta materia. Rotundamente sí y creemos que con bastante acierto, pues someter todas las adquisiciones de la sociedad durante dos años y siempre que excedan de la décima parte del capital social al complejo sistema de las aportaciones no dinerarias nos parecería excesivo y que en la práctica esas adquisiciones no se verificaran o si lo fueran permanecieran ocultas hasta la finalización del plazo de los dos años. Lo que puede provocar esta diferencia entre aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas es que se produzca, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, y, además, con gran frecuencia, el fenómeno que se quiere evitar con estos preceptos; es decir, la «fundación retardada». Efectivamente, la sociedad, al constituirse con aportación de bienes de cualquier naturaleza, puede optar por sustituir esos bienes por numerario en el momento de la constitución y después acudir a la adquisición por la sociedad de los bienes que se desea integren su patrimonio, pues en este último caso, aparte de no tener que acudir al Juzgado para la designación de los expertos indepen-

dientes, sino de ser la misma sociedad la que los designa, con lo cual pensamos que se ahorra tiempo y dinero, el sistema no rige cuando se trate de las operaciones ordinarias de la sociedad (más adelante veremos el posible sentido de esta expresión) ni cuando en la adquisición intervenga una autoridad judicial o administrativa o se trate de compra en un mercado bursátil.

3. *Análisis del precepto*

Vamos a pasar ya al examen pormenorizado de la nueva norma deteniéndonos sobre todo en la cuestión relativa a la adquisición de bienes inmuebles por su relación con el Registro de la Propiedad.

El primer problema con el que nos encontramos es el de precisar qué es lo que a estos efectos debemos entender por constitución de la sociedad, pues es a partir de esa fecha cuando se empiezan a contar los dos años en que para la adquisición onerosa de bienes se requiere la aprobación de la Junta general. GARRIGUES, en relación al anterior artículo 32, opinaba que la constitución se refería al momento en que la sociedad quedaba inscrita en el Registro Mercantil, pues es precisamente en ese momento cuando se produce la adquisición de la personalidad por la sociedad. En contra, DE LA CÁMARA sostiene que los dos años se contarán desde el momento del otorgamiento de la escritura de constitución, alegando para ello la índole excepcional de la restricción que dicho precepto establece y de que no hay razones para suponer que el artículo ha querido referirse al total proceso fundacional que efectivamente termina con la inscripción. Estimamos que ambas posturas, no sólo por la autoridad científica de quienes las defienden, tienen apoyo dentro de la teoría general de la constitución de la Sociedad Anónima. Pero, sin embargo, creemos que cabe una tercera postura que a nosotros nos parece más acertada, a pesar de no concordar con los términos literales del precepto, aunque sí con su espíritu. Esta postura sería contar el plazo de los dos años a partir de la fecha de comienzo de las operaciones. Esta fecha unas veces coincidirá con la fecha de la escritura, otras con la de la inscripción en el Registro, y puede haber otras, las más raras, que no coincidan con ninguna de dichas dos fechas, pero, en definitiva, es la que nos marca el momento a partir del cual la sociedad ha empezado a operar en el comercio y, por tanto, es la fecha en que puede empezar a verificar adquisiciones, que es precisamente lo que determina la aplicación del precepto que comentamos, todo lo cual lo entendemos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley sobre la aprobación de los actos o contratos realizados con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución o con ante-

rioridad a la inscripción registral. En apoyo de esta tesis nuestra de señalar, como momento a partir del cual se cuenta los dos años, la fecha de comienzo de las operaciones señalada en la escritura de constitución acudimos al mismo artículo 11 de la segunda Directiva, inspirador de nuestro actual artículo 31, y en él vemos que el plazo se puede contar o bien a partir de la constitución o bien a partir del momento de la obtención de la autorización de comenzar sus actividades. Nuestra Ley ha optado por establecer que se cuente el plazo a partir de la constitución, pero ante lo impreciso del término y ante las discusiones doctrinales que, como hemos visto, se plantean al interpretar análoga frase en el anterior artículo 32, no creemos descabellada, aunque sea hacer decir al precepto lo que el precepto no dice, el sostener que el plazo, hoy de dos años, se contará a partir de la fecha de comienzo de las operaciones. Apoyan esta postura dos argumentos fundamentales: uno, que es precisamente a partir de esta fecha, como hemos apuntado antes, cuando pueden empezar a producirse las adquisiciones que debe aprobar la Junta general y parecería totalmente ilógico el que se contara la fecha, a partir de un momento en el que ya es posible que se hayan verificado adquisiciones o bien aceptando la tesis de DE LA CÁMARA de contar el plazo a partir de la fecha de la escritura, puede llevar, en casos extremos, en que la fecha de comienzo de las operaciones por cualquier causa sea muy posterior, a que la prevención del artículo 32, hoy 31, quede ineficaz. La otra razón a la que aludíamos es la de que debemos tener en cuenta los antecedentes del precepto actual, que no es otro que el artículo 11 de la segunda Directiva, en el cual se deja previsto específicamente que el plazo pueda contarse a partir de que se cumplan determinadas autorizaciones administrativas para comenzar sus actividades. Este supuesto, además, es hoy bastante frecuente en la práctica, pues cada vez son más las sociedades que contando con un objeto especial necesitan para poder comenzar a actuar ese objeto, de alguna autorización administrativa, o bien que es la misma sociedad la que deja previsto en sus Estatutos que comenzará sus actividades una vez que haya sido dada de alta en licencia fiscal. En todos estos casos, contar el plazo desde la fecha de la escritura o bien desde la fecha de la inscripción puede resultar injusto, de una parte para con la sociedad y de otra también injusto con los intereses de los terceros que el precepto quiere proteger.

Una vez planteado el problema de la fecha a partir de la cual se cuenta el plazo de los dos años y apuntadas las posibles soluciones, vamos a examinar, siguiendo a DE LA CÁMARA, los otros requisitos que son necesarios para que entre en juego el precepto del artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En primer lugar, que se trate de una adquisición a título oneroso. Como la finalidad de la norma es evitar que se eludan los preceptos sobre valoración de aportaciones no dinerarias, todo acto o contrato que produzca el efecto de hacer ingresar en el patrimonio de la sociedad bienes a título oneroso debe entrar en el ámbito del precepto. El fundamental será la compra, pero también debemos incluir otros, como la dación en pago o la permuta. La interdicción no alcanza a las adquisiciones a título gratuito ni a los negocios que no se dirijan a procurar una adquisición de bienes. Por tanto, son libres las ventas, los arrendamientos y en general todos aquellos actos que no entrañen una adquisición a título oneroso. Hoy día, y esta es la principal diferencia con el anterior artículo 32, también son libres y, por tanto, no quedan afectados por las limitaciones del artículo 31, según su último párrafo, las adquisiciones comprendidas en operaciones ordinarias de la sociedad, ni las que se verifiquen en un mercado bursátil ni en subasta pública. Este último párrafo es una directa consecuencia del artículo 11 de la segunda Directiva, que lo impone con el objeto, creemos, de no entorpecer la vida ordinaria de la sociedad, obligando a reunir a la Junta general cada vez que se produjera una compra con estas características. Y es aquí donde se pueden presentar los mayores problemas para la correcta aplicación del precepto. Así como la exclusión de las adquisiciones que se produzcan en subasta pública, debemos entender que tanto judicial como administrativa, o en un mercado bursátil, no plantean problema, pues la razón de su exclusión parece clara, ya que, al intervenir en el proceso adquisitivo una autoridad u organización de fuera de la sociedad, la Ley entiende que se elimina el posible fraude que se quiere evitar con el precepto, no ocurre lo mismo con el hecho de que se excluyan las adquisiciones derivadas de las operaciones ordinarias de la sociedad, pues ello nos lleva a interpretar la frase en cuestión. Es decir, qué debemos entender por «operaciones ordinarias», sobre todo teniendo en cuenta la tendencia a la ampliación del objeto que hoy día muestran la mayor parte de las sociedades. En principio por operaciones ordinarias debemos entender todas aquellas que se refieran al giro o tráfico de la empresa. Sin embargo, al excluir todas estas operaciones, los objetivos que persigue el precepto de evitar fraudes y confabulaciones en perjuicio de la sociedad no se evitan, pues dentro de esas operaciones ordinarias caben acuerdos o contubernios entre transmitentes y administradores, que disminuyan la solvencia patrimonial de la sociedad. Por otra parte, hoy día es muy frecuente que al precisar el objeto de la sociedad y, por tanto, al determinar su posible giro o tráfico, se emplee la coletilla final de que la sociedad también podrá realizar «todos aquellos actos que sean consecuencia directa o indirecta del

objeto principal, así como las operaciones complementarias o accesorias de dicho objeto». Con la utilización de esta frase, que ha sido refrendada como posible por la jurisprudencia mercantil de la Dirección General, pocas serán las sociedades que tendrán que acudir a la aprobación por la Junta general de sus adquisiciones onerosas. Así, centrándonos en el terreno que a nosotros como Registradores de la Propiedad más nos interesa, la adquisición de bienes inmuebles, sea cual sea el objeto de la sociedad, si se incluye la frase de referencia, deberemos inscribir la adquisición a favor de la sociedad, a pesar de haberse efectuado durante los dos primeros años y exceder de la décima parte del capital social. En efecto, cualquier sociedad y con cualquier objeto puede alegar que para desarrollar con plenitud el mismo necesita de la adquisición de los bienes inmuebles. Así, una sociedad cuyo objeto sea el juego, siempre podrá aducir, ante la petición por parte del Registrador de la Propiedad de la previa aprobación de la Junta general que el local comercial adquirido lo necesita para la instalación de sus máquinas recreativas. La que se dedique a la comercialización de bebidas o productos de la alimentación también necesitará locales u otros bienes inmuebles, inclusive fincas rústicas, para desarrollar su labor. Empresas de publicidad, periodísticas, mediadoras en la prestación de servicios médicos, jurídicos o de cualquier otra naturaleza o con cualquier otro objeto siempre podrán alegar ante la petición de exigir la previa aprobación de la Junta general para inscribir las adquisiciones de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, que dichas adquisiciones son actos accesorios o complementarios del objeto principal. Sólo podrá ser nuestra calificación negativa cuando el objeto de la sociedad y la naturaleza del bien inmueble adquirido sea tan dispar que no pueda establecerse una racional conexión entre dicho objeto y la clase de bien a adquirir. Pensamos, en el caso de algunas de las empresas antes mencionadas, que, por ejemplo, adquirieran fincas rústicas, ya que incluso si se tratara de solares no podremos oponernos a la inscripción, pues siempre puede ser una adquisición previa para la posterior ejecución sobre el susodicho solar de la sede de la sociedad o de sus negocios. Es decir, y como conclusión, en la actualidad o mejor dicho cuando entre en vigor la Ley, la exigencia de previa aprobación de la Junta general para inscribir las adquisiciones onerosas de bienes inmuebles por la sociedad exigirá un detenido estudio del objeto de la sociedad en cuestión, para ver la amplitud del mismo, o la posibilidad de que el acto realizado sea accesorio del objeto principal, para teniendo en cuenta toda la doctrina de la Dirección General sobre objeto de sociedades, acceder o rechazar la inscripción solicitada. No planteamos siquiera el tema de las sociedades que tengan un objeto inmobiliario, pues para ellas está claro

que en ningún caso será precisa la aprobación de la Junta general para poder inscribir sus adquisiciones de bienes inmuebles, sean éstos de naturaleza rústica o urbana, pues tanto unos como otros estarán incluidos dentro del giro o tráfico de la empresa. Sin embargo, en este punto no compartimos la opinión expresada por el profesor PÉREZ DE LA CRUZ, al decir que a partir de la vigencia del nuevo artículo 31 bastará, para evitar su aplicación, que en el momento de constitución de la sociedad se incluya en el objeto social, como actividad propia de la compañía, «la compraventa de toda clase de bienes muebles o inmuebles», pues con dicho objeto nadie podrá sostener que la compra realizada dentro de los dos primeros años de su actividad no constituye operación ordinaria de la sociedad, ya que forma parte de las integradas en su objeto. No tiene en cuenta u olvida el profesor PÉREZ DE LA CRUZ que una sociedad que incluyera dicha frase en su objeto no podría tener acceso al Registro Mercantil, pues dicha frase implica o supone un objeto omnicomprendido para la sociedad, lo cual está prohibido por nuestro actual Derecho positivo, pues, según ha expuesto reiteradamente la Dirección General de los Registros en múltiples resoluciones, nada impide que la sociedad tenga una multiplicidad de objetos, pero siempre que los mismos estén determinados de tal forma que se sepa en cada momento a qué se dedica o puede dedicarse la sociedad y con la fórmula antes expuesta la sociedad podría dedicarse a cualquier clase de objeto, lo que provocaría la indefensión de los terceros que entraran en contacto con ella, aparte de quedar asimismo indeterminado el ámbito de actuación de los administradores. Lo ratifica el artículo 13 de la nueva Ley al señalar como contenido de los Estatutos en su apartado *b)* el objeto social, determinando las actividades que lo integran.

Por tanto, una sociedad con tal objeto indeterminado no podría inscribirse y sería, por tanto, imposible que actuara en el tráfico jurídico. Ahora bien, como antes hemos expuesto, se puede conseguir un resultado similar con la teoría de los actos accesorios o complementarios del objeto principal, pero esta teoría lleva implícita una menor generalidad que la del objeto omnicomprendido, pues sólo autoriza a realizar actos que, aparte de tener esa complementariedad con el objeto principal, sean actos aislados, pues si la sociedad, con habitualidad, se dedicara a realizar esa clase de actos, qué duda cabe que debería cambiar de objeto, pues esos actos no serían accesorios o complementarios, sino que se realizarían, en aras de la habitualidad, con carácter de negocio principal de la empresa. Por tanto, ante cada escritura de adquisición de bienes inmuebles realizada por una sociedad que no cuente con dicho objeto específico y que estén efectuados dentro de los dos primeros años de su constitución y excedan de la décima parte del capital social, lo que

tendrá que averiguar el Registrador, para saber si da acceso a dicha escritura a los libros del Registro de la Propiedad, es si el acto concreto realizado puede o no ser complementario o accesorio del objeto principal y si con los limitados medios que le ofrece en este punto su calificación la sociedad ha venido habitualmente realizando actos de esa clase. Si es un acto aislado y puede tener las características de accesoria o complementariedad no podrá negarse a su registración, aunque se salga del concreto objeto de la sociedad. No obstante, esta doctrina debe aplicarse con prudencia, pues aparte de que a la frase «operaciones ordinarias de la sociedad», puede dársele un sentido más restringido, comprensivo sólo de las operaciones que específicamente entren dentro de su objeto principal, debemos tener en cuenta que uno de los requisitos que exige la Dirección General para poder aplicar la teoría de los actos complementarios en relación al objeto de la sociedad, es, como sabemos, el de que los mismos no sean realizados con habitualidad, y este punto de la habitualidad es muy difícil de apreciar por el Registrador, de un lado porque su calificación se limitará al caso concreto planteado y de otro porque, si califica positivamente, nadie le va a garantizar que la sociedad, fuera del ámbito territorial que comprende la demarcación de su Registro, vaya a seguir realizando actos complementarios del objeto social que ya no serían tales, por ser habituales, y saltándose las exigencias del comentado artículo 51 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas. Para concluir, vamos a señalar los que creemos que son puntos fundamentales a calificar ante toda escritura de adquisición de bienes inmuebles realizada por la sociedad dentro de los dos años siguientes a su constitución siempre que su importe exceda de la décima parte del capital y no venga acompañada de la aprobación previa de la Junta general:

a) Comprobar y calificar el objeto social, de donde resultará cuál es el tráfico o giro de la empresa.

b) Si la adquisición realizada está fuera del objeto social, ver si puede ser entendida dicha adquisición como acto accesorio o complementario del objeto principal; y

c) Comprobar, dentro del limitado campo que comprende su calificación en este punto, si la adquisición ha sido realizada o puede serlo con las características de habitualidad.

Si el acto realizado no puede considerarse como accesorio o complementario o existen indicios o sospechas de que el mismo sea o pueda ser reiterado por la sociedad, creemos que no puede accederse a la inscripción sin la preceptiva aprobación previa de la Junta general.

Esta última reflexión nos lleva de la mano a un problema fundamental: Es el del carácter que tendrá la adquisición realizada sin la aprobación de la Junta general. La misma es nula o simplemente anulable. Planteamos el problema por la diferencia que existe entre el anterior artículo 32 y el actual artículo 31. Antes se hablaba de que las adquisiciones debían ser aprobadas por la Junta general. Hoy dice el artículo 31 que deben ser «previamente aprobadas». No creemos que el adverbio incluido deba hacer variar la doctrina establecida en relación al anterior artículo 32, en el que se admitía que la aprobación podía ser previa o posterior al acto adquisitivo. Es decir, con DE LA CÁMARA, seguimos pensando que el artículo 31 lo que supone es un límite a las facultades representativas de los administradores y que, por tanto, si se realiza el acto sin la preceptiva aprobación, cuando la misma deba darse siempre cabe la posterior ratificación de la Junta general, en virtud de lo establecido en el artículo 1.259 del Código Civil. Es decir, que se trataría de un acto simplemente anulable y no nulo de pleno Derecho y como tal acto anulable susceptible de confirmación, de conformidad con los artículos 1.310 y siguientes del Código Civil.

Otro problema a plantear en este punto es si los preceptivos informes que deban acompañar a la convocatoria, uno elaborado por expertos independientes y otro elaborado por los administradores, puede ser obviado o suprimido en el caso de que la aprobación se produzca en Junta universal. Es decir, lo que nos planteamos es si en caso de Junta universal el Registrador de la Propiedad puede exigir que ambos informes vayan unidos a la correspondiente certificación del acta de la Junta universal que procedió a la aprobación de la adquisición. Si pensamos que el precepto está dado sólo para proteger a los socios, es claro que los indicados informes no pueden ser exigidos por el Registrador, pero si el precepto está dado, no sólo para proteger a los socios, sino también y en mayor medida para proteger a los terceros, no nos cabe la menor duda que ambos informes deberán ser unidos a la certificación. El que el precepto está dado para proteger a los terceros parece claro si tenemos en cuenta los antecedentes del artículo, que se encuentran, como sabemos, en el 11 de la segunda Directiva comunitaria, y el hecho de que el citado artículo 11 nos dice que las adquisiciones serán objeto de una verificación y publicidad análogas a las de la aportación no dineraria y en este punto ya sabemos que el artículo 31 exige que el informe se incorpore a la escritura de constitución. Ahora bien, ante el silencio que en este punto guarda nuestro artículo 31, a), creemos que será suficiente que en la certificación del acta de la Junta se indique que los asistentes han tenido a la vista los dos preceptivos informes, sin que sea necesario el que se incorporen a la misma. Creemos que esta es

la solución menos entorpecedora para la sociedad, y parece que por ella se inclina PÉREZ DE LA CRUZ en sus comentarios al artículo y, en definitiva, si la declaración o manifestación de los socios fuera falsa, frente a ellos deberían ejercitar sus acciones los posibles terceros perjudicados. La calificación del informe poca seguridad añadiría, pues el mismo sería en todo caso positivo para la sociedad, por muy independientes que fueran los expertos. Caso de que la aprobación no se produjera en Junta universal, entonces si pensamos que el informe debe acompañarse y ser objeto de calificación, entre otras razones porque el informe debe estar a disposición de los socios desde la convocatoria.

Vamos a aludir ahora al problema de si el precepto puede ser aplicable también en caso de ampliación de capital realizada con posterioridad a la constitución. Las razones, como dice DE LA CÁMARA, que han llevado al legislador a la adopción de determinadas medidas, en función de la llamada «fundación retardada», son válidas igualmente en el supuesto de ampliación de capital, pues se trata de evitar que mediante el procedimiento de simular una aportación en metálico, que luego se reemplaza en el activo por la compra, también supuesta, de los bienes realmente aportados puedan eludirse las normas legales de valoración de aportaciones no dinerarias. Esta consideración induce a una respuesta afirmativa. Pero apoyan la contestación negativa otras razones, como el carácter excepcional del precepto, el que el mismo no sea directamente aplicable a las aportaciones *in natura* y a que resultaría absurdo que cualquier aumento de capital, por mínimo que sea respecto del capital precedente, obliguen a la aprobación por la Junta de todas las adquisiciones que no siendo operaciones ordinarias de la sociedad en el sentido antes apuntado sean efectuadas dentro de los dos años siguientes siempre que excedan de la décima parte del capital. Es, en definitiva, una cuestión opinable respecto de la cual no hemos encontrado jurisprudencia, ni de la Dirección General ni del Tribunal Supremo en un sentido u otro.

Finalmente vamos a aclarar lo que debemos entender por capital, para calificar si la adquisición excede o no de la décima parte de ese capital. Por capital a estos efectos debemos entender, como dice GARRIGUES, el capital nominal y no el capital desembolsado. En este punto existe total unanimidad en la doctrina, por lo que no nos extendemos más sobre el mismo.

Para terminar diremos que ningún parlamentario ha propuesto enmiendas al artículo 31. a), por lo que todo lo dicho en relación al Proyecto actualmente en discusión parlamentaria creemos que valdrá para cuando se publique definitivamente la Ley.

JOSÉ ANGEL GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN
 Registrador Mercantil. Granada

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) ACUERDOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Convenio de la Organización Marítima Internacional.*—En el *Boletín Oficial del Estado* del 10 de marzo se publica la corrección al texto español del Convenio constitutivo de esta organización, hecho en Ginebra el 6 de marzo de 1948. Dicho texto corregido es el resultante del Acta de rectificación de 15 de diciembre de 1988 y lo comunica el Secretario general de las Naciones Unidas en su calidad de depositario de dicho texto.

Los objetivos de esta Organización, según el artículo 1.º, son:

a) Depurar un sistema de cooperación entre los Gobiernos en la esfera de la reglamentación y de las prácticas gubernamentales relativas a cuestiones técnicas de toda índole concernientes a la navegación comercial internacional; alentar y facilitar la adopción general de normas tan elevadas como resulte factible en cuestiones relacionadas con la seguridad marítima, la eficiencia de la navegación y la prevención y contención de la contaminación del mar ocasionada por los buques, y atender las cuestiones administrativas y jurídicas relacionadas con los objetivos enunciados en el presente artículo.

b) Alentar la eliminación de medidas discriminatorias y de restricciones innecesarias aplicadas por los Gobiernos a la navegación comercial internacional, con el fin de fomentar la disponibilidad de los servicios marítimos para el comercio mundial sin discriminación; la ayuda y el estímulo dados por un Gobierno a su marina mercante nacional para el desarrollo de ésta y a fines de seguridad nacional no constituyen en sí mismos discriminación, a condición de que dichos ayuda y estímulo no estén fundados en medidas encaminadas a restringir, para los buques de cualquier pabellón, la libertad de participar en el comercio internacional.

c) Depurar la posibilidad de que la Organización examine las cuestiones relativas a las prácticas restrictivas desleales de Empresas de navegación marítima.

d) Depurar la posibilidad de que la Organización examine toda cuestión que, en relación con la navegación marítima y los efectos de ésta en el medio marino, pueda serle sometida por cualquier órgano u organismo especializado de las Naciones Unidas.

e) Procurar que exista intercambio de información entre los Gobiernos acerca de las cuestiones sometidas a la consideración de la Organización.

2. *Elecciones al Parlamento Europeo.*—El Real Decreto 377/1989, de 14 de abril, publicado en el *BOE* del 17 siguiente, convoca elecciones a celebrar el jueves 15 de junio.

El Consejo de las Comunidades Europeas en su reunión del día 26 de julio de 1988, adoptó, de conformidad con lo previsto en Acta del propio Consejo de 20 de septiembre de 1976, la decisión de fijar el período para la tercera elección de los representantes en el Parlamento Europeo entre los días 15 y 18 de junio de 1989, correspondiendo a cada Estado miembro señalar la fecha concreta de la votación dentro de dicho período.

La regulación de las Elecciones al Parlamento Europeo viene establecida por el Acta del Consejo de las Comunidades de 20 de septiembre de 1976, directamente aplicable en el ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3.º del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas, y por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, modificada por la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril, para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Permiso por maternidad y trato laboral de la mujer.*—Por Ley 3/1989, de 3 de marzo, se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Esta Ley, que se publica en el *BOE* del día 8 de marzo modifica al efecto varios preceptos del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley sobre Medidas para la reforma de la Función Pública y de la Ley de Funcionarios del Estado.

2. *Ley de Espacios Naturales.*—Es la Ley 4/1989, de 27 de marzo, publicada en el *BOE* del día 28 siguiente, y establece normas de protección, conservación, restauración y mejora de los recursos naturales, especialmente los espacios naturales, la flora y la fauna silvestres.

Debemos destacar el punto 3 del artículo 10, que dice:

3. La declaración de un espacio como protegido lleva aparejada la de utilidad pública, a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, y la facultad de la Administración competente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, en las transmisiones onerosas *inter vivos* de terrenos situados en el interior del mismo.

A los efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, por el transmitente se notificarán fehacientemente a la Administración actuante las condiciones esenciales de la transmisión pretendida y, en su caso, copia fehaciente de la escritura pública en que haya sido instrumentada la citada transmisión. El derecho de tanteo podrá ejercerse en el plazo de tres meses y el de retracto en el de un año, ambos a contar desde la correspondiente notificación, que deberá efectuarse en todo caso y será requisito necesario para inscribir la transmisión en el Registro de la Propiedad.

3. *Ley de Bases de Procedimiento Laboral.*—Tiene la numeración 7/1989, de fecha 2 de abril, y se publica en el *BOE* del día siguiente. Según su preámbulo tiene un triple objeto: adecuar el proceso laboral a la nueva estructura judicial, que la Ley Orgánica del Poder Judicial diseña y la Ley de Demarcación y de Planta Judicial concreta y desarrolla, facilitar a los justiciables el disfrute de su derecho a recabar la tutela judicial efectiva en términos acordes con los imperativos constitucionales y ajustar la legislación procesal a los requerimientos provenientes de la legislación sustantiva, laboral y sindical.

En la Base primera establece de este modo la jurisdicción:

1. Corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las que legalmente se le atribuyan.

2. Los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social conocerán, en todo caso, de las cuestiones litigiosas que se promuevan:

a) En materia de Seguridad Social.

b) Entre los asociados y sus Mutualidades, o entre estas Entidades sobre cumplimiento, existencia o declaración de sus obligaciones específicas y derechos de carácter patrimonial relacionados con los fines y obligaciones propios de esas Entidades.

c) Contra el Estado, cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

d) Sobre responsabilidades del Fondo de Garantía Salarial previstas en la legislación laboral.

e) Entre las sociedades cooperativas o anónimas laborales y sus socios, de conformidad con lo previsto en sus legislaciones respectivas.

3. No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo en materia laboral ni de las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria, ni de la tutela de los derechos de libertad sindical relativas a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el artículo 1.3, a), de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

4. *Ley de Tasas y Precios Públicos.*—Tiene fecha 13 de abril y se publica en el *BOE* del día 15, entrando a regir al día siguiente de tal publicación.

Siendo su contenido fundamental la regulación de estos recursos de Derecho público, contiene una disposición adicional que afecta de modo directo a las transmisiones patrimoniales y cuyo contenido es el siguiente:

Cuarta. *Tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa.*

En las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos que se realicen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, cuando el valor comprobado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por 100 de éste y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último sin perjuicio de la tributación que corresponda por el impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo.

5. *Ley Procesal Militar.*—Es la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, publicada en el *BOE* del día 18 del mismo mes. Tiene un texto extensísimo, de 521 artículos, y las correspondientes disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y final.

Se caracteriza, según el preámbulo, por la acentuación de las garantías del justiciable y de los perjudicados por el delito, introduciendo como novedades: La asistencia letrada y las figuras del acusador particular y el actor civil, estableciéndose, con ciertas matizaciones, el principio de igualdad de partes en el proceso penal.

Según el artículo 1.º sólo podrán imponerse penas en la jurisdicción militar en virtud de sentencia dictada por Juez o Tribunal competente

y con arreglo al procedimiento establecido en la Ley y en los Acuerdos, Convenios o Tratados internacionales en los que España sea parte.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Destacamos como más importantes de las dictadas en los meses pasados las siguientes:

— En *Aragón*, el Decreto de 21 de febrero sobre régimen jurídico de aplicación a los bienes patrimoniales de naturaleza inmobiliaria de la Comunidad. En sus artículos 9, 14 y 18 se establece que tanto la adquisición como las enajenaciones de estos bienes habrán de inscribirse en el Registro de la Propiedad. Se publica en el *Boletín* regional de 24 de abril.

— En *Canarias*, el Decreto de 15 de febrero, inserto en su *Boletín* de 3 de abril, trata de la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas que tengan igual calificación.

— En *Galicia* el Decreto de 9 de marzo, publicado en su *Diario Oficial* del 13 de abril, aprueba el Reglamento del Patrimonio de la Comunidad gallega.

La afectación de bienes de dominio público debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad correspondiente, según el artículo 14. Lo mismo se hará con el acuerdo de desafectación, tal como lo manda el artículo 24.

En cuanto a los bienes patrimoniales, deberán ser inscritos en todo caso, según el artículo 61, tanto en sus deslindes como en cuanto al dominio. Los artículos 167 y 168 regulan con detalle lo referente a dicha inscripción a la que se da el carácter de obligatoria y en el artículo 180 se ordena la inscripción de los deslindes administrativos.

— En *Madrid*, la Ley de 16 de marzo, que se publica en el *Boletín de la Comunidad* del 3 de abril, modifica el artículo 14 de la Ley de Ordenación Territorial de la Comunidad de Madrid de 30 de mayo de 1984, regulando especialmente las Directrices de Ordenación Territorial en lo referente a su tramitación y efectividad.

Por último, en *Valencia* hay dos leyes:

— La de 2 de marzo, publicada en el *Diario Oficial de la Generalidad* el día 6 siguiente, establece el régimen de inspección y procedimiento en materia de disciplina turística.

— Y la de 3 de marzo, publicada el 8 siguiente, regula el impacto ambiental, para identificar, clasificar, estudiar e interpretar y prevenir los efectos de un proyecto sobre la salud y el bienestar humano y su entorno.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Conferencias sobre sociedades de capital.*—El día 24 de abril se clausuró, en el Colegio de Registradores de la Propiedad de España, el ciclo de conferencias que se ha venido celebrando desde enero bajo el tema general «Sobre sociedades de capital y su próxima reforma».

El ilustrísimo señor Director general de los Registros y del Notariado, don JOSÉ CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho Mercantil, desarrolló la última, estudiando «La acción como valor inmobiliario».

Como ya dimos noticia en nuestro número anterior de las conferencias de enero y febrero, sólo diremos que en los meses de marzo y abril los conferenciantes y los temas han sido:

- «La reforma de las Sociedades de Responsabilidad Limitada», por don HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil (Barcelona).
- «La reforma de Sociedades y el Derecho Comparado», por don JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad y Profesor titular de Derecho Mercantil.
- «El Gobierno de la Sociedad Anónima», por don JUAN PABLO RUANO BORRELLA, Registrador Mercantil (Madrid).
- «Las Directivas comunitarias proyectadas desde la perspectiva del Registro Mercantil», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad, Letrado y Subdirector General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.
- «Mercado de valores y reforma de la Sociedad Anónima», por don ALBERTO ALONSO UREBA, Profesor de Derecho Mercantil.
- «La acción como valor mobiliario», por don JOSÉ CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho Mercantil. Director General de los Registros y del Notariado.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—Tres ciclos de conferencias se han desarrollado en esta Docta Institución durante estos meses pasados y damos breve noticia:

a) *Segundo ciclo de conmemoración del Código Civil.*—Con las siguientes conferencias:

- «Normas procesales en el Código Civil», por don LEONARDO PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Académico de Número.
- «El documento en el Código Civil», por don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, Notario de Madrid.

— «Eficacia e ineficacia de los actos jurídicos», por don MANUEL TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros, Académico de Número.

b) *XIV Centenario del Tercer Concilio de Toledo*.—La Real Academia ha hecho su aportación a este Centenario con dos conferencias monográficas:

— «Los Concilios de Toledo y el Derecho Público de la época», por don ALFONSO GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO, Académico de Número.

— «Incidencia de los cuadros religiosos de los Concilios de Toledo en la política visigótica», por don ISIDORO MARTÍN MARTÍNEZ, Académico de Número.

c) *Segundo Centenario de la Revolución Francesa*.—Ha comenzado un ciclo de conferencias que durará hasta el 15 de junio.

Durante el mes de abril se han desarrollado dos de ellas:

— «Los orígenes filosófico-jurídicos de la Revolución Francesa», por don JORGE USCATESCU RADACINEANU, Presidente de la Sociedad Iberoamericana de Filosofía.

— «La paradoja totalitaria y la Revolución Francesa», por don JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

3. *Academia Matritense del Notariado*.—Durante los dos meses pasados se han celebrado en esta Academia, en el Colegio Notarial de Madrid, cuatro conferencias, que han sido:

— «El Código Civil y el Derecho civil catalán», por don PABLO SALVADOR CODERCH, Catedrático de Derecho Civil.

— «El contrato de franquicia», por don JESÚS LED CAPAZ, Notario.

— «La función notarial en la creación de seguridad en materia de sociedades», por don FRANCISCO VICENT CHULIÁ, Catedrático de Derecho Mercantil.

— «Notas históricas sobre la reforma del matrimonio, Ley 1981», por don JOSÉ ANTONIO ESCARTÍN IPIENS, Notario.

4. *Jornada sobre Sociedades Agrarias de Transformación*.—En Valencia se ha celebrado el día 10 de marzo la Primera Jornada de Sociedades Agrarias de Transformación en la Comunidad Valenciana, para estudiar los problemas que estas figuras asociativas, muy extendidas en el litoral levantino, tienen planteados, proponiendo las debidas soluciones.

Se desarrollaron las siguientes ponencias:

- «Marco Jurídico y Fiscal de las SS.AA.TT., presente y futuro», por don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad.
- «Las SS.AA.TT. como Empresa Asociativa para el Desarrollo Agrario», por don JULIO OLANO MARTÍNEZ, Secretario de la Confederación Nacional de SS.AA.TT.
- «Tendencias asociativas agrarias en la CEE», por don LUIS AMAT ESCANDELL, Catedrático de Derecho Agrario de la Universidad Politécnica de Valencia.
- «La Política Agrícola común y la Economía Valenciana», por don LUIS VICENTE BARCELÓ VILA, Catedrático de Economía y Política Agraria de la Universidad Politécnica de Valencia.

5. *II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho.*—Se ha celebrado en la ciudad de Guatemala durante los días 6 al 10 de marzo, asistiendo más de 350 congresistas, procedentes de trece países, entre ellos España.

Los temas estudiados fueron los siguientes:

1. La informática como ayuda a la labor legislativa.
 - La informática en el proceso de creación de leyes.
 - Sistemas de información parlamentaria.
2. La informática, los profesionales del Derecho y los Registros públicos.
 - Informática y responsabilidad notarial.
 - La informática en las Notarías.
 - La informática en los despachos de abogados.
 - La informática y los Registros públicos.
3. Sistemas de información en la Administración de Justicia.
 - Informática en la gestión de los procesos judiciales.
 - Sistemas de apoyo a la decisión.
4. Derecho de la informática.
 - Regulación legal en la informática.
 - Informática y derecho a la intimidad.
 - Contratos informáticos.
5. Inteligencia artificial y Derecho.
 - IA y el razonamiento del jurista.
 - IA y sistemas de recuperación de documentación jurídica.

6. *Congreso Nacional de Derecho del consumo*.—Se ha celebrado durante los días 7 al 11 de marzo y ha sido organizado por el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa de la Universidad de Oviedo, para estudiar determinados problemas suscitados por la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984.

Este ha sido su programa:

1. «Las Condiciones Generales de Contratación y el artículo 10 de la LCU», por el excelentísimo señor don LUIS DÍEZ PICAZO, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado del Tribunal Constitucional.
2. «Protección de los Consumidores ante la Promoción Publicitaria de Bienes y Servicios», por el Profesor Doctor don CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.
3. «La Compraventa de Viviendas y la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios», por el Profesor Doctor don ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.
4. «La Responsabilidad Civil del Fabricante», por el Profesor Doctor don GUIDO ALPA, Ordinario de Diritto Privato nell'Università di Genova.
5. «La Protección al Consumidor en el Marco de la CEE», por el Profesor Doctor THIERRY BOURGOINIE, Université de Lovaine. Centre du Droit de la consommation.
6. «El Consumo y la Problemática Penal», por el excelentísimo señor don JOSÉ AUGUSTO DE VEGA RUIF, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

7. *Centenario del Código Civil en Córdoba*.—Organizado por la Cátedra de Derecho Civil de la Facultad de Córdoba, se celebra desde el 10 de marzo al 4 de mayo un ciclo conmemorativo del centenario del Código Civil, cuyos temas y conferenciantes son los que relacionamos a continuación:

- «El Centenario del Código Civil y uno de sus comentaristas: 'CASTAN TOBEÑAS'», por don JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, Registrador de la Propiedad, Director del Centro de Estudios Hipotecarios, Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.
- «Los autores del Código Civil», por don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y

Legislación, Vocal de la Comisión General de Codificación, Letrado del Estado excedente.

- «La España del Código Civil», por don JOSÉ M. CUENCA TORIBIO, Catedrático de Historia Contemporánea de la Facultad de Filosofía y Letras de Córdoba.
- «El Código Civil y la Iglesia Católica», por don JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA, Magistrado de la Audiencia Territorial de Madrid.
- «El Notariado y su colaboración en la interpretación del Código Civil», por don EMILIO GOSALVEZ ROLDÁN, Notario.
- «Ambiente político-social en el Madrid de 1889», por don FEDERICO C. SAINZ DE ROBLES, Magistrado - Ex Presidente del Tribunal Supremo.
- «La nueva configuración del Registro Mercantil», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad, Notario y Letrado del Estado, Subdirector General del Notariado y de los Registros.

8. *Curso sobre Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil.*—El Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, en colaboración con el Colegio de Abogados de Barcelona, ha organizado este curso, que se celebrará entre el 3 de abril y el 12 de junio, con sesiones los lunes y jueves, a las 20 horas, con el siguiente programa:

- «El Registro y el Notariado como pilares del sistema popular de seguridad jurídica», por don JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, Notario de Barcelona.
- «El Registro de la Propiedad y los Impuestos sobre el Tráfico», por don JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, Registrador de Vendrell.
- «La presentación del documento en el Registro y el proceso de registración», por don PEDRO AVILA NAVARRO, Registrador de Barcelona.
- «La consulta del Registro», por el mismo.
- «La calificación registral», por don JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, Registrador de la Propiedad de San Sebastián.
- «Adquisición, administración y disposición de inmuebles en la sociedad conyugal», por don JOSÉ LÓPEZ LIZ, Abogado.
- «El acceso al Registro del pacto de sobrevivencia», por don JOSÉ MARÍA QUINTANA PETRUS, Registrador de la Propiedad de Barcelona.
- «Eficacia de la anotación preventiva de embargo», por don CELESTINO PARDO NÚÑEZ, Registrador de Villafranca del Penedés.
- «El embargo de bienes *ex-gananciales*», por don ALBERTO YUSTA BENACH, Registrador de Barcelona.

- «Cláusulas estatutarias en la sociedad anónima», por el Seminario de Registradores Mercantiles de Barcelona.
- «Reglas de la sociedad limitada», por los mismos.
- «La representación de sociedades ante el Registro de la Propiedad», por don JOSÉ MARÍA ALFÍN MASSOT, Registrador de Barcelona.
- «Cláusulas estatutarias en la propiedad horizontal», por don PABLO VIDAL FRANCÉS.
- «Configuraciones complejas de la propiedad horizontal», por don JESÚS MURO VILLALÓN, Registrador de Igualada.
- «La condición suspensiva y la resolutoria ante el Registro», por don ANTONIO GARCÍA CONESA, Registrador de Palamós.
- «La condición resolutoria explícita en la compra-venta», por don JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, Registrador de Barcelona.
- «La inscripción del *leasing* inmobiliario», por don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Registrador de la Propiedad de Madrid, Catedrático de Derecho Civil.
- «El heredero aparente», por don JUAN IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA, Registrador de la Propiedad de Barcelona.

9. *V Congreso de la Abogacía Española*.—Convocado por el Consejo General de la Abogacía, se ha celebrado en Palma de Mallorca entre el 27 de abril y el 1 de mayo.

Las ponencias, preparadas previamente y luego discutidas, han sido las siguientes:

Ponencia I

- «La abogacía ante la situación de la Administración de Justicia y de la Administración Pública. Problemas, alternativas y soluciones. Los Turnos de Oficio y de Asistencia al Detenido». Director: EDUARDO CASANUEVA PIÑEIRO, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Santander.

Ponencia II

- «Abogacía y sociedad. El compromiso social y la imagen del abogado. Su libertad, independencia y responsabilidad. Deontología profesional». Director: JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, Director del *Boletín-Revista Jurídica General*, del Colegio de Madrid.

Ponencia III

- «Ámbitos de actuación del abogado. Modalidades de ejercicio: organización, fiscalidad». Director: RAMÓN MULLERAT, Presiden-

te de la Conferencia de Barcelona 1988 de la Unión Internacional de Abogados, miembro de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Presidente de la Comisión de Cultura.

Ponencia IV

- «La normativa colegial y de previsión social. Los Colegios de Abogados y el Estado de las Autonomías». Director: JUAN CALDÉS LIZANA, Director de la Mutualidad General de la Abogacía.

Ponencia V

- «La formación del abogado». Director: GUZMÁN GUÍA CALVO, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Ponencia VI

- «El futuro de la abogacía española. Su proyección hacia el extranjero. Los abogados extranjeros en España. El ejercicio ocasional y el libre establecimiento. El Acta Unica Europea de 1992». Director: ANTONIO PLASENCIA MONLEÓN, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

10. *Congreso Nacional de la Asociación Profesional de la Magistratura.*—Desde el día 29 de marzo al 1 de abril pasado se ha celebrado el VII Congreso de esta Asociación en La Manga del Mar Menor (Murcia), en la que se debatieron varias ponencias, con adopción de las correspondientes conclusiones.

En la primera ponencia, sobre «Estado de Derecho y Poder Judicial: El Juez en el pensamiento de la Asociación Profesional de la Magistratura», se adoptaron conclusiones sobre legitimación del Juez, independencia judicial y sus requisitos, neutralidad política, respeto al principio de legalidad y la profesionalidad.

En la segunda ponencia, «El Estatuto del Juez», se concluyó sobre el estado de la Administración de Justicia, configuración constitucional del Juez, naturaleza de los Jueces y sobre el estatus, independencia, garantías y selección de los Jueces. Igualmente se estudiaron la edad de jubilación, el asociacionismo judicial y la designación de cargos en el Consejo General del Poder Judicial.

La tercera ponencia, «Repercusiones de la nueva Ley de Demarcación y Planta Judicial en los cuatro órdenes jurisdiccionales y la regulación de procedimiento abreviado», la Asociación se pronunció sobre la Introducción y las distintas disposiciones en los órdenes civil, penal, contencioso-administrativo y social.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 17 de octubre de 1988.*—EMBARGO DE INMUEBLES. No puede pretender nulidad de actuaciones el ejecutado que en clara pasividad procesal deja pasar la ocasión de utilizar los recursos ordinarios previstos.—Sala 1.ª—Ponente: Sr. Rubio Llorente.—Recurso de amparo 660/1987.

Hechos.—Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante de amparo era deudor de la Sociedad Anónima Banco de Vizcaya en la cantidad de 160.000 pesetas, por ser dicha compañía mercantil legítimo tenedor de letras de cambio libradas a su cargo por dicho importe, importe que él no pudo atender a sus respectivos vencimientos.

b) Formulada demanda ejecutiva por la representación procesal del «Banco de Vizcaya, Sociedad Anónima», contra el hoy recurrente, que correspondió por reparto al Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla, por este órgano jurisdiccional, tras admitirla a trámite, se despachó ejecución para responder del principal de 160.000 pesetas, amén de 1.066 pesetas en concepto de gastos de protesto y 80.000 más, prudencialmente calculadas, para intereses, gastos y costas.

c) Requerido de pago el deudor, como quiera que manifestó carecer de efectivo para hacer frente a las cantidades reclamadas, en fecha 14 de septiembre de 1982 y con su asistencia, según consta en diligencia extendida al efecto, se designaron por la parte actora y efectivamente se embargaron un turismo, marca «Seat», modelo 127, con matrícula SE-9647-C, y un inmueble sito en la calle Tomás Pérez, número 76, de Sevilla, nombrándose en el mismo acto al propio deudor como depositario de los bienes embargados.

d) Seguido el procedimiento por sus trámites, en el que el recurrente en amparo se opuso a la ejecución despachada alegando exclusivamente la excepción de pago, con fundamento en el artículo 1.464, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluyó por Sentencia dictada el día 6 de diciembre de 1982, mandando seguir adelante la ejecución despachada. Esta sentencia fue apelada por el deudor ejecutado, desestimándose la apelación deducida por Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, dictada en 23 de noviembre de 1984.

e) Con anterioridad, no obstante, la apelación deducida, por la representación procesal de la compañía mercantil ejecutante, se solicitó del Juzgado la ejecución provisional por la vía de apremio de la sentencia de remate, a lo que se accedió mediante Providencia de 2 de febrero de 1983, ordenando la formación de pieza separada a tal fin. Nombrados peritos para la valoración del automóvil y del inmueble y librado mandamiento al Registro de la Propiedad, al que durante la tramitación del juicio ya se había remitido otro para la anotación preventiva del embargo, a fin de que expidiera certificación de cargas de la finca, el perito designado para la valoración del vehículo no llegó a prestar su informe, en tanto que el nombrado para tasar la finca la valoró en 3.300.000 pesetas, remitiéndose, finalmente, por el Registrador de la Propiedad la certificación de cargas requerida.

f) Entre tanto, por la parte ejecutante se hizo saber al Juzgado que del principal reclamado, el demandado le había satisfecho las cantidades de 100.000 y 50.000 pesetas, respectivamente, abonadas los días 3 y 31 de mayo de 1983, por lo que por el órgano jurisdiccional, antes de proceder a señalar para la celebración de la subasta instada por aquella parte actora, acordó requerir al demandado para que en el término de nueve días hiciera efectivas el resto de las cantidades reclamadas, esto es, 10.000 pesetas de principal, más los gastos de protesto y la cantidad calculada para costas, gastos e intereses, sin que por éste se atendiera tal requerimiento.

g) Por Providencia de 17 de septiembre de 1985 se señaló la celebración de la primera subasta del inmueble trabado y en prevención de que no concurrieran postores, para una segunda, y, finalmente, por la misma razón, para la tercera, anunciándose mediante edictos publicados en el *Boletín Oficial de la Provincia* y que se fijaron en los sitios públicos de costumbre. El anterior señalamiento fue notificado al demandante de amparo a través de su Procurador y personalmente a medio de cédula.

h) Declaradas desiertas la primera y segunda subastas, en 16 de enero de 1986, se celebró la tercera, a la que no compareció el deudor, en la que se ofreció como mejor postura la cantidad de 1.651.000 pesetas, aprobándose el remate en calidad de ceder el bien subastado a un tercero. Cumplidos por el adjudicatario los trámites posteriores, en 29 de enero de 1986, se requirió al deudor ejecutado para que en el término de tercer día otorgase escritura pública de venta del inmueble a favor de aquél.

i) El día 1 de febrero siguiente la representación procesal del hoy recurrente dedujo ante el Juzgado demanda incidental sobre nulidad de actuaciones, por entender que cuando se le practicó el embargo no se guardó el orden establecido por el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitando se declarase la nulidad de las actuaciones a partir de la práctica de éste, retrotrayéndolas al momento en que la infracción, a su juicio, se cometió. A esta petición se respondió por el Juzgado, mediante Providencia de 11 de febrero, inadmitiendo la demanda con fundamento en el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recurrido en reposición dicho proveído, se desestimó el recurso por Auto de 24 de febrero.

j) Disconforme con tal decisión, la representación procesal del señor Martín Toribio dedujo contra la misma recurso de apelación, que fue desestimado por Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de abril de 1987, notificado el día 21 de abril.

k) Con posterioridad a la interposición de este recurso de amparo,

en concreto, el día 22 de julio de 1987, el recurrente y el adjudicatario del inmueble comparecieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla, manifestando que habían llegado a un acuerdo en virtud del cual éste renunciaba a favor de aquél de los derechos que le correspondían en la adquisición de la finca subastada en el procedimiento, interesando la devolución de la cantidad consignada, a lo que el Juez de Primera Instancia accedió, si bien descontando de dicha cantidad la correspondiente a la tasación de costas y liquidación de intereses practicada.

3. Para fundamentar su pretensión, el recurrente alega, sin más precisión, que el embargo de un turismo y un inmueble, de valor netamente superior a la cantidad adeudada, sin respetar el orden establecido en el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la circunstancia de que no se remitiera mandamiento a la Jefatura de Tráfico para la anotación del embargo practicado sobre el automóvil y sí se hiciera respecto del inmueble, librando mandamiento al Registro de la Propiedad y que, finalmente, adeudándose del total principal reclamado solamente 10.000 pesetas se subastara y adjudicara la finca urbana por la cantidad de 1.600.000 pesetas, son datos que manifiestan la existencia en la tramitación del juicio de vicios procedimentales tales que determinan la nulidad de lo actuado, por lo que, a su juicio, la negativa a admitir la demanda incidental sobre nulidad de actuaciones por él deducida vulnera su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

Su súplica se contrae a solicitar se dicte sentencia por la que se reconozca y restablezca su derecho, «adoptando las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de sus derechos, para que no pueda producirse indefensión» (*sic*).

Fallo.—Se desestima el recurso de amparo interpuesto, basándose en los siguientes:

Fundamentos jurídicos.—1. Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada conviene delimitar cuál sea el objeto del presente recurso de amparo. El demandante, en sus escasamente fundamentadas alegaciones, parece dar a entender que la presunta vulneración constitucional que invoca y para cuya reparación ha acudido ante nosotros, tiene su origen y causa en el hecho de habersele embargado bienes sin seguir el orden establecido por el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por un valor netamente superior a la cantidad adeudada.

Ahora bien, sin entrar a dilucidar si dichas alegadas irregularidades tienen la trascendencia suficiente como para concluir que implican una vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la Constitución), lo cierto es que tal no es el objeto del debate sometido a nuestra consideración. El debate, en el modo en que ha sido planteado por el recurrente ante este Tribunal, se circunscribe a determinar si las resoluciones judiciales impugnadas (providencia y auto del Juzgado de Primera Instancia y auto de la Audiencia Provincial), al no admitir la demanda incidental sobre nulidad de actuaciones fundamentada en la producción de aquellas supuestas irregularidades, han incurrido en vulneración del citado derecho fundamental.

Centrado así el objeto de nuestro estudio, pasamos a continuación a examinar si tal violación se ha producido.

2. Presupuesto de nuestro enjuiciamiento ha de ser la constatación de que, como de modo reiterado ha afirmado este Tribunal, el derecho a ob-

tener la tutela judicial efectiva se satisface cuando se obtiene una respuesta del órgano judicial competente, mediante una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a los intereses del recurrente, y que haya sido dictada conforme a las normas de competencia y procedimiento determinadas en las leyes, incluso cuando dicha resolución es de inadmisión, siempre que responda a una causa legal que haya sido apreciada por el órgano judicial.

En consecuencia, hemos de examinar si en el supuesto debatido las resoluciones judiciales impugnadas han inadmitido la demanda incidental sobre nulidad de actuaciones con fundamento en una causa legalmente prevista.

El artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su antigua redacción, disponía que las cuestiones de previo o especial pronunciamiento, para que pudieran ser calificadas de incidentales, deberían tener relación inmediata con el asunto principal que fuera objeto del pleito en que se promovieron o «con la validez del procedimiento». La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente y parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha suprimido esta última expresión y en su lugar ha agregado un segundo párrafo, donde dice que «será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales» y que «los vicios que puedan producir tal efecto serán hechos valer a través de los correspondientes recursos».

El transcrito precepto debe cohonestarse con el cronológicamente posterior artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que en su apartado primero ratifica lo en él preceptuado, al disponer que la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos procesales para alcanzar su fin, o determinen efectiva indefensión, se harán valer «por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales», añadiendo en el segundo, sin perjuicio de lo anterior, que el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

De la anterior normativa debe deducirse, como muy acertadamente hace el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, que son tres las vías a través de las cuales pueden obtenerse la declaración de nulidad de las actuaciones procesales cuando están afectadas por vicios que alcanzan la trascendencia que indica el apartado primero del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (nulidad de pleno derecho o ausencia de requisitos que impida al acto alcanzar su fin o produzca indefensión), a saber: la primera, la consistente en denunciar la concurrencia de tales vicios a través de la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (arts. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); la segunda, mediante declaración de oficio por parte del órgano jurisdiccional de la nulidad, siempre que el vicio no sea subsanable ni haya recaído aún sentencia definitiva (artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y la tercera, acudiendo a «los demás medios que establezcan las leyes procesales» (art. 240.1 *in fine* de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Este último camino, claro está, no podrá recorrerse mediante el llamado incidente sobre nulidad de actuaciones, pues no sólo no está previsto

por el ordenamiento procesal, sino que el legislador, mediante la Ley 34/1984, expresamente lo ha querido suprimir; supresión que este Tribunal, en su reciente STC 110/1988, de 8 de junio (*BOE* de 25 de junio), ha declarado ser, desde una perspectiva constitucional, irreprochable, siempre que, efectivamente, quepa hacer valer a través de los recursos establecidos la existencia de los defectos formales que se alegan como productores de indefensión.

3. El demandante estuvo presente cuando se trabaron los bienes de su propiedad, en cuya traba, según sus alegaciones, no se respetó el orden establecido en el artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo el valor de aquéllos claramente superior al importe de las responsabilidades reclamadas, y, sin embargo, no formuló en dicho acto protesta alguna; cuando se opuso a la ejecución despachada, no hizo alegación alguna sobre tales extremos, y, finalmente, cuando recurrió en apelación contra la sentencia definitiva no consta que, bien en el escrito de interposición del recurso, bien en la vista de la alzada, intentase hacer valer, para la defensa de sus derechos, las alegadas infracciones ante el Tribunal superior. Por el contrario, cuando ya se ha dictado sentencia firme y ésta ha agotado todos sus efectos, por haber sido plenamente ejecutada, pretende que el órgano jurisdiccional vuelva sobre sus pasos y declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de embargo, acudiendo a un instrumento procesal que la Ley prohíbe expresamente.

Idéntica finalidad, utilizando el mismo instrumento, persigue el actor alegando la infracción que supone, a su juicio, el proceder a la subasta de un inmueble por una deuda de 10.000 pesetas, más los gastos correspondientes a intereses, costas y protestos. Sin embargo, cuando el órgano jurisdiccional tuvo conocimiento de que del total adeudado en concepto de principal sólo restaba por pagar dicha cantidad, antes de señalar día y hora para la celebración de la subasta, mediante providencia, le dio la oportunidad de pagar tal cantidad y evitar la ejecución sobre el inmueble sin que fuera por él aprovechada; pero es que, además, fue citado por medio de su Procurador y personalmente a través de cédula para concurrir a la subasta, y, no obstante ello, voluntariamente no asistió, ni, en consecuencia, formuló protesta alguna, ni tampoco interpuso recurso alguno impugnatorio de la decisión judicial de adjudicación.

4. En conclusión, como se ha podido constatar, el recurrente, en una clara actitud de pasividad procesal, deja pasar la ocasión de utilizar los recursos previstos en la Ley procesal contra las decisiones judiciales que, según su criterio, son formalmente defectuosas; cuando interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva, guarda silencio respecto a ello, y cuando ésta ha devenido firme y ya ha sido ejecutada, pretende hacer valer su pretensión de nulidad, invocando tales defectos formales, a través de un instrumento procesal expresamente prohibido por la Ley, por lo que las respuestas judiciales (Providencia y Auto del Juzgado de Primera Instancia de 11 y 24 de febrero de 1986, respectivamente, y Auto de la Audiencia Provincial de 9 de abril de 1987), inadmitiendo la demanda incidental sobre nulidad de actuaciones, ha de estimarse están fundadas en una causa legal (art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como es la prohibición de deducir tal tipo de demandas cuando el vicio de nulidad ha podido y debido ser denunciado a través de la vía de los recursos correspondientes y, en consecuencia, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional citada al inicio del fundamento jurídico 2.º de esta

resolución, satisfecho el derecho del recurrente a obtener la tutela judicial efectiva y, por ende, no vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución.

2. *Sentencia de 18 de octubre de 1988.*—DIVISION DE COSA COMUN. Cuando la finca está ocupada por uno solo de los comuneros, debe desalojarla para proceder a la venta en subasta.—Sala 2.ª—Ponente: Sr. Latorre Segura.—Recurso de amparo 193/1988.

Hechos.—A) El Juzgado de Distrito de Huelva número 2 dictó Sentencia de 11 de octubre de 1983, confirmada en apelación por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huelva de 21 de mayo de 1985, en el juicio verbal seguido ante él en ejercicio de las acciones declarativas, reivindicatoria y división de cosa común. Tras diversas incidencias, entre ellas la interposición de un recurso de amparo que fue resuelto por la STC 43/1985 de este Tribunal a favor de las ahora demandantes, dicho Juzgado dictó el 2 de julio de 1985 providencia por la que se ordenaba el desalojo de la ocupante de la casa objeto del litigio y la entrega de la posesión compartida de la misma a las tres recurrentes en amparo y a la citada ocupante. La providencia fue objeto de recursos de reposición y apelación, siendo confirmada, en lo que aquí interesa, por Auto de 16 de diciembre de 1985 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huelva.

B) En cumplimiento de lo dispuesto en el citado auto, el Juzgado de Distrito, mediante Providencia de 3 de abril de 1986, acordó dar plazo a la ocupante de la casa para el desalojo con apercibimiento de ser lanzada y fijó fecha para la posesión y entrega de la llave y para la designación de perito.

Esta providencia fue recurrida en reposición por la ocupante de la casa, recurso que fue desestimado por Auto de 30 de mayo de 1986, y en apelación que fue resuelta por el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Huelva, ahora impugnado. En él se acordaba dar posesión compartida mediante entrega de llaves y que se designase perito para la subasta, pero no el desalojo por parte de la ocupante.

C) Entiende la representación de las recurrentes que el último auto dictado infringe el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, ya que «se olvida de lo ya fallado, firme y definitivamente, por el Juzgado número 3 de los de Primera Instancia de Huelva». Concluye la demanda solicitando que este Tribunal reconozca que el auto impugnado conculca los derechos de las recurrentes, así como que éstas tienen derecho a que la sentencia del juicio verbal se ejecute conforme a lo fallado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huelva el 16 de diciembre de 1985.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por la Procuradora de los Tribunales doña María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de doña Carmen, doña Juana y doña Antonia Luisa Ajuria Galdón, y en consecuencia:

1.º Declarar la nulidad del Auto de 13 de octubre de 1986, dictado por el Juez de Primera Instancia número 4 de Huelva en rollo de apelación 2/1986, en relación al juicio verbal civil número 176/1982 del Juzgado de

Distrito número 2 de la misma ciudad, así como la nulidad de las actuaciones anteriores a partir del momento en que se admitió el recurso de apelación en que se pronunció dicho auto.

2.º Reconocer el derecho de las recurrentes a la tutela judicial efectiva.

3.º Restablecer a las recurrentes en sus derechos y para ello disponer que se ejecute la Sentencia de 13 de octubre de 1983, pronunciada en el juicio verbal antes citado, de acuerdo con lo dispuesto en el Auto del Juez de Primera Instancia número 3 de Huelva de fecha 16 de diciembre de 1985, dictada en el rollo de apelación 5/1985 del mismo procedimiento.

Fundamentos jurídicos.—1. La cuestión planteada en el presente recurso se origina en un largo y accidentado proceso civil, sustanciado por los trámites del juicio verbal, que se inició en septiembre de 1982. El proceso desembocó en la Sentencia del Juez de Distrito número 2 de Huelva con fecha 11 de octubre de 1983, en la que se estimaba la demanda formulada por las mismas personas que ahora recurren en amparo, y declaraba en su fallo: a) que la casa objeto del litigio es propiedad por cuartas partes indivisas entre las tres demandantes y la demandada; b) que se tenía «por reivindicada a favor de las demandantes las tres cuartas partes de dicha propiedad, ocupada en la actualidad de modo exclusivo y excluyente por la demandada, otorgándoles el derecho por igual a todos los copropietarios»; c) que se declaraba el cese de la indivisión. Nuevas incidencias obstaculizaron la marcha del proceso, hasta el punto de que las demandantes recurrieron en amparo ante este Tribunal, que por STC 43/1985 estimó el recurso, reconociendo su derecho a una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas. La sentencia del Juez de Distrito fue confirmada en apelación por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huelva mediante Sentencia de 21 de mayo de 1985, y el 2 de julio siguiente el Juez de Distrito dictó providencia ordenando la ejecución y disponiendo, en lo que aquí interesa, que se requiriese a la ocupante de la casa para que dentro del término de quince días desalojase la vivienda objeto del pleito, con apercibimiento que de no hacerlo sería lanzada de la misma. Una vez desalojada la finca, se pondría en posesión de la misma, mediante entrega de llaves a las cuatro copropietarias, incluida, por tanto, la desalojada. Recurrida en reposición esta providencia fue confirmada por el Juez de Distrito. Presentado recurso de apelación fue resuelto por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huelva mediante Auto de 16 de diciembre de 1985, que también confirmaba la providencia, salvo en un extremo irrelevante para la cuestión ahora debatida. El Juez de Distrito dictó nueva Providencia el 3 de abril de 1986, reiterando la orden de desalojo y demás medidas contenidas en la anterior, pero esta providencia fue, a su vez, recurrida por la demandada. Confirmada en reposición se admitió la apelación en ambos efectos, que fue resuelta por el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Huelva de 13 de octubre de 1986, en que estimando en parte el recurso, se declaraba no haber lugar al desalojo. Este es el auto ahora recurrido en amparo por entender las demandantes que está en contradicción con lo dispuesto en el Auto antes citado del Juez de Primera Instancia número 3 de Huelva de 16 de diciembre de 1985, auto que debe considerarse firme y cuyas resoluciones no pueden ser rectificadas por el auto de otro Juez sin vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Planteada así la cuestión, el punto a dilucidar, como certeramente

señala el Ministerio Fiscal, es si realmente los autos indicados son o no contradictorios. De serlo, habría que estimar el amparo, ya que resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas que la ejecución de una sentencia pueda ser paralizada recurriendo las sucesivas providencias que ordenen esa ejecución y cuestionando así indefinidamente la forma de realizarla. La atención debe centrarse, por tanto, en el examen de esos dos autos, en los aspectos que aquí interesan.

2. La cuestión debatida es la ejecución del segundo punto del fallo de la sentencia por el que se tenía por reivindicadas las tres cuartas partes de la finca a favor de las demandantes, otorgando el derecho a ocuparla tanto a ellas como a la otra propietaria que, en el momento de dictarse la sentencia, la ocupaba «de modo exclusivo y excluyente». Al disponer la ejecución de este extremo del fallo, el Juez de Distrito entendió que procedía el desalojo previo de la ocupante para, a continuación, dar posesión a las cuatro propietarias mediante entrega de llaves. El Auto de 16 de diciembre de 1985, al resolver el recurso de apelación contra esa providencia, examina esa decisión en su fundamento jurídico cuarto, en que tras referirse al artículo 349 del Código Civil, dice que el derecho de todo copropietario de disponer y utilizar la cosa común impide el uso exclusivo y excluyente, por lo que los copropietarios tienen derecho al cese de dicho uso, «cese que sólo puede obtenerse mediante el desalojo, sin perjuicio del derecho de todas ellas» (y, por tanto, también de la ocupante). Cita a continuación el artículo 398 del Código Civil y declara procedente la entrega de las llaves ordenada en la providencia. En la parte dispositiva del auto se confirma, como se ha dicho, la providencia, salvo en el extremo relativo al nombramiento de perito.

3. De este examen del Auto de 16 de diciembre de 1985 resulta, por tanto, que el Juez de Primera Instancia analizó la modalidad de ejecución que había decidido el Juez de Distrito, teniendo en cuenta la regulación de la copropiedad y las circunstancias del caso concreto, en que una de las copropietarias era la única poseedora de la finca. Y llegó a la conclusión de que la decisión del Juez de Distrito, por la que se ordenaba el desalojo de la ocupante antes de dar posesión a las cuatro propietarias (incluida dicha ocupante), era jurídicamente correcta. Ahora bien, el examen del Auto de 13 de octubre de 1986 examina y resuelve, aunque de modo distinto, la misma cuestión. Considera innecesario para dar posesión a las demandantes el previo desalojo por tratarse de cuotas ideales de dominio y entiende que procede sólo la entrega de la posesión a las citadas demandantes de las tres cuartas partes de la propiedad que les corresponde; y así lo hace constar en la parte dispositiva del auto, estimando en este extremo el recurso de la ocupante. Confirman esta identidad en las cuestiones planteadas y resueltas en ambos autos los escritos en que la representación de la ocupante interpuso recursos de reposición contra las providencias, donde se dan prácticamente los mismos argumentos contra las decisiones del Juez de Distrito. Por todo ello, no puede compartirse la tesis del Ministerio Fiscal, para quien no hay contradicción entre los dos autos, sino que el último de ellos concreta la forma en que se ha de dar eficacia a la ejecución teniendo en cuenta la regulación legal de la copropiedad, pues esa forma quedó claramente concretada en el primero de los autos examinado, suponiendo el segundo de ellos una clara rectificación de lo dispuesto en el anterior. Cuestión distinta, en que no puede

entrar este Tribunal, porque ni se le ha planteado ni le corresponde decidir por ser materia de legalidad ordinaria ajena a su jurisdicción, sería determinar cuál de las dos modalidades de ejecución es la procedente. Basta aquí señalar que establecida por un Juez en una decisión firme la modalidad aplicable en el caso concreto, la rectificación de esa decisión por otro Juez vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde, según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a que se ejecuten las sentencias, y ha de entenderse que esa ejecución debe hacerse en la forma que ha decidido el Juez competente.

4. Queda por determinar el alcance del fallo. En la demanda se pide que se declare que el Auto de 13 de octubre de 1986 conculca los derechos de los recurrentes y que éstos tienen derecho a que la sentencia se ejecute conforme a lo fallado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huelva en su Auto de 16 de diciembre de 1985. Ambas declaraciones son procedentes. Las recurrentes piden asimismo que se anule el auto impugnado y que el Juzgado número 4 de Huelva dicte otro que acuerde se proceda al desalojo en forma inmediata. Pero a esta petición no puede acceder el Tribunal, pues de hacerlo invadiría la independencia judicial al obligar a dicho Juzgado a dictar una resolución de un contenido determinado. Para restablecer a las demandantes en su derecho basta anular, como piden, el auto impugnado y todas las actuaciones posteriores a la admisión del recurso de apelación contra la Providencia de 3 de abril de 1986, dejando firme el auto del Juez de Distrito que resolvió el recurso de reposición, ya que ese auto no ha sido impugnado. Razones de rapidez en la satisfacción de los derechos de las recurrentes abonan también esta solución.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por PABLO VIDAL FRANCÉS

ES INSCRIBIBLE EL AUTO JUDICIAL DE ADJUDICACION POR REMATE EN PROCEDIMIENTO EJECUTIVO AUN CUANDO CONSTE EN EL REGISTRO LA VENTA DE LOS BIENES EN VIRTUD DE ESCRITURA DE FECHA ANTERIOR A LA ANOTACION, AUNQUE POSTERIOR AL EMBARGO E INSCRITA DESPUES DE LA ANOTACION (RESOLUCIÓN DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

A) *Hechos.*—En el Juzgado número 2 de Cádiz se sigue procedimiento ejecutivo en el que, con fecha 5 de mayo de 1984, se traba embargo sobre determinados inmuebles de la parte demandada. Por Providencia del día 10 siguiente, se ordena la anotación preventiva en el Registro y el mandamiento, de igual fecha, se presenta en el Registro el 26 de mayo, anotándose el 24 de julio de 1984; el 12 de marzo de 1985 se expide la certificación de cargas prevenida en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con fecha 8 de mayo de 1984, el demandado vendió en escritura pública uno de los bienes embargados, consistente en la mitad indivisa de una parcela de terreno, escritura que fue presentada el 30 de agosto e inscrita el 5 de octubre del mismo año 1984.

Continuado el procedimiento ejecutivo sin citación del tercer adquirente, se sacan a subasta los bienes, valorándose la mitad de la parcela en cuestión en 1.500.000 pesetas y en tercera subasta se adjudica al actor, dictándose auto de adjudicación con fecha 18 de septiembre de 1986, que se presenta en el Registro.

B) *Calificación del Registrador y recurso.*—El Registrador devuelve el mandamiento con nota en la que deniega la inscripción por observar cuatro defectos, dos de los cuales son meramente formales, otro se refiere a la falta de presentación para liquidación del impuesto de plusvalía y el primero, y más sustancial, alega no haberse tenido en cuenta en el procedimiento al tercer poseedor, que inscribió su derecho con anterioridad a la expedición de la certificación, «y al ser su título anterior a la anotación es de derecho preferente, conforme al artículo 44 de la Ley Hipotecaria». Subsanaos por diligencia los defectos formales y hecho constar que el tercer poseedor se personó en las actuaciones antes de la subasta, el Registrador deniega nuevamente por los siguientes defectos:

1. SER EL TITULO DEL ACTUAL TITULAR REGISTRAL ANTERIOR A LA ANOTACION DE EMBARGO Y, EN CONSECUENCIA, TENER CARACTER PREFERENTE (arts. 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil), POR LO QUE, DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA Y REITERADA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EL DEFECTO SE CONSIDERA INSUBSANABLE.

2. NO HABERSE LIQUIDADADO EL IMPUESTO DE PLUSVALIA O, AL MENOS, ACREDITARSE SU PRESENTACION Y NO ACOMPAÑARSE LA CARTA DE PAGO DEL DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES, DEFECTO SUBSANABLE

Interpuesto el recurso gubernativo, la parte demandante alegó:

1.º Que el adquirente inscribió su compra con posterioridad a la anotación de embargo, por lo que debió hacer valer sus derechos, bien mediante la correspondiente tercería, bien mediante la oportuna acción criminal.

2.º Que el Registrador no puede asumir competencias de los Tribunales, como decidir sobre la preferencia de títulos, y que una nota del Registrador no es el medio para dilucidar una preferencia de derechos ni es el Registrador competente para ello.

3.º Que un bien está embargado desde la diligencia de embargo y no desde la inscripción de éste, por lo que para determinar la prioridad deberían compararse la fecha de la escritura de venta con la del embargo en sí, o si se quiere, la anotación y la inscripción de la venta.

4.º Que respecto al pago de impuestos, se justificarán en su día, por lo que no se recurren.

Cita la jurisprudencia correspondiente del Tribunal Supremo, singularmente la Sentencia de 12 de noviembre de 1984 de la Audiencia Territorial de Sevilla, que declara que los derechos del tercerista sólo nacen a partir de la fecha del embargo.

C) *Los informes del Registrador y del Magistrado.*—El Registrador en su informe centra el problema debatido en la siguiente pregunta: «¿Es preferente una adquisición fehaciente anterior a la fecha de la anotación de embargo cuando aquélla se inscribe posteriormente?», y tras analizar la evolución histórica del artículo 44 de la Ley Hipotecaria; la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, señaladamente la de 3 de octubre de 1985, y la posición de la doctrina «casi unánime» en mantener el mismo criterio jurisprudencial, concluye que la postura obligada del Registrador es abstenerse de inscribir «la adjudicación al mejor postor o al ejecutante», única legalmente posible ante el valladar infranqueable del artículo 20 de la Ley Hipotecaria». No obstante, indica, «ante la insistencia del recurrente en la fecha del embargo, *con olvido de la naturaleza jurídica de éste* y de las fechas de la providencia y del mandamiento ordenando la anotación..», la solución jurídica es la de la Resolución de 13 de diciembre de 1974, y si se tuvieran en cuenta sólo las fechas de los asientos *estaría antes ante un principio de prioridad totalmente tabular*».

El Magistrado-Juez informó que la tesis del recurrente debía ser rechazada, «y si se pretende hacer prevalecer su preferencia extratabular,

preferencia del embargo judicial sobre la transmisión escrituraria posterior, habrá de hacerlo ejercitando sus acciones ante la jurisdicción ordinaria, *única competente para establecerla y para declarar la nulidad de los asientos registrales contradictorios de sus derechos*.

El Presidente confirma la nota por razones análogas a las del Registrador y el recurrente apela sin añadir nada más que el artículo 1.923 del Código Civil regula una prelación de créditos, y en el caso planteado se está ante actos dispositivos y que esta interpretación «dejaría una vía abierta para que los deudores defrauden a sus acreedores, y también dejaría sin sentido a la diligencia de embargo».

D) *La resolución de la Dirección General.*—Tras de una amplia cita de preceptos legales y jurisprudencia en el «vistos» y de una recopilación de los hechos en la forma que al principio se indica, la Dirección considera que el único punto recurrido es el primer defecto de la nota y que la cuestión planteada es la de decidir si un embargo aún no anotado tiene eficacia sobre una enajenación posterior del bien trabado, habida cuenta de que la inscripción de éste es posterior a la anotación de aquél.

En los fundamentos de Derecho 3.º y 4.º, la Dirección General declara que el embargo «para nada altera la naturaleza del crédito del autor, que sigue siendo un derecho personal; el que el artículo 1.923, 4.º, del Código le conceda determinada preferencia a partir de la anotación... sólo juega para decidir... cuál sea el crédito que debe ser satisfecho preferentemente con el importe realizado. Ello no quiere decir que el embargo en sí carezca de trascendencia real..., restringe claramente las facultades dominicales, y así ocurre que sólo será posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no puede darles, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento».

En el fundamento 5.º plantea la cuestión de si «admitida la trascendencia real del embargo, para la misma es requisito constitutivo la práctica de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, como parecen apoyar la analogía con la hipoteca (por ejemplo, los arts. 4 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria), el carácter obligatorio de la anotación preventiva (arts. 43 de la Ley Hipotecaria, 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 68 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria) y los términos de los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero ha de reconocerse que en ningún precepto se establece el carácter constitutivo de la anotación preventiva».

En el fundamento 6.º, la Dirección declara que «ciertamente el acreedor que obtenga anotación goza de preferencia respecto a los créditos o actos dispositivos posteriores a la fecha de aquélla..., pero ello no quiere decir que los créditos o actos anteriores hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo o al embargo mismo todavía no anotado»; la preferencia entre éstos o con el embargo no anotado habrá de decidirse, según la Dirección, según las reglas de prelación de créditos o según el principio «*prior tempore, potior jure*», a salvo el derecho del tercer protegido por la legislación hipotecaria, que no es este caso porque la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la anotación.

En el fundamento 7.º justifica que la interpretación anterior es conforme con las finalidades de la Ley Hipotecaria y con la realización de la justicia, y en el 8.º declara que «puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prioridad ni por la fe

pública registral (al estar anotado el embargo antes de la inscripción de venta), no cabe que deje de ser inscrito el auto de adjudicación, siempre que en cuanto a la cancelación de la venta se cumpla lo establecido en los artículos 131, 17, y 133 de la Ley Hipotecaria, y 175, 2, y 233 del Reglamento Hipotecario.

Finalmente, en el 9.º, la Dirección declara que «los anteriores razonamientos se hacen sobre un dato *que no ha podido tener a la vista el Registrador en el momento de la calificación*: la fecha en que fue practicado el embargo o traba de bienes, por lo que el Registrador no debió denegar la inscripción de la adjudicación, sino suspenderla en tanto no se justificara dato tan decisivo».

Sobre estas bases, la Dirección revoca el auto apelado y la nota del Registrador en el punto recurrido.

E) COMENTARIO.—Cuatro cuestiones plantea, a nuestro entender, la Resolución de 6 de septiembre de 1988:

1.º El carácter real del embargo o, más propiamente, de la traba de bienes.

2.º El carácter constitutivo o no de la anotación preventiva de embargo.

3.º La preferencia de la anotación de embargo sobre los actos dispositivos anteriores, pero inscritos con posterioridad.

4.º La posibilidad de tener en cuenta en un recurso gubernativo datos que «no ha podido tener a la vista el Registrador en el momento de la calificación».

Resulta curioso que para resolver el caso planteado, centrado en la tercera de las cuestiones que indicamos, la Dirección no habría tenido necesidad de plantear las otras tres, que es en las que, en nuestra opinión, se equivoca, sembrando un confusioinismo que mucho nos tememos puede producir graves problemas en el futuro. Vamos a estudiarlas con la posible concisión:

1.º *El problema de la naturaleza real del acto de traba de bienes.*—En los fundamentos 3.º y 4.º, la Dirección declara que la traba de embargo no produce vinculación exclusiva «del bien afecto al crédito que lo determina»; el embargo para nada altera la naturaleza del crédito del actor, «que sigue siendo un derecho personal», lo cual es cierto. No lo es tanto que el embargo no produzca esta vinculación exclusiva, «a diferencia de la hipoteca», pues ésta tampoco produce *per se* esta vinculación exclusiva del bien al crédito, ni en el sentido activo, en cuanto no todo el bien (o valor del mismo) queda afecto al crédito, pues si hay sobrante, éste permanece en el patrimonio del deudor a disposición de los demás titulares de derechos reales posteriores sobre el bien e incluso de los derechos de crédito, ni en el sentido pasivo, en cuanto que no sólo el bien hipotecado se afecte a la seguridad del crédito garantizado, pues éste podrá ejercitarse sobre el resto del patrimonio del deudor si el valor de aquél no bastara, salvo que excepcionalmente se haya excluido mediante pacto de limitación de responsabilidad (cfr. arts. 105 y 140 de la Ley Hipotecaria).

Pero la resolución, en el fundamento 4.º, proclama que «lo dicho anteriormente no quiere decir que el embargo en sí carezca de trascendencia real.., y así ocurre que sólo será posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no puede darles, en

su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento». La Dirección confunde aquí lo lícito con lo válido y efectúa un giro «no copernicano» («ptolomeico», más bien) de 180° en el sistema jurídico español. Todo el sistema de nuestro ordenamiento se basa, en el ámbito de los derechos reales (caracterizados por la inmediatez y la eficacia *erga omnes*), en la distinción entre bienes muebles e inmuebles. En los primeros aplica a la simple posesión la fuerza legitimadora y publicitaria de la *gewere* germánica; respecto a los segundos, sólo producirán efectos frente a terceros cuando se constaten mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. No es un tema en el que podamos detenernos y hemos de dejarlo así, aun con todo el riesgo de imprecisiones; pero al atribuir efectos reales a la traba de bienes y declarar que «sólo será posible la enajenación respetando el embargo», y que «producido el embargo, aunque no esté anotado, el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo», la Dirección General, que ha retrasado en dos siglos la evolución de nuestro ordenamiento jurídico, propugna una vuelta al sistema de clandestinidad, que desde el siglo xv se trató de evitar con toda la consecuencia de inseguridad jurídica. Pensemos tan sólo en un supuesto que el fundamento 5.º insinúa: una anotación de embargo caducada, y más aún si en la misma consta la fecha de la traba (lo que a partir de ahora tendremos que plantearnos, como veremos), mantendrá la preferencia del embargo en virtud de los efectos reales de éste sobre una posible enajenación posterior, lo que, evidentemente, resulta contrario a toda la normativa actual; no será precisa la prórroga y mantendrá perpetuamente (o indefinidamente, al menos) manchada la titularidad registral dificultando en grado sumo el tráfico jurídico.

La analogía en la que insiste reiteradamente la resolución, con los preceptos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, raya en lo aberrante, pues, como decimos, se trata de bienes (los muebles y los inmuebles) radicalmente distintos y sujetos a un régimen jurídico completamente diferente.

La traba de embargo, por sí sola, carece de trascendencia real, pues para tenerla, para producir efectos contra terceros, es necesaria su constancia *vigente* en el Registro de la Propiedad mediante la oportuna anotación.

2.º *El problema del carácter constitutivo de la anotación de embargo.*—A negar este carácter constitutivo de la anotación de embargo dedica la resolución el fundamento 5.º Este sí supone una auténtica novedad (una mala novedad), pues el carácter constitutivo ha sido admitido unánimemente por la doctrina. La Dirección, que paladinamente aplicó la analogía con la Ley de Hipoteca Mobiliaria a objetos absolutamente distintos de los a que éste se refiere, niega ahora «como argumento la analogía de lo que singularmente ocurre con la constitución de hipoteca o con algún otro supuesto», que se refieren a idénticos bienes (los inmuebles) y a idéntico contenido (los efectos contra terceros); sostiene que «en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva», y niega que pueda deducirse esta consecuencia no sólo de la analogía con la hipoteca, sino del «carácter obligatorio de la anotación preventiva (arts. 43 de la Ley Hipotecaria, 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 68 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria) y los términos de los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que parece (*sic*) resultar que la práctica de la anotación es uno de los requi-

sitos del embargo». No entendemos esta argumentación: si el artículo 1.443 dice imperativamente que del embargo de bienes inmuebles «se tomará» anotación preventiva en el Registro; el artículo 43 de la Ley Hipotecaria dispone que en el caso de juicio ejecutivo «será obligatoria la anotación»; el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos dice que «el embargo de los inmuebles se hará expidiendo mandamiento... al Registrador para que ponga anotación preventiva sobre los bienes», y el artículo 1.409, que «si los bienes embargados fueran inmuebles se limitará el embargo a librar mandamiento .. para que se extienda la correspondiente anotación preventiva», resulta obvio que si éste no se practica, o mientras no se practique, se ha actuado contra la norma jurídica y, por tanto, conforme al artículo 6, 3, del Código Civil, el embargo es nulo de pleno derecho, es decir, no hay embargo. Si el embargo de inmuebles se limita a esto, y no hay esto..., ¿qué es lo que hay entonces? Evidentemente, algo que no es embargo, aunque desde luego tampoco sea secuestro, ni intervención en la Administración, ni hipoteca, ni muchas otras cosas.

La resolución utiliza otros dos argumentos para defender el carácter no constitutivo de la anotación, pero, en nuestra opinión, deduce una consecuencia desorbitada de los mismos; son éstos:

a) El principio de rogación, que exige petición previa para la práctica de la anotación. Este principio es, en efecto, aplicable a nuestro sistema hipotecario, salvo rarísimas excepciones; pero lo es también en las propias inscripciones constitutivas, como la de hipoteca, y no nos sirve, pues, como elemento diferenciador de unas y otras; la doctrina se ha encargado de precisar la distinción, que la Dirección parece olvidar, entre inscripciones voluntarias, declarativas, constitutivas, obligatorias y de oficio; distinción doctrinal sobradamente conocida y en la que no nos detenemos por no hacer más prolijo este comentario. El principio de rogación se aplica claramente a las dos primeras, en cierto sentido (en cuanto exige actuación del interesado) a las terceras y en nada a las últimas. Por otra parte, la rogación o instancia no es privativa del Registro, aunque en éste tenga las lógicas modalidades; también es característica del proceso civil, en que la impulsión procesal de las distintas fases o actuaciones (la anotación entre ellas) corresponde a las partes.

b) La producción de efectos en el embargo, aún no anotado. Pero en este aspecto, la doctrina también se ha ocupado de depurar el sentido de la eficacia de los actos nulos: los actos nulos lo son no porque no produzcan ningún efecto, de hecho los producen, sino porque no producen precisamente el efecto característico que persigue o se atribuye por derecho a tal acto. Esto mismo ocurre en los supuestos de inscripción constitutiva: una constitución de sociedad anónima o una hipoteca no inscritas, no es que no produzcan ningún efecto, es que no producen sus efectos característicos; en la primera no tendrá personalidad jurídica y no será oponible a terceros; en la segunda, no configura el derecho real, aunque una y otra produzcan efectos entre las partes y entre ellos el poder compe- lerse recíprocamente a la inscripción; «luego ya existen»., pero como derechos personales. De aquí que los artículos aducidos en el párrafo sexto del hecho 5 de la resolución, que se refieren a efectos procesales y colaterales, no nos parezcan convincentes; de hecho, alguno de ellos, como el párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, va más allá de lo que la Dirección parece apuntar, pues al establecer imperativamente que «se

sobreseerá todo procedimiento de apremio» desde el instante mismo en que conste en autos por certificación del Registro que los inmuebles consten inscritos a favor de tercero, lo aleja del efecto típico de las tercerías (por ejemplo, art. 1.534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es cierto (y la cuestión también ha sido ampliamente debatida por la doctrina) que con este sistema se posibilitan actuaciones fraudulentas del ejecutado; ello puede y debe ser discutido en el juicio declarativo correspondiente, pero no es necesario para resolver estas cuestiones negar que los asientos registrales desenvuelven toda su virtualidad y eficacia propias mientras no se anulen y cancelen. Esta posible actuación fraudulenta también existe y con mayor riesgo en la solución contraria de la anotación no constitutiva, que, por tanto, se demora *sine die*, posibilitando por connivencia o tolerancia del acreedor enajenaciones o gravámenes en perjuicio no ya de tercero, sino de la seguridad del tráfico.

La expresión de que «producido el embargo, aunque no esté anotado, el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo», es desafortunada y contraria al criterio seguido en el caso más drástico de la doble venta por el artículo 1.473 del Código Civil. Es cierto que la Dirección agrega a esta frase (en el hecho 6): «o salvo el caso en que el que hubiere adquirido el bien, con posterioridad al embargo, reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria», pero ello desvirtúa completamente los tres fundamentos anteriores. La resolución, en realidad, debería haberse limitado a los tres fundamentos números 6, 7 y 8.

3.º *El problema de la preferencia de la anotación de embargo sobre los actos dispositivos anteriores, pero inscritos con posterioridad.*—Resulta lamentable que la resolución que comentamos, que no ha tenido inconveniente en entrar en el avispero que suponen las dos cuestiones anteriores, no se haya atrevido a abordar frontalmente esta tercera, que, sin embargo, constituía el núcleo del problema. Los considerandos 6, 7 y 8, que la Dirección dedica a plantear y resolver esta cuestión, son correctos y totalmente irreprochables para solucionar el caso concreto planteado. Desgraciadamente, resultan insuficientes para marcar un criterio general que hoy resulta de vital importancia. Si la Dirección hubiera optado por reconocer el efecto real absoluto de la anotación de embargo, el caso habría quedado resuelto, porque el defecto que alegó el Registrador no fue el tema registral de la inscripción a favor de tercero, o lo que sería igual, la preferencia de la enajenación sobre el remate, sino la no preferencia de la anotación y subsiguientemente del remate, sobre una enajenación anterior a aquella, aun inscrita con posterioridad; es decir, el defecto tiene su base en el Derecho material, sentado el artículo 1.923 del Código Civil, asumido por el artículo 44 de la Ley Hipotecaria.

En realidad, en pura técnica hipotecaria, habría de considerarse que la inscripción de la enajenación nace limitada por la anotación anterior y debería cancelarse al consumirse el derecho al que aquella reserva rango. Lo que plantea el problema es que aquella anotación, al tratarse de una anotación de embargo, «puede» entenderse en sí misma limitada respecto a derechos anteriores a la misma, como sería la enajenación.

Este era el problema que debería haberse abordado, y este problema, discutido desde la publicación del Código Civil, no se ha resuelto.

Evidentemente, si se sienta el criterio de que la traba de bienes pro-

duce efectos reales y la anotación no es constitutiva, el problema registral queda resuelto, pero mal resuelto: hemos convertido el Registro en un cepo para cazar incautos y hemos vuelto al sistema de clandestinidad de las edades oscuras. Lamentablemente tenemos que decir que la Dirección General, caracterizada por su brillante técnica jurídica, en este caso nos parece que ha curado el dolor de cabeza del enfermo por el drástico procedimiento de cortarle la cabeza; ha resuelto la errónea aplicación que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria hace de la anotación de embargo cargándose la propia anotación, ya que si la simple traba tiene efectos reales, éste sobra e incluso estorba.

Es cierto que la resolución quita hierro al principio con la frase ya citada de que «salvo en el caso de que el que hubiera adquirido .. reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria», pero éste no hace sino replantearlo de nuevo y, en el fondo, reconocer el carácter constitutivo de la anotación; olvida, además, la resolución que, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, estos requisitos se presumen mientras no se pruebe lo contrario (salvo que, como en el caso planteado, resulte del propio Registro), lo que sólo podrá hacerse en el correspondiente juicio declarativo en el que se decrete la nulidad y cancelación de la inscripción (art. 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria), lo que también habría impedido la inscripción del remate de no ser por la anotación anterior. Este era el criterio del informe del Magistrado Juez; más correcto hipotecariamente.

Como decimos, el tema ha sido polémico siempre; un conformismo y aceptación literal de los preceptos legales por parte de los tratadistas hizo que se aceptase, aun criticándola, la limitación de efectos de la anotación de embargo; abrieron brecha en esta pusilánime aceptación los artículos de RAMOS FOLQUES (1) y ANTONIO IPIENS (2). Después del luminoso trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (3) (al que por no dilatar más este comentario, ya excesivamente largo, remitimos al lector) la cuestión aparece con claridad meridiana: debe entenderse total y exclusivamente a la prioridad de los asientos; son los principios de prioridad y de legitimación registral (fe pública y buena fe) los que han de resolver la preferencia entre los derechos inscritos y entre éstos y los no inscritos.

En el caso planteado era la existencia de la anotación anterior, al jugar la prioridad y destruir la buena fe del posterior titular, la que habría permitido la cancelación automática del asiento de enajenación, y por ello nos parece errónea la conclusión de la Dirección en el fundamento 9.º: con anotación de efectos reales absolutos, la inscripción debía cancelarse al inscribir el remate; sin ella, cualquiera que fuese la fecha de la traba, anterior o posterior, no cabía suspender; había que denegar por imperio del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, como muy bien decía el Registrador, mientras no se ordenase la cancelación del asiento, en virtud de la salvedad del fundamento 6.º y la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

4.º *La posibilidad de tener en cuenta en el recurso gubernativo datos que no se conocieran en la calificación.* Este tema, planteado en el fundamento 9.º, viene a ser la guinda en una resolución desafortunada e introduce un peligroso factor de confusión en el contenido de la calificación.

(1) En *Revista de Derecho Privado*, 1951, págs. 561 y sigs. y 1952, págs. 703 y sigs.

(2) En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1974, págs. 65 y sigs.

(3) «El tópicico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español».

El principio indiscutido hasta ahora era que el recurso gubernativo había de ceñirse estrictamente a las cuestiones y documentos objeto de la calificación; la doctrina apenas si se había planteado este problema limitándose a la enunciación del principio y del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, claro y terminante («rechazándose de plano...») en este sentido, lo cual resulta lógico, pues no puede recurrirse contra aquello que no fue objeto de decisión, y si bien es cierto que el artículo 124 de la Ley Hipotecaria permite la incorporación mediante diligencia para mejor proveer de informes o documentos aclaratorios de las peticiones formuladas, éstos tienen necesariamente un objeto meramente aclaratorio sin que puedan afectar a la amplitud de los derechos inscritos ni al contenido sustancial de la calificación. La jurisprudencia del Centro Directivo ha sido hasta hoy clara y terminante en este punto (4). En la resolución que comentamos, la Dirección declara paladinamente que «los anteriores razonamientos se hacen sobre un dato que *no ha podido* tener a la vista el Registrador en el momento de la calificación», lo que introduce una grave inseguridad en ésta. Significa, de hecho, obligar al Registrador a comprobaciones extrarregistrales de oficio para evitar que estos datos, de hecho o de derecho, puedan alegarse después en el recurso, lo que acerca la función registral al sistema alemán, en que el Registrador actúa como verdadero Juez territorial.

Por otra parte, al decir la Dirección que no constando este dato (la fecha de la traba) en la anotación de embargo, el Registrador debió suspender la inscripción del remate hasta acreditarse *dato tan decisivo*, vulnera el principio de presunción de integridad de los asientos y, de hecho, introduce en los mandamientos de embargo un requisito necesario no exigido por la Ley; los Registradores, en efecto, no esperarán a exigir este dato a que se presente la sentencia de remate, sino que deberán exigirlo en la anotación si no quieren que el Registro se convierta en una trampa mortal; pero si lo hacen así, dado que actualmente no figura nunca en los mandamientos y que los Jueces no están obligados a consignarlo ni por precepto procesal ni hipotecario, mucho nos tememos que en breve proliferarán los recursos sobre el tema.

Es lamentable que en lugar de plantear estas cuestiones, más que discutibles, para resolver el caso planteado, la Dirección no haya optado por la solución más lógica, más clara y más conforme con la técnica jurídica moderna de declarar de una vez los efectos reales absolutos de la anotación de embargo, aplicando el criterio que ya aparecía iniciado en el fundamento 1.º de la Resolución de 25 de abril de 1986; esta doctrina, irreprochable civil, procesal e hipotecariamente, sí que habría resuelto la cuestión de una vez por todas.

PABLO VIDAL FRANCÉS

(4) Cfr. Resolución de 16 de diciembre de 1985; antes, las de 29 de septiembre y 11 de octubre de 1983 y otras.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

BIENES DE LA PERSONALIDAD. DERECHO AL HONOR PROFESIONAL. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, artículo 7; Ley 62/1978, de 28 de diciembre, artículo 13; Constitución Española, artículos 18.1 y 20.4 (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley que el actor y apelante interpuso contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha capital, por estimar una intromisión ilegítima y atacado su honor profesional de administrador de fincas urbanas en virtud de ciertas manifestaciones expresadas en una reunión de la comunidad de propietarios de un inmueble, conforme a los siguientes fundamentos.

1. Según ya tiene declarado esta Sala en Sentencia de 28 de octubre de 1986, la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, lo que se manifestará en unos casos referida a los supuestos enunciados en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y en otros, según las circunstancias que operarán en contraste o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta, escogiendo los aspectos más relevantes atendiendo a las pautas del artículo 2.1 de dicha Ley, es decir, teniendo en cuenta las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento, con la consiguiente posibilidad del juzgador de establecer la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas.

2. Atendidas las precedentes consideraciones es de llegar a la solución desestimatoria del primero de los motivos en que se apoya el recurso de

casación de que se trata, que el recurrente don F. Q. R. formula, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendida interpretación errónea del artículo 7, 7.º, de la mencionada Ley Orgánica 1/1982, en relación con los artículos 18.1 y 20.4 de la Constitución Española y la doctrina legal existente en la materia, de una parte porque reconocido en la sentencia recurrida, y explícitamente admitido por el citado recurrente en cuanto lo hace presupuesto de la fundamentación del motivo que se examina, que la determinante fáctica de la acción de protección del derecho al honor ejercitada por el demandante don F. Q. R. es la manifestación efectuada por el demandado don R. C. B. como consecuencia de cuestión planteada en la Junta General Ordinaria celebrada el 13 de octubre de 1984 por la Comunidad de Propietarios del Edificio Concorde, de la que formaban parte aquéllos con relación al número 6 del orden del día, referente a «acciones legales y costas» y con respecto a unas acciones ejercitadas por el Abogado de la indicada Comunidad, de que tales acciones ejercitadas, que al no prosperar habían ocasionado un importante desembolso dinerario para los copropietarios, «estaban basadas en informaciones falsas» que se aducían emanantes de instrucciones que al mencionado Abogado le habían dado para ejercerlas la Presidenta, señora B., y en particular don F. Q., y cuyas manifestaciones quedaron reflejadas en el acta de la indicada Junta General Ordinaria, posteriormente comunicada a los copropietarios asistentes y no asistentes a ella, no se aprecia finalidad ni matiz difamatorio, sino meramente expositivo y justificador de que tales acciones no hubieran obtenido resultado positivo, cual se requiere para generar intromisión ilegítima en el ámbito de protección que considera el número 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en que pretende ampararse el recurrente, pues habida cuenta las circunstancias, ideas prevalentes y pautas de comportamiento apreciables en el supuesto contemplado se trata simplemente, como certeramente ha sido apreciado por el Tribunal de Instancia, de meras manifestaciones expositivas de justificación ante la expresada Junta General Ordinaria de que las indicadas acciones no hubieran tenido viabilidad, dado que en aspecto vulgar y corriente la expresión «informaciones falsas» se entiende no solamente el concepto gramatical de «falta a la verdad», sí que también información incorrecta o inexacta, que, evidentemente, es lo significativo, en el supuesto contemplado, para dar razón causal en la expresada Junta General Ordinaria a la no llegada al buen fin pretendido de las expresadas acciones ejercitadas, y mayormente en cuanto que esa defectuosa información manifiesta la Sala sentenciadora de Instancia en la recurrida sentencia no ha sido desvirtuada por el demandante acreditando, en contra de tal manifestación, la exactitud de esas informaciones que dieron causa a las tan relacionadas acciones; y de otra parte, a causa de que no constando que las tan citadas manifestaciones hubiesen tenido más trascendencia que la derivada de su constancia en el acta a que se viene haciendo mención y de la comunicación de ella a los copropietarios asistentes y no asistentes, que es la normal conducta del régimen de copropiedad establecido por el régimen de propiedad horizontal, no puede dársele la consideración divulgatoria que demanda el repetido número 7 del artículo 7 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, para producir situación de intromisión ilegítima, dado divulgar al respecto no es el dejar constancia de algo con relación documentada proyectada exclusivamente a las personas afectadas e interesadas en el

acto en que aquellas manifestaciones de orden estrictamente informativas fueron producidas, sino propagarlo a terceros con publicidad rebasante de ese simple aspecto informativo en indudable acto intencional —no apreciable en el presente caso— de vejar el honor de una persona.

3. A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, que el recurrente, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula por alegada interpretación errónea del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, toda vez que al prevenir el artículo 13 de ésta, a la que se remite la disposición transitoria 2.ª de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, que «el procedimiento será el establecido para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil» con las especialidades que establece, sin hacer específica regulación en materia de costas, conduce a que sea aplicable en tal aspecto la norma genérica al particular establecido en el artículo 523 de la mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil, cual acertadamente ha efectuado la Sala sentenciadora de Instancia, que, en contra de lo apreciado por el recurrente, instaura la preceptiva imposición de las costas de Primera Instancia a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, apreciare la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, cuyo evento no ha sido apreciado en la sentencia objeto de recurso.

BIENES DE LA PERSONALIDAD. DERECHO AL HONOR PROFESIONAL. LIBERTAD DE INFORMACION. PRESUNCIONES. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Artículos 1.137; 1.253; 1.903, número 4, y 1.904 del Código Civil. Artículo 65 de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966. Ley Orgánica 62/1978, de 28 de diciembre. Artículos 7, número 7, y 9, número 3, de la Ley Orgánica número 1/1982, de 5 de mayo. Disposición derogatoria 3.ª de la Constitución Española (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de las partes demandadas y apelantes contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que, en cuanto a las mismas, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 26 de esta capital.

El Juzgado declaró que «estimando en parte la demanda promovida...: 1.º Que los periódicos *El País* y *Diario 16* están obligados a publicar en sus respectivas primeras páginas del día siguiente a la firmeza de esta resolución y con titulares del mismo tamaño que los mayores de ese día la frase 'Condena por intromisión ilegítima que se publica por resolución judicial firme', y la parte dispositiva completa de esta sentencia. 2.º Que Promotora de Informaciones, S. A., y don L. C. E., solidariamente entre sí, deben abonar a los actores, como indemnización de daños y perjuicios morales, la cantidad de cuatro millones de pesetas, y a los también demandados Información y Prensa, S. A., don P. J. R. C., don J. S. C. y don F. B. G., con igual carácter de solidaridad, la cantidad de seis millo-

nes de pesetas por el mismo concepto Y la sentencia de la Audiencia confirma sustancialmente la del Juzgado.

La representación de los demandados y apelantes, Promotora de Informaciones, S. A., y don J. L. C., interpuso recurso de casación al amparo de los siguientes motivos:

Primero.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la norma jurídica contenida en el número sexto del artículo 533 de la Ley Procesal y jurisprudencia de esta Sala aplicable al caso, entre ellas la Sentencia de 12 de mayo de 1971, en cuanto que señala el cauce procesal adecuado para la denuncia de los supuestos de improcedencia de acumulación de acciones. Segundo.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la norma jurídica contenida en el artículo 156 y jurisprudencia aplicable, entre ellas, las Sentencias de 22 de marzo de 1982 y 13 de enero de 1949, en cuanto que sin ser la misma causa de pedir se demanda a dos bloques de demandados que nada tienen que ver entre sí. Tercero.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por no aplicación de la disposición derogatoria 3.ª de nuestra Constitución en relación con el artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966. Cuarto.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por inaplicación del artículo 1.137 del Código Civil, que establece el principio de mancomunidad y no el de solidaridad en nuestro ordenamiento jurídico al haber sido demandados y posteriormente condenados Promotora de Informaciones, S. A., y don J. L. C. E. y no haber sido demandados los autores de la publicación en la que se estima se produjo la intromisión ilegítima al derecho del honor. Quinto.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de Ley en el concepto de violación en la doctrina legal de esta Sala, entre otras Sentencias, las de 29 de diciembre de 1978, 5 de diciembre de 1982 y 9 de marzo de 1982, por defectuosa constitución de la litis al darse el supuesto procesal de litis consorcio pasivo necesario, en relación con el número 7 del artículo 7 y todos los demás preceptos concordantes con este artículo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, por no haber sido demandados y, por tanto, partes en el litigio, los firmantes, autores de los artículos en donde el demandante fundamenta haberse insertado información calificable de intromisión ilegítima al derecho del honor, a la imagen o a la intimidad. Sexto.—Al amparo del motivo cuarto del artículo 1.692 por error en la apreciación de las pruebas basadas en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, señalándose como documentos el acta notarial levantada por el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid don A. F. G., de fecha 6 de marzo de 1985; manual de investigación de accidentes de aviación; certificación del Secretario del Consejo de Administración del Instituto Nacional de Industria don T. S. G. Séptimo.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil, por cuanto que la sentencia recurrida «induce a unas conclusiones cuya deducción o nexo lógico entre la información publicada y las causas del accidente impugnan. Octavo.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de En-

juiciamiento Civil por infracción por aplicación indebida del número 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, al no haber intromisión ilegítima en los artículos publicados en el diario *El País*. Noveno.—Al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por errónea aplicación del número 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil al derecho del honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

Por su parte, la representación de los otros demandados y apelantes, don P. J. R. C., don J. T. S. C., don F. B. G. e Información y Prensa, S. A., fundó su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por indebida aplicación del artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 e inaplicación del artículo 1.137 del Código Civil, al no aplicarse respecto de la primera Ley la disposición derogatoria de la Constitución. Segundo.—Al amparo del motivo cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error en la apreciación de las pruebas basadas en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Se señalan como documentos el acta notarial levantada por el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid don A. F. G. de fecha 6 de marzo de 1985, oficio de la Dirección General de Aviación Civil expedido por el Director General, Manual de Investigación de Accidentes de Aviación y certificación del Secretario del Consejo de Administración del Instituto Nacional de Industria don T. S. G. Tercero.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.253 del Código Civil, por cuanto en la sentencia recurrida no existe entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir un enlace preciso y directo. Cuarto.—Al amparo del motivo quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del número 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por no tener los hechos la consideración de intromisión ilegítima. Quinto.—Al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del número tercero del artículo 9 de la Ley de 5 de mayo de 1982.

El Tribunal Supremo basa el fallo en los siguientes fundamentos de Derecho:

1. El primero de los dos recursos interpuesto a estudiar por razón lógico entre la información publicada y las causas del accidente impugnan». de Informaciones, S. A., y don J. L. C., integrado por nueve motivaciones, de las cuales y por razones de técnica casacional debe comenzarse a contemplar la integrada bajo el número sexto, al estar fundamentado procesalmente sobre el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria y acusarse en él a la sentencia impugnada de «error en la apreciación de las pruebas basadas en documentos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», a cuyos efectos se señalan como tales documentos, «el acta notarial levantada por el No-

tario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid don A. F. G. de fecha 6 de marzo de 1985, Manual de Investigación de Accidentes de Aviación, certificación del Secretario del Consejo de Administración del Instituto Nacional de Industria don T. S. G.», sobre cuya documentación pretende la motivación defender su tesis de que siendo veraz la información del diario *El País*, se pretenda «estimar como inveraz la información publicada sobre el comandante P., y que se concretaba en que sufría 'estados de depresión', que dentro de unos seis meses se iniciaría un detallado análisis de la personalidad, carácter y vida privada del comandante del avión siniestrado...».

2. El motivo resulta improsperable, además de porque el conjunto de documentos a que en él se alude y fueron adecuadamente examinados por la Sala *a quo* juntamente con el resto de las muy abundantes pruebas presentadas por las partes contendientes, demuestran la realidad de lo que el referido Tribunal resuelve y, por tanto, no contradicen el fallo del citado órgano jurisdiccional, porque con los hechos que la resolución impugnada declara probados, lo que se pretende demostrar no es la veracidad o el infundio de la información publicada sobre el progenitor de los actores relativa a que «sufría estados de depresión», sino que las expresiones contenidas en los números de *El País* de 20 de febrero y 14 y 17 de marzo de 1985 sobre el piloto en cuestión, «vertidas inmediatamente después de producirse la catástrofe aérea y estando abiertas unas diligencias penales y una investigación técnica para determinar sus causas, conducen subliminalmente a los lectores del periódico, mediante una especie de juicio paralelo, a la conclusión de que el accidente se debió a una patente irresponsabilidad del comandante del avión siniestrado, que pilotaba la aeronave en condiciones anímicas y profesionales incompatibles con la delicadeza de la función correspondiente, lo que configura por sí solo una intromisión ilegítima en el ámbito del honor y de la intimidad personal de dicho piloto, titular del derecho lesionado y cuya memoria constituye una prolongación de su personalidad» (considerando noveno de la sentencia impugnada). Pero es que, además de lo indicado, debe señalarse, a los efectos del error acusado en el motivo y la intrascendencia de los documento en que el mismo se apoya, que, como muy bien se dice en la sentencia recurrida (noveno considerando), las pruebas practicadas en el pleito acreditan lo contrario de lo que en el motivo se pretende deducir del contenido de los artículos del citado diario.

3. Los motivos primero y segundo, ambos con apoyo en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y que van a ser examinados conjuntamente por su concatenación, denuncian: el primero, la infracción del artículo 533, número 6.º, y el segundo, la del artículo 156, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en relación con la doctrina construida por esta Sala sobre la acumulación de acciones. Las argumentaciones vertidas en ambos motivos pueden sintetizarse así: aunque en la Ley Rituaria no existe tramitación para la denuncia de la improcedencia de la acumulación de acciones, ello no implica que tal defecto no pueda denunciarse; la acumulación de acciones supone un vicio de incompetencia del Juzgado ante el que se ha planteado la litis. El artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene un *numerus clausus* de defectos en el modo de proponer la demanda. En la litis se esgrimen acciones dirigidas contra dos grupos distintos: Promotora de Información, S. A., por un lado, e Información

y Prensa, S. A., por otro, lo cual impide, según el motivo, la acumulación declarada.

4. Ninguna de dichas motivaciones puede prosperar, por cuanto: a) La acumulación de acciones, a que se refiere la motivación, no puede, en el supuesto aquí contemplado, provocar la incompetencia del Juzgado ante el que se esgrimieron las acciones, dado que era el territorial y objetivamente competente para conocer de la cuestión planteada, independientemente de que por razón del sistema de reparto hubiera podido o no corresponderle el conocimiento del asunto, lo que aquí no tiene trascendencia alguna. b) A su vez y en el caso a que el presente recurso se refiere, dicha acumulación tampoco altera la competencia funcional, dado que por razón del procedimiento seguido y en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 2.ª de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con los artículos 13 y siguientes de la 62/1978, de 26 de diciembre, es la misma. c) A la vista de lo indicado, así como de los artículos 533, números 1.º a 6.º, a que se alude en el motivo, y 1.692, números 1.º, 2.º y 5.º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los cuales es precisamente el quinto donde se asienta esta motivación, es procesalmente evidente que el tema de la acumulación propugnada ni tiene encaje casacionalmente hablando en ninguno de los citados números del artículo 533, ni, consiguientemente, en los 1.º y 2.º del 1.692, y así lo acredita que los propios recurrentes hayan refundido su argumentación en el igualmente citado número 5.º de este último precepto de la Ley Rituaria, esto es, dentro de la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables al objeto controvertido, aun cuando en este caso dicha infracción no exista. d) Pero es que, además, el artículo 156 de la Ley de Ritos Civiles, que se estima infringido, señala como únicos requisitos para que la acumulación de acciones de uno contra varios o de varios contra uno sea procedente, «que nazcan de un mismo título o que se funden en una misma causa de pedir». Pues bien, es de una evidencia que no necesita especificación, que en el caso aquí contemplado coinciden ambos requisitos, bien que hubiere sido suficiente para operar la acumulación realizada la existencia de uno solo de ellos, habida cuenta la partícula «o» empleada aquí por el legislador como disyuntiva; y así, dicha identidad puede verse tanto en orden a la petición de una indemnización dirigida a ambas partes demandadas (causa de pedir), como a la circunstancia de ser dicha reclamación consecuencia de una similar actividad desarrollada por los dos entes publicitarios demandados y los miembros de sus respectivos equipos, el deterioro del honor y el ataque a la intimidad de la misma persona (título legitimador). e) En cuanto a lo relativo al tema de las tasas judiciales existentes en el momento de interponerse la demanda, y el de las consecuencias que puedan derivar de la unificación del *quantum* de las indemnizaciones reclamadas a unos y otros demandados por virtud de la acumulación, no constituyen, en opinión de esta Sala, razones adecuadas para impugnar la misma, al no encontrarse ninguna de ellas prevista en el artículo 156 de la Ley Procesal.

5. Se pasa así a la contemplación de otro grupo de motivaciones, las enunciadas bajo los ordinales tercero, cuarto y quinto, todas ubicadas procesalmente en el número 5.º del mismo precepto que las anteriores y cuyo examen conjunto se opera por girar en torno al mismo tema la solidaridad. Así, en la tercera se denuncia la no aplicación de la dispo-

sición derogatoria tercera de la Constitución Española, en relación con el artículo 65 de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966, que, en opinión de los recurrentes, es disposición derogada por la Constitución Española; en el motivo cuarto, lo denunciado es la inaplicación del artículo 1.137 del Código Civil, que sanciona el principio de la mancomunidad de las obligaciones, a cuyos efectos se estima que siendo ello así, no se debió declarar la responsabilidad solidaria de la entidad aquí recurrente; en cuanto al motivo quinto, lo que en él se ofrece al examen de esta Sala es la violación de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, lo cual fundamenta en «no haber sido demandados y, por tanto, partes en el litigio, los firmantes, autores de los artículos en donde el demandante fundamenta haberse insertado información calificable de intromisión ilegítima al derecho al honor, a la imagen o a la intimidad».

6. El primero de estos motivos no puede ser estimado, dado que la alegada derogación del artículo 65 de la Ley de Prensa por la Constitución Española es sólo una afirmación de la parte recurrente, que carece de realidad normativa. En efecto, se pretende apoyar dicha crítica, entre otras alegaciones, en que se trata de una Ley inspirada en los Principios del Movimiento Nacional, nacida en un sistema dictatorial; en que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, derechos entre los que se encuentra el de «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», y en que dichos derechos fundamentales son de aplicación directa y conforme a las normas constitucionales y a los principios que la inspiraron. Mas al hacer estas afirmaciones, en el motivo que se está examinando, se omite: *a)* Que la sentencia impugnada no niega ni rechaza ese derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz. *b)* Que lo declarado en ella es que en la información se contienen frases y juicios que «inducen subliminalmente a los lectores del periódico, mediante una especie de juicio paralelo, a la conclusión de que el accidente se debió a una patente irresponsabilidad del comandante del avión siniestrado». *c)* Que, efectivamente, de la sentencia impugnada resulta la evidencia de que los artículos de *El País* a que la misma se refiere y cual ha dicho ya esta Sala (Sentencia de 23 de mayo de 1987), no se caracterizan por su asepsia ni por su objetividad, en cuanto carecen de la neutralidad que debe caracterizar a las noticias y comunicados ofrecidos por la prensa y medios de publicidad, dado que en ellos aparecen hábilmente involucrados presupuestos de hecho objetivos, esto es, noticias y alusiones reticentes e insidiosamente sensacionalistas dirigidas, cual dice el Tribunal *a quo*, a hacer patente subyacentemente la responsabilidad profesional del padre de los actores. *d)* Que la circunstancia innegable de que la Ley de Prensa sea temporalmente anterior a la Constitución, a lo único que puede conducir es a que aquellos de sus preceptos que fueren contrarios al espíritu de la misma se entiendan automáticamente derogados, mas no a que merezca tal solución la totalidad de su articulado, en cuanto no existe en ella una expresa derogación de la referida normativa, como tampoco la hay de otras Leyes de fechas anteriores a la promulgación de la Constitución que siguen, por tanto, siendo aplicadas en lo que no contradiga sus principios fundamentales, cual acontece, por ejemplo, con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, o con la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido de 26 de julio de 1957, o la Ley de Arbitraje de 22

de diciembre de 1953, etc. e) Que, además, el precepto que se dice infringido (art. 65, 2.º), en el que se establece la responsabilidad solidaria de autores, directores y editores, tampoco puede estimarse (como pretende el motivo) derogado tácitamente, ya que ni contradice el espíritu de la Constitución ni coarta el derecho de libertad de información y comunicación, sino que contempla únicamente una cuestión de puro y estricto derecho obligacional, la relativa a la determinación de las consecuencias que puedan derivar del mal uso del referido derecho fundamental, estableciendo a tales efectos una consecuencia jurídicamente lógica, la responsabilidad solidaria de quienes ocupan las posiciones en dicho precepto y número indicado. f) Por último, tampoco parece tenerse en cuenta, en los motivos que se están examinando y por lo que a la responsabilidad civil de los recurrentes se refiere, que a ella sería de aplicación, en último extremo, lo dispuesto en el artículo 1.903, párrafo cuarto, del Código Civil, en cuanto no existiendo en casos como el presente relación jurídica alguna entre los actores y los demandados y apareciendo clara la relación de causalidad, se trataría en todo caso de una responsabilidad extracontractual, en la cual y conforme al precepto del Código Civil que se deja indicado, lo previsto, según constante doctrina de esta Sala, es no ya la responsabilidad solidaria de dichos autores, directores y editores, sino la directa de este concreto caso Promotora de Informaciones, S. A., sin perjuicio de la facultad de repetición que el artículo 1.904 de dicho texto legal establece; y todo ello sin olvidar, en lo que a dicha responsabilidad extracontractual se refiere, que el juego de los artículos 1.903 y 1.904 del Código Civil no está prohibido por las Leyes Orgánicas 62/1978, de 26 de diciembre, y 1/1982, de 5 de mayo, ni que, al fin y al cabo, el Código Civil es fuente legal supletoria del ordenamiento jurídico español.

7. Y siguiendo con el examen de las motivaciones que se han dejado indicadas al comienzo del presente fundamento, cabe también decir que la Sala de Apelación no ha infringido la doctrina jurisprudencial construida por este Alto Tribunal, dado que precisamente por lo que se ha expuesto en dicho fundamento y para el caso de que los aquí recurrentes estimaren pudiera existir responsabilidad por parte de los articulistas a que el motivo quinto se refiere, el artículo 1.904 del Código Civil concede, cual queda dicho, la facultad de repetir contra ellos.

8. No mejor destino merece el motivo séptimo, en el que bajo el mismo ordinal y precepto que los tres precedentes se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil, «por cuanto que la sentencia recurrida induce a unas conclusiones cuya deducción o nexo lógico entre la información publicada y las causas del accidente impugnamos». Su fracaso casacional es fruto de que en el fundamento séptimo de la resolución que aquí se combate y sirve de base al motivo, lo que hace la Sala *a quo* es fijar el alcance del derecho que tienen los ciudadanos ante o frente a las intromisiones que pueden producirse en la esfera de su honor, intrusiones de carácter ofensivo para el referido derecho de que, como ha quedado razonado, adolecen precisamente los artículos publicados en el diario *El País* respecto del comandante don J. L. P. A. los días que se han dejado señalados en el fundamento segundo de esta sentencia. No se trata, por tanto, de meras presunciones, como parece apuntarse en el presente motivo, sino de resultancias directas extraídas de la propia lectura de las referidas publicaciones por el juzgador, tanto de Instancia como de Apelación, de los citados artículos; e insistiendo una vez más en que

de 18 de marzo de 1966, así como la inaplicación del artículo 1.137 del Código Civil, al no aplicarse respecto de la primera la disposición derogatoria de la Constitución Española, motivación que ha de sucumbir por las mismas razones que sirvieron para desestimar los motivos tercero, cuarto y quinto del precedente recurso y no es necesario reproducir.

13. Análogo resultado desestimatorio corresponde a las motivaciones tercera, cuarta y quinta, en cuanto fundadas en el mismo ordinal y precepto que la precedente y con base en la infracción del artículo 1.253 del Código Civil, «por cuanto en la sentencia recurrida no existe entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir un enlace preciso y directo», la tercera; en la del «número 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la integridad personal y familiar y a la propia imagen, por no tener los hechos la consideración de intromisión ilegítima», la cuarta, y en la del número 3 del artículo 9 de la misma Ley, la quinta; esto es, los mismos fundamentos procesales y de crítica jurídica que los motivos séptimo a noveno, ambos inclusive, del precedente recurso, son de aplicar para su rechazo casacional las mismas argumentaciones que aparecen en los fundamentos séptimo a noveno del recurso anteriormente examinado.

BIENES DE LA PERSONALIDAD. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

Ley Orgánica número 1/1982, de 5 de mayo (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Laotour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirmando en todas sus partes la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esa capital, condenó a Ediciones Z y a su entonces director, don E. A. V., y a don D. J. M., declarado en rebeldía, a que satisfagan a la actora y apelada —quien solicitaba 25 millones de pesetas—, doña S. M. Q., la suma de cinco millones de pesetas y a que destruyan en presencia de ésta los negativos y copias de las fotografías identificadas por la demanda, condena extensiva a que se anuncie en la portada de un futuro número de la misma revista el fallo de la presente resolución insertando en sus páginas interiores la parte dispositiva de esta sentencia, con las costas de la apelación.

Los hechos se desprenden del apartado tercero de los fundamentos de Derecho en que se basa la sentencia, y que son los siguientes:

1. El atento estudio de los términos en que está formulado el recurso pone de manifiesto ciertos vasos comunicantes, cuando no cierta fusión y alguna confusión entre los derechos fundamentales de la personalidad, regulados en su protección civil por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, principalmente haciéndolos coincidentes las más de las veces con el derecho al honor, cuando es lo cierto que la problemática que se plantea, dados los términos en que se producen las sentencias, es entre el derecho a la propia imagen, de una parte, y el derecho que protege la intimidad personal.

2. Así las cosas, bueno será recordar que, como ya dejó sentada la Sentencia de 11 de abril de 1987, por imagen se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero, a efectos de la Ley calendaria, ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, y que en tal sentido puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos.

Aun cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos, y contingentes las más de las veces, es lo cierto que la reproducción o difusión mediante procedimiento técnico o mecánico y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida, tendrá un derecho a su protección y, en su caso, un eventual derecho a una indemnización al resarcimiento y que, las más de las veces, rozará o lesionará los derechos a la intimidad, bien personal o familiar, y cuya pretensión fue canalizada antaño por los cauces del artículo 1.902 del Código Civil y, últimamente, por los de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, que tutela el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En efecto, como ha podido precisar recientemente el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de octubre de 1987, los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18, 1, de la Constitución Española, forman parte de los bienes de la personalidad, que pertenecen al ámbito de la vida privada; salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, y en este ámbito de la intimidad reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza el precepto.

3. Hechas estas consideraciones previas, bueno será recordar, en apretada síntesis, los hechos que dieron lugar a las dos sentencias concordes en las instancias, en las que se sientan los siguientes hechos: el semanario X anuncia en su portada, en caracteres bien visibles, el de «S. M., desnuda al sol», y en páginas centrales, bajo la leyenda de «protagonistas del verano», a la que acompaña otra de «desnudos de S. M.», publica tres fotografías tomadas en teleobjetivo y en que la actora aparece vestida sólo con la pieza inferior de su traje de baño en una playa poco concurrida de Menorca, resaltando que dicho lugar es poco concurrido y alejado de los núcleos de población. Las fotografías fueron tomadas por un profesional del ramo y que las vendió a la editora de dicha revista con conocimiento de que la persona fotografiada no había consentido en serlo.

4. Con estos antecedentes, la sentencia impugnada pronuncia su fallo condenatorio de los demandados, con carácter solidario, por vulneración de los derechos de la personalidad protegidos civilmente por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, y contra el que se formula el recurso mediante dos motivos y la puesta en juego de la infracción de dos preceptos, en realidad paralelos en su problemática jurídica, como se reconoce expresamente en el escrito de formalización del único impugnante de la sentencia, y en el que se citan, expresamente, los artículos 2, 1, y 8, 2, a).

5. El primero de los preceptos, tachado por algún sector doctrinal de un tanto anfibológico, encuentra su justo encuadre en la a modo de expo-

sición de motivos que precede al texto legal, al precisar que, además de la delimitación que puedan resultar de las Leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada *de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad* y por *el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento*.

Partiendo de esta premisa, bueno será recordar que los juzgadores de Instancia, tras destacar que no hubo consentimiento en la obtención de las imágenes y que éstas se lograron mediante la técnica de teleobjetivo y sin que pudiera apercibirse la persona fotografiada, enjuician las llamadas pautas de comportamiento y que en apretado resumen destacan que se trata de una artista profesional, que busca un lugar de playa escogido y poco concurrido de gente y alejado de los núcleos de población, con lo que claramente se destaca que las pautas de comportamiento de la actora están proyectadas a la busca de salvaguardar su intimidad y su propia imagen, sin que sea lícito vulnerar este derecho subrepticamente bajo los dictados de una corriente permisiva a la que la actora se mostró reacia rehuyendo la publicidad y sin que el hecho reconocido de presentarse en *top-less* autorice la rotura de los moldes en los que se desenvolvía la fotografiada.

6. Evidentemente que el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y buena prueba de ello es el artículo 8, 2, a), de la Ley Orgánica ya calendada; pero es lo cierto que en el supuesto de autos no concurren los presupuestos que se recogen en dicha norma, pues quien ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública tiene derecho a su propia imagen y a su intimidad, cuando elude su presentación en un acto público o en lugares abiertos al mismo, pues consta en autos el decidido propósito de la actora de eludirlos para salvaguardar su intimidad que tan subrepticamente fue vulnerada, procediendo, en consecuencia, la desestimación del segundo y último de los motivos, amparados en la infracción del precepto sustantivo indicado.

BIENES DE LA PERSONALIDAD. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. CAMPAÑA PUBLICITARIA. DAÑOS MORALES. Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1988).

La actora, apelante y recurrente, empleada en la Empresa X, de la que luego fue despedida, se vio sorprendida porque su fotografía e imagen fue utilizada en una campaña publicitaria organizada por la Empresa, razón por la que solicita una indemnización de 25 millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante la concede una indemnización de 300.000 pesetas por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, sentencia que es confirmada íntegramente por la de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación en base a los siguientes fundamentos:

1. Declara la sentencia recurrida que «la problemática del presente recurso (apelación) queda reducida a la determinación del *quantum* indemnizatorio y al tema de la imposición de costas de aquella instancia (Primera Instancia), tal y como ha sostenido en su informe el Letrado de la parte apelante (hoy recurrente), por lo que, excluyendo cuanto a costas se refiere, el tema de este recurso de casación queda centrado en cuanto a la cantidad fijada como indemnización por los daños, que hay que entender, morales, pues a ellos se refiere el artículo 9 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en este orden es de señalar que conforme preceptúa el apartado 3 del precitado artículo, el daño moral se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma»; ahora bien, la valoración, esto es, la determinación en pesetas de cada una o en su conjunta apreciación de dichas circunstancias o factores, ha de quedar al prudente y buen criterio de los Tribunales de Instancia, puesto que entra dentro de sus facultades discrecionales, y, por tanto, no susceptible de ser impugnada en casación y, como según se declara en la recurrida sentencia, en la fijación de la cantidad señalada como indemnización de los daños, por el Juzgado de Primera Instancia, se ha tenido en cuenta el conjunto de factores concurrentes, como lo son: la captación de imagen, desarrollo y forma de la publicidad y ámbito y beneficio obtenido por el causante; la Sociedad demandada corrobora en la sentencia de Apelación, en cuanto a la total ausencia en la divulgación de la imagen de la actora de circunstancias que pudiesen resultar ofensoras, contrarias a su fama y prestigio o a su consideración social o que pudieran herir sus sentimientos de recato y pudor; antes bien, la fotografía que sirve de base al reclamo publicitario —y para la que posó voluntariamente la demandante— muestra una imagen agraciada, honestamente presentada, atractiva e ingenua, cuya divulgación —a salvo siempre la eventual oposición de la interesada— no cabe considerar como causante de mayores perjuicios en el actual entorno social, no cabe decir se haya infringido los artículos 7, párrafo 6, y 9, párrafo 3, de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, y en relación a la cantidad fijada, como ya quedó señalado, es motivo no susceptible de ser revisada en casación, se impone la desestimación de los tres motivos del recurso.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. COMERCIALIZACION. *Artículos 7 y 8, 2, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, artículo 7, 3. Artículo 18, 1, de la Constitución Española (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1988).*

El derecho a la imagen tiene carácter innato, es inalienable e irrenunciable.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la senten-

cia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal número 1, salvo en lo relativo a la indemnización, cuya determinación había dejado el Juzgado para el periodo de ejecución y que la Audiencia señala en diez millones de pesetas. Los fundamentos de la sentencia, de los que se desprenden los hechos, son los siguientes:

1. Promovido por M. S. E. y otros futbolistas, ante el Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal, demanda de juicio especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra la Entidad «Cromo-Crom, S. A.», con fecha 11 de julio de 1986 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 29 de junio de 1985, se estimaba la demanda; sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: Que el presente procedimiento deriva de un contrato previo suscrito entre «Cromo-Crom, S. A.», y «Romagosa Internacional Merchandising», como agente exclusivo para la comercialización y explotación de la imagen de los futbolistas afiliados a la AFE; en él se otorgó a «Cromo-Crom, S. A.», licencia exclusiva para la distribución al comercio y venta al público de colecciones de cromos y sus correspondientes álbumes con reproducción de imágenes de futbolistas afiliados a la AFE correspondientes al Campeonato Español de Liga 1981/82 y del Mundial de 1982, debiendo abonar en contraprestación la cantidad mínima de siete millones de pesetas y porcentajes a «Romagosa Internacional Merchandising, S. A.», participando de dichos beneficios a la AFE, conforme al contrato de agencia suscrito por ella con su agente Romagosa; durante la temporada 1981/82, la Sociedad hoy demandada comercializó legítimamente, en virtud de este contrato, los cromos y álbumes, y una vez transcurrida dicha temporada continuó distribuyendo sin contrato y desoyendo todas las peticiones de la AFE en el sentido de que cesase en su actividad (considerando tercero de la sentencia del Juzgado expresamente aceptado por la resolución recurrida).

2. El primero de los motivos en que se apoya el recurso se ampara en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sostiene que la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona incurre en infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias que cita y que se refieren a la figura del litisconsorcio pasivo necesario, tesis ésta ya mantenida en la Instancia y acertadamente rechazada en las anteriores sentencias, puesto que si, como se dice, la presente litis proviene de un contrato suscrito entre la demandada «Cromo-Crom, Sociedad Anónima», y el entonces agente exclusivo de los actores, con objeto de comercializar la imagen de los futbolistas afiliados a la AFE, en el que se otorgó a «Cromo-Crom, S. A.», la licencia para la distribución comercial de los cromos en los que se reproducían tales imágenes, es obvio que no tiene por qué ser citada a la misma una Entidad como «Edizioni Panini», que nada tuvo que ver en el contrato inicial del que el presente procedimiento trae causa, y ello cualquiera que fueren las relaciones que vinculen a «Cromo-Crom, S. A.», con aquélla, al haberle cedido sus derechos a la reproducción de la imagen de los actores, puesto que la llamada a juicio de la demandada completa la relación jurídico material base o fundamento de la pretensión, y con ello queda correcta-

mente constituida también la relación jurídico procesal, sin perjuicio de los vínculos internos que pudieran existir entre ambas entidades.

3. No mayor éxito habrá de alcanzar el motivo segundo, que por la misma vía del ordinal 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción del artículo 8, 2, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, motivo éste que habrá de ser rechazado en atención a las siguientes razones: Primera: Que el llamado derecho a la imagen, como derivado de la personalidad del individuo, tiene carácter innato, si bien no ha sido reconocido hasta fecha reciente por el ordenamiento jurídico de los países más progresivos, que han subrayado su cualidad de irrenunciable e inalienable, definiéndolo como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, y proclamando que la violación del mismo comporta un atentado contra los derechos fundamentales de la persona que puede desencadenar el mecanismo reparador de los daños morales que tal violación lleva consigo. Segunda: Que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido expresamente este derecho, con el rango de fundamental, al proclamar en el artículo 18, 1, de la Constitución, que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y desarrollando legislativamente su protección a través de la Ley, ya citada, de 5 de mayo de 1982, cuyo artículo 7, en su apartado 6, reputa intromisión ilegítima en el ámbito de protección de tal derecho la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Tercera: Que en idéntico sentido, la doctrina de esta Sala, en Sentencia de 11 de abril de 1987, ha reconocido la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, la facultad de evitar su reproducción, en tanto que se trata de un derecho de la personalidad, proclamando que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Tercera: resarcimiento, pretensión que ha encontrado su normativa adecuada por la publicación de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, que tutela el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Cuarta: Que si bien es cierto que el artículo 8, 2, de la misma Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, también lo es que, como viene entendiendo la doctrina más autorizada, el carácter público de la persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales, y ello cabe sostenerlo por los siguientes argumentos: A) Porque resulta lógico concluir que un derecho fundamental, como es el derecho a la protección de la propia imagen, tan sólo puede ceder ante otro que ostente el mismo rango, como es el de información, máxime cuando precisamente por el carácter público del personaje cuya imagen se reproduce ha de entenderse que existe un evidente interés por parte de la sociedad en ser informada de cuanto le afecte en relación con el mismo, pero nunca puede ceder ante el mero interés crematístico de un tercero, que

en forma alguna alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derechos fundamentales. B) Porque así parece también desprenderse del tenor literal del número 1 del mismo artículo 8 de la repetida Ley de 1982, cuando señala que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, precepto que ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de noviembre de 1984, en el sentido de que la Ley sólo puede autorizar las intromisiones «por imperativo de interés público», y que viene, por tanto, a exigir, con carácter general, para que el derecho fundamental a la imagen ceda ante otro derecho que legitime la intromisión producida, la existencia de un interés público, que se halla muy distante de subyacer en el mero interés crematístico de quien, con el propósito de obtener un beneficio económico, acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo, además, sin consentimiento del mismo. C) Ello cabe sostenerlo con mayor fuerza aun cuando la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento tiene un carácter público que acrecienta el interés económico de la difusión, hasta tal punto que la legislación contempla expresamente su explotación, y así sucede concretamente con quienes, como los demandantes, ejercen la profesión de deportistas, respecto de la cual el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, que disciplina la relación laboral de los deportistas profesionales, alude de manera expresa en su artículo 7, 3, a la «participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas». Cuarta: En el supuesto objeto de la presente litis, acreditado, como está, que la recurrente procedió a la utilización de la imagen de los demandantes recurridos para fines sociales, sin que mediara el consentimiento de éstos, debemos concluir que con ello se produjo una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sin que, por no haberse procedido por la demandada en el uso de un derecho a la información, sino, como se acaba de decir, por fines de carácter comercial, quepa entender que la notoriedad de la profesión de deportistas profesionales que ejercen los actores otorgue carácter legítimo a tal intromisión, por lo que debe rechazarse este segundo motivo.

BIENES DE LA PERSONALIDAD. DERECHO AL HONOR. CRITICA POLITICA. *Artículos 2 y 8, 1, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Artículos 4; 18, 1, y 20, 1, a), de la Constitución Española (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1988).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, la cual había confirmado los pronunciamientos de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jerez de la Frontera, según los cuales: a) Se declara que la actuación de los demandados, relatada en los hechos de la

demanda, que se daban por reproducidos, constituyen vulneración e intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de don A. M. F. *b)* Condena a los demandados a estar y pasar por la declaración anterior, debiendo abstenerse en lo sucesivo de iguales o similares manifestaciones contra el mismo. *c)* Para el restablecimiento de don A. M. F. en el pleno disfrute en su derecho al honor, condena a los demandados a que una vez firme dicha resolución se remita, a través del Gabinete de Prensa del Ayuntamiento, íntegramente dicha sentencia a *Diario de Jerez*, *Diario de Cádiz*, *Correo de Andalucía* (Sevilla) y *Diario 16*, edición de Andalucía, para su difusión por una sola vez, e igualmente fuera leída en las emisoras Radio Jerez y Radio Popular de aquella ciudad, también por una sola vez, y en ambos casos a costa de los demandados. *d)* Declara no haber lugar, por las razones expuestas en el correspondiente considerando, a fijar cantidad alguna como indemnización por daños morales. *e)* De no cumplirse lo ordenado en el apartado *c)*, antes mencionado, voluntariamente, en un plazo de quince días a partir de la firmeza de dicha resolución, se publicará directamente por el Juzgado y a costa de los demandados, pudiendo llegarse a la vía de apremio para el cobro del importe de los gastos de publicación. *f)* Declara no haber lugar a hacer pronunciamiento sobre las costas originadas en aquella Primera Instancia.

Los fundamentos de la sentencia de nuestro más Alto Tribunal son los siguientes:

1. La sentencia de apelación, cuya fundamentación, al fijar el supuesto de hecho y normas aplicables, acepta íntegramente la sentencia de Primera Instancia, es ahora impugnada con un solo motivo de casación, amparado en el artículo 1.692, 5, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. En la sentencia recurrida se declara probado que los demandados, Alcalde y Concejales, por la candidatura de un partido político, en publicaciones de periódico diario y emisiones radiofónicas, imputaron, sin atenerse a la verdad, al Concejel de otro grupo político, miembro del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo, que, con «oportunismo» y «cinismo», había asesorado, contra el interés público, a personas afectadas por las decisiones municipales, en materia de urbanismo, como cotitular del bufete de Abogados que llevó su defensa, y, asimismo, que, como bibliotecario del Colegio de Abogados, manipuló la Junta Directiva de dicho Colegio para que sancionara al Alcalde, también Abogado. A estos hechos aplica lo dispuesto en el artículo 18, 1, de la Constitución Española, y en los artículos 1, 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y concluye con la estimación de la demanda por ataque al honor del actor y condena a la reparación correspondiente, en la cual, en este caso, no se hace pronunciamiento sobre indemnización en metálico.

3. El único motivo del recurso aduce la infracción de los artículos 20, 1, *a)*, y 4, con relación con el artículo 18, 1, de la Constitución Española y artículo 8, 1 y 2, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Se trata de uno de los supuestos de confrontación entre el derecho al honor y la libertad de expresión de información, de especial significación cuando las personas a quienes se refiere la información son personas con actuación pública en cargos políticos y administrativos, problemas ya estudiados por esta Sala en diversas sentencias (4 de septiembre de 1986, 23 de marzo de 1987, 26 de junio de 1987, 3 de julio de 1987 y 19 de enero de 1988, entre

otras). En este caso, es de apreciar un resultado que lesiona el honor del actor, en sus aspectos de propia estimación, del quebrantamiento del respeto que se debe a toda persona y de la buena fama frente a los demás, puesto que se imputa falta de lealtad y anteposición de sus intereses personales a los propios de sus cargos públicos. Este resultado, como elemento objetivo, no bastaría para la estimación de la demanda si obedeciere a una información veraz, elemento que debe incorporarse a la intención de la conducta de los demandados y que podría ampararse en el artículo 20, 1, de la Constitución. Pero, en este caso, se ha demostrado la falta de veracidad de las afirmaciones contra el actor, ante la absoluta falta de prueba de los demandados y la totalidad de la prueba aportada por el demandante, cuya apreciación no se ha impugnado por errónea. Tal falta de veracidad lleva consigo la descalificación de la intención o elemento subjetivo de las afirmaciones sobre el actor que no fue la de informar, sino la de atentar contra su credibilidad como persona y como titular de un cargo público, representante de quienes habían votado su candidatura. Por todo ello, el motivo debe ser rechazado.

BIENES DE LA PERSONALIDAD. DERECHO AL HONOR. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1988).

La actora había recibido un premio de un millón de pesetas en sorteo organizado por una firma fabricante de corsetería, habiendo ello dado lugar a una entrevista que realizó la Agencia EFE y posteriormente a una noticia en el periódico *Las Provincias* —cuyo editor y propietario es la parte demandada, apelada y recurrente, «Federico Domenech, S. A.»—, en el que se recogía el suceso, frases no pronunciadas y se vertían comentarios ofensivos contra el honor e intimidad personal, que produjo en la actora la lógica molestia por haber dado lugar a bromas de mal gusto e insultos soeces con repercusión en sus amistades y en su vida normal, y, por tanto, con grave daño moral, ante lo cual instó acto conciliatorio para rectificación de la información e indemnización de 15 millones.

El Juzgado de Primera Instancia de Valencia número 2 dictó sentencia en la que estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y sin entrar a conocer el fondo del asunto desestima la demanda. La Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, por el contrario, dio lugar, en parte, a la demanda declarando que la persona demandada ha incurrido en intromisión ilegítima en el ámbito del honor e intimidad personal de la actora, ocasionándole daños morales que resarcirá abonándole 750.000 pesetas y difundiendo mediante la publicación íntegra de la sentencia a su costa en los diarios *Las Provincias*, de Valencia, y *La Verdad*, de Murcia.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Laotour Brotons, declara no haber lugar al mismo conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

Primero.—Frente a la aseveración contenida en el fundamento correspondiente de la sentencia que ahora se impugna, se afirma que la causa del desmerecimiento de la actora en la consideración de los vecinos de

Aguilas se debe a la publicación efectuada por la demandada y hoy recurrente en tanto en cuanto la noticia llegó a la localidad indicada por la inserción en el diario *Las Provincias* de la capital de la Comunidad Valenciana; afirmación que trata de impugnar e invalidar, de una parte, mediante la puesta en juego de la simple negativa de la prueba practicada y, de otra, mediante la prueba documental que, al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aportó a los autos, consistente en un acta de control de la Oficina de Justificación de la Difusión y de la que resulta que en aquella localidad no se distribuyeron ejemplares del diario en épocas anterior y posterior a la publicación de la noticia.

Pero es lo cierto que la no distribución de ejemplares en los puestos de venta asignados por el distribuidor no significa ni entraña la posibilidad de que algunos ejemplares fueran vendidos en la localidad o en ciudades próximas y de las que tuviera conocimiento la propia afectada o determinados sectores de la sociedad, cuando es lo cierto que la noticia así difundida encontró su eco entre otros diarios de la Comunidad Murciana, a la que pertenece la localidad de residencia de la ofendida.

En otro orden de ideas, es recusable el sofisma empleado en el segundo de los motivos del recurso, que por razones obvias tiene preferencia metodológicamente, de que al no llegar el diario *Las Provincias*, editado en la capital de la Comunidad Valenciana, el acto ilícito no tiene consecuencias dañosas para la actora, olvidando, de una parte, cuanto se acaba de decir respecto a la facilidad de difusión de las noticias en otros diarios o periódicos y olvidando, además, que, como ya dijo la Sentencia de 29 de marzo de 1988, la vulneración puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y ambiente social en que se desenvuelve, *incluso en su proyección contra desconocidos sujetos*.

Cuanto antecede es más que suficiente para la desestimación del segundo motivo, amparado en el ordinal 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo.—El que el artículo 65, 2, de la Ley de 18 de marzo de 1966 determine una exigencia de solidaridad en la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, no supone el establecimiento de una situación litisconsorcial, toda vez que por el principio de conservación de los actos jurídicos y por la posibilidad que tiene el perjudicado de dirigirse contra cualquiera de ellos como deudor por entero de la obligación a reparar en su integridad el daño causado, conforme a las previsiones del artículo 1.144, descarta toda posibilidad de una situación de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual (Sentencias de 15 de marzo de 1971, 28 de mayo de 1982, 28 de enero de 1986 y 19 de febrero último, en cuanto a las vicisitudes del precepto de la Ley de Prensa cuya violación se denuncia).

Pero la desestimación del motivo resulta aún más evidente si se tiene en cuenta que del detenido estudio de las sentencias y del propio recurso, no hay persona obligada a reparar fuera de la ahora recurrente y que la publicación en dos diarios de distintas Comunidades corre a cargo de la misma, conforme es visto el fallo impugnado.

COMENTARIO.—Las sentencias, que hemos agrupado deliberadamente, suscitan una cuestión que ha alcanzado gran resonancia originando pleitos sonados, en los que frente a un sentimiento muy respetable y digno de protección no faltan quienes pretenden ver «lavado su honor» mediante una indemnización pecuniaria, a veces notablemente exagerada, permitiéndose además la protesta de destinar su importe a fines más o menos benéficos o altruistas, pretendiendo de esa manera predisponer a su favor el ánimo del juzgador. La actualidad del tema surgió ya hace bastantes años en el extranjero, siendo notables las sesiones dedicadas al tema por la Asociación Henri Capitant ya en fechas del 4 al 10 de junio de 1959, a la que presentó un magnífico trabajo, como todos los suyos, nuestro inolvidable maestro don FEDERICO DE CASTRO, bajo el título «Protección de la personalidad moral, es decir, afectiva, intelectual, espiritual». El Convenio sobre Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales de Roma lleva fecha de 14 de noviembre de 1950, y desde mayo de 1954 funciona la Comisión Europea de Derechos del Hombre, con lo cual se comprende que estas cuestiones no datan de ahora, siquiera su actualidad derive de los sonados casos que últimamente han tenido lugar, en los que, como resulta especialmente de la Sentencia de 7 de marzo, se enfrentan el respeto a la persona con la libertad de información.

Para resolver estas cuestiones desde un punto de vista general parece que hay que tener en cuenta no sólo la actividad de la persona en cada caso (dentro de cuyo término «actividad» entra no sólo su profesión, sino también y principalmente el modo como se ejerce y como se comporta esa persona en su vida social, familiar y privada), sino también las circunstancias concretas del suceso, así como el bien al que en cada caso se atenta. En una especie de gradación, de mayor o menor, se pueden enumerar los bienes de la personalidad protegidos del siguiente modo:

1.º La vida, bien en el que precisamente se manifiesta más claramente la valoración del daño moral. En un primer momento se argumentó que, como en este caso el perjudicado no existe, puesto que ha muerto, no es posible exista indemnización alguna (*liberum corpus aestimationem non recipit*), para, en una segunda fase, atender al posible perjuicio que esa muerte pueda suponer para ciertas personas que le sobreviven (próximos parientes, por lo general), lo cual implica que quien reclame la indemnización deberá probar la realidad del perjuicio económico que esa muerte le ha ocasionado. Discurriendo así, se niega toda indemnización por el atropello de la madre al hijo que no probó que su madre le sostenía económicamente (Sentencia de 19 de febrero de 1902). La dureza de esta posición (carga de la prueba para el perjudicado) se atenúa mediante la presunción del perjuicio económico caso de desamparo (viuda y huérfanos), en un momento posterior, para pasar, finalmente, a una posición mucho más amplia y flexible en base a los dictados de la razón, la equidad y los principios informadores de la Ley (Sentencia de 10 de julio de 1928, que admite la indemnización por atropello de una niña de nueve años).

2.º La integridad corporal, en supuestos tales como las intervenciones quirúrgicas necesarias o aconsejables en las que se falta a la *lex artis* o hay «mal praxis», la de cirugía estética, las motivadas por trasplantes y cesiones de órganos, llegándose a indemnizar el *pretium doloris* o la «pér-

dida de la alegría de vivir» (Sentencia de 9 de diciembre de 1949) o los sufrimientos experimentados (Sentencia de 28 de febrero de 1964).

3.º La libertad, protegida no sólo por consideraciones de orden público, sino también por disposiciones generales (v.gr.: víctimas del terrorismo, secuestrados; Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre; Reales Decretos números 336/1986, de 24 de enero, y 1311/1988, de 28 de octubre) o especiales (v.gr.: arts. 756, núms. 5.º y 6.º), cuya protección puede dar lugar a interesantes cuestiones (v.gr.: persona encerrada por broma o juego; persona encerrada por defectuoso funcionamiento del ascensor).

Estos tres bienes son los que pueden llamarse «individuales», por cuanto atañen a la persona considerada en sí misma. Hay otros, que plantean los problemas más delicados, a los que conviene el calificativo de «sociales», por cuanto en su valoración influye decisivamente la consideración que la persona merece a los demás. Se enumeran a continuación.

4.º Honor y fama, términos que aunque parecidos pueden diferenciarse y cuya valoración no es uniforme, pues depende de cada grupo social en particular, de los ambientes, lugar y tiempo de la acción (v. gr.: los divorcios o separaciones no afectan lo mismo a un artista de cine, que incluso puede utilizarlos como propaganda, que al católico practicante). Una de las manifestaciones del honor lo constituye el honor profesional, tema de las dos primeras sentencias comentadas y en el que puede entrar, además del de cualquier profesión (v.gr.: administrador de fincas urbanas), el honor femenino, supuesto de la célebre Sentencia de 6 de diciembre de 1912.

Precisamente en la primera de las sentencias que comentamos, el Tribunal Supremo viene a reconocer lo que ya hemos dicho, que la protección varía en función de los tiempos y las personas para negar la indemnización pretendida por el Abogado administrador de fincas urbanas, en cuanto se trata de una información o juicio vertido en una Junta de Comunidad de Propietarios, reflejado en el acta y remitida copia del mismo a los propietarios asistentes y no asistentes, en razón a lo cual no cabe apreciar finalidad ni matiz difamatorio, sino meramente expositivo. Se tiene en cuenta, por tanto, la trascendencia del acto o posible repercusión.

Por eso es muy diferente el supuesto que motiva la segunda sentencia, pues se trata de un accidente con resonancia no sólo nacional, sino hasta posiblemente mundial, en el que la noticia se divulga por medios de amplia difusión (periódicos de gran circulación), sin que lo publicado se limite a difundir objetivamente lo ocurrido, sino que, muy al contrario, se vierten expresiones que inducen a quien lee la información a estimar que pilotaba el avión en condiciones anímicas y profesionales incompatibles con esa delicada función. Además, en este caso, pesa la consideración de que siendo el suceso inmediato, el informador no puede incluso dar, no ya juicios o inducciones, sino incluso datos o informes objetivos que no hayan sido previamente contratados y acreditados, esto es, existe para el informador, incluso crítico legítimo, una obligación de exponer la verdad objetiva, sin confiar en lo manifestado por otras fuentes de información, ya que si las repite incurre en la misma responsabilidad. Esto es precisamente lo que vino a decir el Tribunal Supremo italiano en el célebre caso Katz, relativo a la difamación de la memoria de Su Santidad Pío XII (Sentencia de 19 de octubre de 1979).

5.º El derecho a la intimidad personal, aunque distinto, se relaciona

también con el derecho a la propia imagen, objeto de las tres sentencias siguientes. Los tres supuestos son claramente distintos.

En el primero de ellos asistimos a la posible intromisión ilegítima en la esfera privada de una artista, por tanto, persona cuya imagen está siendo amplia y reiteradamente divulgada, consistente en la publicación de unas fotografías obtenidas sin su consentimiento cuando en *top-less* tomaba baños de sol en una playa apartada. Para mí, lo fundamental para conceder la indemnización es el hecho de que las fotografías hayan sido objeto de tráfico mediante lucro, pues si tanto el fotógrafo ha obtenido un beneficio económico de su venta a la revista, como ésta lo ha obtenido al publicarlas, parece lógico y ajustado a Derecho que la fotografiada participe en el mismo. Todo ello sin necesidad de apelar, por tanto, a la intromisión ilegítima, que creo que en este caso no existe, pues quien se coloca en esa situación en un sitio público, por muy apartado que sea, lo mismo que no puede prohibir el que miren, tampoco puede prohibir que una persona sacando una fotografía del paraje incluya en ella a quien en el mismo se encuentra. Este fundamento económico —obtención de beneficios— es el de la segunda sentencia de este grupo, al difundir la empresa con fines publicitarios la fotografía de la empleada. Finalmente, en la Sentencia de 9 de mayo, la cuestión se plantea ya en el estricto ámbito mercantil, toda vez que existe un previo concierto (inexistente en los dos casos anteriores) para la difusión de la imagen, si bien luego no se observa lo pactado.

Las dos últimas sentencias se refieren al derecho al honor en sus manifestaciones del honor político y del honor femenino, antes aludido. En cuanto al primero, las sentencias del Tribunal de Instancia y del Supremo muestran un plausible criterio de no estimar haya caso indemnizable desde el punto de vista económico, bastando con la oportuna rectificación. Tal criterio me parece total y absolutamente acertado. En la última sentencia comentada estamos ante un supuesto parecido, en cuanto a divulgación periodística, con el que motiva la segunda de estas sentencias, agravada por la circunstancia de no limitarse a dar la noticia escueta de haber sido agraciada con un premio de ropa interior, sino añadiendo comentarios e insinuaciones o incluso frases no pronunciadas.

Del estudio de estas sentencias obtenemos una conclusión común y válida, por tanto, para todas ellas: la delicadeza de los problemas que suscita la protección de los bienes de la personalidad, en especial la de los llamados bienes sociales frente a los individuales.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO. ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL. OTORGAMIENTO DE ESCRITURA NO APTA PARA SU INMEDIATA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (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.—La acción ejercitada en las actuaciones originales por el aquí recurrente señor L. N. tiene su origen en un contrato de compraventa de una casa, privadamente instrumentado por escrito, celebrado el día 16 de junio de 1984, entre el referido actor en calidad de comprador y la demandada doña María Dolores Q. D., representada por su esposo el también demandado don Manuel C. B., como vendedora, acción por la que con fundamento en la preceptiva contenida en el artículo 1.124 del Código Civil se postula la resolución del contrato con devolución de la cantidad recibida por la vendedora como **señal y parte** del pago del precio, más otras 500.000 pesetas, conforme al artículo 1.454 del Código Civil, o alternativamente, para el caso de no ser estimada esta última cantidad, 109.916 pesetas en concepto de gastos bancarios y 300.000 pesetas por daños y perjuicios.

La resolución instada se aduce con fundamento en el incumplimiento por la vendedora de la obligación que, según lo pactado en el documento privado, le incumbía de otorgar la pertinente escritura pública de compraventa de la casa que era su objeto, incumplimiento determinado por la circunstancia de no haber llevado a efecto dicho otorgamiento en el plazo convenido ni en sus prórrogas, entendiendo el demandante que la escritura pública había de ser hábil para que la transmisión operada tuviera reflejo en el Registro de la Propiedad, tesis que mantiene en la Instancia y en el presente recurso, que, a través de cinco motivos, articula contra la sentencia dictada por la Audiencia, que confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia, absolvió a los demandados de la pretensión resolutoria en su contra ejercitada, por estimar no habían incidido en el incumplimiento que se les imputaba.

En el primer motivo del recurso, por la vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque con patente error material se exprese que es el primero, se tacha a la resolución impugnada de haber incidido en error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; motivo cuyo rechazo se impone, ya que de la simple lectura de los alegatos que le sirven de fundamento se desprende que, en contra de lo que la jurisprudencia de esta Sala ha sancionado con harta reiteración, trata de convertir el limitado ámbito de lo que la censura casacional significa en una Tercera Instancia, criticando el alcance que a una serie de elementos probatorios, principalmente de carácter documental, le fue concedido por la

sentencia recurrida, que lejos de desconocer su existencia analizó e interpretó lo que de su contenido resultaba, apreciando en conjunto su valor probatorio al respecto de lo que significaban en orden al cumplimiento de la obligación de otorgamiento de la escritura pública de compraventa asumida por la demandada. En definitiva, ninguno de los documentos que en el motivo se citan tiene virtualidad suficiente para, sin necesidad de deducciones o hipótesis, fijar el hecho, en discrepancia con el criterio mantenido por la sentencia recurrida, de la existencia de un incumplimiento que haga procedente la resolución, llanamente solicitada sin ninguna condicionalidad, del contrato de compraventa que liga a las partes litigantes.

Igual suerte adversa corresponde al segundo motivo del recurso, en el que, con amparo procesal en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa textualmente «violación de la norma contenida en el artículo 1.256 del Código Civil en relación con lo establecido en los artículos 1.281 y 1.289 del mismo texto legal». En el motivo se contienen alegaciones por las que se tratan de poner de relieve las actitudes de los demandados en relación con el cumplimiento de su obligación del otorgamiento de escritura pública, tachándola de contradictoria, para concluir que «el Código Civil, en relación con lo establecido en el artículo 1.256, establece en los artículos 1.281 a 1.289 las normas relativas a la interpretación de los contratos», y al efecto se aduce en el motivo la vulneración por la sentencia recurrida del párrafo 2.º del artículo 1.281, de lo dispuesto en el artículo 1.284 y de lo preceptuado en el artículo 1.287, pues según tesis del recurrente de la aplicación de las normas de hermenéutica contractual contenidas en tales preceptos había que deducir que la obligación de otorgar escritura pública, que según lo estipulado en el contrato de compraventa competía a la vendedora, lo era de escritura pública apta para que la transmisión que operaba tuviera su correspondiente reflejo en el Registro de la Propiedad, lo que, de una parte, no resulta del literal contexto de la estipulación dicha y, de otra, la interpretación que del alcance de la meritada cláusula contractual se verifica por el pronunciamiento judicial impugnado no es dable calificarla de irracional e ilógica, habida cuenta, además, de que al no cuestionarse que la vendedora sea propietaria de la casa objeto del contrato y su disposición a verificar la entrega material de la misma, así como a otorgar la escritura pública, no puede atribuírsele un incumplimiento con virtualidad suficiente para determinar, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil, la resolución del contrato, según los términos en que la jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el alcance del citado precepto.

El rechazo de los motivos primero y segundo, antes analizados, determina el decaimiento de los articulados como tercero, cuarto y quinto, por cuanto no es ocioso insistir que lo controvertido en el litigio fue si la vendedora había incumplido las obligaciones que le incumbían en términos que hicieran procedente decretar la resolución del contrato, cuestión que resuelta en sentido negativo por la sentencia recurrida constituye una apreciación de carácter fáctico que queda inalterada en este trámite casacional a virtud de la desestimación de los citados motivos primero y segundo. En su consecuencia: a) La resolución impugnada no infringió la norma contenida en el artículo 1.280 del Código Civil en relación con lo establecido en los artículos 1, 2 y 20 de la Ley Hipotecaria, como se aduce en el tercer motivo, pues, como estableció la Sentencia de esta Sala de

3 de febrero de 1987, reiterando jurisprudencia, de acuerdo con las normas de los artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil, las del 1.280 no comportan la exigencia de formalidades *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*, de suerte que puede pronunciarse la existencia de un contrato sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita, lo que, como es de rigor, conlleva la consecuencia de que con mayor razón la circunstancia de que la adquisición del dominio de un inmueble no pueda tener constancia en los libros del Registro signifique la invalidez de la escritura pública, en que dicha adquisición se constató, pues ello equivaldría a negar la posibilidad de la existencia de una realidad jurídica extrarregistral, que los artículos 1, 2 y 20 de la Ley Hipotecaria no prescriben. *b)* No se alcanza por qué dicha resolución pudo infringir la preceptiva contenida en el artículo 609 del Código Civil, en relación con lo establecido en el artículo 1.473 del mismo Cuerpo legal, como se acusa en el cuarto motivo del recurso, pues nada tiene que ver lo debatido en el litigio con la exigencia de «título y modo» para que la transmisión del dominio opere con las preferencias que establece el artículo 1.473 del repetido Código en los supuestos de doble venta de una cosa inmueble. *c)* Ciertamente, la sentencia recurrida aplicó el principio de Derecho de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», pero al hacerlo lo interpretó rectamente y no vulneró, como se pretende en el quinto motivo, su alcance, habida cuenta de que era realidad la de que, con posterioridad al requerimiento resolutorio formulado por el comprador a la vendedora mediante acta notarial, el primero, atendiendo a la contestación dada por la segunda a dicho requerimiento, se personó en la Notaría señalada por ésta y en el día 3 de octubre de 1984, fijado por la misma, para proceder al otorgamiento de la escritura pública, lo que conllevaba la consecuencia de que dejaba sin efecto el meritado requerimiento.

R. DE A.

RESOLUCION DEL CONTRATO AL AMPARO DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL. REQUISITOS DEL INCUMPLIMIENTO (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 no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—En fecha 10 de mayo de 1982 los actores vendieron a los demandados la totalidad de las acciones de una sociedad anónima, aunque, en su apartado octavo, el documento contractual indica que la finalidad del negocio es la «compra» de la finca que constituía la única propiedad de dicha sociedad y en la que se explotaba un negocio de sala de fiestas. Los demandados, compradores, pagaron a los actores, vendedores, los tres primeros plazos del precio, que importaban la cantidad de 20.000.000 de pesetas. El resto, hasta 50.000.000 de pesetas, debían haberlo pagado el 15 de julio de 1982, mediante la entrega de tres letras de cambio de 10.000.000 de pesetas cada una, dos con vencimiento en el año 1983 y una con vencimiento en el año 1984, aceptadas por los compradores y

avaladas por una entidad bancaria. Llegada la fecha en la cual las letras aceptadas y avaladas debían entregarse por los compradores, no se entregaron, por lo cual, previo requerimiento notarial por la entrega en fecha 7 de julio de 1982, se celebró en fecha 31 de julio de 1982 acto de conciliación en el cual los vendedores daban por resuelto el contrato. En el acto de conciliación los compradores presentaron las tres letras de cambio aceptadas y avaladas, y como fueran rechazadas por los vendedores, las consignaron en acta notarial de la misma fecha. En el proceso, los actores pretenden la resolución por incumplimiento, y los demandados compradores piden su absolución y reconviene pretendiendo el cumplimiento del contrato. La sentencia impugnada, en esencia, rechaza la demanda y estima la reconvencción, disponiendo la ejecución del contrato por no estimarse una conducta de incumplimiento. Recurre en casación la parte actora-vendedora.

La fundamentación de la sentencia impugnada no aprecia incumplimiento: 1.º Porque llegado el momento de la entrega de las letras por los compradores, éstos no habían recibido la finca, como correspondía a la índole compleja del negocio, que, en el fondo, era de compraventa de un inmueble, combinado, solamente a fines fiscales, con una transmisión de acciones de la sociedad anónima propietaria como único bien patrimonial. 2.º Porque el primer requerimiento que realizaron los actores tendía al cumplimiento. 3.º Porque en el inmediato acto de conciliación, los compradores cumplieron con su prestación de entrega de letras aceptadas y avaladas suficientemente, con aval bancario, para que fueran eficaces. 4.º Porque en el curso del proceso, los compradores han ido consignando el importe de los vencimientos que se han producido. 5.º Que la no entrega anterior de las letras se debió no a voluntad rebelde o conducta pasiva, sino a dificultades en la obtención de los avales.

Los motivos segundo y sexto, al amparo del artículo 1.692, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusan error en la apreciación de la prueba, que resulta del documento contractual básico del que se desprendería que el contrato tiene por objeto esencialmente la transmisión de las acciones. Nos encontramos, como es frecuente, ante una cuestión de interpretación de los contratos, esencialmente distinta a las de error en la apreciación de la prueba (Sentencias de esta Sala de fechas 31 de enero de 1986, 31 de octubre de 1986, 7 de mayo de 1987 y 1 de julio de 1987, entre otras). La sentencia impugnada, para llegar a la afirmación de que el objeto esencial de la compraventa fue la finca, se basa en el propio documento contractual y no solamente en su cláusula octava, en la que se expresa la motivación causal del negocio (contemplada, entre otras, en Sentencia de esta Sala de fecha 30 de diciembre de 1985), sino que esta finca ya se describe en la parte expositiva del contrato con un indudable carácter de elemento principal, lo cual lleva al Tribunal de Instancia, dentro de sus potestades en materia de interpretación de contratos, por una vía no ilegal ni ilógica, a concluir que lo realmente querido por las partes fue la transmisión de la finca y no la adquisición de unas acciones, de donde deduce la consecuencia de que, a falta de pacto expreso sobre la entrega de la finca, ésta debió haber tenido lugar de forma inmediata a la perfección del contrato en consonancia con los inmediatos cuantiosos desembolsos de los compradores (20.000.000 de pesetas, sobre un total de 50.000.000 de pesetas). Por tales razones, los motivos deben ser desestimados, con la consecuencia de quedar establecida la naturaleza del contrato, como la asignada

de transmisión de acciones y compraventa de finca, como factor final expreso y predominante, por corresponder a las facultades interpretativas del Tribunal, y el más importante hecho de que no existió una conducta de incumplimiento por parte de los compradores, conducta que, cualquiera que sea la naturaleza del contrato, es la única que podría dar paso a una acción resolutoria (Sentencias de esta Sala de 21 de febrero de 1986, 14 de abril de 1986, 4 de octubre de 1986, 6 de noviembre de 1987, entre otras).

Pierde importancia la calificación de civil o mercantil del contrato, pues aunque, al comprender transmisión de acciones de una sociedad anónima y finca en la que se explota un negocio, parece lógica la calificación de la venta como mercantil, en realidad no consta la intención de los contratantes fuera del pacto octavo, en el que los compradores claramente manifiestan que compran las acciones «porque les interesa la compra de la finca», lo que indica el carácter predominantemente civil del contrato, y, en todo caso, mercantil o civil; el incumplimiento es una conducta que ha de derivarse de los hechos. Como tal incumplimiento no se aprecia, deben ser rechazados el primero y tercer motivos, que, amparados en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el resto de los motivos del recurso, alegan la infracción de los artículos 53 del Código de Comercio y 1.275 del Código Civil (motivo primero) y doctrina legal aplicable (motivo tercero).

El motivo cuarto considera vulnerados los artículos 50 y 61 del Código de Comercio, en cuanto, estimado el contrato como mercantil, no se admite término de gracia o cortesía, ni aplicación posible del párrafo tercero del artículo 1.124 del Código Civil, como hace la sentencia, que establece por el momento de su firmeza el de los pagos que falten del precio y la formalización del negocio con entrega de la cosa. Frente a esta argumentación debe decirse que el artículo 1.124, 3.º, del Código Civil no contempla exactamente un término de gracia o cortesía, puesto que no se refiere a un parecer del Tribunal sobre la mayor o menor gravosidad de las prestaciones en vista de un incumplimiento, sino que la propia Ley indica la necesidad de existencia de causas justificadas y una constante jurisprudencia exige, para la aplicación de esta norma, que no exista ni una clara conducta rebelde al cumplimiento ni un hecho que sea definitivamente obstativo del cumplimiento. Es decir, exige una conducta distinta a la que se entiende por incumplimiento. Por otra parte, el Tribunal, en este caso, no da un plazo, sino que establece el de la firmeza de la sentencia, que podía haber sido inmediata, para el cumplimiento del contrato por ambas partes y no solamente por parte del comprador. Por ello debe rechazarse el motivo expuesto.

Es el mismo anterior razonamiento el que hace decaer el motivo quinto, por infracción del artículo 1.504 del Código Civil, y el séptimo, por infracción de los artículos 1.124 de dicho Código y 61 del Código de Comercio, pues el recurrente insiste en estimar que los compradores han incumplido, cuando la sentencia impugnada, en una cuestión de hecho, como es la del cumplimiento o incumplimiento de los contratos, dice todo lo contrario.

DEUDA DE INTERES: REQUIERE DEUDA LIQUIDA. PRESCRIPCION: SOLO APLICABLE A INSTANCIA DE PARTE. APRECIACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1987).

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.—En el primer motivo del recurso formulado por la vía del actual número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia como infringido el artículo 1.228 del Código Civil, argumentando que la sentencia recurrida acepta en interés del demandado señor S. todos los asientos que en su beneficio se establecen en las libretas en que éste llevaba la contabilidad de la sociedad. Pero olvida el recurrente que tanto la sentencia de Primera Instancia como la de Apelación parten de la base de no reconocer valor probatorio a dichos asientos. Esta última, con ponderación y acierto, en el considerando segundo razona que «habiendo el demandado aceptado en su contestación algunos conceptos o partidas mencionados en la demanda y, a su vez, el actor aceptado en su dúplica algunas clarificaciones del demandado, cabe bajo dichos aspectos, y teniendo en cuenta otras pruebas practicadas y aún sin aceptar las libretas aportadas por el actor, documentos privados que el demandado expresamente rechaza y que al no haber sido averdados por otros medios probatorios no pueden ser tenidos en consideración, sentar las bases que permitan una liquidación de la sociedad habida entre los litigantes». Es, por tanto, en base al conjunto de la prueba practicada y sin conceder valor decisivo a las repetidas libretas, lo que permite a la Sala sentenciadora llegar a una racional y justa liquidación de la sociedad extinguida, sin poder olvidar, en todo caso, que es criterio reiterado de esta Sala que cuando se ha hecho en Instancia una valoración de conjunto de las pruebas aportadas por las partes, «no puede combatirse tal valoración dando primacía a una prueba determinada con demérito de las otras practicadas, pues resulta ineficaz descomponer aquella apreciación global verificada por el órgano jurisdiccional para separar y analizar alguna o algunas de ellas, con independencia del contexto que todas ellas ofrecen como elemento de juicio detectado por el Tribunal de Instancia» (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1987 y las que allí se citan). Todo lo cual supone la desestimación del primer motivo del recurso.

Por el mismo cauce que el anterior, en el segundo motivo se denuncia infracción del artículo 1.214 del Código Civil, aduciendo que el citado precepto «establece un principio genérico de distribución de la carga de la prueba que no puede ser aplicado de manera diferente a las dos partes que están liquidando cuentas entre sí y que se reclaman saldos contrarios..., por lo cual cargar sólo sobre una de ellas la prueba de los que perjudican a la otra, cuando ésta aceptó todos los que le beneficiaban, evidentemente constituye la infracción del ordenamiento que se señala». La sentencia de apelación no es cierto que adolezca de lo que el recurrente pretende hacer valer, sino que del conjunto de la prueba practicada ha llegado a obtener unas conclusiones que en casación han de ser respetadas en tanto no se demuestre, por la vía del número 4.º del artículo 1.692, que ha habido error en la apreciación de la prueba. El artículo 1.214 del Código Civil regula el problema del *onus probandi* y no el de valora-

ción de la prueba, que es de la soberana apreciación del Tribunal *a quo*, siendo indiferente que la haya aportado el actor o el demandado. Se impone, pues, el rechazo del segundo motivo.

Tal suerte ha de correr también el motivo tercero, que por igual cauce que los anteriores acusa infracción de los artículos 1.061 y 1.063 del Código Civil, en relación con el artículo 1.669, y por la remisión que resulta del artículo 406, todos ellos del Código Civil, por cuanto el recurrente, incidiendo en el vicio de hacer supuesto de la cuestión, acusa a la sentencia recurrida de haber hecho «un expurgo de asientos verdaderamente unilateral» conducente a considerar que el demandado no ha cobrado determinados jornales que a él le son adeudados..., «sin que sepamos el origen de esta afirmación en base a la cual la Sala considera que están pendientes de abono». Como ya se ha dicho y reiterado en los anteriores fundamentos, la Sala de Instancia, tras un ponderado examen del conjunto de la prueba practicada, llegó a unas equitativas conclusiones, sin que pueda apreciarse violación de los preceptos que el recurrente cita del Código Civil.

Igual rechazo merece el correlativo, encauzado por la misma vía del número 5, que cita como norma infringida el artículo 1.695, 1.º, del Código Civil, que no es de aplicación a las cuestiones planteadas en esta litis, consistentes en declarar extinguida la sociedad y proceder a la liquidación de la misma, ya que el citado artículo 1.695, aplicable cuando no hay nombramiento de administrador, se limita a establecer unas determinadas reglas sobre el modo de administrar cuando las partes no hayan previsto nada sobre el particular. Y el hecho de que el señor S. haya mantenido durante diez años una actitud más o menos pasiva no le impide reclamar aquello que le corresponda como consecuencia precisamente de la extinción de la sociedad.

Por la inadecuada vía del número 1 del actual texto del artículo 1.692 de la Ley procesal («abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción»), en el motivo quinto se denuncia infracción del artículo 1.966, 3.º, del Código Civil, con la pretensión de excepcionar en este trámite procesal la prescripción de la acción para exigir el pago de las liquidaciones correspondientes a los años 1968 a 1972, con olvido de que la prescripción, excepción perentoria renunciable, no cabe apreciarla de oficio si no ha sido oportunamente alegada en la fase inicial de Instancia, por lo que resulta extemporánea y, por tanto, inadmisibles plantearla ahora en casación como cuestión nueva (Sentencias de esta Sala de 17 de noviembre de 1948, 25 de septiembre de 1950, 5 de julio de 1957, 18 de junio de 1962, 16 de octubre de 1963, 29 de mayo de 1964, 8 de diciembre de 1982, 9 de diciembre de 1983, 2 de febrero y 22 de septiembre de 1984, 7 de julio de 1986, etcétera).

En cambio, sí debe ser admitido el sexto y último motivo, relativo al extremo concreto de la declaración por parte de la sentencia recurrida de condena a los intereses legales desde la fecha de notificación de la reconvencción hasta el total pago de la cantidad principal a que la propia sentencia condena al señor B como liquidación de la disuelta sociedad civil existente entre ambos litigantes. La parte recurrente, al amparo del actual número 5 del repetido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia en este punto la infracción del artículo 1.108 del Código Civil, poniendo acertadamente de relieve cómo la primera y única vez que en el presente procedimiento se menciona la cifra líquida de 1.401.047,50

pesetas como cantidad debida por el señor B aparece en la sentencia de apelación, cantidad a la que se llega después de evaluar una serie de conceptos liquidatorios, admitiendo unos y rechazando otros. En consecuencia, hasta ese momento ni había deuda propiamente dicha ni ésta era líquida, razón por la cual debe prosperar y ser acogido este motivo con base en la reiterada doctrina de esta Sala, según la cual, «la cantidad sobre la que han de imponerse los intereses ha de ser líquida, cualidad que no tienen las que han de determinarse por la resultancia del pleito (Sentencias de 18 de noviembre de 1960, 20 de diciembre de 1966, 9 de junio de 1981), ni aquellas cuyo *quantum* completo se fija como consecuencia de la prueba practicada en el proceso civil (Sentencia de 30 de marzo de 1981) o aquellas a cuya liquidez se llega en la sentencia recurrida, ya que ello demuestra que no lo eran (Sentencias de 8 de junio de 1981, 15 de febrero y 22 de abril de 1982, 15 de octubre de 1983)».

R. DE A.

**ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y ARRENDAMIENTO DE OBRA
(DIFERENCIA). APRECIACION DE LOS HECHOS (SENTENCIA DE 29 DE
MAYO DE 1987).**

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 sentencia aquí recurrida confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que estimando la demanda interpuesta por los arquitectos señores V. S. y B. G., condenaba a la entidad demandada «S. S., S. A.», al pago de 4.769.079 pesetas, importe de los honorarios devengados en la realización de parte de la fase del proyecto de ejecución relativo a la construcción de un «Poblado Mediterráneo», que debía ubicarse en un solar de 22.000 metros cuadrados, más el interés legal anual desde el 12 de agosto de 1981 e interés procesal del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La citada sentencia de Primera Instancia declara en su cuarto considerando —aceptado por la de apelación— que la prueba practicada acredita « la realización del proyecto básico, así como parte del proyecto de ejecución. .», y también « la recta aplicación de las tarifas de honorarios..., sin que la simple voluntad unilateral de prescindir de los servicios contratados eximan a la otra parte contratante del pago de los trabajos realizados». La sentencia de apelación declara en su segundo considerando que «apreciada en conjunto. la prueba practicada en el proceso, se impone la confirmación del impugnado pronunciamiento condenatorio por entender esta Sala que la debatida afirmación actora ha sido verificada, es decir, que la parte del trabajo encomendado por la entidad recurrente a los actores y cuya remuneración se reclama por impagada fue realizada con anterioridad al cese de la intervención profesional de estos litigantes, sin que tal conclusión se desvirtúe por alguna de las dos circunstancias sobre las que se estructura básicamente la argumentación impugnativa ».

Frente a dicha sentencia se formula el presente recurso, en cuyo primer motivo, amparado en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley pro-

cesal, en su anterior redacción, se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.214 del Código Civil, por entender, en síntesis, que la propia naturaleza del contrato que liga a las partes exige fijar con exactitud el tiempo del devengo de los honorarios profesionales y, más concretamente, que los trabajos realizados tuvieron lugar con anterioridad a la fecha en que tal contrato fue resuelto por la entidad actora. Sobre tal cuestión es doctrina reiterada de esta Sala que el citado artículo 1.214, por su carácter genérico, no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba de los hechos constitutivos del derecho reclamado, en cuanto que sobre quien pesa la carga deben recaer las consecuencias de su no demostración, sin que tal norma sea aplicable a supuestos como el presente, en el que los hechos básicos se tienen por acreditados, independientemente de si lo han sido por la actividad probatoria del demandante o del demandado; razonamiento que lleva a la desestimación del motivo, pues si las sentencias de Instancia afirman que los trabajos realizados por los actores y cuyos honorarios reclaman, lo fueron con anterioridad al cese de su intervención profesional y tal conclusión la obtienen de la valoración de la prueba practicada, es manifiesto que no se infringe el principio procesal del *onus probandi* que el repetido precepto proclama.

Lo anteriormente expuesto lleva aparejada la desestimación del segundo y último motivo, amparado en el mismo ordinal 1.º del artículo 1.692, y en el que se acusa la violación del artículo 1.544 del Código Civil, que define el contrato de arrendamiento de obras y el de servicios, pues, con independencia de que el negocio jurídico por el que se encarga a un arquitecto la realización de un proyecto de edificación debe calificarse como de arrendamiento de obra o empresa y no de servicios, como pretende el recurrente, en cuanto su objeto lo constituye el resultado concreto prometido por el profesional, pasando a segundo término la actividad o trabajo dirigido a dicho fin (Sentencias de 3 de noviembre de 1983, 29 de junio de 1984, etc.), es lo cierto que en el caso de litis, como se acaba de afirmar, las sentencias condenan al pago de los honorarios correspondientes a proyectos realizados con anterioridad a la resolución contractual, y tal declaración fáctica no ha sido combatida en el presente recurso.

R. DE A.

DONACION CON CLAUSULA DE REVERSION. EL ARTICULO 633 DEL CODIGO CIVIL EXIGE QUE EL PACTO DE REVERSION FIGURE EN LA ESCRITURA. REQUISITOS DE LA REVERSION (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1987).

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 suplico de la demanda que inicia la litis se actúan las siguientes pretensiones: Primera: Que se declare que los bienes descritos en dicha demanda —dos locales comerciales— y que fueron objeto de la escritura de donación de 28 de enero de 1970, verificada por los actores a favor de su hija, la demandada, pertenecen en

plena propiedad por el carácter de gananciales a los demandantes al haberse producido a su favor la reversión de los mismos y consiguiente reconocimiento de su propiedad por parte de aquélla y restantes demandados en el documento privado de 1 de mayo de 1970. Segunda: Que se condene a la demandada a que, como consecuencia de tal reversión y reconocimiento de propiedad, proceda a otorgar a favor de los actores las correspondientes escrituras de reversión y reconocimiento de propiedad que permita su inscripción registral; dichas pretensiones las apoya en los siguientes hechos básicos: a) previamente al otorgamiento de la escritura de donación, los donantes, la donataria y los hermanos convinieron verbalmente que la donación no quedaría firme ni definitiva hasta el fallecimiento de los donantes, y siempre estaría supeditada a que por éstos no se hubiese dispuesto en vida de tales bienes, pactándose igualmente la reversión a su favor para cualquier caso y circunstancias, en forma tal que en cualquier momento pudieran pedir que dicha hija volviese a escriturarlos a su favor, cualquiera que fuesen las circunstancias y motivos que a ello les impulsara; b) el 28 de enero de 1970 se otorgó la escritura de donación, sin que, dada la confianza que los padres tenían en su hija, se consignasen aquellos pactos, haciéndose constar sólo que la donación se hacía en concepto de anticipo de legítima colacionable; c) pocos meses después del otorgamiento de la escritura de donación, los consortes donantes estimaron procedente usar aquel derecho de reversión y recoger documentalmente tal hecho, es decir, que los mismos eran o volvían a ser verdaderos y reales propietarios de tales bienes y, la obligación de la demandada de otorgar cuantos documentos fuesen necesarios para alcanzar dicho fin, y a tal objeto el 1 de mayo de 1970 se suscribió por los actores y su hija, con intervención del resto de los hijos del matrimonio, un documento privado en el que se hacía constar: que los citados bajos comerciales son propiedad de los padres, aunque figuren a nombre de su hija, y que ésta se obligaba a firmar cuantos documentos fueren necesarios para trasladar la titularidad a favor de aquéllos. A entender de los actores, a partir de 1 de mayo la demandada dejó de ser propietaria de los bienes por haber recuperado tal dominio, por reversión, sus padres. La demandada rechaza tales pretensiones y exposición fáctica, afirmando que la donación fue pura y no sujeta a condición alguna, niega que haya habido pacto alguno ajeno a la escritura ni, por supuesto, un pacto de reversión que para tener existencia legal era necesario haberlo consignado en escritura pública, circunstancia que no concurre. La sentencia aquí recurrida, revocando la de Primera Instancia, desestimó la demanda interpuesta y absolvió a la demandada por entender, en síntesis, que el repetido documento privado se limita a consignar una declaración unilateral de voluntad de la donataria, pero no contiene cláusula alguna de reversión al no expresarse el evento o eventos cuyo cumplimiento habría de determinar que los bienes donados volvieran a la titularidad dominical de los donantes, sin que admita que por el mero hecho de la firma del expresado documento se produjera la reversión automática e instantánea en favor de los donantes, puesto que, en definitiva, tal documento privado no tenía más significado que el de un reconocimiento expreso que hacía la donataria, en el sentido de que la donación instrumentada en la escritura pública de 28 de enero de 1970 no tenía más que un valor aparente, sin que en la realidad se hubiese producido donación alguna, pudiéndose estar ante un supuesto de simulación absoluta por falta de causa, pero

acerca de cuyo problema no puede entrar por no haberse postulado por los actores tal declaración de nulidad. La anterior sentencia es impugnada en el presente recurso de casación a través de cinco motivos que se estudian seguidamente, no sin antes sentar unas premisas jurídicas que se estiman de trascendental importancia como previas al examen pormenorizado de tales motivos.

Es de sobra sabido que en la donación de bienes inmuebles el requisito formal de su otorgamiento en escritura pública se convierte en un elemento esencial del contrato por imperativo del artículo 633 del Código Civil, requisito formal que abarca todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión, que, como una cláusula más del contrato, está sometido a sus mismas exigencias solemnes, en cuanto dicho pacto introduce una determinación accesoria o accidental al contenido de la voluntad, que, como configuradora o limitadora de los naturales efectos de la donación, está supeditada a iguales requisitos, tanto si dicho pacto de reversión se integra en el inicial contenido del contrato como si se conviene con posterioridad a una donación pura, y ello ya se entienda que la reversión produce simples efectos modificativos de la anterior donación, ya se admita, lo que parece más acorde con el mecanismo de este negocio jurídico, que una vez producido el efecto traslativo del dominio en virtud de la donación, seguida de tradición, la introducción de dicho pacto implica una nueva donación del donatario al donante o a un tercero —según quien sea el favorecido—, en la hipótesis de cumplimiento de la condición a la que se supedita la reversión. Por lo que ni son admisibles en el ámbito de la donación de bienes inmuebles los pactos de reversión verbales o en documento privado previos o simultáneos a la donación, ni los posteriores al contrato lucrativo convenidos en dicha forma privada. Los anteriores razonamientos, sin necesidad de otras argumentaciones, llevan consigo la desestimación de los cinco motivos del recurso, en cuanto en todos ellos se da por supuesta —frente a lo expuesto— la eficacia y validez del referido documento privado, en el que se constata, según se dice, no un pacto de reversión, sino el hecho, la realización de tal reversión convenida verbalmente con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública de donación. No obstante, exigencias formales obligan al estudio pormenorizado del recurso.

El primero de los motivos, con apoyo en el ordinal segundo del artículo 1.692 en la redacción anterior, denuncia la infracción, por violación, del artículo 359 de la Ley procesal y doctrina concordante, en cuanto, a su entender, la sentencia recurrida se aparta radicalmente de los hechos y fundamentos aducidos por las partes, al afirmar, como se ha anticipado, que los actores basan su acción en haberse pactado la reversión en el documento privado de 1 de mayo de 1970, cuando lo que sostienen en sus escritos expositivos es que en dicho documento se constató el hecho y su consecuencia, que no es otra que la adquisición de nuevo por los donantes de la propiedad de lo donado y el reconocimiento expreso por parte de la demandada de que los padres eran o volvían a ser reales propietarios de lo donado. Dicho motivo no puede prosperar, pues con independencia de que es doctrina reiterada que, por lo general, la sentencia absolutoria resuelve todos los problemas planteados y debatidos en el juicio cuando no requieren un pronunciamiento especial, pronunciamiento especial no exigible en esta litis; además, en el caso aquí contemplado, la resolución impugnada, si bien niega, por una parte, que el repetido

documento privado contenga cláusula alguna de reversión en el sentido jurídico de la misma, al no expresar el evento o eventos cuyo cumplimiento habría de determinar que los bienes donados volvieran a la titularidad de los donantes, por otro lado, rechaza la tesis actora de «... que por el mero hecho de la firma por doña A. N. (la demandada) se produjo una reversión automática e instantánea en favor de sus padres...», lo que implica que el Tribunal de Instancia examinó la invocada causa *petendi* y no incurrió en la falta de congruencia denunciada; todo ello, abstracción hecha de la intrascendencia de que se contemple uno u otro supuesto de hecho, ya que en ambos la falta de constatación en escritura pública de la alegada reversión, falta denunciada por la demandada, le priva de efectos y no puede tener consecuencias respecto al éxito o fracaso de la acción ejercitada. Lo expuesto hasta aquí lleva aparejado la desestimación del segundo motivo, apoyado en el mismo ordinal segundo, y formulado con carácter subsidiario para el solo caso de que la Sala entendiéndose que la infracción del artículo 359 no lo es por el concepto de violación, sino por interpretación indebida, pues tal desestimación no se pronuncia por error en el concepto de la infracción, sino por no concurrir la alegada incongruencia.

El motivo tercero, amparado en el ordinal séptimo, denuncia el error de Derecho en la apreciación de la prueba, invocando como infringido, por el concepto de violación, el artículo 1.277 del Código Civil, pues, a su juicio, si la sentencia declara acreditada la autenticidad de la firma de la demandada puesta en el repetido documento, no aplicar el citado artículo implica su vulneración; motivo que debe correr el mismo destino que los anteriores, no sólo porque dicho precepto, relativo a la presunción de existencia y licitud de causa en los contratos, no contiene una norma valorativa de la prueba, sino una presunción *iuris tantum*, con el consiguiente desplazamiento de la carga de la prueba, ni tampoco sólo porque tal artículo únicamente es aplicable a los contratos válidos y no a los nulos por falta de solemnidades legales, de los que no puede emanar tal presunción, sino, además, porque la sentencia impugnada, que no niega la existencia del documento y de su contenido, sí niega, en cambio, que contenga cláusula alguna de reversión o que produjera dicha reversión automática o instantánea a favor de los padres donantes, todo lo cual conduce a la conclusión de que el presente motivo, lejos de un error en la apreciación de la prueba, denuncia una interpretación equivocada o errónea de su contenido, que es lo que se denuncia en el motivo siguiente.

El motivo cuarto, deducido con apoyo en el ordinal primero, acusa la infracción, por violación, del artículo 1.284 del Código Civil, pues, a su entender, lo correcto es interpretar el repetido documento en el sentido más propio a su eficacia, que comporta la declaración jurisdiccional del reconocimiento de propiedad a favor de los actores y la obligación de otorgarles por dicha demandada la escritura de transmisión de tal titularidad, que es lo que dice el documento en cuestión, lo contrario de lo que hace la sentencia, que después de suponer que los bienes son propiedad de los padres donantes por nulidad del título de donación, les niega la declaración jurisdiccional que piden al negar eficacia al reconocimiento de propiedad contenido en el documento privado. Motivo que decae, igualmente, pues admitida la donación y su eficacia traslativa —mientras no se declare su nulidad, como oportunamente hace notar la sentencia

recurrida, nulidad no viable en este recurso— y negada por la sentencia la existencia de la cláusula de reversión, así como la realidad del cambio de titularidad dominical de la hija a los padres, en cuanto, según dice y denunció la demandada en la contestación a la demanda, esta vuelta exigiría una nueva donación de aquélla a éstos consignada en escritura pública, es indudable que la interpretación realizada por el Tribunal no es contraria a las reglas del criterio humano y debe aceptarse como correcta.

El motivo quinto y último, con apoyo en el mismo ordinal primero, acusa la infracción del artículo 641 del Código Civil por entender que la sentencia recurrida, en la interpretación que hace de tal precepto, restringe infundadamente la amplitud de forma y contenido que en el pacto de reversión a favor de sólo el donador, para cualquier caso y circunstancias, establece la letra y el espíritu de dicho precepto; motivo para cuyo rechazo es suficiente dar aquí por reproducido lo expuesto en el anterior segundo fundamento de Derecho, pues si es exigencia para la validez del pacto de reversión su constancia en escritura pública, no puede hablarse de interpretación restringida de un contrato que es ineficaz para producir el efecto traslativo del dominio, efecto traslativo que el recurrente afirma se ha producido como supuesto de su pretensión.

R. DE A.

CONTRATO DE SEGURO: DECLARACIONES INEXACTAS DEL ASEGURADO (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1987).

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.—Se ofrece el primero de los motivos formulados con soporte en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, o sea, en el error de hecho resultante «de documentos obrantes en autos, y de las pruebas testifical y de confesión que demuestran, sin contradicción, la equivocación del juzgador», consistiendo su argumentación en que en el considerando tercero de la sentencia se «manifiesta carente de virtualidad el hecho de hallarse las pieles de más valor fuera de la cámara blindada; en el considerando cuarto, al estimar intrascendente la falta de justificación por el demandante del valor de los géneros robados, obligando a tal carga de la prueba a la entidad demandada, mi representada, cuando es de sobra conocido, y numerosa jurisprudencia hay al respecto, que esta carga corresponde al actor», y sigue insistiéndose en el estricto contenido de la motivación a los considerandos de la sentencia impugnada.

El motivo claudica irremisiblemente: 1) Al faltar en él lo que constituye la esencia del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria en el que se ha integrado, o sea, el documento o documentos que acrediten la equivocación del juzgador. Y faltan, porque las únicas alusiones instrumentales contenidas en el motivo están referidas a los considerandos de la resolución recurrida, lo que no es susceptible de ser estimado a los efectos de la apreciación del error de hecho denunciado, por cuanto, según tiene declarado esta Sala reiteradamente, los documentos judicia-

les procesales caen fuera del ámbito casacional. 2) Por la referencia a las pruebas de confesión judicial y testifical como elementos probatorios comparativos, a la vez que acreditativos del error, dado que su alegación en casación no puede hacerse por los cauces del ordinal 4.º del citado precepto procedimental, sino por los del número 5.º del mismo, en cuanto se trataría en todo caso de una infracción referida a la interpretación de unos preceptos relativos a la valoración de dichas pruebas, aspecto que, por otra parte, no se comprende en la motivación. 3) No ha existido la inversión de la carga probatoria que parece denunciarse también en el motivo, en cuanto habiéndose fijado por el actor para los objetos que en su día le fueron sustraídos el valor que reclama en su demanda, estimación que se rechaza por la entidad demandada y aquí recurrente, es a ésta a quien correspondía acreditar las razones de su oposición.

En la segunda motivación, lo imputado a la sentencia impugnada es, con apoyo procesal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, la infracción del artículo 381 del Código de Comercio y del condicionado de la póliza aplicable al caso controvertido, a cuyos efectos, después de transcribir el referido precepto, llega a la personal conclusión de que una simple lectura de dicho artículo «nos induce a pensar, en virtud de los hechos declarados probados, que el contrato deberá considerarse nulo, fundamentalmente por lo expuesto en los puntos 2.º y 3.º del mencionado artículo».

El motivo decae: a) Porque en la sentencia de Primera Instancia, cuyos fundamentos son íntegramente aceptados por la aquí impugnada, lo que se establece interpretando el citado artículo 381 del Código de Comercio, es «que la 'inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos' como causa de nulidad del contrato de seguro litigioso, supone una consciente o, al menos, conocida falta de correspondencia entre las circunstancias de hecho manifestadas en la proposición del seguro y las reales objetivas concurrentes en el local y en el negocio asegurados, y mal puede entenderse como tal divergencia la accidental y parcialmente errónea consignación por el agente (en funciones) de la aseguradora de las circunstancias de hecho concurrentes en el inmueble luego siniestrado, local de venta al público la mayor parte del año, pero cerrado y reducido a almacén de pieles durante el verano (época de ventas al detall, por obvias razones), ni puede estimarse inexacta declaración aquella manifestación de la proximidad al cuartel de la Guardia Civil, que lo era en construcción, y que el propio agente señor L. G. tuvo ocasión de comprobar personalmente; aparte lo por él declarado sobre la verificación de esas circunstancias, también de forma directa e inmediata, por el representante de la aseguradora señor P., que hubiera visitado el local varias veces...». b) Porque en el quinto fundamento de dicha sentencia se establece: «Intrascendente también la falta de funcionamiento del sistema automático y electrónico de 'alarma', por supuesta avería producida durante los días del fin de semana, en que se produjera el robo de autos, y subsanada con prontitud por la casa instaladora y encargada de su mantenimiento..., porque la falta de conexión en disposición de inmediato funcionamiento o porque la causa de la avería imputable al asegurado no han sido probadas en absoluto por quien, como hecho impositivo de su responsabilidad civil y por razón del seguro contratado, debía haberla demostrado».

R. DE A.

PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCION EN CASO DE SOLIDARIDAD DE DEUDORES (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1987).

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.—Con el fin de evitar reiteraciones en el estudio de los tres motivos del recurso, amparados todos ellos en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, es conveniente partir de las siguientes premisas jurídicas y fácticas: a) Con independencia de la consideración de la conciliación como procedimiento dirigido a evitar el planteamiento de un posterior juicio, puede tener también el carácter de requerimiento judicial, que, lo mismo que el notarial o cualquier reclamación extrajudicial, produce efectos interruptivos de la prescripción en curso, efectos interruptivos que según la más reciente jurisprudencia de esta Sala surgían con la presentación de la papeleta de conciliación (Sentencias de 11 de noviembre de 1954, 22 de septiembre de 1984, 15 de julio de 1985, etc.), y según el artículo 479 de la Ley procesal, en la redacción dada por la reforma de 6 de agosto de 1984, surgen desde dicha presentación siempre que le siga la admisión de la petición conciliatoria, en cuanto con tal presentación y posterior admisión se exterioriza la voluntad de conservar un derecho en vía de extinción, terminando de esta forma con lo que se ha llamado silencio de la relación jurídica. b) En el caso de litis, la sentencia recurrida, después de afirmar el carácter solidario de la obligación indemnizatoria de los codemandados —solidaridad no combatida en el recurso—, entiende, por aplicación del artículo 1.974 del Código Civil, que la interrupción de la prescripción por los requerimientos notariales y posterior demanda de conciliación practicados respecto a alguno de tales codemandados perjudica a todos ellos, por lo que concluye, que si el plazo prescriptivo se inició en 4 de febrero de 1976, tras el sobreseimiento de las diligencias seguidas por los mismos hechos —incendio del pabellón y género almacenado, propiedad de la asegurada «AGE, Bodegas Unidas, S. A.»—, si tal plazo prescriptivo fue interrumpido por los indicados requerimientos notariales de 2 de febrero de 1977 y 2 de febrero de 1978 y con las demandas de conciliación presentadas el 30 de enero de 1979, con su posterior celebración, y si la demanda de juicio declarativo de mayor cuantía se presentó el 18 de abril de dicho año 1979, es visto que la acción indemnizatoria se ejercitó antes del transcurso del plazo de prescripción establecido en el artículo 1.968, 2.º, del Código Civil.

El primer motivo del recurso, amparado en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, según la redacción anterior a la reforma, denuncia la violación del artículo 467 de la Ley de Enjuiciamiento, en relación con el artículo 1.968 del Código Civil, pues a entender del recurrente, si bien es cierto que, como dispone el artículo 1.974 de este último Cuerpo legal y recoge la sentencia impugnada, en las obligaciones solidarias la interrupción de la prescripción de acciones aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, no es menos cierto, continúa argumentando, que en el caso de litis como quiera que fueron demandados de conciliación los señores N., S. y A. y, sin embargo, sólo se citó con las formalidades legales al primero de ellos —con quien se celebró después el acto— y no a los otros dos por ignorarse su paradero, tal defecto de

citación lleva aparejada la nulidad de pleno derecho del acto de conciliación a todos los efectos, entre los que deben comprenderse, aunque no lo dice expresamente, la falta de virtualidad para producir la interrupción del plazo de prescripción. Este motivo decae tan pronto se tenga en cuenta que, en el presente caso, la presentación de la papeleta de conciliación y posterior celebración del acto no entran en juego como presupuesto procesal del posterior juicio declarativo —presupuesto procesal que, además, no era necesario, a tenor del número 5.º del artículo 460 de dicha Ley procesal—, sino en su consideración de requerimiento judicial a los efectos interruptivos de la prescripción en curso, por lo que ninguna trascendencia tienen las infracciones que pudieron cometerse en la citación de alguno de los demandados de conciliación; todo ello con independencia de que, en cualquier hipótesis, la nulidad del acto de conciliación respecto a los señores S. y A., por defecto de citación, no alcanzaría al acto celebrado con el señor N., y es manifiesto que, dado el carácter solidario de la obligación, era suficiente el requerimiento a éste para la interrupción de la repetida prescripción.

El rechazo del primer motivo lleva consigo la repulsa de los dos restantes, apoyados en el mismo ordinal 1.º del artículo 1.692, y ello no sólo por invocarse la infracción de preceptos de estricto carácter procesal —artículos 269 y 279 de la Ley de Enjuiciamiento, relativos, el primero de ellos, a la forma de practicar la notificación en el supuesto de que no conste el domicilio de la persona objeto de tal acto de comunicación, y el segundo, a la nulidad de las notificaciones que se practiquen sin observancia de las exigencias legales—, preceptos impropios, por ello, para fundamentar un recurso de casación por infracción de Ley en la normativa anterior a la reforma, sino también porque, como queda dicho, y en cualquier hipótesis, la interrupción de la prescripción se produce desde el momento de la presentación de la papeleta de conciliación —aunque después de la reforma de 6 de agosto se exija, por el artículo 479, su ulterior admisión—, y los defectos de las citaciones ni pueden afectar a los actores, en cuanto, como se ha dicho, aquí se contempla la papeleta de conciliación como acto de requerimiento y no como presupuesto procesal de un juicio declarativo —tanto más cuanto que respecto de uno de los tres demandados no se denuncia infracción alguna en su citación—, ni, por otra parte, pueden repercutir desfavorablemente en los acreedores los defectos u omisiones imputables a funcionarios judiciales en la práctica de tales actos de comunicación, por ser ajenos a la voluntad y actividad exigible a quien acude a un órgano judicial.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: DEL EMPRESARIO EN ACCIDENTE DE TRABAJO. INOBSERVANCIA DE REGLAMENTOS. APRECIACION DE LA CULPA (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1987).

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.—Con motivo del fallecimiento de dos operarios al servicio de la entidad mercantil ahora recurrente, al caer en una caldera

de las existentes en la factoría de su propiedad dedicada a fabricación de conservas vegetales sita en Molina de Segura, se promovieron demandas por los familiares perjudicados solicitando la indemnización de daños y perjuicios ejercitando las acciones previstas en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, que si en Primera Instancia fue desestimada en cuanto al demandado individualmente señor P. O., como Director Gerente de la fábrica, sí se declaró haber lugar a las indemnizaciones solicitadas, si bien rebajando la cantidad pedida, en razón de las que por vía del seguro obligatorio de accidentes del trabajo habían percibido ya los demandantes, cuyos pronunciamientos fueron confirmados en grado de apelación.

El primer motivo, basado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa el error de hecho en la apreciación de las pruebas, pero en lugar de señalar el documento que demuestre la equivocación evidente del juzgador, se limita a examinar y contraponer dos medios de prueba utilizados en las actuaciones, cuales son los informes de la Guardia Civil y la declaración del único testigo —según expresión empleada por la recurrente—, y el informe de la Inspección Provincial de la Delegación de Trabajo de Murcia, que disecciona y analiza, para valorar y extraer conclusiones que difieren de las obtenidas por las sentencias de Instancia tras la ponderación que en ellas se hace de todos los instrumentos probatorios, y que se sintetizan así: a) La caldera donde cayeron los operarios era 0,20 metros más baja de lo que dispone el artículo 128 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971. b) Que la caída en dicha caldera se produjo al perder uno de ellos el equilibrio arrastrando a su compañero de trabajo y de infortunio en la caída, sin poderse constatar que la pérdida de equilibrio fuera motivada porque estuvieran jugando, correteando o gastándose bromas. Pues bien, estableciéndose como causa inmediata del evento dañoso la caída en una caldera de una altura en sus bordes o paredes inferior a la exigida reglamentariamente y sin barandilla protectora, no es lícito especular con hechos posibles, pero no comprobados, cual se hace en el recurso, de que también se hubiera producido el accidente de haber tenido los veinte centímetros más exigidos por la Ordenanza; en efecto, el juego intelectual sobre las posibles consecuencias de una determinada situación o acaecimiento, siendo tan innumerables como la incoercibilidad de los actos humanos pueda deparar, no es técnicamente el método apropiado para combatir el *factum* establecido en las sentencias de Instancia. Queda, pues, rechazado el motivo no sólo por no señalar el documento que proclame por sí mismo el evidente error de la Sala *a quo*, sino por cuanto, contrariando la doctrina de este Tribunal, establece a su libre arbitrio la recurrente, una relación fáctica sin soporte instrumental probatorio contraria a la del juzgado y, desde luego, acomodándola a la tesis que sirve sus intereses (Sentencias de 9 de febrero de 1984 y 9 de abril de 1984).

El segundo motivo, también con apoyo en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, denuncia el error de Derecho sufrido por el juzgador, por inaplicación del artículo 1.249 en relación con el 1.253 del Código Civil, lo que claramente no puede prosperar, pues dado que las causas próximas de la pérdida de equilibrio y caída de los operarios no han podido establecerse por pruebas directas, que, con arreglo al artículo 1.249, son las únicas idóneas para definir los hechos de los que se puedan inferir las conclusiones deductivas, que son las que constituyen

la presunción no legal como instrumento de prueba indirecta, ha procedido correctamente el juzgador de Instancia al hacer soporte fáctico de su enjuiciamiento los hechos que como absolutamente ciertos y objetivos le ofrecían los demás medios de prueba utilizados en el proceso, con los que ha podido obtener una base resolutive sobre el problema planteado en la litis, y que ello es así lo demuestra el querer hacer hincapié la recurrente en que la causa de la caída fue por estar jugando y bromeando los operarios, situación fáctica que, como se ha visto en el fundamento jurídico precedente, expresamente se rechaza por el juzgador por falta de prueba directa y eficiente, de donde se colige, consecuentemente —ya que ello no se ha desvirtuado en el recurso—, que la deducción o presunción que se contiene en el motivo de ser la culpa de la producción del accidente exclusivamente de las víctimas carece de sustento y por ello no cabe la existencia de ese enlace preciso y directo exigido por el artículo 1.253, puesto que procesalmente carece de validez la premisa fáctica de que parte la estructura argumental del alegato de este motivo.

El tercer motivo, con distinta base procesal que el anterior —ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, examina desde distinto ángulo la inaplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, lo que denuncia como «falta de apreciación presuntiva del nexo causal en contra de las normas del criterio humano o doctrina ajustada al caso», que tampoco puede tener mayor éxito, pues como quiera que se ha de partir forzosamente de dos hechos incontestables, cuales son: la caída de los operarios en la caldera y la circunstancia, ciertamente antirreglamentaria, de que la caldera tenía sus paredes veinte centímetros por debajo de lo autorizado, sin poderse tener en cuenta otros hechos, motivos o circunstancias por no estar acreditados en el proceso, el juzgador ha tenido obligadamente que establecer con esos dos hechos la relación de causa a los efectos del daño, consistente en el deceso de los obreros, no siendo válido el argumento de que lo mismo hubieran caído en la caldera de tener la altura reglamentaria, pues al ser estas Ordenanzas de carácter técnico y redactadas conforme a las enseñanzas de esa índole y la experiencia industrial, es lógico pensar que al establecer una altura determinada y no otra tendrá una motivación en consonancia con esa «praxis» y, por tanto, no es lícito despremiar bajo el razonamiento de un supuesto racional criterio humano, que, además, no tiene apoyo fáctico, jurídico ni técnico alguno, el mandato reglamentario del caso particular aquí contemplado, tanto más cuanto que la doctrina de esta Sala tiene sentado que aun obedeciendo las reglas de seguridad reglamentaria, cuando se produce, como aquí ha ocurrido, un daño en el *iter* del proceso laboral y se manifiesta una actividad negligente, que en este supuesto es de omisión por faltar barandilla protectora, surge, en consecuencia, la obligación de reparar el daño producido. Faltando en las sentencias de Instancia una declaración fáctica por deducción, es decir, presuntiva, no cabe casacionalmente argüir con éxito sobre la inaplicación del artículo 1.249, en relación con el artículo 1.253, ambos del Código Civil.

El cuarto motivo, al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil por aplicación indebida. El motivo es de rechazar porque reiterando los argumentos de los motivos anteriores viene, en definitiva, a hacer supuesto de la cuestión (Sentencias de 2 y 5 de octubre

y 17 de diciembre de 1983 y 28 de diciembre de 1984) la indebida aplicación del ordenamiento jurídico que denuncia como violado, habida cuenta de que en sus razonamientos parte de premisas fácticas que no se han constatado como probadas en autos, lo que constituye una petición de principio, tal como la de que «José S. M. elevó sobre sus hombros a Angel Y., amenazándole con tirarle a la caldera, cuando debido al forcejeo perdieron el equilibrio precipitándose al interior de la misma, que contenía agua hirviendo», que recoge el motivo del informe de la Inspección Provincial de Trabajo, o la afirmación del mismo motivo de que el nexo causal se rompe dado que, al menos, uno de los trabajadores cayó al interior agarrado o algo así por su compañero, datos de hecho que precisamente rechazan las dos sentencias de Instancia, pues la de segundo grado establece que «los hechos acaecieron por perder uno de los dos fallecidos el equilibrio y arrastrar al otro en su caída, sin referencia alguna a esos juegos o correteos que se afirman —sin prueba conocida— en los primeros informes de la Inspección del Trabajo», y la de Primera Instancia dice que «cuando decimos que no se ha determinado la forma en que ocurrió el evento nos referimos a lo que motivó la caída a la caldera», lo que quiere decir que la aplicación de los preceptos que se dicen violados por haberse hecho aplicación de ellos indebidamente por el juzgador, según la recurrente, no es tal puesto que las afirmaciones fácticas de las sentencias obligan en buena hermenéutica a su regulación por tales normas, y lo que se pretende es preterir por la propia tesis la mantenida por el juzgador, que de suyo es objetiva e imparcial, contraviniendo la doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de noviembre de 1984, 23 de marzo de 1985, 22 y 30 de enero y 24 de julio de 1986).

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: VENTA DE UNA VIVIENDA DE SUPERFICIE INDEBIDAMENTE AMPLIADA POR LA VENDEDORA, EDIFICANDO SOBRE ELEMENTOS COMUNES DEL INMUEBLE. RESOLUCION DEL CONTRATO. ALCANCE DE LA INDEMNIZACION. INTERES DEVENGADO POR CANTIDAD LIQUIDA (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1987).

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.—Impugnan la sentencia dictada por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid el 3 de octubre de 1985 ambas partes contendientes, debiéndose comenzar con el examen del recurso presentado en segundo lugar, por razones de técnica casacional, dado que en él se contienen dos motivaciones ubicadas en el ordinal 4.º del vigente artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que por venir referidas a los contratos de compraventa cuestionados y otros presupuestos fácticos pueden influir en la delimitación, a los efectos de las presentes impugnaciones, en la determinación de los hechos de que ha de partirse en las mismas.

Dicho recurso es el instado por doña Inmaculada M. H. y se integra por trece motivos, de los cuales el séptimo aparece formulado al amparo del ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria; los primero y doce, incluidos en el número 4.º del indicado precepto, y los restantes —segundo a octavo, noveno a once y trece—, en el párrafo 5.º del mismo artículo.

Siguiendo la metodología clásica en materia de casación y a los efectos de dejar sentados desde un principio los presupuestos fácticos fundamentales, se hace preciso comenzar por el examen de los dos motivos que denuncian el error en la apreciación de la prueba, que, cual queda indicado, son los números primero y doce. De ellos, en el primero se estima ha existido violación de los cánones probatorios contenidos en los artículos 1.218, párrafos 1.º y 2.º, y 1.215 del Código Civil, aplicable a los documentos foliados en los números 5 a 7, 21, 70 a 75, 217 y 218. Se estima, a tales efectos, que la Sala de Apelación, en los considerandos 1.º, 3.º a 5.º y 8.º, establece unos presupuestos fácticos con influencia en el fallo, «sobre los cuales constituye la errónea tesis que la conduce a la estimación de la demanda», y sobre tales raíces, en base a oponer sus particulares e interesadas interpretaciones de los documentos que indica, se pretende combatir los argumentos de la Sala cuando lo cierto es que: En la inscripción registral del piso cuestionado aparece que su extensión superficial es de 101,74 metros cuadrados; que en los autos consta, igualmente, que en el contrato privado de 10 de mayo de 1983 (folios 5 a 7) aparece lo siguiente: «Título: escritura que presenta y retira en este acto, otorgada en Madrid, con fecha 25 de junio de 1973, ante el Notario .»; que en esta escritura figura como superficie del piso enajenado la que consta en la inscripción registral, así como la indicación de que a la aquí recurrente «le corresponde el uso exclusivo de la mencionada terraza...».

A la vista de cuanto antecede, resulta de una evidencia incuestionable que la recurrente está confundiendo en propio beneficio dos conceptos distintos: el de la propiedad y el del uso, aunque éste sea en exclusiva, los cuales, tanto en la esfera jurídica en general como en el marco de la propiedad horizontal en que esta cuestión se está moviendo, se encuentran perfectamente diferenciados por la doctrina científica y la jurisprudencial. La Sala *a quo* ha llegado, consiguientemente, a la solución en este motivo combatida, a base de interpretar adecuadamente (no obstante la opinión de quien aquí impugna) el ámbito jurídico del término «uso exclusivo». Por otra parte, lo indicado en esta motivación respecto de los requerimientos de la demandada y aquí recurrente a los actores y el juego de sus fechas, bajo los que se intenta atacar la sentencia impugnada, carecen de trascendencia a los efectos pretendidos dado que las alusiones que en los considerandos 1.º y 4.º se contienen a los «requerimientos» realizados por doña Inmaculada a los compradores del piso cuestionado y actores en la litis que aquí concluye, no son en realidad otra cosa que alegaciones «a mayor abundamiento», realizadas a fin de reforzar los fundamentales argumentos contenidos en la sentencia respecto de la falta de acción opuesta al contestar la demanda, como resulta del siguiente párrafo: «sin que pueda admitirse la falta de acción opuesta por el ejercicio de la acción resolutoria realizado por la vendedora, pues independientemente de toda la actuación constante de los demandantes, señalada en el considerando 1.º, y de la eficacia en el presente supuesto de la conciliación, lo cierto es que la demanda se presentó el 18 de enero de 1984 y el requerimiento ejercitando el pacto comisorio se efectuó el

19 de enero de 1984; en él, además, se conceden veinticuatro horas para el pago, luego la actuación fue posterior...». Por todo lo indicado, resulta insoslayable el perecimiento de esta motivación.

Lo mismo acontece con la número 12, en la cual el error denunciado respecto a la apreciación de la prueba se centra en la violación de los cánones probatorios contenidos en los artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil y gira en torno a la mala fe de la aquí recurrente, apreciaciones de la Sala en orden a dicho punto que rechaza por los argumentos que en la motivación se exponen, fundados en que «ninguna de las constancias documentales apreciadas, según el canon probatorio de los artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil y las reglas de la sana crítica, revelan la pretendida mala fe» de la recurrente. La desestimación en este caso obedece: 1) A que la infracción en que se apoya debió denunciarse por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, en cuanto la vía del número 4.º utilizada viene referida a los errores de hecho y no a los de Derecho. 2) Omite la recurrente que la sentencia impugnada dice en su tercer fundamento, entre otras cosas, lo siguiente: «...destacaremos la mala fe de la demandada, quien desde el primer momento pretende aprovecharse de la situación por ella creada, negándose desde el primer requerimiento, realizado, como hemos dicho, el 17 de junio de 1983, a dejar sin efecto la venta, aunque en ella no se le reclama indemnización alguna; demandada que pretende enmascarar su engaño alegando que la extensión del piso constaba en la escritura, mencionando el asiento registral, pero oculta que no admitió los metros contruidos por ella y que había de demoler, olvidando que las extensiones de los inmuebles no son las que aparecen en los títulos ni en el Registro de la Propiedad...». 3) Se omite también que en el quinto fundamento se dice: «Que la existencia de un vicio en el consentimiento, por un error gravísimo provocado por la mala fe de la compradora, lo que produce, en aplicación de los artículos 1.261 y siguientes, la nulidad del contrato de compraventa, pues es muchísimo más claro tal vicio que otro cualquier extremo de esta litis, ya que la diferencia de metros, los gastos de demolición y reestructuración del piso, demuestran palpablemente una diferencia tan extraordinaria en el precio que impediría a cualquiera verificar la aceptación», en cuanto, como igualmente se señala en la resolución aquí atacada (considerando 4.º), lo cierto es que «se habría adquirido un piso con una reducción de más de la cuarta parte de la extensión visible del piso, en el que había que suprimir dos cuartos de baño y un dormitorio, aparte de la reducción del salón a casi la mitad». Y son precisamente estos argumentos los que conducen también irremisiblemente al decaimiento del motivo sexto, en el que con apoyo en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se imputa a la resolución impugnada la violación de los artículos 3, 1.º; 1.281, párrafos 1.º y 2.º, y 1.282 del Código Civil, en cuanto la misma, «sin amparo alguno en la prueba practicada» —se dice—, estima que la recurrente «procedió de mala fe vendiendo un piso que tenía mayor extensión superficial que la que constaba en el Registro, y ocultando a la compradora que esa extensión superior a la registral era algo más de la cuarta parte».

El rechazo de las dos motivaciones precedentes, apoyadas en el ordinal 4.º del artículo 1.692, esto es, las fundamentadas en el error en la apreciación de la prueba, impone, antes de proceder a adentrarse en el examen de las siguientes, la necesidad de describir el relato histórico de los hechos que señalados en la sentencia recurrida al parecer dichos mo-

tivos devienen inatacables y han de servir de base para la mejor comprensión de los dos recursos aquí formulados. Dichos presupuestos fácticos son los siguientes: a) Por documento privado de fecha 10 de mayo de 1983, don Antonio V. A. y doña María del Carmen I. G. adquirieron de doña Inmaculada M. H., por 13.000.000 de pesetas, el piso 11, izquierda, de escalera derecha, del número 72 de la avenida «X» en Madrid y un garaje, en cuyo documento no se expresaba la extensión del piso, aunque se exhibió el título. b) La vendedora no informó a los compradores de que había construido en la terraza varias habitaciones, con una extensión de 38 metros cuadrados, ampliando así el piso, que registralmente era de 101,74 metros cuadrados. c) Dicha ampliación no era comprobable a simple vista, como ha demostrado el reconocimiento judicial. d) La vendedora no informó a los compradores que por consecuencia de las referidas obras había sido demandada por la comunidad, quien la había vencido en juicio de precario en ambas instancias. Tampoco les informó de que la comunidad de propietarios del inmueble en que el referido piso se encontraba había acordado no solicitar la ejecución de dicha sentencia y, por tanto, el derribo de los 38 metros cuadrados indicados hasta tanto vendiera el piso, «sin que por la demandada se pruebe el conocimiento del acuerdo por los adquirentes, ya que no lo declaran sus testigos ni aporta el acta de la junta de la comunidad de propietarios, en la que se dice asistió un pariente de la actora, certificación que no conseguida en Primera Instancia, no se ha solicitado en ésta». e) La vendedora, en el momento de presentarse la demanda, había percibido de los compradores 5.000.000 de pesetas, así como tres cambiales por importe de 3.500.000, 4.000.000 y 1.000.000 de pesetas, respectivamente, y fechas de 10 de agosto la primera y 9 de noviembre las otras dos, todas ellas aceptadas por los compradores, que también entregaron a la vendedora otra cambial por 150.000 pesetas, importe de un tresillo incorporado al piso.

Sentado cuanto antecede, se entra en la contemplación del motivo séptimo, en cuanto fundado en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos y en el que se denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales reguladoras de las sentencias, con violación del artículo 359 de la citada normativa procesal. El vicio que se denuncia, falta de congruencia, se pretende fundamentar en que el juzgador de apelación ha alterado los hechos de la demanda y modificado la pretensión, dado que ejercitada una acción de saneamiento fundada en la existencia de vicios ocultos ha aplicado de forma libérrima el principio *iura novit curia*, admitiendo la demanda no con base en la acción que ejercitaron los actores, sino en el artículo 1.124 del Código Civil, lo que motivó que no fuere estimada la excepción de caducidad de la acción esgrimida por la aquí recurrente.

Tampoco puede prevalecer este motivo, toda vez que el tema presentado en la litis, y más concretamente en la fase expositiva de la misma, como muy bien se indica en la sentencia impugnada, no puede decirse de modo categórico e indiscutible, cual parece pretender quien aquí impugna, que sea de vicios ocultos, dado que, como se dice en el sexto considerando, «si bien es cierto que los actores citan los artículos de la resolución por vicios ocultos, lo cierto es que la petición es simplemente de resolución, y aun no admitiendo la ampliación del escrito de conclusiones en la demanda, se solicitan daños y perjuicios, y en la réplica, fundamento VI, ya se alega vicios en el consentimiento...». Por ello, dada la consagración jurisprudencial de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum*...

y habida cuenta que con la aplicación de los mismos no se alteran los puntos que fueron objeto de debate, en cuanto que éste no sólo ha girado desde un principio en torno a los mismos presupuestos fácticos, sino que además sobre ellos se han practicado las pertinentes pruebas, es obvio que por todo lo expuesto no puede estimarse que haya existido en ningún momento indefensión (Sentencias de 25 de mayo de 1980; 9 de diciembre de 1981; 28 de febrero, 10 de marzo, 16 de mayo y 27 de octubre de 1983; 20 de febrero de 1984; 20 de mayo, 29 de noviembre y 13 de diciembre de 1985). El decaimiento de este motivo provoca el del siguiente, en cuanto formulado *ad cautelam* sobre el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, al estimar se ha violado el artículo 359 de la referida Ley Procesal. Y lo mismo acontece con la tercera motivación, por cuanto si bien inspirada también en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, en ella se alega la violación de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de 6 de mayo de 1911 y 13 de marzo de 1929, conforme a las cuales, aun cuando las disposiciones del título I, libro IV, del Código Civil sean aplicables a toda materia contractual, las obligaciones que nacen del saneamiento por vicios ocultos en el contrato de compraventa se rigen por las disposiciones de los artículos 1.484 y siguientes del referido texto legal, por lo que al no haberlo hecho así el Tribunal sentenciador ha incidido en el vicio que se alega en la motivación. Se trata, por tanto, de la misma argumentación que la ofrecida bajo otro prisma procesal en el motivo séptimo, y de ahí su rechazo.

Se pasa así al estudio de los restantes motivos, todos ellos asentados sobre el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al igual que el inmediatamente precedente. De ellos, el segundo acusa la violación de los artículos 3, 1.º, y 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil, y 202 del Reglamento Notarial, motivo que se ofrece *ad cautelam* para el caso de no aceptarse el error denunciado en el primeramente formulado sobre la valoración de la actividad de las partes, «pues la interpretación de las normas y de las declaraciones o manifestaciones de voluntad consignadas en constancias documentales, ya sean de carácter público o privado, no puede dejarse al libre arbitrio del operador jurídico», según estima la recurrente. Tampoco este motivo es de aceptar, precisamente por las consideraciones hechas para rechazar el formulado en primer lugar. Y lo mismo acontece con los motivos cuarto y quinto, en el primero de los cuales se critica a la sentencia impugnada la violación por inaplicación de los artículos 1.484, 1.485, 1.486 y 1.490 del Código Civil, y en el segundo, la aplicación indebida del artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, así como la interpretación errónea de la doctrina contenida en las Sentencias de 6 de mayo de 1911, 19 de abril de 1928 y 1 de julio de 1947 sobre compatibilidad de la acción del artículo 1.124 con las acciones de saneamiento, desestimación que se produce por los mismos argumentos expuestos para rechazar la motivación tercera y, además, porque la Sentencia de 6 de mayo de 1911 no sanciona la incompatibilidad de los preceptos generales sobre contratación y los artículos 1.484 y siguientes, sino al contrario, lo mismo que acontece con la de 19 de abril de 1928; pero, sobre todo, porque como el Tribunal *a quo* entendió, no se trata aquí de un supuesto de saneamiento del libro IV, título IV, sección 3.º, del Código Civil, lo que hace inaplicables los preceptos contenidos en el mismo que se dicen infringidos por violación negativa.

En el motivo noveno, lo imputado a la Sala de Apelación es la vio-

lación del artículo 1.504 del Código Civil, por cuanto la misma, en el cuarto considerando de su sentencia, con repercusión en el fallo, «razona que no existe en los actores la falta de acción denunciada por mi mandante, en primer término, por el tardío ejercicio de la acción del pacto resolutorio expreso estampado en la estipulación tercera del contrato de compraventa, y en segundo lugar, porque la actuación extraprocésal de los compradores, anterior a la promoción del litigio, impide tomar en consideración la decisión que adoptó doña Inmaculada M. al declarar la resolución de la compraventa en aplicación de lo pactado...». Esta motivación cae por su base, ya que al ser desestimados los motivos primero y segundo, ha quedado sin soportes fácticos y jurídicos.

A su vez, la motivación décima estima que se ha violado el artículo 1.281, párrafo 1.º, en relación con el artículo 1.275, del Código Civil, centrandó tal imputación en el considerando séptimo de la sentencia impugnada, que trata lo relativo a la resolución de la venta del tresillo; crítica que apoya en la circunstancia de que dicha resolución se opera según la Sala *a quo*, que reproduce en este aspecto «la tesis de la Sala inferior, en el hecho de haberse vendido una parte de superficie que no se podía transmitir», lo cual «arrastra la resolución de un contrato de compraventa de unos bienes muebles, por la razón de que su tapizado hacía juego con la decoración del piso de referencia». Resulta tan dificultoso encontrar razonamientos jurídicos adecuados para rechazar este motivo, dada su inocuidad, que sólo es posible declarar su pericimio por razón de su carencia de contenido argumental jurídico, habida cuenta, además, que el artículo 1.281 del Código Civil viene referido a la interpretación de los contratos y no de las normas.

Se procede aquí al examen de las dos motivaciones que restan de este recurso, las números once y trece, fundamentadas en el mismo ordinal que las precedentes y dedicadas a combatir la resolución del Tribunal de Apelación, por estimarse en la primera que se ha violado la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala que cita, conforme a la cual «si bien el actor es libre de traer al proceso a las personas individuales o jurídicas que tenga por conveniente, ello no le releva de conocer a aquellas otras que tengan un evidente y legítimo interés en impugnarla», produciéndose así, además, la violación del artículo 24, 1.º, de la Constitución Española; a su vez, la motivación trece acusa la violación de este precepto constitucional en su número dos, relativo a la presunción de inocencia, que centra en «la supuesta mala fe de doña Inmaculada M., porque siendo ésta una cuestión de hecho, se requiere que se haya practicado por los actores una prueba encaminada a la demostración de tan fundamental extremo».

Tampoco estos motivos pueden prevalecer. El undécimo, porque: a) Aun cuando la temática de la solidaridad, según tiene declarado esta Sala de modo constante, es materia que puede ser estimada de oficio y, en consecuencia, aunque no se haya alegado en la fase expositiva, no tiene, a efectos de casación, la cualidad de «cuestión nueva»; ello no impide que si, como resulta del motivo, el presupuesto de hecho en que se apoya aparece de los documentos aportados con la demanda, su alegación en estos momentos supone una actuación procesal muy próxima al *fraudem procesalis*; b) Pero es que, además, y sobre todo, los presupuestos fácticos sobre que se asienta la motivación, un recibo firmado por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria don Jesús G. S., que acredita la percepción

por el mismo de don Antonio V. de 22.582 pesetas como pago del fondo de reserva de la comunidad de propietarios en que se encuentra el piso cuestionado, y el pago del mismo don Antonio al citado señor G. de 9.000 pesetas en concepto de honorarios por la redacción del documento de compraventa del piso de autos, son por completo ajenos al tema objeto de la litis que aquí concluye. c) Por último, absuelta la demandada y aquí recurrente de los pedimentos de la demanda a que el motivo se refiere, no revela buena fe construir un motivo sobre ello, habida cuenta que, como es doctrina de esta Sala, la casación no procede contra fallos o parte de ellos que no son gravosos o perjudiciales para quien recurre. En cuanto al motivo número trece, su desestimación se produce porque si bien «la presunción de inocencia» constituye, efectivamente, un principio de raigambre constitucional, es preciso tener en cuenta que, como la propia frase indica, se trata sólo de «una presunción» y por ello susceptible de prueba en contrario. Pues bien, del examen que se ha realizado de los motivos sexto y doce en el fundamento quinto han quedado debidamente aclaradas y expuestas las razones que han conducido al Tribunal sentenciador a declarar la mala fe de la aquí recurrente, razones que merecen la sanción confirmatoria de esta Sala.

La desestimación de todas las motivaciones del presente recurso provoca la de éste en su integridad, con las consecuencias que para tales casos se determinan en el artículo 1.715, número 4.º, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se procede a continuación al examen del recurso de casación interpuesto por don Antonio V. A. y doña María del Carmen I. G., integrado por cinco motivos, estructurados los cuatro primeros sobre el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal y el quinto en el numeral 4.º del mismo precepto, lo que hace indispensable, según la técnica casacional, comenzar su estudio por este último.

En él se alega el error de hecho en la apreciación de la prueba, que se proyecta sobre los daños y perjuicios que solicitados en la demanda no fueron reconocidos en la sentencia impugnada. La motivación viene exclusivamente referida «al pago de los daños y perjuicios ocasionados a mis mandantes, consistentes en las rentas de los arrendamientos de los pisos que se han visto obligados a ocupar, al no poder instalarse en el piso objeto de las actuaciones». Se citan los contratos de arrendamiento y los recibos aportados con la demanda, que se dice no fueron impugnados de contrario. El motivo no puede prevalecer, ya que la posición del Tribunal *a quo* es acertada cuando declara en su octavo considerando: «sin que deban incluirse las de los supuestos arrendamientos no adverbados ni probada su necesidad según la fecha de venta del piso que dicen ocupaban antes de adquirir el piso hoy objeto de debate».

El motivo primero estima se ha aplicado indebidamente el artículo 1.490 del Código Civil, en relación con el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queriendo en él combatir «la declaración de caducidad de la acción edilicia ejercitada por esta parte para resolver el contrato de compraventa a que se refieren las actuaciones, por vicios ocultos de la cosa vendida, al amparo del artículo 1.484 y siguientes del Código Civil», estimando, en consecuencia, aplicable el plazo de seis meses contenido en el artículo 1.490 del Código Civil, el que, por tanto, no consideró interrumpido el Tribunal *a quo*, lo que en este motivo se critica.

La motivación está condenada al fracaso casacional, ya que los aquí

recurrentes pasaron por la declaración que en este motivo combaten y aparecía en la sentencia de Primera Instancia, en cuanto si bien se adhieron a la apelación, limitaron dicha adhesión al tema de los intereses, dejando, en consecuencia, firme lo aquí denunciado (Sentencias de 26 de septiembre de 1963, 23 de enero de 1964, 11 de febrero de 1965, 17 de julio de 1981).

Los motivos segundo y tercero, inspirados en el mismo precepto procesal y número que el precedente, y el segundo de ellos articulado *ad cautelam*, acusan la interpretación errónea del artículo 1.490 del Código Civil, en relación con el artículo 460 de la Ley de Enjuiciar (el segundo), y el tercero, la aplicación indebida del artículo 1.490 del citado texto sustantivo. Ninguno de los dos puede prevalecer, por las consideraciones que se han dejado expuestas en el precedente fundamento.

Sólo resta por contemplar la motivación cuarta, en la cual lo criticado a la sentencia del Tribunal de Apelación es la inaplicación del artículo 1.100 del Código Civil respecto de los intereses de los 5.000.000 de pesetas entregados por los recurrentes a la demandada y aquí también recurrente. Estiman, a tales efectos, que se pedía la condena al pago de los intereses, «pero nada más que de las cantidades satisfechas por la compraventa, no de los daños y perjuicios causados», y sigue diciéndose: «De aquellas cantidades una ha quedado perfectamente determinada: la entrega de CINCO MILLONES DE PESETAS como pago de parte del precio de compra, cantidad líquida y exigible y perfectamente diferenciada del resto de las peticiones...».

Este motivo ha de ser estimado por las siguientes consideraciones: 1.º La sentencia impugnada establece, a estos efectos, en su octavo considerando: «. sin que, naturalmente, proceda el pago de intereses de las cantidades reclamadas, ya que al fijarse en el fallo su cuantía demuestra nos hallamos ante una cantidad líquida (*sic*) que, por ende, no puede devengar intereses; no digamos sobre el punto en que los actores se han adherido a la apelación pretendiendo que a la generosa sentencia apelada se incrementaran los intereses...». 2.º La cantidad de 5.000.000 de pesetas, cual ha quedado expuesto en el sexto de estos fundamentos, es algo que consta debidamente acreditado, siendo dicha suma una cantidad líquida. 3.º Si bien no es el artículo 1.100 del Código Civil el que se infringe al no otorgar los intereses reclamados, sino el artículo 1.108 de dicho Cuerpo legal, es lo cierto que por virtud del principio *da mihi factum...* y la actual redacción del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de admitir el motivo, concediendo a los aquí recurrentes el derecho a obtener de la demandada doña Inmaculada Concepción M. H. los intereses correspondientes a la suma de 5.000.000 de pesetas que de aquéllos recibió, intereses que comenzarán a percibirse desde la fecha de la presentación de la demanda, cuyo importe, al no haberse convenido, se fija en el interés legal del dinero.

R. DE A.

MANDATO: RATIFICACION POR PARTE DEL MANDANTE. LEVANTAMIENTO DEL VELO DE SOCIEDAD ANONIMA (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

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 motivo primero de casación lo fundamenta la parte en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la existencia de error en la apreciación de la prueba, con base en unos supuestos documentos que no tienen la naturaleza de tales, pues ni el acta documentando la prueba de reconocimiento de libros ni el dictamen de una prueba pericial caligráfica son los verdaderos documentos a los que se refiere el precepto procesal citado. La parte recurrente lo que, al parecer, pretende es desvirtuar la valoración efectuada por la Sala de Instancia de toda la actividad probatoria obrante en autos, hasta llegar a la conclusión de que la persona que redactó y firmó el documento número uno, acompañado con la demanda, estaba ligada con los recurrentes mediante la existencia de un contrato de mandato, expresamente consentido y ratificado por estos últimos; y a esta convicción llega la Sala en el ejercicio de la potestad exclusiva de analizar la prueba, completando la notoriamente insuficiente resolución de Primera Instancia, no haciendo uso, al contrario de lo ocurrido en esta resolución, de un dictamen pericial caligráfico, cuya credibilidad está en relación con la afirmación en él contenida de que la firma dubitada ha sido trazada por distinta mano del testigo, cuando el propio interesado tiene reconocido, a la presencia judicial, la autoría de la misma; ni tampoco analizando unas certificaciones registrales, y unos libros que sólo vienen a demostrar algo que nadie ha cuestionado, o que el propio recurrente tiene reconocido en confesión judicial, argumentaciones más que suficientes para rechazar este primer motivo del recurso.

Para una más acorde sistematización conviene estudiar conjuntamente los motivos segundo, tercero y quinto, todos ellos amparados en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en los cuales se denuncian las infracciones de los artículos 1.259, 1.709, 1.710 y 1.717 del Código Civil, referidas todas a las relaciones existentes entre el autor material de la carta unida al folio cuatro de los autos y los demandados señor A. R. y «P., S. A.». En la sentencia recurrida ha quedado definitivamente fijada la siguiente relación fáctica: a) El demandante señor H., de nacionalidad norteamericana y desconocedor del idioma español, es el propietario de un bar en el centro turístico Solynieve de Sierra Nevada, tiene relaciones con turistas extranjeros y acude a la oficina que «Construcciones X.» tiene en la Sierra, proponiendo a la persona allí encargada de la misma su mediación en la venta del edificio Impala entre sus clientes y amigos. b) Es aceptada su proposición, y en dicha oficina se le expide una carta fechada el 28 de marzo de 1981 con el membrete y sello de la empresa, en la que se le asegura una comisión del 10 por 100 sobre el precio de venta del inmueble, firmando dicha carta el señor A., persona reconocida por el señor A. como «el encargado de vender todos los edificios que tengo en la Sierra». c) El señor H. realiza diversas gestiones y, finalmente, pone en relación al señor A. con el señor «X.» y señora, los cuales adquieren la casi totalidad del edificio Impala, por un importe de

64.365.000 pesetas. *d)* Este contrato de compraventa se documenta con fecha 1 de junio de 1981, actuando como vendedor don José A. R., en representación y como Consejero Delegado de «P., S. A.», entidad promotora de la edificación. *e)* Con fecha 18 de julio de 1981, el señor H., a través de su Abogado, recibe de don José A. R. la suma de 262.500 pesetas por su mediación en la operación, cantidad que representa una comisión del 0,4 por 100, negándose los demandados a satisfacerle mayor remuneración.

A la vista de estos hechos resulta obligado coincidir con la Sala de Instancia y entender que real y efectivamente existió desde el principio la apariencia de un mandato representativo, cuando la persona que prácticamente actúa como vendedor apoderado del señor A. en la Sierra, que dirige su oficina y que dispone de papeles timbrados y del sello de su principal, concierta con un extranjero un determinado pacto en nombre de aquél, documentando ese acuerdo con todos los requisitos aparentemente suficientes; conducta que necesariamente tenía que producir en el tercero la convicción de buena fe, de que su interlocutor estaba autorizado para convenir y prometer lo que documentaba y firmaba, y esta apariencia de mandato llega a su más efectiva realidad cuando el representado señor A. conoce, acepta y recompensa los servicios del tercero, aprovechándose de los actos realizados por la persona que obró como su mandatario sin la autorización necesaria, suponiendo esta conducta posterior una auténtica ratificación tácita, constituida por actos unívocos y concluyentes respecto a la voluntad del mandante, que hacen válido el contrato de mandato desde su origen; interpretación que de ninguna forma infringe los artículos 1.709, 1.710 y 1.717 del Código Civil, ya que está en perfecta concordancia con el contenido de los artículos 1.259-2.º, 1.725 y 1.727 del mismo Cuerpo legal, y con la numerosa jurisprudencia de esta Sala, que sanciona la doctrina de la convalidación del mandato por su ratificación posterior, y la protección del tercero de buena fe, manteniendo la apariencia contractual frente a la realidad jurídica (Sentencias de 5 de abril de 1950, 27 de mayo de 1958, 10 de octubre de 1963, 25 de octubre de 1965, 15 de noviembre de 1977, 2 de junio de 1981, etc.); argumentación la expuesta que conduce al perecimiento de los tres motivos estudiados.

Resta, finalmente, analizar el motivo cuarto, que sustentado también en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia la infracción negativa del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, precepto en el que se regula la representación de tales personas jurídicas; pero olvidando la parte que en el caso que nos ocupa el señor A. R. ostentaba el cargo de Consejero Delegado del Consejo de Administración, con plenas facultades representativas de la sociedad; que «P., S. A.», aparecía como promotora-propietaria del edificio en cuya venta interviene el demandante; que, por tanto, resultó beneficiada la sociedad con el corretaje prestado; que en la conducta del señor A. R. existe una confusión de personalidades propia de estos casos de sociedades interpuestas, no pudiendo determinarse dónde acaba la actuación del Consejero Delegado y dónde empieza la de la persona física, y que ante esta falta de delimitación de funciones, y habida cuenta de que el inmueble vendido era de la propiedad de «P., S. A.», hay que entender que su Consejero Delegado y representante obraba, en las relaciones contractuales que se analizan, tanto en su propio nombre como en representación de la sociedad; circunstancias que conducen a la desestimación de este motivo.

CONDICION SUSPENSIVA. EFICACIA EN COMPRAVENTA DE INMUEBLE DESTINADO A EDIFICACION (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1987).

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.—Don Fernando S. C. promovió juicio declarativo de mayor cuantía contra la entidad mercantil «Turismo Mediterránea, Sociedad Anónima», en anagrama «TUMSA», para obtener la declaración de ineficacia del contrato de compraventa celebrado en 19 de diciembre de 1979, y tramitado que fue en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Málaga, por Sentencia de 2 de diciembre de 1983, se estimó la demanda y, con rechazo de la reconvenición, se declaró que el referido contrato, al no haberse cumplido la condición suspensiva convenida, no ha llegado a tener eficacia, teniéndose por extinguido y no celebrado a todos los efectos, cuya resolución fue confirmada, en 27 de noviembre de 1985, por la Sala Segunda de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Granada, siendo objeto esta segunda sentencia del presente recurso de casación que, interpuesto por la precitada sociedad, se formula a través de tres motivos, al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por vía de sus ordinales 4.º y 5.º

El primer motivo, incardinado en el número 4.º del rituario artículo 1.692, denuncia error en la apreciación de la prueba al establecerse en la sentencia impugnada que el comprador no podía renunciar a la condición y que el vendedor no obstaculizó su cumplimiento, con olvido, según el recurrente, de resultar probados esos puntos con los documentos señalados en el apartado VII del escrito del recurso: contratos de 19 de diciembre de 1979 y 22 de septiembre de 1980, cartas de 10 de diciembre de 1981 y 16 de febrero de 1982 remitidas por conducto notarial por el comprador-recurrente al vendedor-recurrido y oficio del Ayuntamiento de Málaga de 19 de abril de 1982 (obrantes a los folios 42, 43, 61, 65 y 16). En los supuestos de invocación de errores al amparo del citado ordinal, hay que tener en cuenta la constante doctrina mantenida por esta Sala respecto a que: «el documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, sin necesidad de interpretación», que viene corroborada por las Sentencias de 16 de abril de 1958, 13 de octubre de 1966, 21 de diciembre de 1981, 4 de noviembre de 1982, 14 de junio de 1983, 5 de diciembre de 1984, 3 de marzo de 1986 y 31 de marzo de 1987, expresivas de: «ser precisos de las actuaciones o negaciones sentadas por el juzgador estéril en abierta y franca contradicción con documentos que por sí mismos, y sin acudir a deducciones, interpretaciones e hipótesis, evidencian cosa contraria a lo afirmado o negado de la sentencia recurrida». Pues bien, el análisis de los contratos suscritos entre las partes evidencia que en ellos no se contiene cláusula o estipulación alguna que permita deducir, explícita o implícitamente, que la condición suspensiva se conviniere en beneficio exclusivo del comprador; es más, despréndese de los mismos que interesaría también al vendedor, ya que la fijación definitiva del precio del solar se hacía depender del número de viviendas a que se refiriese la licencia de obras, y de aquí que no haya incurrido en error la Sala *a quo* cuando su cuarto considerando de la sentencia no concedió fiabilidad a la decisión de renuncia manifestada por el comprador en su carta de 10 de diciem-

bre de 1981, cuyo documento, al igual que el posterior de 16 de febrero de 1982, son inoperantes en punto a demostrar que la condición se acordó en beneficio de la sociedad compradora, máxime cuando a las manifestaciones invertidas en esas cartas no puede concedérselas valor probatorio por sí solas al ser exponentes de una voluntad unilateral, sin aceptación de la contraparte, que expresamente rechazó la renuncia al contestarlas, también notarialmente, en 25 de febrero de 1982 (folio 11). En relación con el otro aspecto del error denunciado, el documento citado por el recurrente, oficio del Ayuntamiento de 19 de abril de 1982, ofrece un significado totalmente diferente al atribuido por aquél; al no deducirse de su texto conducta o acto por parte del señor S. C., vendedor, optativa al otorgamiento de la licencia, pues precisamente revela lo contrario, siendo ineficaz, por tanto, para desvirtuar lo asentado en el tercer considerando de la sentencia, acerca de no poder concurrir que haya mediado obstaculización por la actora para la obtención de la licencia, todo lo cual viene a determinar el decaimiento del motivo primero.

El segundo motivo, por vía del ordinal 5.º del repetido artículo 1.692, alega infracción de normas del ordenamiento jurídico, concretamente, por aplicación errónea de los artículos 1.281, 1.284 y 1.286 del Código Civil, y por inaplicación del artículo 1.282 del mismo. El problema interpretativo que se plantearon las sentencias de Instancia en torno a la contratación realizada por las partes y materializada en los documentos suscritos de 19 de diciembre de 1979 y 22 de septiembre de 1980 (f. 42 y 43) fue originado por la aparente contradicción existente entre uno y otro al delimitar el ámbito de la condición suspensiva, y sobre ello, y acorde con el examen comparativo de los documentos, es de decir, en primer lugar, que el posterior de 1980 no supuso novación respecto al anterior, siendo tan sólo modificativo de determinados extremos, y en segundo término, que la condición plasmada fue convenida para que actuara con el carácter y naturaleza de suspensiva, en cuanto que el fin del contrato, como bien dice el Tribunal *a quo*, «era para edificar y esto se consigue obteniendo la licencia y no silenciándola». El funcionamiento suspensivo de la condición quedaba establecido con absoluta claridad en el documento de 1979, al transcribirse en la estipulación segunda que: «el comprador se compromete a presentar el proyecto y obtener la licencia en el plazo máximo de un año, a contar de la fecha de este contrato; si transcurriera dicho plazo y estando presente el proyecto, estuviera pendiente aún el otorgamiento de la licencia, el plazo se prorrogaría por seis meses. Es condición suspensiva de la que se hace depender la eficacia de este contrato el otorgamiento de la licencia de obra en los plazos referidos, de tal forma que si la misma se denegara o transcurrieran los plazos sin concederse, este contrato se tendría por no celebrado, a todos los efectos, devolviendo el vendedor las cantidades que tuviere recibidas a cuenta del precio». La inequívoca significación suspensiva de la condición también se refleja en la primera cláusula adicional del documento de 1980, introduciendo la modificación de «prorrogar por seis meses el plazo que se concedía para la referida licencia, sobre la prórroga ya pactada de seis meses», y es en la parte final de la cláusula, al querer aclarar la modificación, cuando surge la contradicción a que se hizo referencia. Por ello habría que acudir, como hizo la Sala sentenciadora, al elemento intencional de los contratantes, haciéndole primar sobre el literal de la cláusula, para concluir, en aras de la finalidad pretendida: la de edificar, que la condición conve-

nida no fue o quedó alterada en su carácter y naturaleza suspensiva, sin que la frase aclaratoria: «es decir, que la condición suspensiva se tendrá por no cumplida en el supuesto de que sea denegada la referida licencia antes del 19 de diciembre de 1981», permita su conversión en resolutoria, no permitiendo tampoco, según ya se dijo en el precedente fundamento, la deducción de que quedaba concertada en beneficio del comprador. Como de cuanto ha quedado expuesto se evidencia que la Sala aplicó debidamente las reglas contenidas en los artículos citados al principio, y no tuvo necesidad de observar la figurada en el artículo 1.282, la consecuencia a llegar es que ha de rechazarse el motivo estudiado, sobre todo cuando la labor interpretativa de los contratos entra de lleno en las facultades atribuidas al juzgador de Instancia.

El tercer motivo, último de los formulados, por conducto del mismo ordinal, el 5.º, invoca también infracción de normas del ordenamiento jurídico, la no aplicación del artículo 1.119 del Código Civil: «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento», motivo que ha de perecer desde el momento en que en el caso de autos no concurre el presupuesto fáctico del precepto: acto o conducta voluntaria del obligado en orden a impedir la condición, según quedó afirmado en el tercer considerando de la sentencia recurrida y resuelto en el fundamento segundo de la presente, a tratar el primer motivo, lo que hace innecesario cualquier otro razonamiento.

R. DE A.

COMPRAVENTA: RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

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 fue preparado por escrito de fecha 22 de marzo de 1984, por lo que en su tramitación se ha seguido lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior a la reforma por Ley de 6 de agosto de 1984, y en este sentido se observa que los tres primeros motivos de que se integra el recurso se basan en el número 1.º del artículo 1.692 de dicha Ley Procesal y el cuarto en el número 5.º del mismo artículo; por lo que esta Sala de Casación ha de partir para resolver el recurso de los hechos no impugnados en forma, en que se basaron ambas sentencias de Instancia, por haber aceptado la de Apelación las apreciaciones de la prueba efectuada por el Juez de Primera Instancia. Los mencionados hechos son, esencialmente, los siguientes: a) Los demandantes en la Instancia, como propietarios de la casa número 22 de la calle Movinda de esta villa, vendieron el piso 1.º derecho a la actual recurrente y su esposo, por documento privado otorgado el 15 de septiembre de 1978, piso que con anterioridad venía siendo ocupado en arrendamiento por los citados compradores. b) El precio de la venta se fijó en 925.000 pesetas, deuda que fue reconocida por la compradora, doña Eduarda B. N., en documento privado de 10 de noviembre del mismo año 1978, la que aceptó para su pago

letra de cambio por la mencionada cantidad expedida el 13 de diciembre siguiente y con vencimiento a ciento ochenta días vista. c) En la cláusula 6.ª del contrato de compraventa se estableció que la falta de pago del precio aplazado en la forma convenida facultará a la representación de los vendedores para optar entre exigir el cumplimiento del contrato o la resolución de la venta, con derecho en ambos casos para reclamar abono de daños y perjuicios. d) Con fecha 11 de julio de 1980, los demandantes intentaron acto de conciliación en reconocimiento por los demandados de los expuestos hechos y requiriéndoles para el inmediato pago de la suma de 925.000 pesetas, acto que fue declarado intentado sin efecto. e) El demandado, don Carlos Enrique A. O., esposo de la recurrente, falleció después de comenzada la litis el 1 de junio de 1982, y en la demanda se suplicó la declaración de resolución del referido contrato de compraventa, y que la demandada dejase vacío y expedito el piso objeto de la compraventa.

El primero de los motivos alega la interpretación errónea del artículo 1.254 del Código Civil, «siguientes y concordantes», en relación con los artículos 1.261 y 1.445 del mismo Código, «en cuanto al concepto de contrato de compraventa, los requisitos esenciales para su validez y las obligaciones que nacen del mismo». En este motivo, el recurso hace una interpretación del contrato de 15 de septiembre de 1978, dando a entender que al tratarse de un contrato impreso en formulario fueron los compradores inducidos a confusión, añadiendo que la realidad del aludido contrato privado resulta del reconocimiento de deuda firmado por la recurrente el 10 de noviembre de 1978 y de la aceptación de la letra de cambio de 13 de diciembre de 1978, deduciendo de ello que la acción resolutoria está mal planteada, que no hubo precio aplazado y que el precio se materializó y simbolizó mediante el aludido reconocimiento de deuda. Tales aseveraciones no son aceptables a la vista de los hechos probados, de los que deriva: a) Que es válido el documento privado de 15 de septiembre de 1978 y lo convenido en él, que fue un contrato de compraventa de un inmueble destinado a vivienda, fijándose un precio aceptado por ambas partes. b) El posterior documento de reconocimiento de esa deuda de pago de precio convenido implicó un contrato cuya premisa indispensable fue el precedente contrato de compraventa, con lo que el reconocimiento tuvo en este caso un efecto simplemente declarativo, cuya causa lícita y existente fue el anterior contrato, que no quedó en modo alguno novado o extinguido, sino reforzado y concretado en cuanto se determinó con precisión la forma y plazo para el pago del precio, llegándose a lo más a un efecto novatorio parcial o meramente modificador de la relación jurídica anterior, al modo como en casos análogos ha declarado ya esta Sala (Sentencias, entre otras, de 29 de octubre de 1964, 23 de noviembre de 1962 y 20 de junio de 1966). No hubo, por consiguiente, en el caso ahora discutido, un reconocimiento constitutivo de deuda que novase extintivamente el anterior contrato de compraventa y prescindiese de su causa de obligar, y siendo así, la recurrente hubo de cumplir la obligación de pago del precio en la forma pactada, lo que no efectuó y, no obstante, continuó en posesión del piso, cuyo desalojo se solicita en el suplico de la demanda, como consecuencia de la petición de resolución del contrato. En definitiva, el motivo debe ser desestimado por no derivar de lo actuado infracción alguna de los preceptos legales que se invocan.

El segundo de los motivos acusa la aplicación indebida del artículo 1.124 del Código Civil, en relación con el artículo 1.504 del mismo Código, «en cuanto a la resolución del contrato de compraventa suscrito el 15 de septiembre de 1978 por ambas partes contratantes y litigantes». En este motivo parte el recurso de una supuesta falta de operatividad y viabilidad de la cláusula resolutoria contenida en el contrato invocado, con olvido de que, según se deja expuesto, el reconocimiento posterior de la forma de pago del precio no supuso extinción del contrato preexistente, sin que pueda alegarse con éxito que la parte ahora recurrente se vio erróneamente inducida a firmar un contrato en gran parte impreso, puesto que nada consta en contra de su libre y espontánea voluntad para informarse debidamente del contenido de lo convenido, ni que a esa información previa se viese impedida u obstaculizada por maquinaciones de la parte contraria. Por otra parte, no cabe tampoco oponerse a la resolución declarada, que autoriza el artículo 1.504 del Código Civil, habiéndose declarado al respecto (Sentencias de 9 de febrero de 1959, 7 de junio de 1963 y otras muchas) que el artículo 1.124 del Código Civil no puede invocarse con éxito cuando se discute la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por incumplimiento de la obligación de pago, materia que por tener su regulación específica en el artículo 1.504 hace inaplicable aquel precepto. Concurren en el caso litigioso los requisitos que la indicada norma exige para la resolución pedida, a saber, requerimiento de pago y de resolución, tanto en acto de conciliación previo como en el suplico de la demanda, o sea, declaración de voluntad del vendedor al comprador expresada en forma auténtica que hizo bien patente el propósito de optar por la resolución, ya que no habiendo el comprador pagado el precio en los plazos estipulados no puede ser privado el vendedor del derecho que le concede el artículo 1.504 (así se deduce de Sentencias como las de 9 de marzo de 1950 y 8 de julio de 1933). Por todo ello, este motivo segundo ha de seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

El motivo tercero alega la aplicación indebida e incorrecta de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, en relación con los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil. Motivo que ha de ser desestimado, en primer lugar, porque los preceptos primeramente citados no han sido aplicados por la sentencia recurrida y, por tanto, no puede hablarse de aplicación indebida de los mismos, y aunque no hubiera sido así, es evidente que la recurrente no tiene la condición de tercero respecto de los recurridos, pues fueron ambos partes de un mismo contrato, y en defecto de dicha condición es inaplicable el invocado artículo 11 de la Ley Hipotecaria, y sin que obste al cumplimiento en su día de lo que dispone el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, para notificar al comprador la resolución de la venta que tiene lugar en forma definitiva a través de esta sentencia y subsiguiente notificación de la misma a la recurrida.

Por último, el motivo cuarto alega, sin cita de preceptos legales en que se apoye, pero con base en el número 5.º del antiguo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el fallo es contrario a la cosa juzgada, «cuya excepción —dice— fue alegada por la parte demandada en juicio». El motivo no razona en absoluto sobre la supuesta excepción de cosa juzgada, cuestión tampoco tratada en ninguna de ambas sentencias de Instancia, por lo que no puede ser examinada ahora tal cuestión al no invocarse en qué habría de consistir la alegada infracción, ni ser este

momento procesal el adecuado para tratar por primera vez de una cuestión jurídica no debatida anteriormente en la litis.

R. DE A.

TERCERIA DE MEJOR DERECHO PROMOVIDA POR FONDO DE GARANTIA SALARIAL. PLAZO DE CADUCIDAD. COMPUTO DEL PLAZO (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

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.—Ampara la parte recurrente el primer motivo de su recurso en la norma 5.ª del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción negativa del artículo 183 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, y argumentando en el desarrollo del mismo que no han sido correctamente aplicados los plazos allí señalados para promover la acción de tercera de mejor derecho; tesis destinada a fracasar por las razones siguientes: A) La reclamación ante la Hacienda Foral se presentó el día 17 de noviembre de 1982, luego el plazo de tres meses que señalan los números 1.º y 3.º del citado artículo 183 del Reglamento finalizó el día 17 de febrero de 1983. B) Los quince días de plazo, dentro de los cuales habrá de promoverse la acción de tercera ante los Tribunales, empezarán a contarse a partir del siguiente día 18 de febrero de 1983, viernes, primer día posterior a la desestimación presunta de la reclamación administrativa. C) Los quince días que señala el número 4.º del referido artículo 183 terminaron el día 7 de marzo siguiente, descontando los domingos días 20 y 27 de febrero y 6 de marzo como días feriados, por lo que la presentación de la demanda, efectuada el mencionado día 7 de marzo, estuvo dentro de plazo. D) Estos cómputos se han de realizar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 59 y 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues, por jerarquía normativa respecto al Reglamento, por ser éste de fecha posterior a la Ley y, en consecuencia, no comprendido en su disposición final primera, tres, y porque, en cualquier caso, los citados artículos 59 y 60 de la Ley Procedimental están comprendidos en el título III, capítulo III, de aplicación obligada siempre, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1, 2.º, de la misma Ley; razonamientos que conducen a la desestimación del primer motivo casacional.

Los motivos formulados bajo los números II, II (*sic*) y III, todos ellos bajo el amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser estudiados conjuntamente, ya que en los tres se denuncia la infracción del artículo 32 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, constituyendo la aplicabilidad de esta Ley una cuestión previa a resolver. La empresa «Construcciones Elga, S. A.», obtuvo el 8 de septiembre de 1977 autorización de la Delegación Provincial de Trabajo de Guipúzcoa para rescindir los contratos laborales de 33 de sus trabajadores, los cuales acudieron a la Magistratura de Trabajo número 2 de la provincia, el día 7 de octubre siguiente, para que este Tribunal les señalase la indemnización correspondiente; por la Magistratura se fijó, en fecha 12 de noviem-

bre de 1977, tal indemnización en la suma global de 9.600.000 pesetas, que fueron abonadas por el Fondo de Garantía Salarial, mediante Resolución de fecha 6 de junio de 1978, subrogándose esta entidad en el crédito que satisfacía. La Diputación Foral de Guipúzcoa, por su parte, inicia expediente de apremio contra «Construcciones Elga, S. A.», por razón del descubierto existente respecto al pago de determinados impuestos y débitos, ascendentes a la suma de 8.262.259 pesetas, por el concepto de principal, recargos de apremio y gastos, anunciándose en el *Boletín Oficial de la Provincia*, de fecha 6 de octubre de 1982, la subasta de bienes de la empresa deudora a la Hacienda; el Fondo de Garantía Salarial formuló la reclamación de tercería a la Administración, y tácitamente desestimada ésta, ejercitó la acción ante los Tribunales. A la vista de la precedente relación fáctica es premisa fundamental la determinación de la posible aplicabilidad de la Ley 8/1980, que recoge el Estatuto de los Trabajadores, o más bien la vigencia, para este caso, de la Ley 16/1976, de 8 de abril, referente al contrato de trabajo, dada la redacción de la disposición transitoria primera de la Ley 8/1980, donde se dispone: «Toda extinción de la relación laboral producida con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirá en sus aspectos sustantivos y procesal por las normas vigentes en la fecha en que aquélla hubiera tenido lugar», precepto legal que claramente incardina la relación laboral que nos ocupa bajo el imperio de la Ley 16/1976, pues tanto su extinción como la totalidad del procedimiento laboral de ella derivado, se desarrollaron antes de la entrada en vigor de la citada Ley 8/1980, de 10 de marzo. Con esta primordial declaración quedan prácticamente vacíos de contenido los tres motivos casacionales que estudiamos, ya que en todos ellos se denuncian infracciones de una Ley cuya aplicabilidad ha quedado descartada; mas como se ha puesto en duda la preferencia del derecho de la entidad demandante, y la posible prescripción de la acción para ejercitar los derechos de relación absoluta del crédito salarial, resulta obligado analizar el contenido del artículo 32 de la citada Ley 16/1976, en el que de una forma tajante se determina la condición de créditos singularmente privilegiados aquellos procedentes de salarios o conceptos sustitutivos de salarios devengados por los trabajadores, gozando de preferencia absoluta sobre los objetos elaborados por los mismos sobre los inmuebles a los que se haya incorporado su trabajo, y sobre el resto de bienes muebles e inmuebles incorporados a la empresa o afectos a su actividad habitual; condiciones y cualidades de estos créditos que íntegramente pasaron a la entidad actora, a virtud de la subrogación efectuada, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.212 del Código Civil y en el artículo 4 del Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978, y por lo que respecta, finalmente, a la prescripción señalada en el número 3.º del comentado artículo 32 de la Ley de Contrato de Trabajo, es necesario puntualizar que el plazo de un año que allí se señala está referido al ejercicio de la acción, «que empezará a contar desde el momento en que debió percibirse el salario o el concepto sustitutivo del mismo», acción que, en el caso que nos ocupa, se ejercitó y agotó por los trabajadores dentro de ese año, habiéndose subrogado el Fondo de Garantía Salarial no en el ejercicio de una acción ya agotada, sino en la ejecución de la sentencia dictada como consecuencia del ejercicio de esa acción, y en cuya sentencia se reconoció la existencia del crédito que goza de determinadas preferencias, pues aunque existe la posibilidad de que subsistiendo el crédito se haya extinguido la

preferencia, si ésta no se ha ejercitado dentro del año, una vez formulada la reclamación ante la Magistratura de Trabajo dentro del citado plazo, la preferencia queda definitivamente unida al crédito, constituyendo un elemento o cualidad del mismo; razonamientos que conducen al definitivo rechazo de los motivos aquí estudiados.

R. DE A.

CONTRATO DE PERMUTA. DEFECTOS URBANISTICOS DE LA CASA PERMUTADA. ERROR DE UNA DE LAS PARTES. ERROR INEXCUSABLE. FALTA DE REALIDAD EFECTIVA DE LOS VICIOS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

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 sentencia recurrida, que, confirmando la del Juzgado, rechaza la reconvencción fundada en el error sustancial en el consentimiento invalidante del contrato de permuta celebrado por las partes en 14 de agosto de 1980, en virtud del cual los actores cedían a la entidad «ZAMCOR» un trozo de tierra de una extensión de unos 375 metros cuadrados, con una casa de planta baja amueblada dentro de su perímetro, y esta entidad cedía a los actores un terreno rústico, regadío de 14 hectáreas, 67 áreas y 69 centiáreas, es impugnada en el presente recurso por «ZAMCOR» a través de un único motivo, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.253 del Código Civil, por haberse vulnerado por el Juzgador las reglas del criterio humano, pues, a su juicio, existen unos hechos demostrados, partiendo de los cuales se hace necesario llegar a la conclusión de la existencia de tal error *in substantia* invalidante del consentimiento, y, consecuentemente, la nulidad del contrato por aplicación de los artículos 1.265 y 1.266 del mismo Cuerpo legal, hechos demostrados, dice, consistentes: Primero: En haberse construido la vivienda objeto de permuta en suelo rústico sin licencia de parcelación y de obras con infracción de lo dispuesto en los artículos 94 y 96, en relación con los artículos 178 y 179, todos ellos de la Ley del Suelo; infracción que lleva aparejada la sanción de demolición, a tenor del artículo 184 del mismo texto legal, siendo, además, necesarias tales licencias para conseguir la cédula de habitabilidad y para obtener los suministros de agua y energía eléctrica. Segundo: En haberse llevado la dirección técnica de las obras por un albañil, lo que entraña, aparte de una infracción de las normas legales, una falta de seguridad de la edificación que hace inapta la vivienda para ser habitada y una imposibilidad de obtener la cédula de habitabilidad. Tercero: Como consecuencia de tales infracciones, imposibilidad de otorgar la escritura pública de la vivienda objeto de permuta, según lo dispuesto en el artículo 96 de la citada Ley del Suelo. Pues bien, sigue razonando, si tales hechos demostrados, que se traducen en la inexorable sanción de demolición de la casa, en la ineptitud de la misma para ser ocupada y en la imposibilidad de elevar a escritura pública la permuta, son desconocidos para los adquirentes, la conclusión lógica a deducir, según las reglas del criterio humano, es la de que de haberlos conocido no hubieran perfeccionado el contrato de permuta otorgando el documento de 14 de agosto de 1980,

pues, continúa diciendo, en buena lógica hay que pensar que nadie da 2.800.000 pesetas a cambio de una casa con sanción de demolición, sin posibilidad de ocuparla ni de titularla, que a efectos prácticos se reduce a un minúsculo terreno sin utilidad práctica, por lo que termina afirmando que debe entenderse concurre el error indicado con la nulidad pedida. El motivo no puede prosperar, en primer lugar, porque las sentencias de Instancia fundamentan su negativa a conceder efectividad anulatoria al invocado error «en que los demandados pudieron y debieron conocer, antes de perfeccionar el contrato de permuta, las características, circunstancias y condiciones que concurrían en la finca y casa adquiridas», por lo que aun en la hipótesis, no admitida, de tratarse de un error no imputable a los recurrentes, la falta de diligencia que les era exigible y que no prestaron no puede favorecerles; en segundo término, porque la propia sentencia afirma que aquellas circunstancias alegadas y en cuyo desconocimiento se apoya el error con virtualidad anulatoria, no tiene la suficiente entidad para producir tal efecto, «... pues unas de ellas no impidieron la ocupación y disfrute real de la casa, ni han provocado acción por las autoridades administrativas perjudicial para el adquirente, la inexistencia de instalaciones y disfrute de agua potable y energía eléctrica quedó desvirtuada por la prueba en contrario (confesión judicial de los representantes de la demandada...) y no consta que en ningún momento el Notario se negase, por imperativos legales, a otorgar escritura pública de permuta, sino que fue la demandada quien no compareció a su otorgamiento, pese a ser requerida notarialmente para ello...»; y, finalmente, porque con independencia de que la sociedad recurrente tomara posesión real de la casa sin formular ningún tipo de reclamación, la cual se plantea en los términos expuestos, por primera vez en 24 de septiembre de 1981, no puede olvidarse que las consecuencias que, según la demandada, lleva aparejadas la falta de licencia de parcelación y de obras, así como los demás defectos apuntados —demolición, imposibilidad de contratar servicios de agua, energía eléctrica, así como de otorgar escritura pública de la permuta, etc.—, no se producen una vez transcurrido el plazo de un año desde la terminación de las obras, según la legalidad entonces vigente —hoy cuatro años—, ya que, a tenor del artículo 185 de la Ley del Suelo, por el transcurso de dicho plazo se produce la legalización de la obra con todas sus consecuencias y la consiguiente imposibilidad de la Administración para reaccionar frente a lo construido, prescribiendo incluso las infracciones urbanísticas que se hubieran podido cometer, según lo dispuesto en el artículo 230 de la propia Ley.

R. DE A.

TERCERIA: PROMOVIDA POR FONDO DE GARANTIA SALARIAL. PLAZO DE CADUCIDAD. COMPUTO DEL PLAZO (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación, ocurre anteponer al particularizado examen de sus

motivos las siguientes puntualizaciones: A) «Construcciones E.», Sociedad Anónima, con domicilio en Gavá, quedó facultada, en 8 de septiembre de 1977, en expediente sobre regulación de empleo, para rescindir los contratos laborales, a consecuencia de crisis económica total e irreversible. B) Posteriormente fue declarada en estado de suspensión de pagos por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Hospitalet de Llobregat, siendo el 17 de mayo de 1978. C) Manuel A. D. y treinta y dos más, trabajadores despedidos, demandaron a la expresada Sociedad en 1 de octubre de 1977, ante la Magistratura de Trabajo número 2 de San Sebastián, recayendo sentencia de 12 de noviembre de 1977, estimatoria de la reclamación y condenatoria de la anónima al pago a los demandantes de sendas indemnizaciones por despido que ascienden, en junto, a 9.100.000 pesetas; sentencia que quedó firme. D) La Comisión Provincial del Fondo de Garantía Salarial de Guipúzcoa, por su Resolución de 6 de junio 1978, acordó pagar dichas indemnizaciones, como lo hizo en fecha que no consta, en lugar de la anónima condenada a su pago. E) El Servicio de Recaudación de Contribuciones de la Diputación Foral de Guipúzcoa, zona cuarta, Tolosa, conoce de expediente para la exacción por la vía de apremio de diversos conceptos tributarios contra la expresada anónima; ascendiendo el débito, por principal, recargo de apremio y costas a liquidar, a un total de 8.272.059 pesetas; habiéndose embargado diversas fincas con anotación practicada el 25 de agosto de 1978 y ampliada el 18 de mayo de 1979 y el 17 de mayo de 1982 y subastado una rústica en 25 de noviembre de 1982 que fue adjudicada y otorgada la escritura pública el 24 de febrero de 1983. E) El Fondo de Garantía Salarial reclamó en tercería ante la Hacienda Foral de Guipúzcoa siendo el 24 de noviembre de 1982, folios 14 y 78 del juicio de que el recurso dimana; si bien en el escrito de la demanda, por error material, se hacía constar la fecha del 17 de dicho mes. G) No habiendo recaído resolución expresa a la tercería, el Fondo presentó la demanda origen del juicio de que dimana el presente recurso, el 15 de marzo de 1983 (vuelto del folio 18). H) La sentencia de la Audiencia contra la que se endereza el presente recurso de casación, mantiene en sus propios términos el fallo de la del Juzgado, admitiendo la demanda del Fondo contra «E.» y la Diputación Foral de Guipúzcoa y declarando el preferente derecho del Fondo sobre la Hacienda Foral respecto de los bienes embargados por ésta en el expediente administrativo de apremio que se sigue en la Zona de Tolosa.

Reproduciendo las alegaciones ya opuestas en las dos instancias del juicio de que el presente recurso dimana, la Diputación Foral de Guipúzcoa articula el primero de sus motivos, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 183 del Reglamento General de Recaudación aprobado por Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, por el que se rige el expediente de apremio en que se reclamó en tercería. Dicho artículo, por su número 1 previene que «la reclamación en tercería se resolverá en el plazo máximo de tres meses, a contar desde el día en que se promovió» (número 3) «si dentro del plazo señalado en el número 1 anterior no se notificase la resolución, se tendrá por desestimada la reclamación a efectos de poder interponer la correspondiente demanda judicial». El número 4 previene asimismo que «la acción ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria habrá de promoverse dentro del plazo de quince días a contar desde la notificación

expresa de la resolución recaída o del día en que tácitamente se entienda desestimada la tercería con arreglo al número anterior». La sentencia de la primera instancia, al final del segundo de sus 'considerandos', rechaza la caducidad operada 'a la vista de la documentación aportada por el actor donde prueba cómo todas sus peticiones se hicieron dentro de los términos legales'; y la de segunda instancia, a este respecto se reduce a dar por reproducidos los razonamientos de la primera.

Sin embargo, ha de llegarse a la conclusión de haber caducado la acción de tercería con arreglo al transcrito artículo del Reglamento General de Recaudación, pues, en efecto, el plazo de tres meses en que ha de ser resuelta la reclamación en tercería debe computarse, con arreglo al artículo 60.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, «de fecha a fecha», por lo cual expiró por todo el día 24 de febrero de 1983, ya que dicha reclamación ostenta la fecha del 24 de noviembre de 1982. Para la acción ante los Tribunales, el plazo de los quince días siguientes expiraba con el día 11 de marzo de 1983, ya que se trata de un plazo de caducidad para el cual todos los días son hábiles, y hubiera expirado por todo el día 14 del mismo mes si procediera descontar los inhábiles días 27 de febrero y 6 y 13 de marzo; por todo lo cual y a todas luces, la caducidad había sobrevenido y operado cuando el día 15 de marzo se presentó la demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana.

La aplicabilidad al cómputo del plazo de tres meses, del número 1 del artículo 183 antecitado, parece incuestionable ya que la Ley de Procedimiento Administrativo, de la que se toma el número 2 de su artículo 60, conviene a todos los procedimientos administrativos, como sin duda lo son aquellos en que se realiza la función recaudatoria definida como ejercicio de la función administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos que constituyen el haber de las Entidades locales como la Diputación Foral de Guipúzcoa (art. 1.º del Reglamento General de Recaudación); sin alcanzar a aquel artículo las excepciones del número 2 del artículo 1.º de aquella Ley, en relación con el número 11 del Decreto de 10 de octubre de 1958. El subsiguiente plazo de quince días para la acción ante los Tribunales ordinarios, desconectado ya del propio procedimiento administrativo fuera del efecto que contempla el número 5 del mismo artículo 1983, o sea, el de proseguirse los trámites del procedimiento de apremio suspendidos por la reclamación en tercería «pasados diez días desde la finalización del plazo» de quince de que se habla, debe computarse a continuación, o sea, sin la interposición de un día (que, en el caso, sería el 25 de febrero de 1983) significativo de la expiración del de tres meses y raíz del inicio del cómputo del subsiguiente plazo de quince días de que se habla. La naturaleza de este plazo de quince días no es la administrativa por cuanto, como se acaba de notar, propiamente no forma parte ni se integra en el expediente de apremio, y, en cuanto al juicio civil subsiguiente, tampoco lo comprende, ya que se antepone a su promoción ante los órganos jurisdiccionales, la cual no puede adelantarse a la fecha de la presentación de la demanda de tercería, por lo cual su naturaleza tampoco es procesal. Se trata, por tanto, de un plazo previsto para que dentro del mismo se ejercite un derecho cuya supervivencia y efectividad penden de la temporaneidad con que se haga valer, que es lo que imprime carácter de caducidad al plazo, según ha venido afirmando la Jurisprudencia de esta Sala al contradistinguir el instituto de la caducidad del de la prescripción.

Por lo razonado, el recurso debe prosperar por la estimación del primero de sus motivos, sin necesidad de enjuiciar los restantes en que se plantea a esta Sala la cuestión de la preferencia de los créditos laborales y el de la extinción de la misma conforme a lo dispuesto en los artículos 32.3 de la Ley de Relaciones Laborales y 32.6 del Estatuto de los Trabajadores; procediendo que, sin más, se dicte sentencia con el contenido de las reglas 3.ª y 4.ª del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA: EJECUCION DEFECTUOSA DE UNA IMPERMEABILIZACION. RESOLUCION DEL CONTRATO. APRECIACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

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.—Las actuaciones de las que el presente recurso trae causa tienen su origen en contrato de ejecución de obra concertado entre la entidad actora «Club P. P., S. A.», y la demandada, «H. S. L.», a virtud de que la primera encomendó a la segunda obras de impermeabilización de la terraza que coronaba un edificio de su propiedad, las que, según tesis de la actora referida, ejecutadas por la entidad contratista resultaron totalmente inadecuadas al fin para el que habían sido contratadas, pues llegada la época de las lluvias se produjo en el interior de los apartamentos una filtración de aguas pluviales, originando daños en la estructura interior y mobiliario existente en los mismos, postulando, en definitiva, la mercantil actora la resolución del contrato de arrendamiento de obra que le ligaba con la entidad demandada, con su aneja consecuencia de devolución por ésta de la parte de precio que a la sazón ya había recibido, así como la indemnización de los perjuicios que se le habían irrogado por la entidad demandada con motivo del incumplimiento dicho. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando en parte las pretensiones de la demanda, decretó la resolución del contrato de arrendamiento de obra que ligaba a las partes y condenó a la sociedad contratista al pago a la actora en concepto de indemnización de daños de la cantidad que fijó, absolviendo a ésta de la reconvencción en su contra formulada por la demandada con la pretensión de que se le satisficiera por la repetida comitente el resto de la cantidad en que se había cifrado el precio de la obra a ejecutar, sentencia que apelada por la referida demandada fue confirmada en su integridad en la pronunciada por la Audiencia Territorial, aquí recurrida.

En el motivo primero del recurso, con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tacha a la sentencia recurrida de haber infringido lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil, con fundamento en la alegación de que dicha sentencia había dado por resuelta una relación contractual que ya estaba concluida, con independencia de cuáles habían sido las consecuencias nacidas después de la ejecución de la obligación. El motivo se enfrenta con

la terminante aseveración fáctica del pronunciamiento judicial impugnado, no desvirtuada ni intentado desvirtuar en este trámite de casación por la vía adecuada del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la que las obras de impermeabilización encomendadas a H., S. L., fueron ejecutadas por ésta con total incumplimiento de su obligación de obtener el resultado (*opus*) *convenido* —impermeabilización de las terrazas—, afirmación fáctica de la que resulta en el supuesto concreto aquí enjuiciado el incumplimiento por el contratista de la obligación por él asumida, al no obtenerse con las obras que ejecutó el resultado que hubiera significado sostener lo contrario, todo lo que abona la procedencia de la resolución contractual postulada por la parte actora en su calidad de comitente, y la correcta aplicación al caso por la sentencia recurrida, al decretar dicha resolución, de la preceptiva contenida en el artículo 1.124 del Código Civil, pues la ejecución inadecuada de las obras por el contratista no autoriza la consecuencia pretendida en el recurso de que «la relación contractual estaba concluida» y determina, en definitiva, la procedente desestimación del motivo.

Por la vía inadecuada, en razón a los alegatos que le sirven de fundamento, del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se articula el segundo motivo del recurso, en cuanto entiende la recurrente que el pronunciamiento judicial impugnado al confirmar el dictado por el Juzgado de Primera Instancia ha incurrido en exceso en el ejercicio de la jurisdicción «al desestimar la reconvencción formulada por la demandada en su escrito de contestación a la demanda cuando, por la actora no se pidió en ningún caso que se desestimara la reconvencción formulada».—En efecto, lo que el precepto procesal que ampara el motivo es, a tenor de su literal contexto, el abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, o sea, de la que compete a los Tribunales del orden civil para conocer del asunto litigioso sometido a su decisión y que dada la nueva redacción de la excepción dilatoria del número 1.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al determinar como tal la «falta de jurisdicción» o por el cauce del número 2.º del precitado artículo 1.692 de la Ley Procesal la «incompetencia o inadecuación del procedimiento», pero no así lo que con base en las denotadas alegaciones de la recurrente sólo podría originar, en su caso, una infracción de las «normas reguladoras de la sentencia» y en concreto de las contenidas en el artículo 359 de la repetida Ley Procesal Civil, en cuanto prescribe que las sentencias han de ser congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito por los litigantes y prohíbe, por ende, toda resolución *extra petita* o *ultra petita*, lo que no es el caso del tema que con el motivo en análisis se plantea al ser obvio que no puede derivar incongruencia de clase alguna de un procedimiento judicial que desestima una pretensión reconvenccional cuya improsperabilidad quedaba sancionada por la sola circunstancia de la estimación de uno de los pedimentos de la demanda principal, ya que decretada la resolución del contrato de ejecución de obra con todas las consecuencias inherentes a tal resolución, entre ellas la devolución de la parte de precio recibida por el contratista, mal puede propugnarse que por no haber solicitado expresamente la parte actora en su escrito de réplica que se le absolviera de la reconvencción articulada por la demandada en la que se le reclamaba el resto de precio aún no percibido, esta obligación de la entidad comitente perviva no obstante la carencia de efectos jurídicos que la

resolución decretada determina. En su consecuencia, el motivo no puede prosperar y no sólo por su defectuosa formulación que, aun prescindiendo del más elemental rigorismo formal lo hace inviable, sino incluso refiriéndolo al amparo procesal adecuado del ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Igual suerte adversa corresponde al tercer motivo del recurso en el que, por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, cuestionándose en el motivo, según los alegatos que le sirven de desarrollo, la atribución de responsabilidad que se hace por la resolución judicial impugnada en la causación de los daños originados en los apartamentos de la actora, con motivo de las filtraciones de las aguas pluviales, a la entidad recurrente, por entender que la misma había obrado con la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones que como contratista le incumbían, ejecutando la obra de impermeabilización con el debido asesoramiento técnico de un tercero y encomendando su realización material a un contratista. Las terminantes aseveraciones fácticas contenidas en el primer Considerando de la sentencia recurrida en orden a la deficiente ejecución de las obras de impermeabilización encomendadas a la entidad recurrente y puestas de relieve en el dictamen pericial cuya resultancia pormenorizadamente se recoge en dicha resolución, abonan sin género alguno de dudas la conclusión del negligente proceder de la sociedad demandada y aquí recurrente, al omitir claramente la diligencia que le era exigible en los términos que define la preceptiva contenida en el artículo 1.104 del Código Civil, sin que excuse su responsabilidad las circunstancias del asesoramiento técnico de un tercero o la de que encomendara la ejecución de la obra a otro contratista, pues como con acierto y justeza pone de relieve la sentencia recurrida el artículo 1.596 del Código Civil hace responsable al contratista del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra; todo lo que determina que la sentencia recurrida, lejos de infringir lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil hiciera una correcta aplicación del mismo.

En el motivo cuarto del recurso, con amparo procesal en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tacha a la resolución impugnada de haber incidido en error en la apreciación de la prueba, al estimar —según textualmente se expresa en el motivo— que se habían producido daños materiales en «diversos enseres, en su mayor parte colchones, cuyo valor se estima en 350.000 pesetas», añadiéndose que el error deriva de los documentos y pericias obrantes en los autos; a continuación y en los alegatos que sirven de desarrollo al motivo no se señala, como es de rigor, dada la redacción del precepto que lo ampara, el «documento» demostrativo del error que se aduce y sí solamente se afirma paladinamente que «en el presente caso no hay una prueba ni un indicio de prueba que acredite ni la realidad de los daños, ni la cuantía de los mismos». El motivo ha de ser desestimado, pues se funda en la aseveración incierta de que no existe prueba alguna sobre la realidad de los daños sufridos en el mobiliario y enseres existentes en los apartamentos, cuando por el contrario dichos daños están suficientemente acreditados por copia de acta notarial de presencia unida a las actuaciones originales con las debidas garantías procesales, así como por la declaración del testigo que depone a instancia de la actora al contestar la

pregunta octava de las que le fueron formuladas y a la que por cierto no articuló repregunta la demandada.

El motivo quinto del recurso, formulado con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.107 del Código Civil, pero no derivándola de lo que el precepto expresa en orden a la responsabilidad del deudor de buena fe por los daños ocasionados en el cumplimiento de sus obligaciones, sino entendiendo que en el momento en que la recurrente asumió la obligación ya existían daños en los apartamentos debidos a las deficiencias en la construcción y que no se habían determinado qué daños tenían su origen en la defectuosa ejecución de las obras de impermeabilización y qué otros provenían de vicios en la construcción ajenos a la ejecución de tales obras. El motivo ha de ser desestimado por cuanto la sentencia recurrida en el punto 3.º de su primer Considerando, por una apreciación de prueba que queda inalterada en este trámite casacional al no haber sido atacada aduciendo un error de derecho en su apreciación, establece las pertinentes conclusiones en orden tanto a la realidad de los daños provinientes de la defectuosa ejecución de la obra encomendada a la entidad recurrente, como al importe cuantitativo que la reparación de los mismos significa, por lo que, en definitiva, los alegatos que sirven de desarrollo al motivo hacen supuesto de la cuestión.

R. DE A.

PRESCRIPCIÓN: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. COMPUTO DEL PLAZO. ACTO DE CONCILIACIÓN (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

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.—Con motivo de las reparaciones verificadas por la Entidad demandante, hoy recurrida, en los buques «Juan Claudio» y «Ramiro Pérez» de la propiedad de la naviera ahora recurrente, a virtud del contrato suscrito en Santander el 5 de enero de 1979, se formuló la reclamación judicial del importe correspondiente que fue sustancialmente estimada por las sentencias de ambas instancias, habiendo sido el tema más controvertido en ellas, como lo es ahora en este recurso extraordinario, el de la prescripción extintiva de la acción ejercitada al respecto.

El primer motivo, con amparo en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, relativa al transcurso del tiempo de prescripción, a cuyo fin señala los documentos supuestamente acreditativos del mismo. En principio es casacionalmente correcto encauzar por esta vía el error que se denuncia, toda vez que, como dice en Sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1985 —confirmatoria de la doctrina sentada en Sentencias de 27 de abril de 1925; 1 y 20 de marzo de 1926; 22 de enero de 1930, y 26 de mayo de 1934—, «es apotegma jurídico que la apreciación de la prueba

suministrada por las partes acerca de la interrupción de la prescripción es de la exclusiva soberanía de la Sala de instancia, cuya estimación sólo puede combatirse en casación por la vía o causa del número 7.º (hoy 4.º) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demostrando el error de hecho en la forma que en él se determina». Ahora bien, aquí el error denunciado, al ser exclusivamente de hecho, nos encontramos con que los documentos señalados por la recurrente como demostrativos del error son apreciados en punto a sus fechas y contenido en igual forma que lo hizo la Sala de instancia, pero la diferencia radica en la distinta expresión o significado jurídico de los mismos y sus consecuencias, habida cuenta de la doctrina sentada por esta Sala Primera del Tribunal Supremo, según se le atribuye por la Sala *a quo* y la que se manifiesta en contrario en el motivo analizado. En efecto, de los documentos trascendentes reseñados aparece: *a)* que las reparaciones concluyeron el día 4 de mayo de 1979; *b)* que la carta de «Naviera Asón, S. A.», de 23 de junio de 1980, reconoce el hecho de la reparación y la deuda de su importe estableciendo la diferencia de su cuantía; *c)* la demanda del acto de conciliación es de 5 de junio de 1981, habiéndose celebrado el día 22 del mismo mes y año sin la comparecencia de la naviera demandada, a quien no se pudo citar en el domicilio señalado en el propio contrato en la ciudad de Santander; *d)* el día 23 de junio de 1981 se hizo un requerimiento notarial por la actora a la demandada reclamándole el importe de las reparaciones en su domicilio social de Madrid, y *e)* la demanda que inició la presente litis se presentó el día 26 de septiembre del mismo año 1981.

Habrà de tenerse en cuenta, a guisa de preàmbulo, que la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista, antes bien, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de tal modo que en cuanto se manifieste el *animus conservandi* deberá entenderse queda correlativamente interrumpido el *tempus praescriptionis*, como sostiene esta Sala en Sentencias de 17 de diciembre de 1979, 16 de marzo de 1981, 8 de octubre de 1982, 9 de marzo de 1983 y 9 de diciembre de 1983. En esta inteligencia, se observa que la fecha inicial para el cómputo del tiempo de prescripción de un año, a tenor del artículo 952-1.º del Código de Comercio, es la de 4 de mayo de 1979, que queda a estos particulares efectos rectificada por la de 23 de junio de 1980, en que por carta de la deudora se reconoce la deuda, aunque se disienta en la cuantía y a partir de esta última fecha se produce la interrupción del plazo de prescripción, en primer lugar por la demanda del acto de conciliación de 5 de junio de 1981, es decir, cuando no había transcurrido aún el año, con lo que se empieza a contar nuevamente la anualidad prescriptoria, y esta virtualidad de la simple demanda de conciliación, sin necesidad de que la demanda del procedimiento declarativo se presente dentro de los dos meses siguientes, viene en este caso determinada por dos razones esenciales: *a)* porque así lo tiene establecido la doctrina de esta Sala sobre este extremo (Sentencias de 7 de julio, 29 de septiembre y 9 de diciembre de 1983), en la que se dispone que si el artículo 1.973 del Código Civil —y consecuentemente también el artículo 944 del Código de Comercio— otorgan esta virtualidad interruptora a la interpelación judicial, sin más aditivos o requisitos, no es de aplicación el artículo 479 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil de publicación anterior al Código Civil y al Código de Comercio, pues de otra suerte se concedería mayor eficacia interruptora a la reclamación extrajudicial que a la interpelación judicial, una de cuyas formas comprende la presentación de demanda de conciliación, y *b)* porque el acto de conciliación intentado ante el órgano judicial competente para ello y frustrado por la falta de asistencia de la demandada, ahora recurrente, no puede dejar de ser eficaz por no tener el domicilio social escriturario o estatutario en Santander, pues tal capital vincula a las partes, habida cuenta de que en ella se celebró el contrato cuyo cumplimiento y ejecución total se postula y donde radica una de sus bases o establecimientos mercantiles (véase folio 124) en Paseo de Pereda, número 36, cuya doctrina ya sustentada precedentemente por esta Sala tiene el apoyo legal de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así pues, la fecha inicial del cómputo prescriptorio se traslada sucesivamente, desde el 4 de mayo de 1979, en que se concluyen las obras de reparación al 23 de junio de 1980 en que se reconoce por carta la existencia de la obligación de pagar su importe y de esta fecha al 5 de junio de 1981, fecha en que se presenta la papeleta de conciliación y de este día al 23 de junio de 1981 del requerimiento notarial con vista de la inasistencia al acto de conciliación celebrado e intentado sin efecto el día anterior 22 de junio, por lo que es inconcuso que cuando se presentó la demanda inicial del procedimiento ordinario declarativo el 26 de septiembre de 1981 no había transcurrido, ni con mucho el año, exigido por el artículo 952-1.º del Código de Comercio para que la tesis de la recurrente fuera viable, decayendo, por tanto, el primer motivo del recurso.

Por lo expuesto, es visto que el segundo motivo, con sede en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acusa la infracción de los artículos 952 del Código de Comercio en relación con los artículos 942 y 944 del mismo Cuerpo legal y 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior a la Ley 34/1984, entonces vigente, en relación con los artículos 1.935 del Código Civil y 305 de la Ley Procesal citada, está destinado a fracasar, por cuanto el razonamiento que en el motivo anida ha sido extensamente redargüido y rechazado anteriormente, dada la íntima relación que el hecho del tiempo transcurrido tiene con el ordenamiento jurídico que lo regula. Por ello, insistimos. la fecha del 23 de junio de 1980, en que se reconoce la obligación de pagar por la carta suscrita por la demandada, vuelve a iniciar el cómputo marcado el 4 de mayo de 1979, en que concluyen las obras (arts. 952-1.º y 944-1.º, 2.º inciso, del Código de Comercio), que vuelve a interrumpirse por la demanda conciliatoria de 5 de junio de 1981 como interpelación judicial que es por naturaleza propia y como quiera que en la prescripción extintiva de acciones no se requiere que la demanda de juicio ordinario se presente en los dos meses siguientes, quiere ello decir, que inicia un nuevo plazo prescriptorio de un año, que obviamente no está agotado el 26 de septiembre de 1981 cuando se presenta la demanda a que se contrae este procedimiento.

R. DE A.

CONTRATO DE SEGURO. MODALIDADES DE ABSTRACTA COBERTURA DE NECESIDAD. RENUNCIA FRENTE A LA ASEGURADORA Y NO FRENTE AL RESPONSABLE DEL DAÑO (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1987).

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.—Es doctrina reiterada de esta Sala, pronunciada en torno al alcance que deba darse al número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que viene entendiendo que el documento que ha sido tenido en cuenta ya por la Sala de instancia y que por la misma ha sido valorado o interpretado, no puede ser operativo en trance casacional como documento que, a su vez, pueda provocar el error de hecho en la apreciación de las pruebas (Sentencias de 12 de febrero y 10 de diciembre de 1985 y 12 de mayo de 1986) y sin que al recurrente le sea lícito ampararse en otras probanzas que no sean estrictamente documentales, extrayendo así consecuencias parciales a su particular interés (Sentencias de 23 de marzo, 17 de junio y 15 de septiembre de 1985 y 30 de abril de 1986).

Tal ocurre con el documento que invoca la parte como constitutivo del error de hecho para fundamentar el primero de los motivos del recurso al amparo del ordinal del precepto procesal dicho, pues, si bien es cierto que en su esencia participa de la naturaleza documental, al tratarse de uno privado suscrito por las partes y por éstas reconocido, no hay que olvidar que el mismo fue debidamente tenido en cuenta por la Sala de instancia y valorado debidamente, circunstancias que hace valer ahora por este cauce procesal, olvidando ser otro el reservado por la Ley para impugnar la interpretación dada en la sentencia que se impugna.

También las anteriores consideraciones son de tener en cuenta cuando se apunta por el recurrente en el desarrollo del motivo que en confesión judicial las actoras reconocieron la percepción de la indemnización, como liquidación total y efectiva como consecuencia del perjuicio sufrido, extremo que apostilla para complementar el error de hecho documental, pues ni la constatación de la prueba a que obliga el principio de documentación desnaturaliza la confesión como medio de prueba ni es ciertamente lo anteriormente transcrito lo que confesaron, toda vez que ambas actoras sólo reconocieron la percepción de dos millones de pesetas, pero cuidando siempre de matizar que nunca renunciaron a toda otra indemnización y que sólo se refería a la Compañía GES.

El estudio del segundo y último de los motivos requiere unas matizaciones previas y que se reducen a escoger una clasificación que abarque todos los tipos contractuales de seguros conocidos o posibles en nuestro sistema, reconociéndose como más característicos aquéllos que se fundan en la distinta función de la cobertura de la necesidad pecuniaria, con lo que el sistema de explotación del seguro devendría por un doble sistema: a) el denominado de concreta cobertura de necesidad, en que el asegurador ha de realizar su prestación sólo cuando ocurra una *determinada necesidad y con la extensión máxima de la necesidad realmente sentida* (seguro contra daños según las legislaciones extranjeras y que nuestro sistema legislativo diversifica en los de incendios, transportes y marí-

timo), y b) en el sistema de abstracta cobertura de necesidad *desaparece la dependencia entre una especial necesidad y la prestación pecuniaria del asegurador*, con la obligada consecuencia de que éste se obliga a una prestación cuya cuantía se determina en el contrato por anticipado, con la consiguiente falta de correlación crematística entre la cuantía fijada y la necesidad realmente sentida, pudiendo subdistinguirse, dentro de este grupo, las subespecies de 1) seguros de personas en sentido estricto (para caso de muerte, de vida, mixto, etc.) y 2) de seguro de personas en sentido amplio (de accidentes, de enfermedad y de invalidez).

La sentencia de instancia, tras haber tomado en consideración los delineamientos que se acaban de apuntar, adscribe la póliza de seguro suscrita por RENFE con la aseguradora GES dentro de la última de las especies de seguro indicadas, pudiendo así afirmar, con certeza, que siendo ajeno a todo tipo de responsabilidad civil y dado su carácter abstracto, basta la producción objetiva del riesgo cubierto para que hayan de satisfacerse por el asegurador las obligaciones dimanantes de la póliza. En consecuencia, la renuncia que se hiciera por el titular de la indemnización está desconectada de cualesquiera otras de tipo causal y en que se necesite la existencia de una responsabilidad civil que justifique la cobertura.

Así, cuando la sentencia que se impugna da por probado que las demandantes reconocen haber recibido de GES, Seguros, S. A., la cantidad de dos millones de pesetas en concepto de indemnización por la muerte de su esposo y padre, respectivamente, a título de liquidación final y definitiva, renunciando a cualquier otra indemnización por el siniestro, se mueve dentro del ámbito estricto de la póliza y no cabe computarla a cualesquiera otra responsabilidad y menos a la derivada extracontractualmente por el cauce del artículo 1.903 del Código Civil y, en consecuencia, no se ha infringido el artículo 6.2 del mismo Cuerpo legal, como se postula en el segundo y último de los motivos al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES DEL ARQUITECTO AUTOR DEL PROYECTO. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE APAREJADORES Y CONTRATISTA. DETERMINACION DE LOS DAÑOS. APLICABILIDAD DEL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 26 DE MARZO 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 sentencia impugnada apoya en datos que deja establecidos 'por el conjunto de pruebas de reconocimiento judicial, documentales, testificales y periciales (muy especialmente de estas últimas)'. Por tanto, han de ser desestimados los dos primeros motivos por error en la apreciación de la prueba 'a tenor de documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador'. En estos dos motivos, que son los fundamentales del recurso, lo que se efectúa es una nueva valoración o apreciación de la prueba a partir de algunos docu-

mentos que, junto con las otras pruebas meritadas, reconocimiento, testifical y 'muy especialmente' las periciales, apreció la Audiencia en su conjunto. Es, pues, inexcusable el partir del *factum* sentado por la sentencia impugnada, ya que proceder de otro modo tanto significaría como entrar a apreciar nuevamente la prueba pericial, haciendo de este extraordinario recurso una tercera instancia. En estos motivos, no obstante venir amparados en el número 4.º del artículo 1.692, se aducen, junto con el error de hecho, apreciaciones que podrían reputarse alegaciones de error de derecho en la apreciación de la prueba; pero éste consiste, según reiteradísima doctrina de esta Sala, en no reconocer a un determinado medio de prueba la virtualidad probatoria asignada al mismo por la Ley y no cabe, por tanto, por esta vía del error de derecho en la apreciación de la prueba (que debe legarse como infracción de la Ley reguladora de la prueba legal desconocida por la sentencia impugnada, y por el número 5.º del citado artículo) discutir la, en principio, libre apreciación de las pruebas efectuadas por la Audiencia de origen en uso de las atribuciones que tiene encomendadas.

El motivo tercero, al amparo del número 5.º, se descompone en ocho cuestiones que deben ser tratadas como otros tantos motivos.

La primera de las cuestiones señala la infracción de los artículos 3 (2), 1.255, 1.256, 1.281 y 1.544 del Código Civil. Preceptos por demás heterogéneos y que han de sintetizarse para ser enjuiciadas sus invocaciones en la alegación de que la ejecución a costa de los arquitectos demandados, de una instalación de suministro constante de agua 'supone un notabilísimo incremento del precio de ejecución de la instalación de fontanería' y 'unas instalaciones mucho más caras y sofisticadas que las que encargó' la Comunidad. Parece avenirse a ejecutar 'el sistema de llaves de vaciado, que fue proyectado' y que se reconoce imperfectamente ejecutado.

La segunda cuestión denuncia la infracción del artículo 1.591 en relación con los Decretos de 1935 y 1971, que definen las atribuciones de los aparejadores y arquitectos técnicos y lo que con la misma se pretende es atribuir o al menos extender la responsabilidad de los arquitectos superiores también a los demandados de aquellas profesiones, absueltos por la Audiencia; lo que es inviable en este recurso.

La tercera insiste en denunciar la infracción del artículo 1.592 en relación con el 1.137 del Código Civil, pues al no haberse discernido la de cada técnico ni la del constructor debió declararse (a juicio del recurso) la responsabilidad solidaria de todos, perpetrándose la infracción 'al no fijar una condena solidaria de los arquitectos, constructor y aparejador'; con lo que se incide de nuevo en la misma censura notada acerca de la cuestión segunda.

La cuarta cuestión, nuevamente propone la infracción de los mismos artículos 1.591 y 1.137 alegando 'que el proyecto es correcto y contiene los esquemas necesarios' y el olvido (añade) 'de las buenas prácticas constructivas' es (arguye) 'directamente achacable al ejecutor material y al aparejador de las obras'. Vuelve, pues, a pugnar por extender la responsabilidad, ahora no sólo a los aparejadores y arquitectos técnicos, sino también al constructor, absuelto, como aquellos, por la Audiencia de origen.

La cuestión quinta invoca el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto absuelve, junto con al aparejador recurrente en apelación

(Francisco J. A.) a los otros tres aparejadores que, al no recurrir en apelación consintieron su propia condena; pero debe desestimarse, pues, aparte las razones expuestas en el 'considerando' quinto de la sentencia de la Audiencia de existir solidaridad legal en las presuntas responsabilidades exigibles a los aparejadores por la cual debe favorecer y extenderse a los demandados de esa clase de profesionales la declaración de inexistencia de responsabilidad obtenida por uno de ellos mediante el recurso de apelación personalmente interpuesto, aun cuando los otros se hubieran aquietado con su condena, aparte (se repite) esas razones, lo que este apartado propugna es la condena de tres de los cuatro aparejadores demandados, ahora desde otra óptica que la antes adoptada para solicitar la condena de los cuatro; condenas igualmente inviables.

La cuestión sexta denuncia por el cauce del número quinto la infracción de los artículos 1.591 y 1.137 consistente en no haberse estimado 'cuando menos la solidaridad en las responsabilidades de mis mandantes (dice) con el señor A., instalador de la fontanería'. A esto, lo reputa el recurso 'incongruencia patente', pero no es sino reproducción de las cuestiones segunda a cuarta, en referencia ahora al contratista de fontanería.

La séptima alega 'no apreciar la compensación de culpas' en referencia a 'la conducta de la comunidad de copropietarios'. Esta culpa de la comunidad la valora el recurso en el 50 por 100 y la instala en su designio de 'economía y baratura que trató de imponer'.

Finalmente la octava cuestión vuelve a alegar infracción del artículo 1.591 'en cuanto se condena a los arquitectos en el fallo de la sentencia a satisfacer el costo de la obra que suponga impedir el vertido directo del agua potable en la red de alcantarillado'; esto es, suscita la cuestión primera ahora en referencia a otra de las obras impuestas, antes la llegada constante del agua y ahora la eliminación del vertido directo.

En general, debe advertirse que la sentencia impugnada no se funda en Derecho en el artículo 1.591, repetidamente invocado en el recurso, sino que (como cuida de precisar en el tercero y reitera en el séptimo de sus considerandos), 'tiene sus fundamentos en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, es decir, está basada en negligente cumplimiento, o mejor defectuoso cumplimiento, de un convenio para realizar la instalación de la fontanería en todos los edificios.

El *factum* de que parte la Audiencia y que además está admitido por los propios recurrentes, es que con ellos los autores del proyecto y los directores de la ejecución, alcanzándoles, por tanto, plenamente las responsabilidades propias de la profesión de arquitecto, en referencia a la obra litigosa. También es hecho admitido que, desempeñando la profesión por relación contractual directa con la comunidad actora, expidieron el 28 de febrero de 1980 certificado de terminación de obra, ocupándose las viviendas en el verano de 1980. El 29 de noviembre del mismo año empezaron a reventar las instalaciones de agua de los ramales que alimentan los distintos pabellones y de la red de distribución de agua interior a cada apartamento. Estas averías produjeron daños en la instalación de fontanería apreciados en 994.519 pesetas, así como también en la pintura de techos y paredes y en los elementos comunes. Los esquemas de fontanería y conducciones de agua no estaban suficientemente definidos en el proyecto y esencialmente faltaban llaves de corte en el origen de las columnas que, desde la tubería de distribución de cada

bloque conducen el agua hasta la llave de paso para cada albergue o vivienda, lo que es de especial importancia en las plantas superiores; estaba previsto (entre el proyecto y los libros de órdenes) el vaciado de cada albergue (no de su columna ascendente) y de bloque entero, pues si a partir del distribuidor existen varias columnas, es obligado colocar una llave de paso al pie de cada una, inmediatamente después de su arranque, y sobre ella un grifo de vaciado anexo, para proteger a la instalación contra las heladas persistentes (de previsión obligada) y superar el efecto retardatario de las coquillas, debe procederse al vaciado total de las columnas que en las condiciones finales de la instalación aceptada por los arquitectos demandados supone el vaciado total del bloque, implicando que si en ese bloque existe tan sólo un albergue ocupado, su usuario queda desabastecido, produciéndose una utilización anormal; siendo la solución correcta aquella que permita en tal supuesto que dicho usuario tenga abastecimiento de agua y simultáneamente el resto del bloque quede vaciado y consecuentemente protegido contra heladas extremas; solución que puede materializarse mediante la unidad denominada llave de corte y grifo de vaciado colocada en el punto inferior de cada columna o montante; siendo éste el sistema, prácticamente general, de vaciado, pues el aislamiento por sí solo tan sólo retrasa el efecto de la helada, pero no basta para evitar el que, en tiempo relativamente corto, empiece a producirse, aunque el sistema depende del nivel de calidad de cada edificación.

Se inscribe en las prestaciones propias de la relación contractual entre el dueño de la obra y el arquitecto (en la que cabe distinguir las fases de proyecto de la obra y dirección de su ejecución, confiadas, a veces, a distintos profesionales), tanto la obligación de redactar un proyecto susceptible de ejecución por definir de modo preciso las características de la obra con adopción y justificación de soluciones, sin haber de ser complementado o sea, bastante para llevarse a efecto con el resultado de una edificación que satisfaga el fin que el dueño se haya propuesto, ofreciendo la determinación completa de detalles y especificaciones (prestación esta que, en principio se aproxima a un arrendamiento de obra, siendo el proyecto el resultado comprometido), como, en la fase de ejecución de la obra, la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización, ajustada al proyecto y según la *lex artis*; habiendo el arquitecto director de interpretar el proyecto y en su caso pormenorizarlo, modificarlo y adicionarlo, e impartir a todos los intervinientes en el proceso de la construcción, con la colaboración de los técnicos medios, las órdenes precisas para que, con materiales idóneos y adecuadamente empleados, se concluya la edificación con aptitud para el fin querido por el dueño de la obra, realizando las pruebas y ensayos precisos para garantizar la adecuada calidad y el funcionamiento de las obras y sus instalaciones, compitiéndole la aprobación de las mismas y la autorización del certificado de fin de obra y de disponibilidad de uso (el que fue firmado en el caso el 28 de febrero de 1980), documento este acreditativo de que la obra se ha finalizado correctamente y de que se encuentra en condiciones de ser habitada por hallarse dotada de los servicios imprescindibles (entre ellos, sin duda alguna, los de fontanería); cuyo documento, al ser autorizado por el arquitecto, significa la garantía y la consiguiente responsabilidad, conforme a los artículos 1.101 y 1.104. A es-

tas obligaciones han faltado los arquitectos demandados, según repetidamente se declara en la sentencia impugnada. Hasta dos veces se afirma en ella que los demandados y en cuanto al ramo de fontanería, trazaron un simple 'diseño'; la insuficiencia del proyecto redactado reflejó sobre la obra ejecutada los 'graves defectos proyectivos o de diseño' (considerando tercero). Pero es que, además, la parte de la obra ejecutada 'siguiendo el diseño proyectado' (considerando cuarto) lo fue sin apercibirse, no obstante estarles encomendada también la dirección, de 'los graves defectos de su proyecto o diseño para prever y evitar lo que era lógico ocurriese' a causa o 'por su inapropiada proyección', esto es, por 'una mala e incorrecta proyección de la obra'. La responsabilidad de naturaleza contractual derivada de estas deficiencias de la obra, conforme al artículo 1.101 en relación con el 1.104, alcanza, según acertadamente ha juzgado la Audiencia de origen, exclusivamente a los arquitectos proyectistas, sin que quepa, como el recurso propugna en varios lugares, compartir la misma con el contratista del ramo de fontanería o los técnicos medios, ajenos enteramente al proyecto; aparte la inviabilidad procesal de esas pretensiones, ya antes considerada. Esta responsabilidad se extiende conceptualmente a subsanar la inadecuada redacción del proyecto, desde luego; y es por ello que deben mantenerse los pronunciamientos del fallo con ese objeto y que quedan distinguidos en el apartado a). Sobrevenido el siniestro que originó la deficiente redacción del proyecto, no subsanada en la fase de ejecución, son también de cargo de los arquitectos los daños y perjuicios de los tres capítulos o conceptos del pronunciamiento del apartado c). Parece oportuno, sin embargo, sujetar los dos últimos y de manera expresa a la prueba de su extensión e importe en la fase de ejecución de la presente sentencia, aspectos en que el recurso merece ser estimado.

Frente al pronunciamiento condenatorio más cuestionable, esto es, el de 'satisfacer el costo que suponga la aplicación de técnicas o soluciones que garanticen el suministro constante e ininterrumpido de agua en todos los apartamentos o viviendas' y el 'que suponga la obra que impida el vertido de agua potable en la red de alcantarillado', el recurso argumenta en las cuestiones primera, séptima y octava del tercero de sus motivos, que el suministro constante de agua y la eliminación del vertido directo de la potable en la red de alcantarillado (a todas luces indispensables, sin embargo, exigen 'instalaciones más caras y sofisticadas que las que encargó' la propiedad de la obra (la cual, por cierto, no ha pagado al contratista de la fontanería todo el precio con el convenido: la demanda reconventional del fontanero ha sido desestimada en firme por inidoneidad de las instalaciones). Ciertamente, la negligencia de los arquitectos produjo directamente el daño consistente en haber realizado (y pagado, en parte, por cuanto la reclamación desestimada se refiere al resto) una instalación insuficiente, aunque no totalmente inútil. La separación de este daño la proporciona el pronunciamiento de la sentencia impugnada por el que se condena a los arquitectos 'a satisfacer el costo' de 'soluciones' que garanticen 'el suministro constante e ininterrumpido de agua' y eliminen 'el vertido de agua potable en la red de alcantarillado'. Se realiza así la obligación de garantía ínsita en la dirección de la obra y culminada en la autorización del certificado final de la misma. La Audiencia, al mantener lo pronunciado al respecto por el Juzgado, introdujo prudentemente (cuarto considerando) la prevención de que 'no puedan

exigirse por la comunidad actora materiales de calidad superior', sino, como expresa el fallo, sólo los 'adecuados a la finalidad antedicha'. Se trata, en suma, de una reparación *in natura* por la directa aplicación de una 'solución' que, en la línea de la Audiencia, esclarecedora de la confusión reinante en la litis, merece completarse (y para recoger tal matiz, estimarse en lo menester el presente recurso) añadiéndole la alternativa de que los obligados puedan optativamente indemnizar por el importe de tales obras, que probablemente ya han debido ejecutarse por los más de los propietarios; y adicionándole o poniendo expresamente de relieve la precisión última de que 'las obras necesarias' serán sólo las estrictamente precisas, o sea, las 'imprescindibles', sin las cuales no pueden habitarse los apartamentos; precisión indicada por el antecedente de que la instalación propuesta y contratada por la comunidad, admitida por los arquitectos y ejecutada por el contratista de fontanería era insuficiente de suyo según quedó puesto de manifiesto por el siniestro sobrevenido. Con estas precisiones con las que se abunda en el criterio de la Audiencia, se pugna por lograr la indemnidad de la comunidad, mas sin que ésta obtenga una ganancia significada en la superioridad de la instalación final respecto de la insuficiente instalación contratada que, sin embargo, debió ser habilitante de un mínimo sin el cual y al no poder vivirse en los apartamentos por la falta de algo imprescindible, no podía predicarse la existencia de la obra concluida o finalizada que garantiza la certificación de 28 de febrero de 1980.

R. DE A.

CONTRATO DE COMPRAVENTA: CUMPLIMIENTO. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA (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 sí haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—En la demanda origen de estos autos se solicita se declare la compraventa del camión marca Scania 112-6X2, cabina moderna, realizada en fecha 5 de febrero de 1984 en documento privado entre la actual recurrente como compradora y la recurrida como vendedora, y que se condene a la primera al cumplimiento de dicho contrato pagando el precio en la forma expresada en dicho documento, comprometiéndose la recurrida a entregar en dicho momento el camión reseñado. La parte demandada no compareció en la primera instancia, y fue declarada en rebeldía, dictándose sentencia estimatoria de la demanda. La parte rebelde compareció a raíz de interponer recurso de apelación contra dicha sentencia y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, lo que se llevó a efecto y practicándose ante la Sala de apelación las que dicha parte propuso. La sentencia de segunda instancia, no obstante las nuevas pruebas, confirmó la sentencia recurrida, e interpuesto recurso de casación por la parte condenada formula ocho motivos, de los que el 1.º, 3.º, 4.º y 7.º se refieren a la cuestión de hecho, el 5.º impugna la sentencia por incongruencia, y los tres restantes impugnan la cuestión de Derecho. Comen-

zando su examen por el motivo quinto, que al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción por no aplicación del artículo 359 de la misma Ley; motivo que ha de ser desestimado porque la supuesta incongruencia no se denuncia respecto del fallo, sino respecto del cuarto de los fundamentos de Derecho de la sentencia, y refiriéndose a una resolución de contrato al parecer propuesta por la parte recurrente que carece de toda eficacia en esta litis, pues no compareció en su momento oportuno para oponer por medio de reconvencción la aludida resolución contractual, ni tiene la misma repercusión alguna en el fallo dictado en un todo conforme con lo pedido.

Los motivos referidos a la cuestión de hecho, amparados en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vienen a incidir en la cuestión del precio del vehículo vendido, así el 1.º, el 3.º y el 4.º, punto fáctico en el que las alegaciones de la recurrente no han podido contrarrestar las apreciaciones efectuadas por la sentencia recurrida, que se atiende a los documentos acompañados a la demanda de fechas 5 de febrero y 7 de mayo de 1984, cuyas firmas han sido reconocidas por don Francisco D., adquirente del vehículo litigioso, aunque bajo la denominación de «Transportes D., S. L.», en cuyo documento afirma que el precio de venta es el que tomó como cierto la sentencia impugnada, y su forma de pago la expresada en el mismo documento. De ahí que, ateniéndonos a los términos del citado número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, los motivos indicados hayan de fracasar, al resultar contradictorios los documentos en que se apoyan por otras pruebas que constan en los autos.

El motivo número 7.º de los alegados, al amparo también del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, pone de relieve que el comprador del camión aquí recurrente pagó a cuenta del precio la suma de 200.000 pesetas, según acreditó documentalmente en la fase probatoria abierta durante la segunda instancia, documento que fue reconocido y que no puede menos de ser tenido en cuenta al resolver este recurso de casación, lo que llevará consigo la estimación del citado motivo y la modificación de los términos del fallo para reducir la suma a pagar por el recurrente en la expresada cantidad objeto del recibo aludido aportado en el rollo de apelación. Esta prueba no aparece contradicha por ninguna otra y no fue tenida en cuenta por la Sala de apelación, implicando en consecuencia la estimación al menos parcial del recurso.

Los motivos 2.º, 6.º y 8.º fueron formulados al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se alega en el primero de ellos la infracción por inaplicación del artículo 1.281 del Código Civil, motivo que el recurso razona sobre documento no decisivo en la litis, por haberse atendido la sentencia recurrida, así como esta Sala de casación, al acompañado a la demanda y solicitud de financiación, reconocidos ambos, como se deja dicho, por la parte a quien perjudica, y de este documento decisivo prescinde el motivo que se examina. En el motivo 6.º, con idéntico apoyo procesal, se acusa la infracción por aplicación errónea del artículo 1.253 del Código Civil, y se viene, en definitiva, a sostener que la firma de don Francisco D. en los documentos aludidos no representan a la sociedad limitada que lleva su nombre; criterio equivocado, en cuanto de los autos no deriva que existen otros socios que ostenten la

representatividad que tiene el señor D. en la mentada sociedad. Por otra parte, no aparece de la sentencia recurrida que haya acudido a aplicar la prueba de presunciones sin duda por no ser necesario, dada la existencia de pruebas directas que acreditan el precio del vehículo en cuestión y su forma de pago, sin entrar en disquisiciones sobre las partes integrantes o las pertenencias que había de llevar el mismo vehículo, puntos sobre los que la incomparecencia del recurrente en primera instancia eludió traer debidamente a debate y ser objeto de prueba en su momento más oportuno. Por último, a la desestimación de estos motivos sobre la cuestión de derecho ha de añadirse la del octavo, que alega una supuesta infracción del artículo 1.124 del Código Civil y de los artículos 1.506, 1.450, 1.258 y 1.500 del mismo Código Civil, por no poderse tener en cuenta la pretendida resolución contractual que apunta el motivo, dado que no existe petición alguna hecha en momento oportuno acerca de dicha resolución, que hubo de ser el contestar a la demanda y formular la debida reconvencción, trámites que se vieron impedidos por la debida reconvencción, trámites que se vieron impedidos por la situación de rebeldía del recurrente en primera instancia.

R. DE A.

SEGURO VOLUNTARIO DE AUTOMOVIL: EXCLUSION DE OCUPANTES EN LA POLIZA. COSTAS (SENTENCIA DE 25 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.—El presente recurso de casación *per saltum* interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Arévalo, obviamente queda circunscrito en su ámbito de debate a la cuestión que la adecuación de aquélla al ordenamiento jurídico pueda plantear, por lo que la recurrente viene legalmente obligada por el artículo 1.688-I de la Ley de Enjuiciamiento Civil a aceptar las declaraciones fácticas que aquélla contenga.

El tema se reduce sustancialmente a discernir si la recurrente, esposa a la sazón del conductor autorizado para pilotar el vehículo de turismo particular Simca 1200, matrícula SA-22.311, que sufrió gravísimas lesiones que le produjeron una gran invalidez de tipo parapléjico con ocasión del accidente de tráfico sufrido el 27 de junio de 1984, en cuya ocasión efectivamente llevaba los mandos del automóvil su marido, está legitimada activamente o, lo que es lo mismo, tiene la facultad reconocida por el artículo 76 de la Ley de 8 de octubre de 1980 para ejercitar la acción directa contra la Compañía Aseguradora en virtud de la póliza suscrita por el dueño del vehículo, padre del conductor y marido de la recurrente.

Es de advertir que conforme a unánime criterio jurisprudencial, la acción directa que emana del precepto anteriormente citado, tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo del que dicha acción dimana, por lo que su contenido, si bien es fuente del derecho del asegurado y del perjudicado frente al asegurador, por otro lado permite a éste hacer valer ante ambos aquel contenido limitador (Sentencias de 26 de octubre

1984 y 22 de abril de 1986), razón sustancial ésta que aconseja por razón de método procesal, analizar en primer término el cuarto motivo del recurso que por vía del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de los artículos 1.282, 1.288, 1.289, 1.254, 1.256 y 1.258 del Código Civil, enderezados a establecer con exactitud la Ley contractual como regla de oro válida para subsumir la situación de hecho ya expuesta en los cánones contractuales, habida cuenta de que la sentencia combatida da por excluidos como beneficiarios de la responsabilidad civil que como riesgo asumido por la póliza de seguro cubre al conductor autorizado y deja automáticamente fuera de tal cobertura a la cónyuge, entre otros parientes ligados con aquél, pues así lo establece el Juzgador de instancia, con vista de los artículos 34 y 38 de las Condiciones Especiales de la póliza suscrita de que se ha hecho mención y que habiéndolo sido en 30 de abril de 1980, queda bajo la absoluta vigencia de la Ley 50/1980, en virtud de su disposición final. El motivo fracasa a la sola consideración de que, como dice la Sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1983, «la interpretación de los contratos es facultad atribuida al Tribunal de instancia y sólo es revisable en casación cuando de manera clara aparezca vulnerado algún precepto legal sobre la materia, por lo que el resultado obtenido habrá de mantenerse mientras sea lógico o racional, aunque pueda haber alguna duda sobre su rigurosa exactitud»; duda, por otra parte, que no cabe mantener ante cláusulas contractuales tan diáfanas, pues la genérica expresión de «incluidas las personas transportadas», queda claramente delimitada en las excepciones señaladas en el artículo 38, ya mencionado. No cabe olvidar al respecto que, conforme a los artículos 1.º, 2.º y 81 de la Ley del Contrato de Seguro, estas convenciones vienen informadas por riguroso principio de especialidad, que obliga a una definición y concreción exacta de los riesgos cubiertos, máxime cuando se trata del seguro de personas, toda vez que ellas son susceptibles de muy diferentes contratos de seguro en razón de una particular situación de las mismas en el tiempo, en el espacio y hasta en el «modo» operativo de su vida cotidiana; por eso, los seguros de «accidentes individuales», de «ocupantes del vehículo» y otros, marcan, como complementarios del Seguro obligatorio de automóviles, fórmulas diversas de cobertura de los distintos riesgos a que aquéllas pueden verse sometidas en los distintos trances de su acontecer diario, como en efecto lo estaba respecto de la última modalidad la ahora recurrente (hecho 4.º de la demanda). Con esto quiere decirse que la excepción clara y terminante contenida en el artículo 38, *b*), de las Condiciones Especiales de la póliza ha sido correctamente interpretada por el Juzgado, que consecuentemente ha aplicado como correspondía los demás preceptos que se dicen infringidos.

Sentadas las consideraciones precedentes quedan sin contenido positivo los motivos 1.º, 2.º y 3.º, que, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción del artículo 1.º de la Ley de 8 de octubre de 1980 (el primero) de los artículos 2.º, 3.º y 10.4 de la misma Ley (el segundo) y de los artículos 1.902 del Código Civil y artículos 73 y 76 de la Ley Especial citada, el tercero; y ello por cuanto vienen a hacer una petición de principio en su alegato, partiendo de una premisa —que ha sido rechazada en la Sentencia de instancia y en la presente al no prosperar el 4.º motivo—, cual es la de entender que la

esposa del conductor autorizado del vehículo no está excluida como perjudicada y beneficiaria del seguro contratado, forzándose en esos motivos una interpretación contractual que ha sido descartada plenamente y pugnando por conseguir de esta suerte la primacía de su interpretación subjetiva sobre la más objetiva e imparcial del juzgador de instancia. Por lo demás, reiterando lo expuesto sobre el particular, no cabe señalar ningún carácter lesivo en el establecimiento de excepciones cuando éstas delimitan nitidamente los eventos protegidos como es obligado, dadas «las distintas modalidades» de que son susceptibles de asegurar las personas, y que mientras no se acredite lo contrario, estas fórmulas aprobadas por la Administración, no están reñidas, ni con la moral ni el orden público, a los efectos prevenidos en los artículos 7 y 1.255 del Código Civil y artículo 3, 3 y 4, de la Ley 50/1980, por todo lo cual, queda patente la no concurrencia de la cualidad de «tercero» en la recurrente por disposición contractual convenida en la póliza del Seguro que sirve de base a la acción ejercitada por la perjudicada y cuyo nexos obligacional es conforme a Derecho como exige el artículo 73, *in fine*, de la Ley Especial tantas veces citada, cuya vinculación para los contratantes y perjudicados proviene de estar expresamente contemplada por los contratantes tal circunstancia de exclusión (Sentencia de 26 de octubre de 1984).

El quinto y último motivo, en cuanto a la errónea e indebida aplicación del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la misma Ley Procesal, inserta el escrito de formalización del recurso, es de atender en el presente caso, por cuanto no obstante referirse a la imposición de costas que es de plena soberanía del Tribunal de instancia en principio, no lo es cuando está determinado expresamente por precepto legal tal imposición; y es lo cierto que aquí se han perfilado unas circunstancias, objetivas algunas, como la exacta exposición de los hechos por la actora que han sido reconocidos por la contraparte que acredita la buena fe de la reclamante, lo que ha de merecer la consideración del juzgador, toda vez que siendo el «error *iuris*» el exponente de una materia comprensiblemente controvertida en este supuesto que ahora contemplamos, han de ponerse de relieve como circunstancias excepcionales que justifiquen su falta de imposición expresa.

R. DE A.

EJECUCION DE SENTENCIA: CONTRADICE LO EJECUTORIADO. HA LUGAR AL RECURSO (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 sí haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—A) En el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que el presente recurso dimanara recayó sentencia el 26 de junio de 1973 estimando la demanda interpuesta por 'Unión Eléctrica', Sociedad Anónima, contra los demandados Manuel, Leandro, María del Pilar, José y María de la Concepción S. R. en el concepto de herederos y suce-

sores del fallecido José S. C. y declarando 'que los susodichos demandados, como deudores solidarios, están en la obligación de satisfacer a la entidad demandante el importe en pesetas de los 14.076.840 KVA, que con destino a Hidroeléctrica del «I.» le fueron suministrados durante el período de 21 de agosto de 1963 a 31 de diciembre de 1968, precio que se determinará en ejecución de sentencia, con arreglo a las bases expuestas en el penúltimo y antepenúltimo considerandos de esta resolución, más los intereses legales de la cantidad que resulte líquida, computados a partir del siguiente día de la notificación del auto que en firmeza ponga fin a la ejecución. B) A partir de que la Sociedad había facturado por dicho suministro 8.212.529 pesetas, cantidad que habrá de actuar como límite máximo y de que las distribuidoras podían fijar a la contratación de energía a trasvasar de una a otra el precio que libremente estableciesen, sin que la Administración tuviese más intervención que la de señalarlo cuando hallándose en vigor el suministro las empresas no se pusieran de acuerdo, la sentencia, puesta a fijar ese precio (ya que la reclamación concernía a la energía trasvasada por la Sociedad reclamante a los distribuidores demandados, en el período de tiempo señalado), difiere a la fase de ejecución dicha cuantificación que (dice en el 'considerando' séptimo) habrá de efectuarse 'tomando como base para su fijación los criterios que seguidamente se exponen: Primero. Comoquiera que M. se limitaba en aquellas fechas en que el salto de Portodemouros se hallaba en fase de construcción, a revender la energía que a ella le suministraba Fenosa, la más elemental lógica interpretativa aconseja suponer que si de una parte no era el caso de hacer un negocio, dada la transitoriedad de la situación mientras durante las obras, tampoco querría revender a precios inferiores a los de adquisición, de la energía y, en su consecuencia, como primer criterio valorativo, a los KVA suministrados a Hidroeléctrica del «I.» en cada año se aplicarán los mismos bloques y precios que Fenosa aplicaba a Moncabril y a cuyo efecto se solicitará de la Dirección de esta Sociedad los antecedentes necesarios y los técnicos que se precisen para efectuar los cálculos si la complejidad de operaciones así lo aconsejase.—Segundo. Subsidiariamente y para el improbable supuesto de que en las oficinas de Fenosa o en la Delegación de Industria no existiesen antecedentes de aquel precio, se determinará tomando como tipo el precio medio establecido en otros contratos de esta naturaleza entre empresas diferentes a las aquí contendientes, referidos dichos contratos al período 21 de agosto de 1963-31 de diciembre de 1968 u otro próximo, a cuyo efecto se reclamarán de las Delegaciones de Industria de La Coruña y Pontevedra, así como de la propia Sociedad Fenosa los antecedentes precisos y los técnicos necesarios para el cálculo de la facturación.—Tercero. En último lugar, para el solo supuesto de que las bases anteriores no pudieran tener efectividad práctica por falta de antecedentes, el precio se determinará aplicando el total de KVA (14.076.840) el de 0,25 pesetas por KVA'. El 'considerando' octavo razona, a su vez, 'que demostrado documentalmente el hecho de que Hidroeléctrica del «I.» no estaba integrada en la Red General Peninsular, ni acogida al régimen de Tarifas Tope Unificadas, resulta improcedente que el importe de la facturación sea recargado con el complemento 'R', pues con arreglo a las tarifas que por la Delegación de Industria tenía autorizadas y con arreglo a las cuales cobraba a sus abonados, ni podía cobrar de éstos el mencionado complemento (como tampoco lo cobra

actualmente Fenosa), ni tan siquiera estaba inscrita en la Oficina Liquidadora (Ofile), donde en definitiva se ingresa por las Hidroeléctricas el recargo que pesa sobre los abonados y respecto del cual las empresas actuaban como simples entidades recaudadoras'. C) Una vez firme la sentencia, Unión Eléctrica instó su ejecución mediante escrito de 30 de julio de 1976 al que se proveyó en 10 de noviembre de dicho año oficiando a Fenosa para que aporte 'los antecedentes necesarios para dicha ejecución, tal como se establece en el número primero del considerando antepenúltimo de la sentencia, consistentes en los precios que dicha entidad Fenosa aplicaba a Moncabril por el suministro de energía eléctrica que la primera hizo a la segunda durante el período a que se refiere la condena que abarca desde 21 de agosto de 1963 a 31 de diciembre de 1968'; a cuyo requerimiento correspondió Fenosa aportando (constituye el folio 469) el cuadro de precios que Fenosa aplicaba a Moncabril durante dicho período de tiempo. Por auto del Juzgado de 8 de marzo de 1984 se señaló a los demandados un plazo de veinte días para que presentaran la liquidación correspondiente, con arreglo a las bases establecidas en la sentencia, lo que efectuaron mediante escrito presentado el 3 de abril de 1984, en que se señala la cifra de 703.842 pesetas que resulta de aplicar a los 14.076.840 KVA el precio de 0,05 pesetas; liquidación que fue impugnada por la entidad ejecutante en escrito presentado el 12 de dicho mes de abril de 1984, recibándose el incidente a prueba y sin que llegara a practicarse prueba alguna. En 19 de mayo de 1984, y a solicitud de las partes, se acordó la suspensión, por hallarse las mismas en vías de transacción, reanudándose las diligencias de ejecución a instancia de la ejecutante, en 27 de junio de 1985. D) Por auto de 9 de julio de 1985, se fijó en 8.212.529 pesetas la cantidad que habrá de satisfacerse; cantidad que resulte de reducir a ella que fue la reclamada en la demanda, la cifra resultante de aplicar a los KVA suministrados el cuadro de precios del folio 469. Recurrido dicho auto, la Audiencia confirmó lo resuelto en el mismo en el 1 de julio de 1986, que es el impugnado en el presente recurso de casación. E) El presente recurso de casación alega que se ha proveído en contradicción con lo ejecutoriado, ya que el cálculo parte de las tarifas unificadas remitidas por Fenosa en que se incluyen los tres impuestos a que se hace referencia y 'se vulnera sobre todo lo concretado en el penúltimo considerando al que hay que atenerse según la sentencia, en la que se indica que resulta improcedente que el importe de la facturación sea recargado con el complemento «R» y en este cuadro a que nos venimos refiriendo (dice) presentado por Unión Eléctrica-Fenosa y aceptado por el auto recurrido dictado en apelación por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de La Coruña, se incluye este complemento «R» cuya cuantía oscila según los años entre el 67 por 100 y el 93 por 100'.

Procede el recurso de casación, según el número 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra los autos dictados en apelación, en los procedimientos para la ejecución de las sentencias recaídas en los juicios a que se refiere el apartado 1.º de dicho artículo, 'cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado', esto es, como decía el antiguo artículo 1.695, cuando 'resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, ni decididos en la sentencia, o sea, provca en contradicción con lo ejecutoriado'. El presente recurso se acoge a este segundo

supuesto, según se deja consignado; y merece prosperar, ya que, por el examen del citado folio 469 en relación con el 486 se comprueba que la fijación del importe de la condena se ha efectuado arregladamente a tarifas en que efectivamente se incluye el complemento «R» expresamente excluido por el 'considerando' octavo de la sentencia de cuya ejecución se trata; lo que conlleva la casación y anulación del auto recurrido y que esta Sala fije la cantidad líquida exigible.

Para fijar esa cantidad procede aplicar la base del precio establecida en la segunda columna del folio 469 a los totales del mínimo y de los bloques primero, segundo y tercero del 486, pues así, y operando con los datos antecedentes suministrados por la entidad, se alcanza la cifra de SEIS MILLONES CUARENTA Y UNA MIL TRESCIENTAS NOVENTA Y SIETE PESETAS, a cuyo pago debe ser condenada definitivamente la parte demandada.

R. DE A.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR. INACTIVIDAD Y VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La sentencia recurrida denegó la resolución de contrato de compraventa del piso 8.º B del número 5 de la calle Boix y Morer instada por la sociedad vendedora por falta de pago de los plazos convenidos del precio de la venta en consideración sobre todo a que no apreció en la parte compradora, ahora recurrida, una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato y que la demora en el pago fue motivada por circunstancias extrañas a su voluntad. Al respecto los hechos básicos de que partió la Sala de instancia se apoyan en las siguientes fechas: a) El 23 de septiembre de 1974 se suscribió un documento privado de venta y se pagó por el comprador 1.256.000 pesetas del total de 5.025.000 pesetas como precio, y desde aquella fecha el comprador entró en posesión del piso. Con posterioridad se pagaron diversas cantidades y, al parecer, sin prueba directa en autos, por razones de planes urbanísticos y su ejecución, se retrasó el comprador en aquel pago. b) Así lo pone de relieve la carta de 7 de mayo de 1979 que dirigió la entidad recurrente suspendiendo el plazo de pago hasta determinar la cantidad que el comprador seguía debiendo; pero desde esa fecha hasta el definitivo requerimiento de resolución operado por acta notarial de 8 de enero de 1982 transcurrieron más de dos años y medio sin gestión ninguna para el pago por parte del comprador, que continuó con la misma pasividad hasta la presentación de la demanda en 3 de marzo del mismo año 1982, a la que siguió otro requerimiento de resolución de fecha 24 del mismo mes y año. c) En el escrito de demanda se manifiesta que el comprador aún adeuda una suma equivalente a la que el propio demandado y ahora recurrente reconoce en su escrito de contestación, hecho segundo, en total de 2.096.920 pesetas.

El motivo segundo del recurso apoyado en el número 5.º del artícu-

lo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción del artículo 1.124 del Código Civil en relación con los artículos 1.504 y 3.º, párrafo 2, del mencionado Código. Al respecto es de observar que si bien a partir de la fecha del contrato en 1974 surgieron algunas dificultades para la rápida liquidación del pago del precio, lo que justifica el retraso del comprador, sin embargo, desde el 7 de mayo de 1979 en que se continuaba la suspensión de dicho pago por parte del vendedor hasta dos años y medio después se evidencia una pasividad del referido comprador que no pagó ni consiguió cantidad alguna y, sin embargo, continuaba y, al parecer, continúa en el disfrute del piso adquirido, sin verse una solución a la liquidación del contrato. Es preciso, para que tenga éxito la resolución del contrato con base en el artículo 1.504 del Código Civil, una voluntad manifiesta de incumplir, sin que se pueda exigir una aplicación literal de una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento, sino que más razonablemente es suficiente apreciar incumplimiento, como ha ocurrido en el supuesto ahora contemplado, cuando se frustra por la conducta de la parte, el fin contractual, o cuando se obligue al acreedor, como ha ocurrido en este caso, a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento, ante el largo tiempo de inactividad en el pago del comprador y adeudándose una suma importante con relación al total precio del inmueble vendido (Sentencias de 10 de marzo y 18 de noviembre de 1983, corroboradas por otras posteriores, entre ellas, las de 21 de enero y 4 de marzo de 1986). En consecuencia, habiéndose cumplido oportunamente el requerimiento de pago que exige el artículo 1.504 del Código Civil, por medio de acta notarial, no puede concederse al comprador nuevo término, por lo que vista su inactividad y larga pasividad ha de acordarse la resolución del contrato, resolver en otro sentido sería dejar el contrato al arbitrio del comprador, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código Civil. Ello implica la estimación del motivo segundo del recurso, sin necesidad de examinar el primero, debiendo, en consecuencia, ser casada y anulada la sentencia recurrida y acordar sobre el alcance que haya de darse a la estimación de la demanda.

Que en ese escrito inicial se solicita en primer lugar la resolución del contrato a que se ha hecho referencia, a lo que debe accederse por incumplimiento de su obligación de pago imputable al demandado. En la segunda petición del suplico se solicita que el vendedor retenga, en concepto de indemnización, y al amparo de la estipulación 4.ª del contrato, todas las cantidades hasta la fecha entregadas por el demandado, a lo cual también ha de accederse, dado que han transcurrido desde que presumiblemente el comprador ocupó el piso litigioso unos trece años, siendo justo que aquella indemnización compense en lo posible la utilización del inmueble durante tan largo lapso de tiempo. No es, en cambio, de estimar el pedimento tercero de la demanda, relativo al resarcimiento de daños y perjuicios causados al vendedor por el incumplimiento, en tanto que no hay pruebas en los autos de la causación de tales daños y perjuicios, que se compensarían, además, en su caso, con la estimación del apartado B) del suplico de la demanda, y, por último, no es procedente una expresa condena en costas en primera y segunda instancia, y debiendo satisfacer cada parte las que respectivamente hayan causado

en este recurso de casación, conforme se deduce del artículo 1.715, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS CONTRAIDAS CON ANTERIORIDAD A LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES (SENTENCIA DE 28 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.—Para el adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre anteponer al examen particularizado de sus motivos, los siguientes antecedentes de hecho: A) Los cónyuges Francisco L. R. y Nuria O. V. adquirieron en escritura pública de 7 de febrero de 1975, que fue inscrita el 5 de junio de 1975, la finca litigiosa, chalé en términos de Pozuelo y Majahonda, a que corresponde en el Registro el número 13.591. B) En juicio ejecutivo en que aparece como actor el Banco Hispano Americano fue demandado el marido y solicitado que se entendiera dirigida con la mujer según el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en la redacción de 1959, a la sazón vigente; y, en efecto, el requerimiento de pago, embargo y citación de remate se extendieron, según resulta del examen de las actuaciones de dicho juicio, folio 55, con la mujer, siendo el 26 de mayo de 1981; embargándose en dicha fecha, con otros bienes muebles (lavavajillas, lavadora y televisor) la finca litigiosa; dictándose la sentencia de remate el 12 de junio de 1981 y anotándose el embargo de la finca el 16 de junio de 1981. C) El título ejecutivo lo constituyen nueve letras de cambio, por importe, en junto, de 2.771.732 pesetas, creadas el 20 de mayo y el 16 de julio de 1980, y con vencimientos del 30 de julio al 10 de octubre de 1980, según resulta también del juicio ejecutivo; letras de cambio que fueron protestadas a sus respectivos vencimientos y objeto de diligencias preparatorias de reconocimiento de deuda en las que por auto de 31 de marzo de 1981 se había tenido por confeso al marido. D) El 17 de octubre de 1980 los cónyuges otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales que se inscribió el 26 de febrero de 1981; en cuya escritura y al amparo del artículo 1.315 del entonces vigente Código Civil disponen que, en lo sucesivo, su matrimonio se entenderá contraído bajo el régimen de separación absoluta de bienes, conservando cada uno el dominio y administración de los suyos; manifestando que el patrimonio de la sociedad de gananciales lo constituyen la finca litigiosa y acciones y numerario (134.920), éstas por total importe de 5.134.920 pesetas, principalmente acciones de «C. A.» (cinco millones), amén del mobiliario; adjudicándose a la mujer la finca y mobiliario existente en ella y acciones por valor de 149.950 y 84.790 pesetas, y al marido el resto de las acciones y el numerario. E) Entablada demanda de tercería de dominio por la mujer contra el Banco Hispano Americano y el marido, tuvo origen el juicio de que el presente recurso dimana, en el que han recaído Sentencias, de 11 de julio de 1983 y de 18 de enero de 1986, desestimando la demanda. F) Contra esta última, el presente recurso

de casación alza dos motivos, el uno por error de hecho denotado por documento, citándose al efecto la escritura de capitulaciones matrimoniales de 17 de octubre de 1980; y el otro por infracción del párrafo segundo del artículo 1.322 del Código Civil, según la redacción de la Ley 14/1975, de 2 de mayo.

Según el primero de los motivos la escritura demuestra que al marido se le adjudicaron en la liquidación de la sociedad de gananciales 'bienes suficientes para hacer frente al pago de la deuda'. El segundo, anticipado por el primero, denuncia la indebida aplicación del artículo 1.322 por su último párrafo, ya que para aplicarlo 'es necesario que se dé el presupuesto inexcusable de que esté acreditado en autos y declarado probado que el esposo no puede responder de las deudas asumidas antes de la modificación con los bienes que le han sido adjudicados'. Según este motivo, para dar espacio a la tercería basta con que al marido en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudicaran bienes que, en dicha escritura, se valoraron en 5.134.920 pesetas. Ambos motivos son inatendibles, puesto que la escritura citada como expresiva del error de hecho y que constituye el título de la tercerista ya fue conocida del juzgador de la instancia y rectamente entendida. No se ha discutido que la sociedad de gananciales disuelta y liquidada respondiese originariamente de la deuda significada por las letras que habían terminado de vencer el 10 de octubre, o sea, pocos días antes de la escritura de capitulaciones, que es de fecha 17 del mismo mes. Para detraer la finca de las responsabilidades a que se hallaba allí sujeta se precisaba el previo pago de las deudas de la sociedad de gananciales. Los primitivos artículos 1.422, 1.424 y 1.426, anteriores a la reforma de 1981 y vigentes al tiempo de las capitulaciones de 1980, disponían para el caso de liquidación que se pagaran las deudas y las cargas y obligaciones, constituyendo el remanente así obtenido el haber de la sociedad, siendo ese remanente líquido de los bienes gananciales, lo que se dividía por mitad entre marido y mujer. Lo propio disponen los actuales artículos 1.396, 1.398, 1.399 y 1.404, según la redacción de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. El artículo 1.401, más directamente referible a este punto de las deudas de la sociedad de gananciales liquidada, contiene (como se ha puesto de manifiesto por la doctrina) un precepto explícito y otro implícito; pues en primer lugar se sujetan expresamente a responsabilidad los bienes adjudicados al cónyuge no deudor (lo que bastaría para la desestimación de la tercería), con independencia de la responsabilidad del cónyuge deudor con todos sus bienes; pero esta responsabilidad limitada descansa sobre los presupuestos de que se trate de una deuda consorcial contraída por el otro cónyuge y que se haya formalizado debidamente el inventario (que ha de incluir explícitamente las deudas pendientes a cargo de la sociedad; lo que, en el caso, reconocidamente se ha omitido). De no ser así, y este es el precepto implícito, es decir, si los cónyuges han dividido el activo sin pagar alguna deuda consorcial, el cónyuge no deudor responde *ultra vires* por cuanto, según el artículo 1.402, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias.

R. DE A.

SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA. CONCEPTO DE «ACCIDENTE LABORAL» A ESTOS EFECTOS. PRIMACIA DE LA LEY EN EL CONTRATO DE SEGURO (SENTENCIA DE 23 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 sentencia impugnada, revocatoria de la dictada en primera instancia, condena a la compañía aseguradora demandada a que pague al actor los gastos de asistencia médico-sanitaria ocasionados por el tratamiento de unas lesiones, producidas al asegurado, en fecha 19 de agosto de 1983, cuando presenciaba el trabajo de un mecánico, que, en una finca de su propiedad, revisaba una conducción de riego al saltar una pieza metálica de la instalación, que golpeó en la cabeza al actor, ocasionándole diversas lesiones, de las que todavía no se ha recuperado. La sentencia basa su conclusión en la afirmación de que la asistencia sanitaria era debida al actor en virtud de póliza de seguros suscrita en fecha 1 de enero de 1979, en cuya condición particular 1.º, relativa al objeto y límites del seguro, se decía que: «la Entidad aseguradora proporcionará al asegurado la asistencia médico-quirúrgica en toda clase de enfermedades o lesiones...», por lo cual, la lesión sufrida, que no constituye un riesgo específico, propio de un contrato de seguro especializado, viene comprendida en las obligaciones de prestación de asistencia, ya que no existen exclusiones en el clausulado, ni se trata de un accidente laboral cuyo concepto hace siempre referencia al desarrollo de una actividad consecuente a contrato de trabajo, con sus condiciones de dependencia y subordinación, en cuanto el accidente sufrió por el actor, se produjo presenciando unos trabajos, en cuya ejecución no participaba.

El motivo 1.º del recurso se apoya en el artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, argumentando que todos los elementos probatorios conducen a concluir que el accidente sufrido por el actor es un accidente laboral o profesional, puesto que aparece, con claridad, que el actor es agricultor profesional, que se encontraba en una finca de la que es propietario o arrendatario, en día laborable y hora de trabajo y que la lesión se produjo por razón de haber saltado un elemento metálico de la conducción de riego que estaba reparando un mecánico asalariado del actor. El motivo no puede aceptarse, porque falta la base documental, es decir, la existencia de un objeto mueble que se aporte al proceso, preferentemente escrito, que afirme un hecho producido fuera del proceso y que, por otra parte, su contenido esté en contra, de modo irrefutable, de los hechos declarados en la sentencia (Sentencias de esta Sala de 22 y 30 de enero, 30 de mayo y 5 de junio de 1986, y 18 de noviembre de 1987, entre otras). En este caso, ningún documento afirma que el accidente fuera laboral o profesional, lo que, por otra parte, es una calificación jurídica, por lo cual ha de partirse de la base de la declaración de hecho de la sentencia de que en el momento del accidente el actor se limitaba a observar el trabajo de su asalariado y no estaba desarrollando una labor propiamente agrícola, sin perjuicio del alcance de este hecho probado, que ha de ser examinado en el estudio de los tres motivos siguientes amparados en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo 2.º sostiene que, según reiterada doctrina jurisprudencial, el accidente laboral (que sufre el trabajador por cuenta ajena) o el profesional (que sufre quien trabaja por cuenta propia), ha de calificarse en un sentido amplio, doctrina que la sentencia recurrida infringe. Es cierto que la doctrina legal elaborada por la Sala 5.ª de este Tribunal, en torno a los artículos 84 y 86 del Texto articulado de la Ley de Seguridad Social (Decreto 9071/1966, de 21 de abril) y de la que son reciente ejemplo las Sentencias de fecha 7 de marzo y 6 de mayo de 1987, considera que se ha de reputar accidente del trabajo aquel que resulta de la prestación laboral, aunque tenga con ella una relación tenue, siempre que no se demuestre la existencia de un elemento extraño que rompa el nexo causal, cuya existencia se presume, en todo caso, pero no es menos cierto que toda esa doctrina pretende la protección al trabajador y la prestación asistencial que se le debe y, por tanto, su asimilación al accidente profesional no es absolutamente admisible, puesto que el profesional, cuando actúa por cuenta propia, es elemento decisor del riesgo que corre y el accidente que sufra debe ser calificado como profesional o no profesional si se encontraba, efectivamente, en el ejercicio de su profesión. En este caso, el lesionado, que es agricultor, según los hechos probados, se encontraba presenciando el trabajo de un mecánico, un experto, que posibilitaría su ulterior actividad específica, sin que conste que dirigiera las operaciones que se realizaban o interviniera en ellas. Era un espectador interesado, pero un espectador, ajeno a la manipulación del objeto que después había de utilizar, como tantos otros, en el ejercicio de su profesión. Por ello, la aplicación de la amplia doctrina del accidente de trabajo, tuitiva del obrero, para considerar como un obrero al actor, con el fin de no prestarle asistencia en un seguro voluntario, significa una tergiversación de tal doctrina que tiene una eminente finalidad social, completamente diferente (máxima protección al accidentado) al fin pretendido por el recurrente (no prestación de asistencia en un seguro voluntario).

El motivo 3.º acusa infracción del artículo 3.º de la Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre), en relación con el artículo 2.º de la Orden Ministerial de 10 de abril de 1969 y el motivo 4.º, la errónea aplicación de la doctrina legal sobre interpretación favorable, en el contrato de seguro, al asegurado, en casos de duda. Arguye que el seguro de asistencia sanitaria excluye el riesgo de accidente profesional, por tratarse de un contrato normado cuyos límites están impuestos por la norma y no por la voluntad de los contratantes, por lo que sería ineludible la aplicación de la orden ministerial citada y suficientemente mencionada en la póliza, lo que no dejaría lugar a la duda justificante de una interpretación favorable al asegurado. Olvida esta línea argumental que la Ley de Contrato de seguro, vigente en el momento del accidente, según su disposición transitoria, derogó, en su disposición final, el artículo 385 del Código de Comercio y estableció, en su artículo 2.º, una nueva norma sobre el régimen del contrato de seguro, que hace prevalecer lo dispuesto en la Ley, sobre lo pactado, a menos que lo pactado sea más beneficioso para el asegurado, lo que, en aplicación de su artículo 3.º, obliga a redactar de forma clara y precisa las condiciones generales y particulares, destacando, de forma especial, las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, de tal manera que, si lo redactado resultare más favo-

rable al asegurado que lo dispuesto en la Ley, habrá de prevalecer, según el citado artículo 2.º La cláusula pactada, en este caso, comprende «toda clase de enfermedades o lesiones». La Orden Ministerial citada excluye, como riesgo, entre otros, el accidente laboral o profesional, pero permite su inclusión, en el apartado 2.º, de su rúbrica «Riesgos cubiertos y excluidos», por lo cual, la expresión «toda clase de enfermedades y lesiones», sin ninguna mención especial de exclusiones, es claro que no contiene ninguna, de modo que la argumentación planteada en la sentencia recurrida es irreprochable, en consonancia con la doctrina legal de esta Sala, que cita (Sentencias de fechas 16 de marzo de 1984, citada en el recurso; 23 de enero, 24 de abril y 13 de mayo de 1986, y 15 de mayo de 1987, entre otras). Por todo ello interpretó correctamente el contrato y su desarrollo al no estimar, por razones de hecho y de derecho, excluido el accidente sufrido por el actor asegurado, de las prestaciones debidas por la entidad aseguradora.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONTRATISTA POR DAÑOS PRODUCIDOS EN SU ACTUACION (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 no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La sentencia, aquí recurrida, de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que, salvo en lo referente al *quantum* de la indemnización, confirma la del Juzgado de Primera Instancia de Gandía, se basa en el supuesto fáctico, no cuestionado en este recurso, de que, con ocasión de la realización por la entidad demandada, aquí recurrente, «Construcciones, A., S. L.», de determinados trabajos de urbanización en la calle Colón, de Gandía, por encargo, en régimen de contrata, el Excmo. Ayuntamiento de dicha ciudad, el día 22 de junio de 1981, una máquina retroexcavadora, utilizada en esos trabajos por dicha entidad y conducida por uno de sus operarios, al actuar sobre el subsuelo de la citada calle y no haber recabado previamente información alguna acerca de la profundidad y demás características de las conducciones subterráneas, ocasionó daños en las líneas telefónicas existentes en dicho subsuelo, propiedad de la actora, aquí recurrida, Compañía Telefónica Nacional de España.

De los dos motivos a través de los cuales la entidad «Construcciones A., S. A.», articula el presente recurso, el primero de ellos lo formula al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el que textualmente denuncia «error en la apreciación de la prueba pericial y que demuestra la equivocación del juzgador que ha considerado en la sentencia recurrida que es manifiesta la culpa o negligencia en la realización de una obra, cuando de la misma prueba se demuestra que las indicaciones estaban a 60 y 150 metros del lugar de la obra», cuyo motivo ha de claudicar por las siguientes razones: a) Porque, como tiene declarado esta Sala con reiteración, los dictámenes periciales no tienen el carácter de documentos a los efectos del ordinal 4.º del

artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, por una parte, tanto el Código Civil, en su artículo 1.215, como la Ley Procesal Civil, en sus artículos 578 y concordantes, consideran la pericia y los documentos como medios de prueba distintos y, por tanto, no subsumible aquélla en la hipótesis que contempla el citado ordinal 4.º, y, por otra parte, la prueba pericial es apreciada por el juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a su dictamen, lo que impide que pueda denunciarse el error en su apreciación, sin previamente destruir, por el cauce del ordinal 5.º, la valoración que el juzgador haya realizado de ella; b) porque, en realidad, lo que a través de este motivo pretende la entidad recurrente combatir es la calificación, como culposos, que la Sala *a quo* hace de los hechos que sirven de punto de partida a tal calificación, lo cual es inviable por la vía del ordinal 4.º que ha utilizado, pues entre los requisitos integrantes de la culpa extracontractual o aquiliana, como ya tiene declarado esta Sala (Sentencias de 9 de junio de 1969, 20 de junio de 1984 y 19 de febrero de 1985, entre otras), «hay elementos de acusado matiz fáctico, como son la naturaleza y circunstancias de la acción u omisión y la realidad y cuantía del daño causado, y otros de predominante índole jurídica, tales como la culpa o negligencia y el elemento causal», por lo que, a diferencia de los elementos fácticos del primer grupo, cuya fijación es impugnabile por la vía del ordinal 4.º en los supuestos en que proceda, la calificación que se haga de los hechos, en cuanto integrante del segundo grupo de señalados elementos, como cuestión jurídica que es, solamente puede ser atacada por el cauce del ordinal 5.º y no por la del cuarto, como la recurrente ha pretendido a través del motivo que acaba de ser examinado.

El segundo y último de los motivos, que la recurrente formula al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mediante el que denuncia infracción, por aplicación errónea, de los artículos 1.253 y 1.902 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita con relación al primero de dichos artículos, ha de ser igualmente desestimado, en primer lugar, porque la sentencia recurrida no ha hecho aplicación alguna del artículo 1.253 del Código Civil, por lo que no ha podido incidir en infracción del mismo, pues no ha tenido que deducir hecho alguno de ningún otro antecedente, ya que los hechos que integran el soporte de la acción ejercitada (realización de unos trabajos de urbanización en la calle Colón, de Gandía, con una máquina retro-excavadora, propiedad de la entidad actora, con la que, al actuar sobre el subsuelo de dicha calle, y no haber recabado previamente información alguna acerca de la profundidad y demás características de las conducciones subterráneas, ocasionó daños en las telefónicas existentes en dicho subsuelo, propiedad de la Compañía Telefónica Nacional de España) aparecen directamente probados en los autos y su proyección jurídica escapa de la esfera puramente fáctica de la presunción, y, en segundo lugar, porque la calificación, como culposos, de los expresados hechos, que hace la sentencia recurrida, al igual que antes había hecho la del Juez de Primera Instancia, es la que corresponde a una ortodoxa y correcta interpretación y aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, según la reiterada doctrina de esta Sala recaída en casos análogos al presente (Sentencias de 26 de junio de 1984, 17 de diciembre de 1985 y 17 de febrero de 1986, entre otras), ya que la culpa o negligencia de la entidad deman-

dada, aquí recurrente, es evidente al llevar a cabo los trabajos de excavación en la calle Colón, de Gandía, sin adoptar las pertinentes precauciones, conociendo o debiendo conocer la existencia en su subsuelo de las conducciones telefónicas que luego resultaron dañadas, no sólo por la existencia a 60 y 150 metros del lugar de los daños de sendas tapas indicadoras de una instalación telefónica, sino porque en todo suelo urbano es previsible la existencia de conducciones subterráneas de agua, electricidad o teléfono, lo que patentiza la conducción culposa de la entidad autora del daño, al no emplear la diligencia que le era exigible atendida la naturaleza de la actividad que iba a desarrollar y que correspondía a las circunstancias del lugar en que tal actividad había de ejecutarse, sin que para ello se requirieran admoniciones o advertencias especiales, por ser normal, como acaba de decirse, que por el suelo urbano discurran conducciones subterráneas de la clase expresada, hecho que no está sustraído al conocimiento exigible al hombre medio y, mucho menos, a un profesional de la actividad desarrollada por la entidad recurrente.

R. DE A.

SOCIEDAD CIVIL. EXTINCION POR TERMINACION DEL NEGOCIO QUE CONSTITUYE SU OBJETO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 28 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.—La sentencia aquí impugnada, dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, después de aceptar sustancialmente los considerandos de la del Juzgado de Primera Instancia de Antequera, la confirma íntegramente, en cuanto la misma estima todas las pretensiones declarativas y condenatorias (salvo la atinente a la imposición de las costas) postuladas en la demanda original del proceso promovido por el actor, aquí recurrido, don José María C. B., contra su hermano, el demandado, aquí recurrente, don Manuel C. B., siendo, en esencia, los presupuestos fácticos en los que se apoyan las dos coincidentes sentencias los siguientes: *a)* Mediante documento privado de fecha 15 de septiembre de 1967 los dos referidos hermanos constituyeron entre sí una sociedad civil particular, de duración ilimitada, aunque podría ser disuelta, en cualquier momento, por acuerdo de ambos socios. *b)* El objeto de dicha sociedad era la explotación del negocio de distribución de butano en la zona de Antequera, de la que oficialmente aparecía como concesionario-distribuidor don Manuel C. B., siendo el porcentaje de participación, tanto en la propiedad de los elementos materiales y enseres necesarios para la explotación de dicho negocio, como en las pérdidas y ganancias, del 50 por 100 para cada uno de los dos referidos y únicos socios. *c)* En las fechas de iniciación del proceso a que este recurso se refiere y en las de pronunciamiento de las dos referidas sentencias continuaba existiendo y vigente la mencionada sociedad, por cuanto aún se mantenía subsistente el negocio que sirve de objeto a la

misma, a partir de no haber concurrido ninguna otra causa determinante de la extinción de dicha sociedad.

De los dos motivos a través de los cuales el recurrente don Manuel C. B. articula el presente recurso, debe ser analizado en primer lugar el segundo de ellos, que es el que verdaderamente guarda relación con la cuestión litigiosa, pues el primero se refiere a un tema totalmente ajeno a dicha cuestión, como después se verá.

El segundo de dichos motivos aparece formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con el mismo denuncia el recurrente violación, por indebida aplicación, del inciso primero del artículo 1.680 del Código Civil, y, por no aplicación, del inciso segundo del mismo precepto y del número 2.º del artículo 1.700 del referido Código, para lo cual aduce que, al no haberse convenido entre las partes un plazo de duración para la sociedad objeto de litis, la misma se extinguió al terminar el negocio que le sirve de objeto, terminación que entiende el recurrente se produjo en 23 de junio de 1983, pues en esa fecha, para poder continuar siendo concesionario-distribuidor de Butano en la zona de Antequera, no bastó con las prórrogas, una expresa y las demás tácitas, que hasta entonces se habían venido produciendo del primitivo contrato de concesión de 14 de junio de 1960, sino que tuvo necesidad de celebrar otro contrato con la entidad concedente, «Butano, S. A.», motivo éste, en cuanto carente de toda consistencia jurídica, que ha de claudicar, pues el negocio que sirve de objeto a la sociedad litigiosa, que es exclusivamente la explotación de la actividad comercial de distribución de butano de la que es concesionario-distribuidor don Manuel C. B., continúa plenamente subsistente, siendo totalmente indiferente, al expresado objeto, el que la conservación de dicho título de concesionario la haya mantenido mediante sucesivas prórrogas del primitivo contrato de concesión de 14 de junio de 1960 o que, para ello, en 23 de junio de 1983, tuviera que celebrar otro contrato con la entidad concedente, pues dicha forma de conservación del título de concesionario no fue tenida en cuenta para nada en el contrato social celebrado entre los hermanos aquí litigantes, que solamente señaló como objeto de la sociedad entre ellos constituida la expresada actividad comercial, que ha continuado subsistiendo, sin solución alguna de continuidad, desde la fecha de celebración del mencionado contrato social.

Mediante el primer motivo, de los dos únicos que ha articulado, y que igualmente formula al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia violación, por indebida aplicación de los artículos 1.203-1.º, 1.204 y 1.281 del Código Civil, tratando de argumentar que el primitivo contrato de concesión de 14 de junio de 1960, que había venido subsistiendo, a través de sucesivas prórrogas, hasta el 23 de junio de 1983, quedó extinguido en esta última fecha, pues en ella, para poder conservar el título de concesionario-distribuidor de Butano en la zona de Antequera, hubo de celebrar con la entidad concedente un nuevo contrato en la fecha últimamente citada, motivo que igualmente ha de fenecer, pues el tema relativo a la naturaleza de novación extintiva o simplemente modificativa que el segundo contrato de concesión haya podido tener con respecto al primero, que en todo caso afectará únicamente a las relaciones existentes entre el concesionario y la entidad concedente, es totalmente ajeno a la cuestión litigiosa aquí

debatida, ya que, cualquiera que sea la expresada naturaleza, lo cierto es que, al haber conservado don Manuel C. B., sin solución de continuidad, el referido título de concesionario-distribuidor, se ha mantenido subsistente el negocio de distribución de butano en la zona de Antequera, que es lo que exclusivamente constituye el objeto de la sociedad constituida entre los dos hermanos aquí litigantes.

R. DE A.

*TRANSPORTE AEREO: ARTICULO 12 DEL CONVENIO DE VARSOVIA
(SENTENCIA DE 18 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.—Procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la entidad recurrente «H., S. A.», al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula, con base en pretendido error en la apreciación de la prueba, considerando al respecto los documentos que obran en autos no contradichos por otros elementos probatorios, porque habiendo sido tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora de instancia para llegar a la solución que acoge en la sentencia recurrida, realizando con soporte en ellos actividad interpretativa en cuanto a su alcance jurídico, no pueden ser reveladores del error aducido en el motivo que se examina, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 20 de febrero, 26 de octubre y 16 de noviembre de 1981, 12 de julio, 10 de diciembre y 18 de septiembre de 1985, y 31 de enero y 24 de junio de 1986, conduciendo a que lo en realidad pretendido por la mencionada entidad recurrente es tratar de llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, lo que es impropcedente en casación, cuya esencia no es configurada como una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si a la vista de los hechos objetivamente reconocidos por el Tribunal de Instancia, constatados por el resultado de los medios de prueba examinados, no alterables por apreciaciones subjetivas del recurrente ni contradicho por aspectos documentales no tenidos en cuenta en la resolución impugnada que desvirtúe, sin duda alguna, la apreciación fáctica del órgano jurisdiccional que la dictó, es o no adecuada la apreciación jurídica establecida, según proclaman, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1984, 31 de marzo y 21 de mayo de 1985 y 20 de abril y 17 de octubre de 1986.

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo 2.º, fundamentado, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con cita a tal fin del artículo 12 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de enero de 1930, modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955, al que se adhirió España en 6 de diciembre de 1965, y supletoriamente por las normas de la Ley de Navegación Aérea 48/1960, de 21 de julio, y el artículo 1.124 del Código Civil, puesto que la recurrida sentencia, en orden al cumplimiento de las obligaciones contractuales con-

venidas entre «S., S. A.», y «C.A.T.I., S. A.», en manera alguna desconoce, ni niega, el derecho que el referido artículo 12 del Convenio de Varsovia reconoce al expedidor de disponer de la mercancía retirándola, deteniéndola o modificando su destino, sino que, precisamente amparándose en esa normativa, delimita el alcance y efectos del ejercicio de esos derechos en relación con la mercancía afectada y a la postura mostrada por dicha entidad expedidora «S., S. A.», frente a la porteadora «C.A.T.I., Sociedad Anónima», en cuanto la recurrida sentencia reconoce es reveladora de incumplimiento por parte de «S., S. A.», de determinados requisitos condicionantes por el indicado artículo 12 del Convenio de Varsovia para la producción de normales efectos el derecho de detención de la mercancía objeto de transporte; y aparte, asimismo, de que la indicada entidad «S., S. A.», según también reconoce la resolución impugnada, prestó su autorización en México, localidad de definitivo destino para que la expresada mercancía, fuera entregada al consignatario, convalidando así con actos propios la indicada expedición de mercancía.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. DOCTRINA DEL RIESGO EN UN INCENDIO
(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 no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La autoría de las personas jurídicas en la comisión de hechos ilícitos ha sido sumamente controvertida desde hace muchos años, sin que se haya llegado a una solución pacífica y últimamente se ha replanteado su estudio a nivel del Consejo de Europa.

Por lo que afecta a nuestra patria, en el orden punitivo se llegó a una fórmula que vio su consagración en el artículo 15 bis según la redacción dada por la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, al reputar sujeto activo de delito al que actuare como directivo de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.

En cambio, en el orden puramente civil o de Derecho privado, es lo cierto que no existe una teoría general sobre la autoría o participación en los actos ilícitos civiles; pero cuando de responsabilidad de una persona jurídica se trata, son valederas, en esencia, las mismas connotaciones que se han indicado anteriormente para la supuesta autoría penal de las sociedades, desplazando la misma sobre el gerente o representante legal de la entidad y sin perjuicio, claro está, de asumir la propia persona jurídica la responsabilidad patrimonial.

Finalmente, igual solución ha de admitirse para las llamadas uniones sin personalidad jurídica, decantando la responsabilidad personal hacia los gestores o representantes de hecho.

En el supuesto enjuiciado, la sentencia de primera instancia resuelve el problema por la vía de los artículos 1.907 y 1908, aplicando así una pura responsabilidad objetiva para depurar la que se deriva del incendio del inmueble propiedad del ahora recurrente y ocupado por una sociedad anónima, todo ello, sin necesidad de profundizar en la idea matriz de que no hay responsabilidad sin culpabilidad, con invocación expresa del artículo 1.902 del Código Civil.

En cambio, la de segunda instancia, y que es propiamente objeto de impugnación por vía de recurso y por el cauce formal del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se apela tanto a la doctrina de la inversión de la carga de la prueba como a la doctrina del riesgo para llegar a la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil.

En una primera tesis de urgencia habrá de convenir que no puede satisfacer la teoría de la simple inversión de la carga de la prueba en supuestos como el ahora controvertido, en que el demandado y recurrente no es más que dueño del inmueble que disfruta una sociedad anónima a título de arrendamiento y como poseedor inmediato, ya que lo contrario sería vulnerar de forma patente el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Sin embargo, y conforme a la teoría del riesgo y a cuanto se ha dicho anteriormente, la responsabilidad del demandado es evidente, aun no conociéndose el origen del incendio, pero sí la existencia y voracidad del mismo si se tienen en cuenta elementos tan evidentes de imputación a título indicado con anterioridad, como son que el asegurado antes y después del incendio era el demandado y hoy recurrente y que fue quien cobró la indemnización de la compañía aseguradora y que entre los objetos asegurados estaban los de la propia actividad comercial de la sociedad anónima posteriormente constituida a la suscripción de las pólizas de seguros, ya que éstas no se renovaron después; que era el hoy recurrente quien ostentaba poderes especiales desde el mes siguiente a la fecha de constitución de la sociedad anónima, que fue quien aportó a la misma su propio negocio y suscribió ocho mil acciones de un total de ocho mil cien.

A su vez, para robustecer la tesis de la sentencia de instancia, patrocinadora de la condena del recurrente, se destaca que se trataba de una empresa de venta al por menor de mercaderías fácilmente combustibles, con estanterías de madera y enmoquetado de gran parte del suelo, destacando la antigüedad de los locales y la previsibilidad de un incendio, y su posible propagación, para acabar afirmando que había insuficiencia patente de extintores y falta de salidas suficientes.

En consecuencia, procede la desestimación del único de los motivos del recurso, formulado en los términos de que ya se hizo mérito, con los consiguientes pronunciamientos que ello comporta.

R. DE A.

TERCERIA DE DOMINIO: YATE A NOMBRE DE UNA SOCIEDAD ANONIMA. FRAUDE DE LEY (SENTENCIA DE 28 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.—Como antecedente originario de la cuestión litigiosa debatida en el presente recurso de casación, es de citar el procedimiento que sobre alimentos provisionales se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia de Haro a solicitud de doña Consuelo Z. M. contra su marido don Angel S. C., con número de registro 60/1979, en cuyas diligencias de ejecución de sentencia se embargó, el 15 de julio de 1982, como supuesto bien del marido, una determinada embarcación de recreo denominada «X.», que había sido adquirida en escritura notarial de 30 de marzo de 1976, otorgada en calidad de comprador por el citado señor S. C., quien actuó como administrador único de la sociedad «A., S. A.», y en nombre y representación de la misma, quedando registrada la embarcación en la Capitanía del Puerto de Avilés, perteneciente a la Comandancia Militar de Marina de Asturias-Gijón, e inscrita a nombre de la referida sociedad. A consecuencia del embargo descrito, la susodicha sociedad promovió ante el Juzgado de Haro demanda de tercería de dominio contra doña Consuelo Z. M. y don Angel S. C., interesando se declarase su derecho de propiedad sobre la embarcación y se levantase la traba sobre la misma, compareciendo únicamente en el procedimiento doña Consuelo, para oponerse a la demanda a fin de que se declarase desistida o se desestimase por no existir embargo completo y perfecto sobre la embarcación y, para en su caso y con estimación de la reconvencción que formulaba, hecha extensiva al demandado señor S. C., se declarase que aquella no era propiedad de la sociedad tercerista, sino del meritado señor, siendo nula y sin ningún valor, ni efecto, la representación que de dicha sociedad se atribuyó en el contrato de compra-venta de la embarcación, instrumentado en la escritura notarial antes mencionada, y, con alzamiento de la suspensión, prosiguiese el apremio. Tramitado el procedimiento, el Juzgado, por Sentencia de 17 de noviembre de 1984, estimó la demanda de tercería y declaró que la embarcación era propiedad de la sociedad actora, decretando el alzamiento de su embargo, pero dicha resolución, en trámite de apelación, fue revocada por la dictada, en 2 abril de 1986, por la Sala de lo Civil de la Excm. Audiencia Territorial de Burgos, en los siguientes sentidos: *a)* Desestimar la demanda de tercería; *b)* estimar la reconvencción, declarando que la embarcación no era propiedad de la sociedad tercerista, sino del ejecutado señor S. C., siendo nula y sin ningún valor la representación que se atribuyó de aquella sociedad en el contrato de compra-venta, y *c)* alzar la suspensión y proseguir el procedimiento de apremio. Y contra esta segunda sentencia y por la representación de «A., S. A.», se interpuso el recurso de casación, a través de cuatro motivos formulados a tenor de los números 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primer motivo del recurso se ampara en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal para denunciar «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos

probatorios», con el propósito de poner de manifiesto los padecidos en el cuarto razonamiento jurídico de la sentencia recurrida, si bien, de la relación ofrecida en el motivo, el estudio habrá de limitarse a los errores que se vinculan a cita documental, pues extenderle a aquellos otros carentes de aporte documental supondría contrariar la naturaleza del expresado ordinal, por tanto, los errores a analizar son: «el yate «X.» fue adquirido por don Angel S. C., «ambos hermanos crearon varias sociedades anónimas... y, concretamente, «A., S. A.», y «la entidad tercerista, cesando don Angel como administrador y siendo sustituido por la citada doña Rosario E.». El motivo deviene inviable por las siguientes consideraciones: a) en el extremo tercero del cuarto razonamiento de la sentencia, no se desconocen ni la escritura notarial de compra-venta de la embarcación, de 30 de marzo de 1976, ni la inscripción registral de la misma en la Capitanía del Puerto de Avilés, sino que, uno y otro documento, son mencionados explícitamente pero se les enjuicia y valora como demostrativos de situaciones jurídicas «aparentes», y ello, en función de las «alegaciones y pruebas de autos», que, como se recoge en la iniciación del repetido razonamiento, «permiten y obligan establecer como perfectamente acreditados los siguientes extremos», de aquí, que el juicio de valor emitido acerca de aquellos documentos queda sustraído del control casacional por los supuestos de error amparados en el ordinal 4.º; b) de la certificación del Registro Mercantil sobre la sociedad «A., S. A.» (folios 84 a 102) se desprende que esa sociedad no fue constituida originariamente por los hermanos S. y que don Angel no aparece como socio de la misma, siendo nombrado administrador único por acuerdo de la Junta General Universal de 26 de octubre de 1973 (f. 101), correspondiendo a don Jesús la titularidad de todas las acciones de la sociedad, como se expresa en la escritura de su disolución, de fecha 27 de septiembre de 1979 (fs. 14 a 22), revelador todo ello de que el extremo cuarto del reiterado razonamiento se asignara equivocadamente la creación de la sociedad a los mentados hermanos y la condición de socio a don Angel, sin embargo, tales inexactitudes carecen de relevancia a los fines de configurar un error fáctico, con el alcance que pretende el recurrente, en cuanto que lo verdaderamente trascendente respecto de «A., S. A.», fue la afirmación, entre otras, de su control, gobierno y dirección por don Angel desde el día 26 de octubre de 1973, que no ha sido combatida casacionalmente, y c) de la escritura de disolución de la sociedad y de la aceptación del cargo otorgada por doña Rosario E. S. (fs. 30 a 32) se deduce que el cese de don Angel como administrador y el nombramiento de doña Rosario como liquidadora única tuvieron lugar en 31 de agosto de 1979, y que dicha señora aceptó el cargo en 6 de junio de 1983, cuyos datos y fechas se recogen en el extremo quinto del razonamiento cuarto de la sentencia, sin que la aseveración de que don Angel fuera sustituido por doña Rosario, posibilite la estimación de error por parte del Tribunal *a quo*, atendida la circunstancia del transcurso de casi cuatro años hasta la aceptación del cargo de liquidadora, pues, aparte de la intrascendencia de semejante imputación, es lo cierto que en la fase de disolución de una sociedad, el liquidador viene a sustituir al administrador a todos los efectos, sin que el cargo del segundo pueda quedar revitalizado por el hecho de que el primero demorara su aceptación.

El segundo motivo se acoge también al ordinal 4.º para invocar un error que se dice producido en el segundo fundamento jurídico de la

sentencia, al afirmarse, con referencia a la reconvencción, que «es decir claramente se pidió la declaración de nulidad de la compra-venta», cuando la realidad, derivada de la lectura de la demanda reconvenccional es opuesta a esa afirmación, ya que en su suplico se solicitó que «se declare que la mencionada embarcación no es propiedad de la sociedad tercerista «A., S. A.», en liquidación, sino del ejecutado don Angel S. C., siendo nula y sin ningún valor ni efecto la representación que de dicha sociedad se atribuyó en el contrato», con lo cual, en opinión del recurrente, ha existido incongruencia entre lo solicitado y la concesión que efectúa la sentencia, ahora bien, esta argumentación resulta inadmisibile en un motivo incardinado en un supuesto de error, pues el tema de la incongruencia viene reservado para el ordinal 3.º del artículo 1.692; «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia», pero es que, además, tanto en el fundamento segundo de la sentencia como en la parte dispositiva de la misma, se reproduce en su literalidad los términos del suplico de la reconvenccional y, por otro lado, la afirmación hecha en aquel fundamento, no dejó de representar una simple inexactitud conceptual, sin influencia alguna en el modo de resolverse la cuestión litigiosa y sin reflejo en el fallo, puesto que lo declarado nulo y sin ningún valor en éste, fue la representación que don Angel se atribuyó en el contrato de compra-venta, por lo que, atendiendo a cuanto ha quedado dicho y sin precisar de mayores razonamientos, se origina el pericimicnto del motivo analizado.

Los dos restantes motivos, tercero y cuarto, se acogen al ordinal 5.º del artículo 1.692, «infracción de las normas del ordenamiento jurídico», para alegar, de modo respectivo, incumplimiento del artículo 2.º del Código Civil, por invocación indebida del derogado artículo 4.º, párrafo primero, e inaplicación del artículo 1.214, en relación con el 348, también de dicho Código, alegándose, asimismo, en el cuarto, infracción de la jurisprudencia, en especial la doctrina de la Sentencia de 22 de junio de 1982. Se razona en el tercero que la alusión al derogado artículo 4, contraría el vigente 2 del texto civil, de forma específica, su número 3, esto es, el principio de la irretroactividad de las leyes, y de forma general los demás números, pero la argumentación carece de base, no ya porque, de ser cierta, ello no guardaría ninguna relación con el meritado principio, sino, esencialmente, porque la Sala de Instancia no hizo aplicación del meritado precepto, pues el observado, en sus fundamentos tercero y sexto, fue el actual 6.4 del Código, realizando en el tercero un estudio sobre la doctrina científica patria que, interpretando el antiguo 4, párrafo primero, «había ya establecido, como una especie de los actos contrarios a la Ley, los actos en fraude de Ley», «doctrina avalada por constante y reiterada jurisprudencia y que tuvo consagración legal, con carácter genérico, en el artículo 6.4».

Las alegaciones formuladas en el cuarto motivo, giran en torno a los requisitos que debe comportar el éxito del ejercicio de una acción reivindicatoria, implícita en las tercerías de dominio, los que, a juicio del recurrente, quedaron plenamente probados y su falta de estimación en la sentencia, supuso la inaplicación de los artículos 1.214 y 348 del Código y de la doctrina jurisprudencial correspondiente. Al igual que en el anterior, esas alegaciones no son operantes al fin pretendido, casar la sen-

tencia, puesto que, como resultado de los hechos estimados acreditados, la sentencia, en su quinto razonamiento, llegó a la conclusión de no haberse justificado por la entidad tercerista el dominio del bien objeto de la tercería, por consiguiente, y por cuanto ha quedado expuesto, procede hacer decaer los dos motivos últimamente examinados.

R. DE A.

CONGRUENCIA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 21 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.—Se funda el primer motivo del recurso en el artículo 1.692, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en él se sostiene la incongruencia de la Sentencia de la Audiencia que, en opinión del recurrente, «debió corregir el fallo del Juzgado de Primera Instancia de Vinaroz en su punto segundo en cuanto condenaba a los demandados a otorgar escritura pública de venta relativa al otro chalet construido por los demandados, toda vez que en la demanda se pedía genéricamente otro chalet». La cita literal del argumento utilizado pone de manifiesto la inconsistencia del motivo frente a la adecuada y conveniente concreción de la resolución judicial impugnada, debiendo recordarse en todo caso que es doctrina reiteradísima y plenamente consolidada de la Sala que la congruencia viene determinada por una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y a los supuestos básicos en que descansan, pero no por una literal conformidad entre ambos términos de la relación, no pudiéndose sostener la existencia de incongruencia cuando no se otorga más de lo pedido, no existe *reformatio in peius* ni se desvirtúa la petición del suplico de la demanda.

El segundo motivo, formulado al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia de forma totalmente improcedente «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos», limitándose el recurrente a disentir de la sentencia recurrida tratando de sustituir con su criterio el del juzgador de instancia y con manifiesto olvido de la reiteradísima doctrina de esta Sala, que por harto conocida nos exime de puntual cita, según la cual para la viabilidad casacional del cauce reconocido en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es necesario señalar concreta y específicamente el documento o documentos básicos de que se trate, que éstos no hayan sido ponderados e interpretados por el Tribunal de instancia y que en sí mismo contengan datos reveladores del supuesto error sin necesidad de ser sometido a deducciones o interpretaciones. El fracaso del motivo es patente, pues nada tiene que ver el análisis crítico que el recurrente hace de los fundamentos de Derecho de la sentencia de la Audiencia con esa elemental e inexcusable exigencia de delimitación y concreción del documento o documentos propiamente tales (no sentencia ni actos procesales de parte documentados en el procedimiento) que sean contundentes e indubitados *per se* y evidenciadores, sin necesidad de acudir a interpretaciones, deducciones o hipótesis,

de lo contrario a lo afirmado o negado en la sentencia cuyo error se denuncia por el citado cauce del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Igual suerte desestimatoria merece, en fin, el tercer motivo fundado en el artículo 1.692.5 de la Ley Procesal y en el que textualmente se denuncia «inaplicación del artículo 1.124 del Código Civil, párrafo 1.º, y punto 1.º del párrafo 2.º». El motivo, ciertamente falto de rigor y adecuación, está formulado con tal grado de generalización y falta de razonamiento en cuanto a su pertinencia y aplicabilidad del precepto que se dice infringido al supuesto litigioso que debe ser por ello resueltamente desestimado.

R. DE A.

CONTRATO DE COMPRAVENTA: PRECIO INFERIOR AL IMPUESTO OFICIALMENTE (NO ES APLICABLE) (SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Alfonso Barcala Trillo Figueroa.

1. Don José A. S. promovió ante al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo demanda de menor cuantía contra la Sociedad «Empresa Nacional Siderúrgica, S. A.», y en anagrama «Ensidesa», en reclamación de la cantidad de 19.887.279 pesetas, derivada del suministro de mixtos de carbón con destino a la central térmica que la entidad demandada poseía en la localidad de Avilés, cuya demanda fue desestimada por Sentencia de 19 de abril de 1985, siendo revocada la misma, en 8 de octubre siguiente, por la Sala de lo Civil de la Excm. Audiencia Territorial de Oviedo, que condenó a la referida Sociedad al pago de la suma objeto de la reclamación, y contra esta segunda resolución se interpuso el presente recurso de casación por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amparado en cinco motivos formulados a tenor de sus ordinales 4.º y 5.º, quedando centrada, sustancialmente, la cuestión litigiosa en la aplicación o no al suministro hecho mención de la Orden Ministerial de 25 de abril de 1983, dictada por el Ministerio de Industria y Energía.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso, por vía del ordinal 4.º, invoca error en la apreciación de la prueba, con base en los documentos aportados al contestar la demanda, numerados del 1 a 16, y en la certificación de la Oficina de Compensaciones de la Energía Eléctrica (OFICO) de 1 de abril de 1985, acreditativos de que «la llamada Central Térmica de Ensidesa», pese a la confusión que pudiera suscitar su nombre, elegido convencionalmente para identificar la instalación a efectos meramente organizativos e internos, es, en realidad, una instalación compleja, con la misión primera y principal de producir viento para el soplado de los hornos altos y vapor para el conjunto de las instalaciones, consumiéndose únicamente la tercera parte del combustible utilizado en la producción que, con carácter residual, se obtiene de energía eléctrica

destinada, en su totalidad también, al consumo interno de la factoría», y demostrativos, en opinión de la parte recurrente, del error padecido en la Sentencia del Tribunal *a quo* al afirmar, en el primero de sus fundamentos jurídicos, que «el aumento de precio solicitado por el actor, correspondía a carbón suministrado a la central térmica de la empresa demandada», postulándose, en consecuencia, la supresión de la referencia que a la central térmica se hacía en el citado fundamento, para ser sustituida por la de que el suministro de carbón se realizó a la empresa demandada.

La formulación del primer motivo, atendida en sus propios términos, revela la inoperancia e intrascendencia del mismo, pues, realmente, la fundamentación de la sentencia no sufriría ninguna modificación por la circunstancia de que se aludiese al carbón suministrado a la empresa demandada, en tanto que no cabe olvidar que, en cualquier caso, el carbón se destinó para el servicio de una central térmica, actividad que no puede desconocerse en la entidad recurrente, aun cuando no constituyese, dentro del conjunto complejo de las instalaciones, su principal y primera misión, y tal actividad se desprende, de manera inequívoca, de la propia documentación citada en el motivo, de la certificación del ingeniero de minas afecto al servicio de industria de la Consejería de Industria y Comercio del Principado de Asturias y de la documentación comprensiva de los pedidos-contratos remitidos por «Ensidesa» al actor, adjuntada la demanda como documentos números 1 a 9, 25 a 27 y 99 a 102, lo que determina, en definitiva, la desestimación del motivo estudiado.

El segundo motivo, por la vía del ordinal 5.º, denuncia infracción de las Ordenes Ministeriales de 25 de febrero de 1977 y 25 de abril de 1983, en cuanto que la sentencia impugnada, en el segundo de sus fundamentos jurídicos, vino en razonar que «lo anterior no puede ser alterado por lo establecido en el contrato-pedido número 230.573, de fecha 18 de mayo de 1983, al establecer, en cuanto al valor fijado, otro distinto al oficialmente impuesto. No puede la demandada, como se dijo, modificar o dar una valoración diferente a la fijada para el mismo en la antedicha fórmula y por eso, en lo que respecta al citado valor, es ineficaz lo consignado en aquél». Verdaderamente, en este motivo se centra y perfila la controversia litigiosa, es decir, la posibilidad de variar contractualmente los precios fijados para los carbones termoeléctricos en las disposiciones oficiales, sobre lo cual es oportuno puntualizar, como presupuesto previo, que, por lo dicho en el precedente fundamento, tales disposiciones son aplicables al suministro de autos. Antecedente obligado para resolver la controversia es el Decreto 2695/1977, de 23 de octubre, sobre medidas relativas a la política de precios, cuyas directrices, según su exposición de motivos, fueron las siguientes: equilibrar la economía española a corto plazo; vigilar los mecanismos de formación de los precios, particularmente los de los productos estratégicos y de aquellos que se formen bajo condiciones monopolísticas, para evitar la introducción de componentes perturbadores del objetivo propuesto de reducir la tasa de inflación; y eludir los riesgos que podrían derivarse de la brusca ausencia de la intervención de la Administración en la actual situación económica. Pues bien, atendiendo a las susodichas directrices y al contenido del articulado del Decreto, es de llegar a la conclusión de que el régimen de precios autorizados establecido para los bienes y servicios incluidos en el anexo 1, entre los que se encuentran la «hulla

y lignito destinados a centrales térmicas», no puede ser modificado por las empresas y los particulares que contraten sobre los mismos, situación que persiste en tanto continúe funcionando la intervención administrativa respecto a tales bienes y servicios y no hayan sido objeto de plena liberalización comercial, y esto, que deviene indiscutible para el aumento de los precios sobre los fijados oficialmente, como explícitamente se desprende de los artículos 1 y siguientes del Decreto, plantea el problema de si la indisponibilidad contractual se extiende, asimismo, en punto a la fijación de precios por nivel inferior al oficial, cuya solución no puede tener tratamiento distinto, ya que de admitir la libertad contractual para «la compra a la baja» podría originar situaciones de competencia desleal y supremacía monopolística con detrimento de las empresas y particulares menos dotados y con ello cierto desequilibrio en la economía nacional.

El motivo que se está analizando plantea, a su vez, otra cuestión: si la Orden Ministerial de 25 de abril de 1983 modificó o no el valor «Po» de los carbones térmicos. Sobre ello es de decir, en primer lugar, que la orden no limitó su finalidad a la «distribución entre las explotaciones subterráneas» del complemento de precio para carbones destinados a centrales térmicas, sino que también hizo «fijación de nueva fórmula para determinación del precio del lignito negro», y, en segundo término, que la cuantía actualizada del valor «Po» se establece en general en 7.838 pesetas por tonelada (art. 2.1 de la Orden), si bien la forma distributiva del pago sería distinta para las empresas acogidas al SIFE (art. 2.2 de la misma), pero para las restantes, el precio de venta de las hullas y antracitas nacionales para centrales térmicas, habría de regirse por el así actualizado, sin que en el procedimiento existan méritos suficientes para excluir de la fórmula general a la sociedad recurrente, la que, por otra parte, no está integrada en el sistema SIFE, por consiguiente, al no incurrir la Sala sentenciadora en las infracciones denunciadas, ello produce el perecimiento del motivo.

R. DE A.

PRUEBA PERICIAL: SU DEFICIENCIA NO ES LO MISMO QUE SU AUSENCIA. APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Los cuatro motivos del presente recurso pueden ser incluidos a los efectos de su examen en casación en dos grupos; el integrado por los asentados en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea, los primero, tercero y cuarto, y el que se construye al amparo del número 4.º del mismo precepto. De acuerdo con referida construcción y siguiendo la técnica casacional que esta Sala tiene sentada, se comenzará con el estudio de los motivos cuyo sustentáculo procesal se encuentra en el citado número 3.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria,

examen que se efectuará conjuntamente, dado que en realidad su entorno y razón de ser vienen a girar sobre los mismos argumentos.

Así, en el motivo primero, lo alegado es que el Tribunal *a quo* ha «quebrantado las formas esenciales del juicio y muy especialmente la garantía de la defensa al no admitir en la segunda instancia que se practicara la prueba pericial incompletamente practicada en la primera instancia, lo que produce la indefensión de mi parte, infringiendo lo dispuesto en el artículo 862, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; en el motivo tercero se insiste sobre la misma idea, en cuanto su fundamento radica en que «la no práctica de la totalidad de la prueba pericial a que se alude en este recurso, ha producido a mi parte indefensión, al dejarse sin una prueba admitida y declarada pertinente, a mi parte, con infracción del artículo 697 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; por último, en cuarta motivación, «se denuncia dicha indefensión, puesto que vigente la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala de lo Civil, no ha subsanado este defecto que se viene apuntando de incompleta práctica de la prueba pericial base de este litigio, con infracción del artículo 243 de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial que se considera infringido».

Ninguna de dichas motivaciones puede ser aceptada, en cuanto parten de unos presupuestos que ofrecen a esta Sala una versión inexacta de lo acontecido respecto de la prueba pericial, a la vez que unas estimaciones de los preceptos reguladores de la misma completamente subjetivos y favorecedores, claro es, de la tesis que patrocinan los recurrentes. En efecto, para la resolución del tema planteado, debe tenerse en cuenta: *a)* que la litis que aquí concluye se practicó la prueba pericial solicitada por los actores ahora recurrentes; *b)* que admitida la prueba por ellos solicitada, los períodos de proposición y práctica se fijaron así: primer período del 1 al 26 de noviembre de 1984; segundo período, del 30 de noviembre al 26 de diciembre, todo ello en exacto cumplimiento de las normativas procedimentales; *c)* el último día del segundo período, o sea, el 26 de diciembre, se presenta por el perito arquitecto designado por insaculación su informe y ese mismo día, ante el Juez y a presencia de las partes, se le pidieron las aclaraciones que aquéllas estimaron convenientes; *d)* en el escrito de conclusiones de la parte actora se sugiere al Juzgador de instancia que a título de diligencia para mejor proveer se acuerde la realización de la prueba no practicada, lo que no se acordó; *e)* apelada la sentencia por los hoy también recurrentes, se interesa por éstos, al amparo del número 2 del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que como la prueba pericial por ellos solicitada no fue íntegramente practicada, se acuerde recibir el pleito a prueba para que el dictamen del arquitecto sea emitido con todos los conocimientos y consideraciones necesarios, lo que se deniega por auto de 13 de julio de 1985, «porque las deficiencias de un informe pericial no equivalen a la falta de prueba, sin perjuicio de las facultades de la Sala para mejor proveer». Dicha resolución no fue impugnada (art. 867-II de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Doctrina de la Sala.—Tomando como punto de partida los presupuestos que se dejan señalados en el precedente fundamento y siguiendo con el *iter* del razonamiento, cabe indicar: *a)* Que al construir sus argumentos, parecen no tener en cuenta los recurrentes la existencia del artículo 630 de la Ley de Ritos, que sirvió precisamente de base al auto de la

Sala *a quo* de 13 de julio de 1985, y dice: «No se repetirá el conocimiento pericial, aunque se alegue la insuficiencia del practicado, o no haya resultado acuerdo o dictamen de la mayoría». *b)* Que aun cuando el párrafo segundo de dicho precepto autoriza al Juez para, «cuando lo crea necesario», hacer uso de la facultad que le concede el artículo 340 de la Ley Procesal, a fin de acordar para mejor proveer que se amplíe o realice la pericia, ello es, como claramente aparece del citado artículo 630, una prerrogativa que se otorga al órgano jurisdiccional no sujeta a la crítica de la casación como tampoco lo está el acuerdo de las diligencias para mejor proveer por expresa disposición de la normativa vigente (art. 340-II de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y menos cuando, como en el caso aquí contemplado, ni el juzgador de instancia ni el de apelación lo creyeron necesario por estimar que el conjunto de las pruebas realizadas y el propio informe pericial practicado proporcionaba los presupuestos fácticos necesarios para pronunciar su fallo; y así, como se dice en la sentencia recurrida (considerando primero): 1) «aparece acreditado en los autos, fundamentalmente por la documental reconocida por los actores y por la misma prueba de confesión de los citados, sobre todo la del codemandado (*sic*) señor O. O., el presupuesto firmado por los litigantes, obrante al folio 247 y siguientes, ascendía de 10.767.800 pesetas —descontado el importe de la obra de carpintería, que corría a cargo del demandado—...». 2) «También está acreditada la entrega por parte del demandado de un total de 14.811.809 pesetas, por lo que los aumentos de obra no sólo los testifican la dirección técnica de la misma, sino que con tal entrega numeraria, superior al valor presupuestado, lo viene a corroborar el demandado». 3) «La única prueba existente en autos, que fuera contrastada objetivamente y no viniera preconstituida por las partes, es la pericial —arquitecto señor M. F.—. Incluso esta prueba es parcial, ya que no llega a cuantificar el importe y volumen de los mencionados aumentos llevados a cabo. Sirve, sin embargo, en cuanto totaliza lo realmente construido, es decir, tanto lo presupuestado inicialmente como las sucesivas ampliaciones. En ello se basa, precisamente, la sentencia para establecer que el demandado todavía adeuda una cantidad de 42.824 pesetas, diferencia existente entre lo entregado por él y lo estimado como valor total por el perito (14.854.633)».

De cuanto se deja expuesto aparece claro que: *a)* Existe la suficiente prueba (confesión, documental, testifical y pericial) para que el órgano judicial estime que puede dictarse sentencia sin necesidad de acudir a las diligencias para mejor proveer, siempre de restrictiva aplicación. *b)* En cuanto al que se estima infringido, artículo 697 de la Ley de Ritos, es preciso tener en cuenta que se trata de un precepto excepcional en orden a la práctica de la prueba, lo cual conduce a que su aplicación deba llevarse a efecto con restringido criterio, no siendo el aquí contemplado, no obstante la estimación de los recurrentes, uno de los supuestos en que hubiere debido ampliarse el plazo para su práctica, además de por lo expuesto, porque nada hacía prever ni era, por tanto, de razonable pronóstico que el perito designado no pudiera practicarla en el tiempo señalado, y ello sin olvidar tampoco que dicha ampliación no fue interesada por ninguna de las partes intervinientes. *c)* En cuanto el artículo 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que igualmente se dice infringido, es de reiterar lo dicho respecto del 697 de la Ley Rituaria, con el que se encuentra íntimamente conexionado. *d)* Respecto del artículo 862, núme-

ro 2.º; de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acontece lo mismo, no sólo por lo hasta ahora razonado, sino también porque las deficiencias que pueda haber en un informe pericial no equivalen a la falta de práctica del mismo. e) A su vez y en lo que a la denuncia indefensión se refiere, no ha existido, dado que se practicaron todas las pruebas propuestas por las partes, cuyo resultado, según ha quedado expuesto en el apartado b), números 1 a 3, del precedente fundamento, ponen de relieve cómo el Tribunal *a quo* estimó no sólo razonada y racionalmente, sino también con arreglo a los más estrictos principios de la Justicia conmutativa y distributiva y de la técnica procesal, que tenía datos fácticos suficientes para dictar la sentencia que aquí se combate, lo que no supone, como pretenden los recurrentes, indefensión y sí, simplemente, un no logro de las pretensiones por ellos interesadas en su escrito de demanda. f) Por último, es igualmente necesario poner de relieve que el defecto acusado, comprendido por razón de los ordinales de la Ley Rituaria en que se ampara entre los relativos a la infracción de las normas procesales que rigen los actos y garantías de dicha naturaleza, siempre que hayan producido indefensión para la parte, exigen, según el artículo 1.693 de la Ley de Ritos, que la subsanación se hubiere interesado oportunamente, lo que en el supuesto aquí contemplado no se ha producido, cual queda señalado en el apartado e) del fundamento 3 de esta sentencia.

R. DE A.

RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: NO HA LUGAR. INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR. NO HAY VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albácar López.

Promovida por don José María B. F. y su esposa, doña María Teresa M. L., ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lérida demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don José E. R. y don Alfredo P. P., quienes, a su vez, formularon reconvencción contra los actores principales, con fecha 24 de noviembre de 1983 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado de Primera Instancia el 28 de enero de 1981, se desestimaba la demanda y estimaba en parte la reconvencción, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley, y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: A) Que mediante documento privado de 12 de noviembre de 1982, don José María B. vendió al demandado, don José E. R., la finca rústica llamada «Paso de las ratas» en el precio de 6.000.000 de pesetas, conviniendo una forma de pago que recoge la cláusula 4.ª del aludido documento. B) Que el comprador se instaló en la finca y tomó posesión de ella a principios del año 1973. C) Que llegado el vencimiento del primer plazo de precio,

por importe de 1.500.000 pesetas, dicha suma fue abonada por el comprador al vendedor el 16 de marzo de 1973. D) Que en el contrato de compraventa el vendedor, señor B., se había atribuido la titularidad dominical exclusiva de la finca, si bien, por hallarse casado con doña María Teresa M. L., y al regirse su matrimonio por la sociedad legal de gananciales, tratándose de bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, la mitad indivisa de la misma correspondía a su referida esposa. E) Que llegado el día 8 de abril de 1974, fecha del vencimiento del segundo plazo, por importe de 1.500.000 pesetas, el comprador no abonó dicha cantidad, si bien antes de la indicada fecha pidió al comprador que le aclarase los extremos relativos a la titularidad de la finca. F) Que no consta que el vendedor diera satisfacción a los requerimientos del comprador, optando, sin embargo, por la resolución del contrato, lo que hizo saber al señor E. por conducto notarial el 30 de abril de 1974. G) Que posteriormente, el 5 de junio de 1974, doña María Teresa M. otorgó ante Notario su consentimiento para la venta, sin que aparezca acreditado que tal consentimiento fuera puesto en conocimiento del comprador hasta que se cursó el acta notarial de 15 de abril de 1975. H) Que anteriormente, el día 7 de julio de 1974, el comprador reitera, por conducto notarial, el requerimiento al vendedor para que aclarase los extremos relativos a la titularidad de la finca, que antes había hecho verbalmente, y puso a disposición del mismo el importe del segundo plazo del precio más los intereses correspondientes, cantidades que no fueron retiradas por el vendedor. I) Que posteriormente el señor B. reiteró sus requerimientos resolutorios, mientras que el comprador instó notarialmente el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, poniendo a disposición del vendedor la totalidad del precio pendiente, sin resultado positivo alguno (considerando 6.º de la Sentencia del Juzgado, expresamente aceptado por la resolución de la Audiencia). J) Que aun cuando es cierto que el comprador no abonó en la fecha del vencimiento —8 de abril de 1974— las tres letras correspondientes al segundo plazo e intereses, por un total de 1.725.000 pesetas, efectos que fueron debidamente protestados, también lo es que el 30 de abril del propio año requirió notarialmente la resolución al comprador, y no lo es menos: 1) Que el vendedor no cumplió debidamente lo que se había obligado, en tanto que no justificó la prestación del consentimiento uxorio, ya que la finca transmitida, según reconoció explícitamente, pertenecía a la sociedad de gananciales. 2) Después de realizado el requerimiento de resolución, de fecha 30 de abril de 1974, el señor B. llevó a cabo una serie de actos que demuestran un abandono de su voluntad de resolución del contrato. 3) No ha quedado patentizada una voluntad deliberadamente rebelde del comprador el cumplimiento de lo convenido (considerando 7.º de la resolución recurrida).

Doctrina de la Sala.—El motivo 9.º del recurso, que por afectar a los hechos debe ser estudiado con antelación a los demás, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador, alegándose por el recurrente que los documentos obrantes en autos, y concretamente la escritura de consentimiento uxorio de 5 de junio de 1974, así como de poder recíproco, de 7 del mismo mes y año, acreditan que el vendedor no incumplió su obligación de poner en orden y aclarar al comprador la titularidad de la finca y, sin perjuicio de que, como una

constante doctrina de esta Sala tiene aclarado que los documentos que obran en autos y han sido ya objeto de valoración por la Sala sentenciadora no tienen, a efectos de casación, el carácter de documentos auténticos, es lo cierto que, ni de los ya citados, ni menos aún de los también aludidos en el cuerpo del motivo, como las actas de protesto, e incluso la transcripción de la confesión judicial, que incluso carece de la calidad de prueba documental, se desprende, como sería necesario, de una manera directa y clara, la evidente equivocación sufrida por el Juzgado en la valoración de las pruebas, por lo que, al carecer de literosuficiencia probatoria, debe rechazarse este motivo, quedando incólume la declaración fáctica que opera la Sala de apelación relativa, tanto al incumplimiento del vendedor de su obligación de justificar su consentimiento uxorio, como las que se refieren al abandono de su voluntad de resolver el contrato y, finalmente, a la falta en el comprador de una voluntad rebelde al cumplimiento del contrato de compraventa.

El rechazo del motivo noveno comporta la desestimación de los anteriores, la que tendrá lugar en atención a las siguientes razones: A) El primero, que alega la violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial acerca de la reserva de dominio porque, en puridad de principios, tal doctrina, cuya aplicabilidad al supuesto que nos ocupa no es justificada por el recurrente, en modo alguno impide el razonamiento sostenido por la resolución de la Audiencia, ni el rechazo de la resolución contractual y consiguiente condena al cumplimiento del contrato que en ella se lleva a cabo. B) El segundo, que denuncia inaplicación de los artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil, en relación con el 1.504, apartado 2.º, del mismo Cuerpo Legal, alegándose en el mismo que la resolución recurrida utiliza el precepto del artículo 1.124, en lugar de aplicar el 1.504, que impide al Juez conceder al deudor plazos ulteriores de cumplimiento después del requerimiento resolutorio practicado al vendedor, porque no tiene en cuenta que, como anteriormente se expuso en el extremo y del fundamento primero, la Sala sentenciadora apreció como hecho probado, que después ha quedado inmutable, que el vendedor incumplió su obligación de justificar el consentimiento uxorio, obligación que resulta más exigible a tenor de lo estatuido en la cláusula 2.ª del pacto privado suscrito entre las partes de que el señor B., que se atribuye la titularidad de la finca, se obliga a justificar la misma «cuando sea preciso». C) Los motivos tercero y cuarto, que denuncian, respectivamente, violación por inaplicación del artículo 1.156 del Código Civil, que impide tener por pagada una deuda hasta que se haya entregado completamente la cosa debida, y los artículos 1.156, 1.174, 1.177 y 1.178 del mismo Cuerpo legal, que exigen para que el deudor se entienda liberado de la deuda determinadas operaciones como la puesta a disposición del acreedor de la cosa debida, e incluso la consignación, operaciones que se alega no fueron realizadas por el recurrente, porque la Audiencia Territorial en su Sentencia no basa la negativa a acordar la resolución contractual de la compraventa en el pago del precio por parte del comprador, que reconoce no haberse llevado a cabo, sino en el incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones contractuales, que le inhabilitan para solicitar tal resolución. D) El motivo 5.º, que pretende la infracción en cascada de los artículos 1.281 a 1.285, alegando que la Sala interpretó mal la cláusula 2.ª al exigir que el vendedor justificase su titularidad, porque correspondiendo a la Sala de Instancia la interpretación de las cláusulas contractuales, y habiénd-

dose de respetar el resultado de tal función, a no ser que pueda reputarse absurdo o ilógico, mal puede sostenerse que la resolución recurrida incurra en tales defectos cuando, tras de haberse requerido, siquiera sea verbalmente, al vendedor para que supla la titularidad de la finca vendida, justificando el consentimiento uxorio preciso por ser ganancial la finca de autos, no se lleva a cabo en principio tal suplemento de titularidad jurídica. E) El sexto, que sostiene la inaplicación del artículo 1.253 del Código Civil, y alega que de los hechos que constan en autos, entre ellos las actas de protesto de las letras impagadas, así como la falta de consulta al Registro, se deduce la necesidad de concluir por vía de presunciones, y al amparo de tal precepto que, la pretendida obligación de justificar la titularidad era tan solo un pretexto que encubría la voluntad de no pagar la finca porque, tal y como aprecia la Sala sentenciadora, al no hacer uso de tal presunción, no existe una conexión según las reglas del criterio humano entre tales hechos y la conclusión pretendida por el vendedor recurrente. F) El séptimo, por violación, por inaplicación del artículo 1.413, porque, aun cuando es cierto que la anulabilidad del contrato de compraventa por falta del consentimiento de la esposa demandada solamente podía ser solicitada por ella misma, también lo es que lo que el comprador alega en juicio no es tal anulabilidad, cuya acción no podía ejercitar, sino el temor a que su ejercicio por el titular de la misma abocara en la anulabilidad del contrato de compraventa que le privara de la finca. G) Y, finalmente, el octavo, por violación de la doctrina de los actos propios, al sostenerse en la resolución que se recurre que el señor B. realizó una serie de actos que demuestran el abandono de su voluntad de resolver el contrato, de una parte, porque este no es sino un razonamiento *ex abundantia* que opera la resolución recurrida para denegar la resolución contractual solicitada por el vendedor y que se apoya fundamentalmente en el incumplimiento por éste de sus obligaciones contractuales y, de otra, porque no puede entenderse que la Sala de apelación violara la citada doctrina de los actos propios cuando, partiendo de la atribución nominal que suponen las comunicaciones dirigidas por el vendedor al comprador que comporta sus requerimientos al pago de las contribuciones de la finca, practicadas con posterioridad al requerimiento de resolución, concluye el abandono de la voluntad resolutoria anterior, por lo que también debe decaer este octavo motivo.

R. DE A.

PRIVILEGIO SALARIAL. EL DEL ARTICULO 32.1 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. PLAZO DE PRESCRIPCION. NO REQUIERE NUEVO PLAZO PARA SU RECONOCIMIENTO JUDICIAL (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Matías Malpica González Elipc.

La temática a que se reduce el presente recurso es la de determinar

el mejor derecho del crédito salarial ascendente a 1.497.115 pesetas, importe de los salarios abonados a los trabajadores por el Fondo de Garantía Salarial correspondientes a agosto de 1980, dada la declaración de suspensión de pagos de la Empresa «I., S. A.», y que fueron los últimos días de trabajo de los obreros afectados, según consta en el acto de conciliación en el Instituto de Mediación de Arbitraje y Conciliación celebrada el 14 de noviembre del mismo año 1980, y ello en concurrencia con los créditos fiscales acumulados (contribución urbana y licencia industrial) que ostenta la Diputación Foral guipuzcoana y para cuya efectividad había publicado la subasta de los bienes embargados a la empresa citada, cuyo estado de suspensión había sido declarado por el Juzgado de Primera Instancia de Vergara con fecha 25 de mayo de 1980, y ello es así, porque aunque la dialéctica de fondo en el procedimiento comprendía mayores horizontes y cuestiones, al resolver la Sala *a quo* en el sentido de conceder la preferencia al crédito salarial en el que se había subrogado el Fondo de Garantía aquí tercerista y recurrido, al satisfacer por sustitución los créditos laborales a los trabajadores, dada la suspensión de pagos de su empresa, tal preferencia tan sólo se la reconoce la sentencia recurrida en cuanto al crédito inicialmente reseñado, rechazando la demanda de tercería en cuanto al resto de su contenido, lo que quiere decir que han quedado firmes sus pronunciamientos en cuanto al Fondo de Garantía demandante, ya que únicamente ha recurrido en casación la demandada Diputación Foral de Guipúzcoa con la pretensión de que el párrafo 6.º del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores se aplique a ultranza señalando que las preferencias de los párrafos 1, 2 y 3, incurrirán también en prescripción, por cuya causa combate en el único motivo a dicha cláusula que no ha hecho extensiva al crédito tantas veces aludido la prescripción por su carácter de crédito privilegiado absoluto.

Doctrina de la Sala.—Aparte de las fechas precedentemente reflejadas, lo son también de interés procesal: a) El 25 de junio de 1981 adopta el Fondo de Garantía acuerdo, previa propuesta de 3 de abril del mismo año, de satisfacer las cantidades reconocidas en el acta de conciliación del IMAC de 14 de noviembre del año anterior, subrogándose consecuentemente en los derechos y créditos laborales en la forma, cuantía y modo señalado en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores que inició su vigencia el 15 de marzo de 1980. b) La Diputación Foral de Guipúzcoa había practicado anotación preventiva señalada con la letra C) sobre la finca registral número 1.948 de Mondragón el 29 de noviembre de 1979 y la anotación señalada con la letra G) el 25 de marzo de 1982 en garantía de los débitos fiscales acumulados de la misma empresa. c) El 20 de mayo de 1983 el *Boletín Oficial de Guipúzcoa* anunciaba la convocatoria de subasta del inmueble embargado. d) El Fondo de Garantía promovía en vía administrativa tercería de mejor derecho ante la Hacienda Foral el 8 de julio de 1983 y el 21 de octubre de 1983 la demanda de tercería en la vía judicial ordinaria.

Desde luego, el artículo 33.5 del Estatuto de los Trabajadores, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto-ley de 16 de febrero de 1978, de reforma del Fondo de Garantía Salarial, le reconoce el derecho de subrogación que concordantemente con el artículo 1.210 del Código Civil le confiere el hecho de asumir las obligaciones laborales

contraídas por la empresa en los casos de impago que en dichos preceptos se prevén y como quiera que esa subrogación acontece en las mismas condiciones jurídicas de todo orden que adornen los créditos laborales, quiérese decir que, ejercitada la acción de reconocimiento del crédito salarial dentro del año (art. 59 del ET), automáticamente queda investido el crédito reconocido de las preferencias y privilegios conferidos por las leyes, y si el artículo 32.6 del Estatuto exige también un año para la homologación judicial de esa preferencia, ello podrá proclamarse, en buena hermenéutica, respecto de otros créditos salariales, pero no al que se contempla en el párrafo 1 de dicho precepto, que por su naturaleza de absoluto, e intangible o, como dicen la Sentencia de 28 de enero de 1983, «super-privilegiado», no está sujeto a un nuevo plazo de prescripción en punto al reconocimiento de esa preferencia de la que ya viene investido por el hecho de su reconocimiento en sentencia o en acta de conciliación del IMAC que se la presta objetivamente su propia naturaleza y que de la misma forma, pasa a engrosar el patrimonio del Fondo de Garantía Salarial, pues de otra suerte el «super-privilegio» legal sería en la práctica meramente ilusorio y ficticio; es decir, que goza, como en el caso previsto en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y artículo 73 de la Ley General Tributaria los créditos de la Hacienda, de un derecho preferente con igual dinámica que las denominadas hipotecas legales tácitas, que no pueden verse afectados por ningún crédito, y en este caso ni siquiera los de tipo fiscal, en atención a que cumplen, estos créditos laborales, un mínimo de garantía laboral acorde con su cualidad de «retribución dirigida a satisfacer de modo inmediato las necesidades vitales del trabajador y su familia, así como con la finalidad inspiradora del tantas veces citado Estatuto de los Trabajadores» (Sentencias ya citadas de 28 de enero de 1983, Sala de Competencias). En consecuencia, esa preferencia ínsita en el propio crédito laboral que nos sirve de estudio, se traspasa automáticamente al Fondo una vez suplidos por él los salarios de referencia, sin estar ya condicionado al plazo del párrafo 6 del artículo 32 del Estatuto, puesto que la acción de reclamación se ejercitó dentro del año prescrito en su artículo 59, por lo que es preciso duplicar, ni la constatación de la preferencia o su efectividad, ni el tiempo anual para ello, como período cronológico de prescripción distinto al primero del inicial reconocimiento del crédito.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA: ENCARGO DE OBRAS ADICIONALES. RETRASO EN LA EJECUCION DE LA OBRA, NO IMPUTABLE AL CONTRATISTA. RECEPCION SIN PROTESTA. PRINCIPIO DE INDEFENSION. TUTELA JURIDICA DE LOS EXTRANJEROS (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la Sala.—El examen de los nueve motivos de que consta

este recurso de casación debe comenzar por el primero y el último que versan sobre la cuestión de hecho, para seguidamente tratar de los restantes, relativos a la cuestión de derecho y que lógicamente han de basarse en una resultancia fáctica que si prosperan los motivos 1.º y 9.º no ha de ser la misma de que partió la sentencia recurrida, o bien, si aquéllos son desestimados, esta Sala partiría de la misma situación de hecho que sirvió de fundamento a la Sala *a quo*. Con ello quiere decirse, en primer lugar, que esta Sala se pronuncia sobre un recurso de casación, que sigue siendo, aun después de la reforma por Ley de 6 de agosto de 1984, un recurso esencialmente formalista, como lo pone de relieve dicha Ley y su exposición de motivos, al decir que la reforma «dista mucho de suponer una radical mutación de rumbo», que el recurso se subordina a la «impugnación por motivos determinados» y, en definitiva, que adoptando una vía media, que si bien se aparta de la pureza histórica y conceptual del recurso «tampoco supone introducir una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de instancia». Con esta premisa ha de interpretarse el recurso presente, que, sobre todo en sus motivos 1.º, 6.º, 7.º y 9.º, parece hallarse erróneamente ante una tercera instancia que compela a este Tribunal Supremo a un examen a fondo y sin limitaciones de la cuestión debatida. Por lo que al primero de los motivos se refiere, con amparo en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la formulación legal consiste en «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». Y de esta literalidad del precepto deriva en el caso contemplado la desestimación del motivo 1.º, así efectivamente: *a)* El motivo no se basa en documentos que obren en autos para demostrar equivocación alguna del juzgador, sino que, muy al contrario, solamente hace alusión a un documento de liquidación de la obra que se acompañó a la demanda no para poner de relieve errores del Tribunal, sino para afirmar que ni del mismo ni de cualquier otro documento obrante en autos hay vestigio de que el propietario de la obra, señor D., haya incumplido su obligación pactada de verificar los pagos correspondientes de la obra. *b)* Sostiene que el retraso en el pago no justifica el retraso en la terminación de las obras, olvidando que las múltiples modificaciones en aquéllas, junto con los retrasos en dicho pago acreditados en autos, por ejemplo, documento número 8 acompañado a la contestación a la reconvencción, fue la motivación de tal retraso de la terminación de las obras, sino en gran medida a la continua ausencia del dueño de la obra en el extranjero, lo que dificultaba extraordinariamente la recepción de instrucciones acerca de aquellas modificaciones *c)* Por tanto, no es la supuesta falta de motivación de que se acusa a la sentencia recurrida la que haya de ponerse de relieve, sino en cuanto a este motivo, que no se apoya en documento alguno, y que aunque se apoyase hay en autos otros elementos probatorios que contradicen las escuetas afirmaciones del recurrente, como la prueba documental acompañada a la demanda apreciada por la Sala de apelación y los dictámenes periciales obrantes en autos, a los que después se hará mención.

En el motivo noveno, también relativo a la cuestión de hecho como fundamentado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alude como documento obrante en autos que delata, a jui-

cio del recurrente la equivocación del Juzgador, al acta de recepción provisional de las obras, de fecha 1 de abril de 1982, acompañado a la demanda. Revela este documento, como ya indicó la Sala de instancia, que la recepción provisional de las obras se hizo sin oponer el dueño de ella objeción alguna, previa manifestación del arquitecto señor X. de que, a su juicio, «la obra está realizada conforme al proyecto técnico», si bien hace constar que falta por realizar lo que seguidamente se expresa, que el propio dueño de la obra en el mismo acta califica de «detalles» que desea terminar por su cuenta, y sin hacer constar protesta alguna recibió las obras, que según la prueba pericial apreciada por la sentencia recurrida se hallaban en buen estado y magníficas condiciones de habitabilidad. Por todo ello es evidente que no procede acceder a las peticiones que hizo en su reconvencción el actual recurrente acerca de abono de perjuicios por obras que hay que hacer para dejar la casa construida en perfectas condiciones constructivas, y procede desestimar también este motivo, que igual que el primero carece del apoyo documental necesario para evidenciar error del juzgador y se halla contradicho por el resto de las pruebas apreciadas en la instancia; con lo que esta Sala ha de basarse en los mismos hechos que la Sala *a quo* declaró probados, que son en cuanto ahora interesa los que a seguido se expresan.

Son hechos básicos que en ambas instancias sirvieron para estimar la demanda del contratista que reclamó el pago de la obra según la liquidación que de la misma presentó los siguientes: a) En el proyecto inicial el demandado, actual recurrente, introdujo numerosas modificaciones, lo que dio lugar a la demora en la terminación de las obras, unido a la ya observada circunstancia de hallarse el dueño de la obra en el extranjero y la dificultad para recibir sus instrucciones en breve tiempo. b) El demandado recurrente no pagó en los plazos contractualmente pactados, «como se pone de manifiesto por una simple comprobación entre las cantidades fijadas en el contrato y la que el demandado en su contestación a la demanda reconoce haber pagado». c) El plazo de ocho meses fijado en un principio para la realización de las obras quedó posteriormente sin efecto al no pagar el demandado las cantidades estipuladas en los plazos fijados y haber ordenado la realización de obras no previstas en el proyecto inicial. d) El demandado no aludió para nada al supuesto retraso en la conclusión de las obras en el acta de recepción de las mismas. e) La revisión de precios se aplicó correctamente, en cuanto que el arquitecto técnico que la redactó se limitó a aplicar los índices de revisión fijados en el contrato. f) Por prueba pericial apreciada por la Sala *a quo* se constató (informe del señor L. B.) que los extremos del informe liquidación acompañado a la demanda eran admisibles en general, según se corroboró además por dos arquitectos, uno de ellos el director de la obra nombrado por el propietario demandado y ahora recurrente.

En el motivo 2.º, como el resto de ellos, con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción del artículo 1.214 del Código Civil. La sentencia recurrida consideró probado el retraso en la terminación de la obra y que fue debido a las modificaciones en ella y demora en los pagos por parte del dueño de aquélla. Alegada tal situación de hecho por el reclamante del importe de la obra, es decir, probada la obligación del demandado, es éste conforme al pre-

cepto que se considera infringido el que ha de probar los hechos obstructivos o impeditivos si los hubo, en el supuesto debatido que tales demoras y retrasos en los pagos y en la terminación de las obras se debieron a otras causas distintas de las acreditadas imputables al demandante y actual recurrido; y al no haberlo hecho así, es acertada la aplicación que la sentencia recurrida hizo del artículo 1.214 del Código Civil, lo que da lugar a la desestimación de este motivo segundo.

El motivo tercero acusa la infracción del artículo 1.253 del Código Civil y del 1.101 del mismo Código, por estimar que de las modificaciones que el dueño recurrente introdujo en la obra no se deduce, de conformidad con dicho precepto, la conclusión de que la demora en la terminación de las obras esté justificada. Es de observar que el Tribunal *a quo* no aplicó propiamente la prueba de presunciones, en el sentido de deducir de un hecho conocido otro desconocido, ya que su resolución ha consistido en estimar la reclamación del importe de unas obras, previa prueba directa de su realización y del buen estado del edificio en cuestión, según se dedujo de prueba pericial, y de la circunstancia de que el retraso en la terminación derivase directamente de las dificultades resultantes de hallarse en el extranjero el dueño de la obra que a su vez introdujo en ella numerosas modificaciones no implica operación intelectual alguna para inducir una presunción judicial y sostener que las simples afirmaciones del recurso suponen infringir el artículo 1.253 del Código Civil. Por tanto, el implicar todo ello una mera utilización de pruebas directas, procede desestimar la acusada infracción, así como la que se cita también en el mismo motivo del artículo 1.100 del Código Civil, número 2, pues no se dan en el caso litigioso los precedentes fácticos precisos para su aplicación, ya que en el contrato de obra convenido no resulta que la época en que había de entregarse la cosa fuese motivo determinante de la obligación del contratista, máxime cuando, además, la fecha de terminación de la obra quedó evidentemente alterada en virtud de las modificaciones en ella introducidas por el recurrente. Por todo ello este motivo debe asimismo decaer.

El motivo 4.º acusa la infracción de los artículos 1.091, 1.114, 1.255 y 1.258, en relación con el 7.º-1 del Código Civil y 1.256 del propio Cuerpo legal. Este motivo debe correr la misma suerte desestimatoria que los ya examinados, pues parte del hecho no probado de que la demora en la terminación de las obras era imputable al contratista y no al propietario, y de que el tiempo de prórroga del contrato por incluir en él nuevas obras no es tiempo «contractual» a efectos de aplicar la revisión de precios pactada; criterio erróneo, pues es evidente que durante ese tiempo de prórroga continúa el mismo estatus obligacional de las partes, sin que el contrato sufra novación extintiva alguna, ni haya de entenderse al amparo de la cláusula 5.ª del contrato de obra que se trate de contrato distinto. Por tanto, es perfectamente aplicable la revisión de precios a la obra aún no terminada, a menos que se entendiese que el contrato quedase en este aspecto al arbitrio del propietario de la obra, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código Civil. Por consiguiente, ninguna infracción se acusa de la fuerza obligatoria de los contratos, ni de la libertad contractual, ni de la buena fe imperante en ella, que consagran los artículos que se invocan como infringidos.

En el motivo 5.º, por el mismo conducto procesal del número 5.º del

artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción de los artículos 610, 611, 615, 626, 627, 628, 632 y 602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1.225 del Código Civil. Motivo que merece absoluto rechazo por las siguientes razones: a) En primer lugar se formula por conducto erróneo, ya que todas las normas infringidas se refieren, excepto los artículos 602 de la Ley Procesal y 1.225 del Código Civil, a normas procesales relativas a la prueba pericial, por tanto, normas que rigen los actos y garantías procesales, para las que la Ley (artículo 1.692) señala el número 3.º, y no el 5.º, como adecuado para acusar su infracción en este recurso de casación, y, por tanto, procedería la inadmisión del motivo a tenor del artículo 1.710, regla 2.ª, de la misma Ley Procesal. b) En segundo lugar, no se ha producido indefensión de la parte recurrente a todo lo largo del proceso seguido, y en modo alguno por haber acompañado el demandante con el escrito inicial un documento informe sobre liquidación de cuentas de las obras litigiosas, ya que pudo el demandado haber contrarrestado tal prueba con otras, no sólo en la fase de alegatoria, sino en la probatoria mediante la práctica de la prueba pericial oportunamente solicitada, es decir, tuvo a su disposición el máximo de posibilidades de defensa que la Ley Procesal concede a los litigantes en esta clase de juicios. c) Por último, es criterio reiterado de esta Sala que las reglas de la sana crítica, a las que la Ley Procesal alude para apreciar por los Tribunales la prueba pericial (artículo 632) no son susceptibles de casación por no encontrarse recogidas en precepto legal alguno (Sentencias de 18 de octubre de 1952, 30 de marzo de 1962 y otras muchas).

De lo expuesto para desestimar el motivo 5.º se deduce asimismo la desestimación del 6.º, que con idéntico apoyo procesal que los anteriores acusa la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución y, en relación con este último, del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto que, como ya se deja dicho, el recurrente no estuvo durante el proceso en situación alguna de indefensión, pues tuvo todas las posibilidades de contradicción y de alegación y práctica de pruebas que la Ley permite en los juicios declarativos ordinarios, ni puede estimarse tampoco que la sentencia recurrida, ni la de primera instancia no fueron resoluciones motivadas; debiendo entenderse en general que el concepto de motivación de las resoluciones no es prefijado por la Ley respecto a su extensión y cualidad fundamentadora, pues ello depende lógicamente de la naturaleza del asunto y de la facilidad mayor o menor que el Tribunal pueda encontrar para razonar sus resoluciones, y salvo en casos de manifiesta insuficiencia, que podrían ser integradoras de responsabilidad judicial, es cuando procedería su impugnación; circunstancias en las que no se encuentra la resolución atacada en este recurso de casación.

El motivo 7.º del recurso, al amparo también del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se remite en cuanto a normas infringidas a los preceptos procesales citados en el motivo 5.º, con lo que es aplicable para su desestimación todo lo dicho en el fundamento de Derecho 7.º de esta sentencia. Además, en el mismo motivo el recurrente insiste en que esta Sala debe entrar en el asunto «a fondo» y desestimar el informe de liquidación de cuentas acompañado al escrito de demanda; impugna también la crítica que hace la sentencia recurrida de la prueba

pericial y dice que la Sala de instancia desatendió totalmente el dictamen del arquitecto señor B. R. Todo ello revela la improcedencia y rechazo de esas afirmaciones, toda vez que: *a)* las mismas desconocen la naturaleza del recurso de casación que se puso de relieve, en lo que ahora interesa, en el primero de los fundamentos de Derecho que anteceden. *b)* El objetivo de prescindir de unas pruebas para apreciar otras, como pretende el recurrente, es asimismo inadmisibles en cuanto ataca a la libre apreciación por el Tribunal *a quo* de las pruebas, cuyo valor no señala la Ley, como ocurre con la prueba pericial, que no vincula al Tribunal, según expresamente establece el citado artículo 632 de la Ley Procesal Civil. *c)* En lo relativo a la prueba documental acompañada con la demanda, ello aparece expresamente permitido por la Ley con carácter preclusivo (art. 504 de la Ley Procesal) al decir que «deberá acompañarse a toda demanda los documentos en que la parte funde su derecho». Y frente a esas aportaciones documentales de la demanda el demandado habrá de oponer lo que estime más conducente a su defensa, nunca obstativa de los medios de ataque que puede utilizar el actor. En definitiva, decae también este motivo, debiendo añadirse a lo expuesto que, como ya se razonó en el fundamento de Derecho 5.º, no es formulado por el cauce adecuado, que hubiera sido el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y no el del número 5.º, como erróneamente se ha hecho.

Por último, el motivo 8.º, por el mismo conducto procesal del número 5.º citado, acusa la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, así como el artículo 14 de la misma y el 1.591 del Código Civil. En este motivo el recurrente insiste en que la prueba pericial no fue apreciada conforme estima el mismo precedente, tratando de superponer su criterio al de la Sala de instancia, con olvido de que la apreciación de la prueba pericial no puede ser objeto de casación, pues no se contiene en «documentos», según el sentido del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que no se invoca, sino equivocadamente el del número 5.º del mismo precepto legal. Por otro lado, se estima en el motivo que tal apreciación de la prueba pericial es contraria a los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, lo que es manifiestamente inadmisibles, según lo que ya se razona en el precedente fundamento 8.º de esta sentencia, y, por último, se invoca, sin fundamento alguno, el principio de superior protección de los extranjeros (se dice que, al ser súbdito extranjero el recurrente, hay que extremar la protección judicial sobre él), con lo que se contraviene el artículo 14 de la Constitución que se invoca como infringido, así como el artículo 27 del Código Civil que establece que «los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados»; es decir, «de los mismos» derechos, no de más. Finalmente, la cita de la infracción del artículo 1.591 del Código Civil en este motivo implica traer a debate una norma heterogénea necesitada de motivo independiente, pero que en todo caso es desestimable también en este aspecto por partir el motivo del hecho no probado de la existencia de vicios o defectos en la construcción imputables al contratista recurrido, y presuponiendo erróneamente que esta Sala, tal como viene planteado el recurso, podría examinar nuevamente todas las pruebas aducidas en la litis para determinar si existen o no aquellos vicios, después que ha fracasado la impugnación de la resultancia fáctica tenida

en cuenta por la Sala de apelación, lo que hace imposible dentro de este recurso extraordinario aquel nuevo examen.

R. DE A.

CAUSA DE CONTRATO: INEXISTENCIA. CONTRAPRESTACION EN EL CONTRATO ONEROSO (SENTENCIA DE 16 DE JULIO 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

En la demanda que inicia la litis se solicita por los actores don George y doña Joyce L., de nacionalidad británica, la nulidad del contrato celebrado con el demandado don Tomás S. J., en el que se expresa que dichos actores venden y el demandado compra la tercera parte indivisa de los locales números 6 y 24 del Complejo ...; nulidad que basan en la concurrencia de error sustancial en el consentimiento prestado por los demandantes y en el dolo grave en la conducta del demandado. El demandado, tras interesar la absolución de dicha pretensión de nulidad, reconviene suplicando se condene a los actores a otorgar escritura pública de compraventa a su favor de la citada tercera parte indivisa de dichos locales. La Sentencia de la Audiencia, aquí recurrida, después de revocar la del Juzgado, declara nulo el expresado contrato de compraventa, con desestimación de la reconversión. Sirven de soporte a tal pronunciamiento las siguientes afirmaciones básicas: a) El precio figurado en el contrato, de 500.000 pesetas, «no sólo fue simbólico, sino ficticio, ya que los actos coetáneos y posteriores... demuestran paladinamente que no hubo, ni podía haber transferencia de metálico a favor de los cónyuges demandantes». b) No puede hablarse de un precio irrisorio confesado... «completado por su trabajo personal diario en la explotación del negocio sin ninguna remuneración o salario ..», pues «... la explotación viene satisfecha por la tercera parte de los ingresos. c) «... estamos no ya en presencia de un contrato de compraventa sin causa, al no existir un precio real y verdadero y como tal nulo absolutamente e inexistente, sino ante la presentación de una apariencia que mueve la voluntad de los actores erróneamente a dar su consentimiento a un contrato de compraventa inexistente —artículo 1.265 del Código Civil— y se recurre a palabras insidiosas en cuanto a la fijación del precio, y se convence a los actores para que toda la documentación conste a nombre del demandado...».

Doctrina de la Sala.—El estudio del presente recurso debe empezar por el motivo 3.º, apoyado en los ordinales 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal y en el que se denuncia la infracción del artículo 1.274 del Código Civil, en relación con el documento de 30 de mayo de 1980, obrante en autos, consistente en el contrato privado de compraventa de la repetida tercera parte de los locales de negocio y constitución de una sociedad particular para la explotación de la industria de bar en dichos locales, que vino a sustituir a un anterior arrendamiento, documento reconocido que, al entender del recurrente, demuestra la equivocación

del Juzgado, motivo que no puede prosperar, no sólo porque el citado documento ha sido analizado minuciosamente por el Tribunal de instancia, y de él ha extraído, en conexión con los demás elementos de convicción existentes en el proceso, las conclusiones anteriormente señaladas, sino también porque, con independencia de las relaciones contractuales existentes con anterioridad a la firma de tal documento de 30 de mayo, es lo cierto que la sentencia recurrida, sin que aparezca desvirtuado, afirma que la actividad de vigilancia y dirección durante el tiempo invertido en la instalación de bar no era retribuida ni podía serlo porque el contrato daba por existente tal instalación, y « . la explotación (del negocio) viene satisfecha por la tercera parte de los ingresos. », lo que implica que en la aparente transmisión de la tercera parte de la propiedad de los locales no concurría la contraprestación que el citado precepto define como causa de los contratos onerosos, pues la participación en los beneficios implicaba contraprestación a su dedicación a la explotación del negocio.

R. DE A.

INTERPRETACION DEL CONTRATO. OBLIGACION ACCESORIA (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

El juicio de que el presente recurso dimana tiene por inicial objeto la condena a la sociedad demandada, en favor de la demandante, al pago de la cantidad de 3.027.975 pesetas. Existiendo entre ambas entidades el contrato de 10 de febrero de 1975, de arrendamiento por la propietaria y aquí demandante a la arrendataria ahora demandada, del Hotel ... de Torremolinos, en los términos del documento privado que constituye los folios 4 a 16, la cantidad reclamada se forma por la renta devengada hasta el 30 de octubre de 1976, en que, resolviéndose el contrato, tuvo efecto la devolución del Hotel por la arrendataria a la arrendadora, esto es, 4.000.000 de pesetas, de que se descuentan 2.000.000 de cierta letra de cambio, restando, por tanto, otros 2.000.000, con más 1.027.204 pesetas por faltas en el inventario, desperfectos y facturas. El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó a pagar 1.838.262 pesetas, desestimando la reconvencción del contenido que se dirá. Recurrida dicha sentencia por la sociedad demandada, la Audiencia emanaó la sentencia impugnada (14 de noviembre de 1985) en la cual se consigna que la parte apelante, en el acto de la vista del recurso de apelación, reconoció expresamente la procedencia de la condena en su contra a pagar la cantidad de 666.666 pesetas por la renta no abonada, la de 325.232 por los defectos en la entrega de efectos y utillaje inventariado, y la de 424.879 por los desperfectos causados, «cuya obligación de pago paladinamente admitió»; precisándose en dicha sentencia, que es la impugnada por el presente recurso de casación, que, por tales manifestaciones y por haberse aquietado la parte actora con la sentencia de la primera instancia,

«los únicos problemas a resolver en esta alzada (dice) habrán de ser los formulados a través de la vía reconvenicional respecto a sí, por estimar bien resuelto el contrato por su parte ante el pretendido incumplimiento de la actora, habría de condenarse a ésta al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, y en cuanto a si procederá o no el abono por la demandada de lo postulado en la demanda por el concepto de facturas dejadas de abonar, y, en su caso, en qué cuantía». Respecto a este segundo particular, la Sentencia de la Audiencia reduce la partida o concepto «facturas dejadas de abonar» de la cifra estimada por el Juzgado (421.484 pesetas) a la de 171.209 pesetas. En cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios debidos por el incumplimiento atribuido a la sociedad demandante, que deniega, establece que «aunque se admitiera que por parte de la propietaria de la industria se contrajo la obligación de conseguir la citada calificación administrativa (de tres estrellas)», «sólo podría estimarse como una obligación accesoria o secundaria, cuyo incumplimiento nunca podría dar lugar a la resolución del contrato» y, además, «no habiéndose ni tan siquiera intentado la menor prueba tendente a acreditar que por el hecho de que la industria no obtuviera la calificación turística pretendida tuviera que dejar de explotarse la misma o lo fuera en condiciones menos ventajosas», procede denegar la indemnización, ya que «no estando necesariamente unida a la resolución contractual la indemnización de daños y perjuicios se exige inexcusablemente la prueba de éstos», sin que la demandada reconviniendo «haya ni siquiera intentado demostrar, no ya la cuantía de esos pretendidos perjuicios», pero ni siquiera expresado «en qué consistieron los mismos». Este es el único punto remanente que el recurso trae a la consideración de esta Sala, esto es, la procedencia de los daños y perjuicios por incumplimiento contractual achacable a la sociedad demandante y aquí recurrida y consistente en no haber conseguido la calificación de tres estrellas.

Doctrina de la Sala.—No es merecedor de acogida el primero de los motivos, por error de hecho en la apreciación de la prueba denotado por documentos, pues, en efecto, no existe duda alguna sobre la existencia y los términos de los pactos de 10 de febrero de 1975 y 30 de octubre de 1976, sin que pueda tratarse como error de hecho haberse pronunciado sobre una solicitud de indemnización basada en el artículo 1.124, que nadie había solicitado, sino la pertinente conforme al artículo 1.101 del Código Civil por incumplimiento de obligaciones. Lo que propiamente se alega en este motivo primero es el haberse interpretado el contrato de arrendamiento de 1975 sin otorgar el merecido relieve a la cláusula séptima, que el recurso conceptúa infringida por la sociedad demandante, dando paso a la situación de incumplimiento a que conviene el artículo 1.101 citado a tenor del cual «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas». Debe, pues, ser desechado este motivo primero.

La cláusula que sirve de apoyo al recurso es la 7.ª del contrato de 10 de febrero de 1975 y a tenor de la misma, «si por exigencia administrativa o legal hubiera necesidad de efectuar cualquier instalación o adicionar en algo lo existente, su importe correrá a cargo de la propiedad» y «será de cuenta de la propiedad igualmente el alta de la industria con

categoría de hotel o apartamentos de tres estrellas». La tesis de la sociedad demandada y aquí recurrente es que la demandante venía obligada, según la cláusula transcrita, de cuyo incumplimiento fluye la obligación de indemnizar que se reclama en la reconvencción y en el presente recurso, de agenciar la calificación administrativa mencionada que, al no haberse obtenido, sino otra inferior de dos estrellas, comporta el perjuicio consistente (como antes se comprobó) en «no poder facturar en la categoría pactada y tenerlo que hacer en una inferior». La Audiencia rechazó la pretensión interpretando que la cláusula no contiene la obligación en cuyo incumplimiento se funda la pretensión indemnizatoria y que en todo caso se trataría de «una obligación accesoria o secundaria, cuyo incumplimiento podría dar lugar a la resolución del contrato». Bastaría el haber interpretado la Audiencia la cláusula 7.ª litigiosa, como acaba de decirse, para que el motivo segundo que se considera claudicase, ya que es constante doctrina de esta Sala que la interpretación se inscribe en el *factum* y pertenece soberanamente a los Tribunales de la instancia. Es cierto, sin embargo, que la obligación de indemnizar puede nacer del incumplimiento no sólo de las cláusulas contractuales básicas, sino de cualquier contravención de lo pactado. No lo es, en cambio, que la cláusula transcrita pueda entenderse del modo que el recurso propone, esto es, obligando a la sociedad propietaria y arrendadora a obtener la calificación de tres estrellas, ya que, según el tenor literal de la misma, que es el que debe prevalecer, según el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, por expresarse en términos claros y que no dejan duda sobre la intención de los contratantes, no contiene otra sustancia obligacional que la de ser «de cuenta de la propiedad» «el alta de la industria con categoría de hotel o apartamento de tres estrellas», igualmente que «cualquier instalación o adición en algo lo existente» si se producía «exigencia administrativa o legal». La sociedad demandante y aquí recurrente venía obligada, por ser la propietaria del establecimiento, a sufragar los gastos que se originaren frente a la Administración del ramo a causa de las exigencias de ésta o por la calificación y apertura de la industria, pero sin dejar comprometida frente a la sociedad arrendataria y aquí recurrente unas instalaciones distintas de las existentes, ni una determinada categoría.

R. DE A.

RESTRICTIVA. ACTO DE CONCILIACION SIN COMPARECENCIA DE LA DEMANDADA Y ANTE JUEZ DISTINTO DEL DE SU DOMICILIO (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Matías Malpica y González Elipse.

Con motivo de las reparaciones verificadas por la entidad demandante, hoy recurrente, en los buques «J.C.» y «R.P.» de la propiedad de la naviera ahora recurrente, a virtud del contrato suscrito en Santander el 5 de enero de 1979, se formuló la reclamación judicial del importe correspondiente que fue sustancialmente estimada por las sentencias de

ambas instancias, habiendo sido el tema más controvertido en ellas, como lo es ahora en este recurso extraordinario, el de la prescripción extintiva de la acción ejercitada al respecto.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo, con amparo en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, relativa al transcurso del tiempo de prescripción, a cuyo fin señala los documentos supuestamente acreditativos del mismo. En principio es casacionalmente correcto encauzar por esta vía el error que se denuncia, toda vez que, como se dice en Sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1985 —confirmatoria de la doctrina sentada en Sentencias de 27 de abril de 1925, 1 y 20 de marzo de 1926, 22 de enero de 1930 y 26 de mayo de 1934—, «es apotegma jurídico que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción de la prescripción es de la exclusiva soberanía de la Sala de instancia, cuya estimación sólo puede combatirse en casación por la vía o causa del número 7.º (hoy 4.º) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demostrando el error de hecho en la forma que en él se determina». Ahora bien, aquí el error denunciado al ser exclusivamente de hecho, nos encontramos con que los documentos señalados por la recurrente como demostrativos del error son apreciados en punto a sus fechas y contenido en igual forma que lo hizo la Sala de instancia, pero la diferencia radica en la distinta expresión o significado jurídico de los mismos y sus consecuencias, habida cuenta de la doctrina sentada por esta Sala Primera del Tribunal Supremo, según se le atribuye por la Sala *a quo* y la que se manifiesta en contrario en el motivo analizado. En efecto, de los documentos trascendentes reseñados aparece: a) Que las reparaciones concluyeron el día 4 de mayo de 1979 b) Que la carta de «Naviera A., S. A.», de 23 de junio de 1980, reconoce el hecho de la reparación y la deuda de su importe estableciendo la diferencia de su cuantía. c) La demanda del acto de conciliación es de 5 de junio de 1981, habiéndose celebrado el día 22 del mismo mes y año sin la comparencia de la naviera demandada a quien no se pudo citar en el domicilio señalado en el propio contrato en la ciudad de Santander. d) El día 23 de junio de 1981 se hizo un requerimiento notarial por la actora a la demandada reclamándole el importe de las reparaciones en su domicilio social de Madrid. e) La demanda que inició la presente litis se presentó el día 26 de septiembre del mismo año 1981.

Habrà de tenerse en cuenta, a guisa de preàmbulo, que la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista, antes bien, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de tal modo que en cuanto se manifieste el *animus conservandi* deberá entenderse queda correlativamente interrumpido el *tempus praescriptionis*, como sostiene esta Sala en Sentencias de 17 de diciembre de 1979, 16 de marzo de 1981, 8 de octubre de 1982, 9 de marzo de 1983 y 9 de diciembre de 1983. En esta inteligencia, se observa que la fecha inicial para el cómputo del tiempo de prescripción de un año, a tenor del artículo 952.1.º del Código de Comercio, es la de 4 de mayo de 1979, que queda a estos particulares efectos rectificada por la de 23 de junio de 1980 en que por carta de la deudora se reconoce la deuda, aunque se disicnta en la cuantía y a

partir de esta última fecha se produce la interrupción del plazo de prescripción, en primer lugar por la demanda del acto de conciliación de 5 de junio de 1981, es decir, cuando no había transcurrido aún el año, con lo que se empieza a contar nuevamente la anualidad prescriptoria y esta virtualidad de la simple demanda de conciliación, sin necesidad de que la demanda del procedimiento declarativo se presente dentro de los dos meses siguientes, viene en este caso determinada por dos razones esenciales: a) Porque así lo tiene establecido la doctrina de esta Sala sobre este extremo (Sentencias de 7 de julio, 29 de septiembre y 9 de diciembre 1983), en la que se dispone que si el artículo 1.973 del Código Civil —y consecuentemente también el artículo 944 del Código de Comercio— otorgan esta virtualidad interruptora a la interpretación judicial sin más aditivos o requisitos, no es de aplicación el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de publicación anterior al Código Civil y al Código de Comercio, pues de otra suerte se concedería mayor eficacia interruptora a la reclamación extrajudicial que a la interpelación judicial, una de cuyas formas comprende la presentación de demanda de conciliación, y b) porque el acto de conciliación intentado ante el órgano judicial competente para ello y frustrado por la falta de asistencia de la demandada, ahora recurrente, no puede dejar de ser eficaz por no tener el domicilio social escriturario o estatutario en Santander, pues tal capital vincula a las partes, habida cuenta de que en ella se celebró el contrato cuyo cumplimiento y ejecución total se postula y donde radica una de sus bases o establecimientos mercantiles (véase folio 124) en Paseo de , cuya doctrina ya sustentada precedentemente por esta Sala tiene el apoyo legal de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así pues, la fecha inicial del cómputo prescriptorio se traslada sucesivamente, desde el 4 de mayo de 1979, en que se concluyen las obras de reparación al 23 de junio de 1980, en que se reconoce por carta la existencia de la obligación de pagar su importe, y de esta fecha al 5 de junio de 1981, fecha en que se presenta la papeleta de conciliación, y de este día al 23 de junio de 1981 del requerimiento notarial con vista de la inasistencia al acto de conciliación celebrado e intentado sin efecto el día anterior 22 de junio, por lo que es inconcuso que cuando se presentó la demanda inicial del procedimiento ordinario declarativo el 26 de septiembre de 1981 no había transcurrido, ni con mucho, el año, exigido por el artículo 952.1.º del Código de Comercio para que la tesis de la recurrente fuera viable, decayendo, por tanto, el primer motivo del recurso.

Por lo expuesto, es visto que el segundo motivo, con sede en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acusa la infracción de los artículos 952 del Código de Comercio en relación con los artículos 942 y 944 del mismo Cuerpo legal y 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior a la Ley 34/1984 entonces vigente, en relación con los artículos 1.935 del Código Civil y 305 de la Ley Procesal citada, está destinado a fracasar, por cuanto el razonamiento que en el motivo anida ha sido extensamente redarguido y rechazado anteriormente, dada la íntima relación que el hecho del tiempo transcurrido tiene con el ordenamiento jurídico que lo regula. Por ello, insistimos, la fecha del 23 de junio de 1980, en que se reconoce la obli-

gación de pagar por la carta suscrita por la demandada, vuelve a iniciar el cómputo marcado el 4 de mayo de 1979, en que concluyen las obras (artículos 952.1.º y 944.1.º, 2.º inciso, del Código de Comercio), que vuelve a interrumpirse por la demanda conciliatoria de 5 de junio de 1981 como interpelación judicial que es por naturaleza propia y como quiera que en la prescripción extintiva de acciones no se requiere que la demanda de juicio ordinario se presente en los dos meses siguientes, quiere ello decir que inicia un nuevo plazo prescriptorio de un año, que obviamente no está agotado el 26 de septiembre de 1981, cuando se presenta la demanda a que se contrae este procedimiento.

R. DE A.

OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA: CONVERSION A PESETAS
(SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

La contienda judicial de que dimana este recurso de casación consiste esencialmente en la reclamación por el demandante, actual recurrido, de una suma dineraria, 7.350.000 pesetas, habiendo sido reconocido por el demandado ahora recurrente en prueba de confesión en juicio, haber firmado los documentos acompañados por el actor, números 6 y 7 de los apartados con el escrito de réplica, en los que se plasma, respectivamente, un préstamo de la cantidad de 4.000.000 de pesetas, entregadas en varios talones bancarios que se reseñan, y en el segundo de los documentos se reconoce adeudar al actor la cantidad de 26.000 dólares, con lo que, como declara el segundo de los fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida, es un hecho cierto y conocido la existencia de esa deuda, si bien parte de ella se reconoce en pesetas y la otra parte en dólares, suma esta última que puede liquidarse, según el fallo de primera instancia confirmado en la segunda, en pesetas, conforme a las reglas de conversión vigentes en el momento en que el pago se efectúe, más el 20 por 100 de ambas sumas, a partir del día 25 de junio de 1981, y el costo de las dos letras de cambio aportadas al proceso por el actor y los gastos de protesto de una de ellas, sin que el total resultante pueda superar la cuantía de la pretensión deducida a medio de la demanda.

Doctrina de la Sala.—Frente a esa resultancia fáctica, el primero de los motivos de casación alega, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación del artículo 359 de la misma Ley Procesal, basado en que la sentencia condena a pagar una suma de dinero en dólares, mientras se solicitó la condena en pesetas, y que condena a pagar unos importes de timbres de letras y gastos de protesto que, según el recurrente, no constituyen objeto del *petitum* de la demanda. El motivo debe decaer con base en las siguientes razones: a) En primer lugar la condena no se hace en moneda extranjera exclusivamente, sino de una forma alternativa (a pagar en dólares o en pesetas al cambio correspondiente), por tanto, como declaró la Sentencia de

esta Sala de 20 de diciembre de 1983, la conversión a pesetas realizada en la sentencia impugnada de una deuda (en aquel caso en francos franceses) en moneda extranjera no es más que la aplicación de lo que en el artículo 1.170 del Código Civil se establece cuando se trata de pago de deudas dinerarias y tal pronunciamiento no entraña gravamen alguno para el recurrente condenado, ni, por tanto, incongruencia de la sentencia, ya que, b) basta para mantener la congruencia del fallo que resuelva las pretensiones de las partes aunque al hacerlo agregue extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a su efectividad en trámite de ejecución (Sentencias, entre otras, de 23 de abril de 1956 y 4 de febrero de 1959); y eso es propiamente lo que ha hecho la resolución impugnada, facilitar su ejecución mediante aquella alternativa monetaria, y ateniéndose, además, a la doctrina reiterada de la jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que la congruencia de la sentencia no exige una rígida acomodación a los términos literales de lo pedido, sino sustancial atenuamiento al mismo, y por ello siempre que se salven los hechos constitutivos de la *causa petendi* no se incurre en incongruencia al aplicar a los mismos la norma adecuada, pues el Juez no hizo otra cosa que pronunciarse sobre las pretensiones de las partes sin dar cosa distinta, ateniéndose al acuerdo sustancial que la congruencia exige, aunque no sea literal, a las pretensiones de las partes (Sentencias, entre otras, de 12 de diciembre, 12 de junio y 25 de noviembre de 1981); máxime cuando la acusada desviación no supuso una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal (Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1984). Por todo ello este motivo debe ser rechazado.

R. DE A.

COMPRAVENTA: CON PRECIO PARTE EN DINERO Y PARTE EN SERVICIOS O TRABAJOS. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS: CONCEN- TRACION (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia para a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La sentencia impugnada en este recurso, dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, con fecha 21 de julio de 1986, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Málaga en los particulares a que este recurso se refiere, declara lo siguiente: 1.º Que en la venta que la entidad demandada, aquí recurrente, «E., S. A.», hizo a la actora, hoy recurrida, doña Amparo Pilar R. S., por medio de documento privado de fecha 27 de mayo de 1980, del apartamento a que el mismo se refiere, por el precio total de 3.266.000 pesetas, se estipuló específicamente en la cláusula segunda de dicho contrato que el expresado precio de venta lo hará efectivo la compradora en la siguiente forma: “a) Al formalizar este contrato se abona la suma de 700.000 pesetas, de las que este documento sirve de recibo. b) 606.000 pesetas las abonará durante el mes de junio de 1980. c) El resto será justificado mediante facturas firmadas por el señor P.

(de «E., S. A.») por trabajos efectuados por el estudio-taller de cerámica R.». 2.º Que, por su total incompatibilidad con la referida cláusula segunda, carece en absoluto de eficacia la cláusula tercera del mismo contrato, en la que se expresa que «con cargo a la parte del precio aplazado y hasta la fecha de otorgamiento de la escritura pública de compraventa el comprador autoriza al vendedor con cuanta amplitud sea necesaria en Derecho para gestionar, de Entidades bancarias, de crédito o Cajas de Ahorro, la concesión de préstamo con garantía hipotecaria que recaiga sobre el apartamento objeto de este contrato o sobre la totalidad del inmueble de que forma parte, aun cuando el tipo de intereses fuera superior al fijado para las cantidades aplazadas, pero con la limitación de que el plazo de amortización del préstamo no sea nunca inferior al pactado». 3.º En consecuencia, la sentencia recurrida, en plena coincidencia con la del Juzgado de Primera Instancia, condena a la entidad demandada, aquí recurrente, a que cancele a su exclusiva costa y levante la hipoteca que, con base en la citada cláusula tercera, constituyó sobre el expresado apartamento, propiedad de la actora, en garantía de un préstamo por importe de 1.250.000 pesetas, obtenido por dicha entidad del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda. 4.º Asimismo, la Sentencia de la Sala *a quo*, como antes había hecho la del Juzgado, desestima la reconvencción que formuló la entidad demandada, aquí recurrente, por la que, para el supuesto de que se estimase ineficaz la mencionada cláusula tercera del contrato, pretendía se declarase la nulidad del mismo, por vicio en el consentimiento, por error sustancial en las condiciones esenciales de la compraventa.

El primero de los siete motivos, a través de los cuales la entidad «E., S. A.», articula el presente recurso, lo formula al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que dice denunciar error de hecho padecido por la sentencia recurrida al apreciar la prueba, que resulta del contrato de compraventa de 27 de mayo de 1980, pero la simple lectura de la exposición y desarrollo de dicho motivo, en el que lo que impugna es que la sentencia recurrida no haya reconocido eficacia a una cláusula (la tercera) de dicho contrato y en el que se extiende en citas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones alternativas, ha de llevar forzosamente a la desestimación del mismo, pues con él no se está denunciando ningún error de hecho en la apreciación de la prueba, único incardinable en el cauce del ordinal 4.º, error de hecho, por otra parte, en el que en ningún caso puede haber incidido la sentencia recurrida desde el momento en que reconoce expresamente la existencia y realidad del contrato de compraventa que instrumenta el documento privado que invoca la entidad recurrente, sino que lo que está planteando, a través de este motivo, es un problema de interpretación de contratos que, por ser *quaestio iuris*, no puede ser dilucidada por la vía del ordinal 4.º utilizado por la recurrente, ya que es doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala (Sentencias de 19 de enero y 7 de marzo de 1984, 22 de enero y 18 de septiembre de 1985 y 17 de junio de 1986, entre otras muchas) la de que cuanto concierne a la interpretación del contenido de un contrato sólo tiene un cauce de combate en casación, que no es otro que el del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil.

Por medio del segundo de sus motivos, que formula a través del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —ahora sí,

por el cauce procesalmente adecuado—, la recurrente denuncia infracción por la sentencia recurrida del párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, por su no aplicación, y del párrafo 2.º del mismo artículo, por su aplicación indebida, para lo cual aduce que la referida sentencia ha interpretado erróneamente el contrato de compraventa litigioso al declarar como no puesta y, por tanto, carente de eficacia la cláusula 3.ª de dicho contrato, que ya ha quedado transcrita en nuestro fundamento primero, cuando lo estipulado entre las partes, según particular estimación de la recurrente, fue una obligación alternativa, a elección de la entidad vendedora, aquí recurrente, en cuanto a la forma de pago del precio del apartamento objeto de litis por la compradora, aquí recurrida, motivo de casación que igualmente ha de ser desestimado, por las siguientes razones: Primera. Es doctrina uniforme y reiterada de esta Sala (Sentencias de 4 de mayo de 1984, 18 de enero y 26 de diciembre de 1985; 10, 19 y 24 de febrero de 1986, entre otras muchas) la de que la interpretación de los contratos es función que compete a la Sala de instancia, cuyo resultado no puede ser atacado en casación, salvo que se acredite que éste aparece como ilógico o contrario a la ley, calificativos que, como seguidamente veremos, no son predicables respecto de la interpretación contractual operada por la Sala *a quo*, cuyas conclusiones, por ende, deben ser respetadas. Segunda. La expresada interpretación es la única lógicamente posible, pues habiendo las partes estipulado en la cláusula segunda del contrato litigioso que el precio total del apartamento, por importe de 3.266.000 pesetas, lo pagaría la compradora en la siguiente forma: 1.306.000 pesetas en dinero efectivo, como así lo pagó, y que «el resto será justificado mediante facturas firmadas por el señor P. (de «E., Sociedad Anónima») por trabajos efectuados por el estudio-taller de cerámica R.», estipulación, por otra parte, que es perfectamente lícita y válida, pues el artículo 1.446 del Código Civil permite que el precio de la venta consista parte en dinero y parte en otra cosa (en este caso concreto, trabajos que habían de ser realizados a la entidad vendedora por el taller de cerámica de la compradora), dicha específica estipulación hace imposible, por totalmente incompatible con ella, la aplicación simultánea o sucesiva de la cláusula tercera del mismo contrato, ya transcrita literalmente en nuestro fundamento primero, con arreglo a la cual, en esencia, la entidad vendedora, por el importe del precio aplazado, podía gestionar de entidades bancarias o de ahorro la concesión de préstamo con garantía hipotecaria que recaiga sobre el apartamento, cuando, como ya se ha dicho, el resto del precio tenía que pagarlo la compradora mediante los trabajos que realizara en su taller a la entidad vendedora. Tercera. Aunque, a efectos meramente dialécticos, se aceptara la tesis de la entidad recurrente, traída a esta casación como cuestión nueva, de que las dos referidas cláusulas fueron pactadas como dos prestaciones alternativas, a elección de ella, para el pago del resto del precio, tampoco podría en el caso que nos ocupa haber hecho uso de la cláusula tercera del contrato, pues a virtud del llamado fenómeno de la concentración, en las obligaciones alternativas, una vez realizada la elección por el facultado para ello, la prestación elegida es la única que puede y debe ser cumplida en su totalidad, y en los autos a que este recurso se refiere aparece probado que la entidad vendedora eligió la forma de pago estipulada en la cláusula segunda, como lo ponen de manifiesto los nume-

rosos recibos de trabajos efectuados por el estudio-taller de la compradora, todos ellos firmados por el señor P., en representación de la entidad vendedora, el primero de los cuales es de fecha 27 de mayo de 1980 (folios 123 a 131 de los autos de instancia) y, por tanto, de fecha muy anterior a la concertación del préstamo con garantía hipotecaria, que tuvo lugar mediante escritura pública de fecha 20 de febrero de 1982.

Consecuencia ineludible de la desestimación del motivo segundo, que acabamos de estudiar, ha de ser también la de los motivos tercero a sexto, ambos inclusive, articulados todos ellos al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mediante los que la entidad recurrente denuncia infracción por no aplicación del artículo 1.255 del Código Civil en relación con los artículos 1.278 y 1.258 del mismo Cuerpo legal (en el tercer motivo), infracción por no aplicación del artículo 1.256 del mismo Código (en el cuarto), infracción por aplicación indebida del artículo 1.203 del citado Código Civil (en el quinto) e infracción por aplicación indebida del artículo 1.446 del mismo Cuerpo legal (en el sexto), pues con todos ellos lo que trata es de hacer prevalecer su particular e interesado criterio de que las cláusulas 2.ª y 3.ª del contrato fueron estipuladas libremente por las partes y que de cualquiera de ellas podía hacer uso la entidad vendedora, aquí recurrente, sobre la interpretación que, con acertado e imparcial criterio, como hemos dicho en el fundamento anterior, hace del contrato la Sala *a quo*, en el sentido de que la cláusula 3.ª carece de posible aplicación y, por ende, de eficacia en el presente supuesto litigioso.

El mismo destino desestimatorio ha de corresponder al séptimo y último de los motivos que la recurrente articula al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el que denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.266 del Código Civil, en relación con el 1.265 del mismo Cuerpo legal, que dice ha cometido la sentencia recurrida, al desestimar la pretensión que, por vía reconvenicional, formuló la entidad demandada, aquí recurrente, de declaración de nulidad del contrato de compraventa por error en el consentimiento, que trata de basar en la alegación de que si hubiera conocido que la cláusula 3.ª de dicho contrato no era aplicable, no habría celebrado o concertado el mismo, decaimiento o desestimación del expresado motivo que vienen impuestos por las siguientes razones: a) Al ser el tema relativo a la existencia de los vicios del consentimiento una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 7 de diciembre de 1966, 3 de junio de 1968, 27 de junio de 1969, 7 de julio de 1981, 16 de abril de 1985, 7 de junio y 7 de noviembre de 1986, entre otras muchas) y habiendo la Sala *a quo* declarado que en la celebración del litigioso contrato de compraventa no hubo error en el consentimiento prestado por la entidad vendedora, aquí recurrente, a dicha declaración ha de estarse, al no haber sido la misma impugnada por el único cauce hábil para ello, que es el del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. b) Para que pueda ser apreciado el error invalidante del consentimiento es necesario que el mismo sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga y, además, inexcusable (Sentencias de esta Sala de 7 de julio de 1981 y 12 de junio de 1982, entre otras), circunstancias que no se dan en el presente caso, pues, aparte de no ser sustan-

cial el error que pueda haber existido sobre la forma en que haya de realizarse el pago del precio de una compraventa, en la que hubo pleno consentimiento y acuerdo de las partes sobre la cosa vendida y el precio de la misma, el establecimiento de la cláusula 2.ª de dicho contrato, en la que se dice que el resto del precio (después de pagar en dinero efectivo 1.306.000 pesetas) lo pagaría la compradora por medio de trabajos realizados en su estudio-taller de cerámica, fue debido exclusivamente a la entidad vendedora, que lo estampó de puño y letra por medio de su representante legítimo, el cual, dada su dedicación profesional al negocio de venta de apartamentos, debía saber que el establecimiento de dicha cláusula hacía imposible la aplicación simultánea de la cláusula 3.ª, por la incompatibilidad existente entre ambas. c) Si ambas cláusulas, como sostiene la entidad recurrente, fueron pactadas en forma alternativa, a elección de ella misma, no puede ahora aducir error en su consentimiento, cuando la propia entidad recurrente optó por la forma de pago estipulada en la cláusula segunda, como ya hemos razonado extensamente en nuestro fundamento tercero.

R. DE A.

BUENA FE EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. FRAUDE DE LEY
(SENTENCIA DE 11 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.—Articulado el presente recurso de casación a través de los dos motivos de «infracción de ley y quebrantamiento de forma» que en el escrito formalizándolo se enuncian, acusando en el primero la infracción por inaplicación del artículo 1.924-3.º, B), del Código Civil y en el segundo la vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan inalteradas en casación las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida que sirven de fundamento a su fallo y de las que resumidamente resulta que: a) El 9 de octubre de 1979 los terceristas don Andrés S. F. y doña Antonia P. S., en calidad de usufructuarios, otorgaron contrato de arrendamiento de unas naves industriales a don Bartolomé S. M. v don Santiago C. S., que actuaban en nombre de «S. C. y C. M.», S. A., y de «M. E. e I.», S. A., por el precio de 5000.000 de pesetas anuales, obligándose solidariamente ambas sociedades a su pago b) Ante el impago de las rentas, los referidos terceristas interpusieron juicio de desahucio en el que recayó sentencia, con fecha 13 de enero de 1983, estimatoria de la demanda, procediéndose en marco del propio año al lanzamiento de las entidades demandadas del local arrendado. c) Los hoy terceristas instaron y obtuvieron, en fecha 22 de octubre de 1983, el embargo preventivo de dos grúas propiedad de «M. E. e I.», Sociedad Anónima, entidad que promovió incidente de oposición al embargo preventivo que fue desestimado en ambas instancias. d) Paralelamente, los ahora terceristas, formularon demanda de juicio declarativo contra la últimamente citada entidad en reclamación de 11.458.333 pesetas, en concepto de rentas que se le adeudaban al verificarse el lanza-

miento del local arrendado, recayendo Sentencia el 25 de octubre de 1984 estimatoria de la demanda, resolución que al interponerse la tercera de mejor derecho a que el presente recurso de casación se contrae se encontraba pendiente de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca. e) Don Bartolomé S. M., Presidente de la Sociedad «M. E. e I.», S. A., libró, con fecha 20 de enero de 1984 y vencimiento el día 13 de marzo del mismo año, en su propio nombre, una letra de cambio por importe de 3.699.998 pesetas, en la que figura como librada y aceptante la citada entidad, firmándola también el señor S. M. en el lugar del «acepto», debajo de la expresión “acepto, «M. E. e I.», Sociedad Anónima”, que en dicho lugar aparece. f) El señor S. M., con base en la meritada cambial, impagada a su vencimiento, instó autos de juicio ejecutivo contra «M. E. e I.», S. A., en los que el 7 de mayo de 1984 fueron embargadas a su instancia las dos grúas a que antes se ha hecho referencia, recayendo el 11 de mayo del propio año sentencia de remate mandando seguir adelante la ejecución despachada, habiendo reconocido el señor S. M. en confesión judicial que en el momento del libramiento de la cambial conocía la existencia de un embargo preventivo anterior que pesaba sobre las grúas propiedad de «M. E. e I.», S. A. g) Por último, que el señor S. M. no había acreditado la realidad de la deuda que motivó el libramiento de la letra de cambio bajo la fórmula «valor recibido».

Los dos motivos que sirven de fundamento al recurso, aunque planteados, como antes se ha expresado, por infracción en concepto de inaplicación del artículo 1.924-3.º, E), del Código Civil y por quebrantamiento de forma en razón a la vulneración de lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y corresponderles, en su consecuencia, pesca a que ello no se exprese en el recurso, los distintos amparos procesales que los números 5.º y 3.º, respectivamente, del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal autorizan, la realidad es que su común apoyo radica en el alegato de que la sentencia recurrida resolvió la cuestión litigiosa apartándose de los términos en que, dados los hechos fijados en la demanda, el debate había sido planteado, ya que el único tema sometido a la decisión judicial era la cuestión de derecho referente a la preferencia del crédito que ostentaban los terceristas a virtud de un embargo preventivo frente al reconocido por la sentencia firme recaída en el juicio ejecutivo. lo que obligaba al Tribunal sentenciador a analizar la cuestión planteada y no otras y a decidir el litigio haciendo aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.924-3.º, B), del Código Civil.

La sentencia recurrida, al citar los hechos que declara acreditados, no lo hace, como entiende el recurrente, en el segundo de los motivos de su recurso, apartándose de los que fueron alegados en la demanda inicial de las actuaciones, pues el relato histórico que en los primeros se contiene guarda sustancial coincidencia con lo que en los segundos se consiguan por lo que, aunque decida la cuestión litigiosa por aplicación de normas, cual la contenida en el artículo 7.1 del Código Civil, no altera la causa de pedir, concretada a que, con base en unos hechos, se declare la preferencia del crédito de los terceristas sobre el del actor en el procedimiento ejecutivo y el mejor derecho a hacerlo efectivo sobre el precio que se obtenga por la venta de los bienes embargados a la entidad deudora de unos y otro, resaltando, por demás, la adecuación del fallo de la

resolución impugnada con lo postulado en el suplico de la demanda, todo lo que, en definitiva, lleva a la conclusión de que dicha resolución hizo un uso correcto de la facultad que el principio *ura novit curia* le atribuía, sin incidir en la incongruencia de que se le acusa, máxime cuando, como ya sancionó la Sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1981, «no hay que olvidar en la aplicación del Derecho el instrumento jurídico que el legislador, al reformar el Título Preliminar del Código Civil, proporcionó a los Jueces y Tribunales para que introdujeran en la solución de los litigios un principio fundamental del Derecho, como es el de la buena fe en sentido objetivo (art. 7.1.º CC)», todo lo que determina el precedente rechazo del analizado segundo motivo.

La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos que el artículo 7.1 del Código Civil consagra, conlleva, como ya proclamaron las Sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1981, 21 de mayo de 1982 y 21 de septiembre de 1987, que la conducta del que dichos derechos ejercita se ajuste a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos, dicho principio, cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, en definitiva, conforme a lo que por un autorizado sector de la doctrina científica se concreta, la buena fe en sentido objetivo consiste en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija.

Así interpretado el alcance de la preceptiva contenida en el artículo 7.1 del Código Civil que la sentencia recurrida invoca en apoyo de su fallo, no puede menos de proclamarse, a la vista de los hechos puestos de relieve en el primero de los fundamentos de Derecho de esta resolución, que la conducta del demandado y aquí recurrente, al instar en juicio ejecutivo acción en reclamación del importe de una letra de cambio contra la mercantil anónima de cuyo Consejo de Administración era Presidente, no se ajustó en el ejercicio de su derecho a las exigencias de la buena fe, habida cuenta de que señaló en la correspondiente diligencia como bienes que habían de ser objeto de traba para responder del pago de lo reclamado, las dos grúas propiedad de la entidad ejecutada sobre las que pesaba el embargo trabado con anterioridad por los aquí terceristas, circunstancia esta que era conocida por el ejecutante referido al que asimismo le constaba la certeza de la deuda origen del embargo vigente a favor de los terceristas, pues precisamente dicha deuda procedía de un impago de rentas convenidas en contrato de arrendamiento en el que había actuado como representante legal de una de las dos sociedades locatarias y, por último, en el juicio de desahucio instado por tal impago había sido demandada la sociedad arrendataria de la que era Presidente. Lo razonado determina el decaimiento del motivo primero del recurso, pues ante la patente carencia de buena fe en la creación por el demandado del derecho de preferencia al cobro de su crédito que podía atribuirle la aplicación de la preceptiva contenida en el número 3.º, B), del artículo 1.924 del Código Civil, la sentencia recurrida no infringió por inaplicación dicho precepto, sino que procedió, sin desconocer su alcance, a subsumir los hechos evidentemente acreditados en la normativa establecida en el artículo 7.1 del citado Código sustantivo, a todo lo que es de añadir que los actos realizados por el demandado significan,

también el fraude de ley que el apartado 4 del artículo 6 del propio Código prescribe, por cuanto el acto realizado por el referido demandado al amparo del texto de la norma que le permitía señalar los bienes que habían de ser objeto de embargo en el procedimiento ejecutivo, perseguían el resultado prohibido por el ordenamiento jurídico de eludir la aplicación de la norma que otorgaba preferencia para el cobro del crédito anteriormente existente a favor de los terceristas, anteponiéndose al mismo a obtener una sentencia de remate que hiciera ilusoria la que pudiera recaer en el declarativo instado con anterioridad por los repetidos terceristas.

R. DE A.

ARBITRAJE DE DERECHO. FACULTADES INTERPRETATIVAS DEL ARBITRO. RESOLUCION DE VENTA DE INMUEBLES (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1987).

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.—Las actuaciones de las que el presente recurso trae causa tienen su origen en el contrato de compraventa de un piso vivienda concertado el día 11 de septiembre de 1981 entre la entidad «Edificio de Santa María de Gracia, S. A.», en calidad de promotora-vendedora, y don Francisco R. R., como comprador, con la particularidad de que en el documento privado en que se instrumentó la convención figura también como adquirente la esposa del señor R. R., doña Salvadora L. G., que no llegó a suscribir con su firma el citado documento, de que la vivienda transmitida estaba acogida al régimen de las llamadas de «protección oficial» y de que, por último, las partes contratantes acordaron en la correspondiente cláusula someter la decisión de las cuestiones que pudieran surgir entre ellas con motivo del cumplimiento de lo pactado al arbitraje de Derecho privado regulado en la Ley de 22 de diciembre de 1953, estipulando la intervención de un solo árbitro, Abogado del Ilustre Colegio de Córdoba, que emitiría el correspondiente laudo con arreglo a Derecho.

Surgidas diferencias entre las partes respecto al cumplimiento de las obligaciones que, respectivamente, les incumbían a virtud de lo pactado en el contrato de compraventa antes meritado, don Francisco R. R., ante el competente Juzgado de Primera Instancia, instó la formalización judicial del compromiso, y tras la tramitación reglada, el Juzgado, con fecha 14 de junio de 1984, dictó auto designando como árbitro a un Letrado ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, así como fijando las cuestiones que, con arreglo a Derecho, por el árbitro se habían de resolver.

Con observancia de las prescripciones legales que regulan la tramitación del procedimiento, el árbitro designado, con fecha 5 de junio de 1985, dictó laudo resolviendo las cuestiones que habían sido sometidas a su decisión, contra cuyo laudo dedujo la entidad «Edificio Santa María de Gracia, S. A.», el presente recurso de casación, impugnándolo a través de cuatro motivos, todos ellos articulados por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, los que en razón a las cuestiones que plantean han de ser analizados comenzando por el que se enuncia como primero y siguiendo, de no estimarse éste, con el que se aduce como cuarto, para terminar con los que se definen como segundo y tercero.

En el primer motivo del recurso, se tacha el laudo impugnado de haber infringido el artículo 1.258, en relación con el artículo 1.254, ambos del Código Civil, con fundamento en la alegación, cuya certeza se admite en el laudo, de que en el encabezamiento del contrato escrito de compraventa, origen de la controversia, figuraban dos compradores, don Francisco R. R. y su esposa doña Salvadora L. G., y de que al no haber suscrito esta última el correspondiente documento, el contrato no llegó a perfeccionarse, por lo que había que reputarlo inexistente, lo que determinaba no pudiera formularse a la entidad vendedora exigencia de clase alguna con base en su clausulado. El motivo acusa la vulneración de un precepto —artículo 1.258 del Código Civil— que por la generalidad del principio que enuncia no puede estimarse directamente infringido, al requerir se aduzca en relación a lo que proclama la ausencia del requisito que el número 1.º del artículo 1.261 del propio Código establece para que el contrato exista, y si bien es cierto que el contrato de compraventa, no suscrito por doña Salvadora L., no puede surtir efectos respecto a la misma en calidad de compradora, no lo es menos que existiendo consentimiento por parte de su esposo, el aquí recurrido don Francisco R. R., el tema que el motivo en análisis plantea es el de si lo convenido en el referido contrato tiene o no virtualidad entre los que lo suscribieron, y en este sentido es inconcuso que el señor R. R. asumió como comprador todas las obligaciones que en calidad de tal le incumbía, y respecto a la sociedad vendedora ha de estarse a la apreciación que el árbitro verifica de los elementos probatorios que pone de relieve en considerando correspondiente al «punto primero» de su laudo, apreciación probatoria y conclusión que de la misma deriva en orden a la validez del contrato de compraventa, que al entrañar unas afirmaciones de carácter fáctico han quedado inalteradas en este trámite casacional al no haber sido desvirtuadas por la vía adecuada al efecto del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, admitido por el señor R. R. y por la sociedad vendedora que la relación obligatoria quedara establecida entre ellos, el laudo arbitral impugnado al entenderlo así no infringió ninguno de los preceptos cuya vulneración se acusa en el motivo, lo que determina la procedencia de su rechazo.

El motivo cuarto del recurso, al acusar la infracción por el laudo impugnado del párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, por inaplicación del mismo, se enfrenta con la interpretación que el árbitro verifica, al resolver sobre el punto cuarto de los sometidos a su decisión, en orden a si las dos cantidades entregadas por el comprador habían de tener o no la finalidad de arras penitenciales o de desistimiento, de determinadas cláusulas contractuales. El motivo, según los alegatos que le sirven de desarrollo, más que combatir las conclusiones que el árbitro extrae de la labor de hermenéutica que verifica, se circunscribe a cuestionar que las facultades que en la estipulación 4.ª del contrato se atribuyen a la vendedora estén reiteradas en la 5.ª, según mantiene el árbitro, es decir, que con olvido del pormenorizado análisis que en el «punto cuarto» del laudo se contiene y de la aplicación por el árbitro de las normas sobre hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 —párrafos 1.º y 2.º—, 1.285, 1.287, 1.288 y 1.289 del Código Civil, trata de distorsionar lo que el

árbitro deduce de una interpretación conjunta de lo que varias cláusulas contractuales expresan, omitiendo denunciar, lo que le hace inviable, la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1.287, 1.288 y 1.289 del Código Civil, que fundamentan con particular relieve las conclusiones que el laudo establece; en definitiva, al no poder calificarse de irracional o ilógico el criterio interpretativo mantenido por el árbitro, al mismo ha de estarse, al ser de aplicación la reiterada jurisprudencia de esta Sala, según la que la interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia.

Los motivos segundo y tercero del recurso combaten los pronunciamientos del árbitro respecto a los puntos segundo y tercero de los que fueron sometidos a su decisión, y para su análisis y resolución ha de partirse de la doble circunstancia de que, de una parte, las afirmaciones fácticas sentadas por el árbitro, al no haber sido desvirtuadas por la vía adecuada al efecto del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han quedado incólumes en casación y, de otra, de que desestimado el motivo cuarto, a la interpretación que el árbitro verifica de las estipulaciones contenidas en el contrato de compraventa ha de estarse también en el actual trámite. Lo expuesto conlleva el pericimimiento de los dos motivos ahora en análisis, por cuanto: *a)* el laudo impugnado no infringió, como se acusa en el segundo motivo, lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil y doctrina legal que determina el alcance de dicho precepto al sentar con base en los hechos que establece e interpretación de las cláusulas contenidas en el contrato de compraventa, que la entidad vendedora incumplió su fundamental obligación de hacer entrega de la vivienda en el plazo convenido y «en las condiciones pactadas», sin que le precediera incumplimiento de clase alguna por parte del comprador, no pudiendo entenderse, como pretende la recurrente, que éste para exigir tal entrega hubiera de poner a su disposición o consignar, en su caso, la parte del precio cuyo saldo había de verificarse al hacerse la entrega material de la vivienda en cuestión, ya que es obvio, por demás, que tal exigencia sólo podía formularse por la vendedora simultáneamente a la del cumplimiento de una obligación con respecto a la que había transcurrido el plazo para que la hiciera efectiva, y sin que para no haberlo efectuado así le excuse la circunstancia, a la que era ajeno el comprador, de que aún no hubiera obtenido la cédula de calificación definitiva de la vivienda, al significar dicha obtención la observancia de unas disposiciones de carácter administrativo, cuya gestión correspondía a la vendedora, y que no obstaban a que tuviera virtualidad un pacto regulado en su alcance por normas del Código Civil que no inciden, contradiciéndolas, en las de carácter administrativo antes dichas, y *b)* la infracción del artículo 1.454 del Código Civil, que se acusa en el tercer motivo del recurso, en relación con lo que el árbitro establece al decidir sobre el punto tercero de los que fueron sometidos a su decisión, carece de base que le sirva de apoyo, pues la aplicación del precepto dicho la verifica el árbitro tras poner de relieve lo estipulado en el contrato de compraventa y determina su alcance aplicando las correspondientes normas de hermenéutica, como resulta de lo razonado al decidir sobre el cuarto motivo del recurso, cuya desestimación en el fundamento de Derecho 5.º de esta resolución hace inviable el ahora analizado.

RECURSOS DE REVISION: RECUPERACION DE DOCUMENTOS DECISIVOS (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1987).

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.—Constituyen antecedentes sucintamente recogidos de interés para el mejor enjuiciamiento del recurso: fallecido don José R. G. en 9 de julio de 1925, le sucedieron sus nueve hijos supervivientes, habidos de los tres matrimonios contraídos, constituyendo su único caudal la mitad indivisa de un cortijo, que, consecuentemente, heredaron por novenas partes indivisas; situación mantenida hasta el fallecimiento en 1973 de María R. R., hija del primer matrimonio, a la que sucedieron, en aquella novena parte, sus cinco hijos, los que deseando poner fin a tal indivisión y ante la resistencia de su tío Francisco R., al querer «llevarle al Juzgado», les manifestó que había comprado a su madre María R. su novena parte indivisa y, por tanto, nada les correspondía, de lo que tenía un papel que lo demostraba; los hermanos S. R. por cuanto, al no haberles dicho nada su madre, lo estimaban como una maniobra de su tío para privarles de su derecho, requiriéndole a que les presentase dicho documento, les aclaró que la que compró a María R. lo había sido su madre y madrastra de ésta, Emilia R. M., dando lugar a la interposición de la correspondiente demanda por don Manuel S. R. en su propio derecho y en beneficio de la comunidad compuesta por sus hermanos, en la que suplía, entre otros extremos, se declarase que doña María R. R., madre de los actores, no vendió la novena parte de la herencia de don José R. G. al demandado ni a la madre del demandado doña Emilia R. M., dictándose sentencia en la que así se declaraba por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Granada, confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Se interpone el recurso con el apoyo del número 1.º del artículo 1.796 de la Ley Procesal Civil, según el cual habrá lugar a la revisión de una sentencia firme si después de pronunciada se recobrasen documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado; acompañándose como documento recobrado una fotocopia del acta de conciliación entre María R. R. y Emilia R. M., celebrado en la villa de Huétor Santillán en 12 de abril de 1928, fotocopia de la demanda de conciliación de 16 de marzo de 1928 y fotocopia de una Providencia del Juzgado Municipal de Huétor Santillán de 9 de abril de 1928, notificación a la actora y otra a la demandada; del que se dice por el recurrente que, «inopinadamente y hace escasos días ha llegado a conocimiento de mi mandante y sus hermanos que en el Juzgado de Paz de Huétor Santillán (Granada) existía y existe unas actuaciones de juicio de conciliación en el que María R. R., asistida de su marido Manuel S. V., padre del actor Manuel S. R., reclamaban a Emilia R. M. la cantidad de 2.750 pesetas, en cumplimiento del contrato que con la misma tenía celebrado por la compra del cortijo».

Condiciona el número 1.º del artículo 1.796 de la Ley Procesal Civil, para que pueda haber lugar a la revisión de una sentencia firme en virtud de documentos recobrados, al cumplimiento de estos dos requisitos: primero, que, en todo caso, se trate de documentos decisivos del pleito, esto es, con valor y eficacia para resolverlo; segundo, que tales documentos

hayan sido detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; condicionantes estos dos últimos que no se dan en el documento aportado con el recurso, como es fácil colegir de las propias manifestaciones de la parte recurrente, ni a fuerza mayor ni a obra del que obtuvo a su favor la sentencia cabe atribuir su falta de presentación, y como además tampoco cabe calificar de concluyente, dada la vaguedad o imprecisión con la que está concebido, tanto la papeleta o demanda de conciliación como el propio acto, es visto no cumple aquellos requisitos o condiciones para llegar al fin pretendido; pero es que, además, incluso cabe debatir su propia legalidad intrínseca, puesto que la falta de adveración por la autoridad competente, como no menos la omisión de la firma de dos de los intervinientes en el acto, como más significativa la de la demandada doña Emilia R. M., la pone muy en duda.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. DE UNA CLINICA Y DE UN LABORATORIO, POR DEFECTO DEL CATGUT UTILIZADO EN UNA INTERVENCION QUIRURGICA. CONCURRENCIA DE CULPAS, SIN POSIBILIDAD DE GRADUARLAS (SENTENCIA DE 12 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.—Entre los diversos antecedentes fácticos del presente recurso de casación son de resaltar los que siguen: *que* doña María del Carmen P. M., casada y domiciliada en Málaga, en la fecha del 20 de mayo de 1978 ingresó en la clínica «X», sita en dicha capital y propiedad del doctor don Manuel B. P., para dar a luz por encontrarse en avanzado estado de gestación, obedeciendo el ingreso en la referida clínica por su vinculación al Igualatorio Médico Quirúrgico Malagueño, al que estaba suscrita doña María del Carmen; *que* en el siguiente día, el doctor que la asistía, don Carlos G. G., decidió practicarla la intervención quirúrgica de cesárea ante el desarrollo anormal del parto, operación que tuvo feliz resultado y determinó el regreso de aquélla a la habitación que ocupaba en la clínica para la subsiguiente recuperación postoperatoria; *que* el doctor G. G. no pertenecía al cuadro médico del referido centro, actuando en la forma indicada por tener a su cargo la asistencia de doña María del Carmen; *que* ésta, en 25 de mayo, al presentar un cuadro clínico alarmante por posible infección tetánica, fue trasladada desde la clínica a la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social «Carlos Haya», de Málaga, e internada en la unidad de cuidados intensivos, y tras confirmarse el diagnóstico indicado y sufrir un penoso y laborioso proceso de recuperación, fue dada de alta, pero la quedó una serie de secuelas deambulatorias con incapacidad para mantener y desarrollar una actividad física normal; *que* en 27 de mayo, la Jefatura Provincial de Sanidad dispuso una inspección en la clínica «X» y en el curso de la misma se tomaron muestras, para su análisis, del hilo de sutura empleado en la intervención quirúrgica referenciada, que correspondía al denominado Catgut número 2 y lote 802,

suministrado por la entidad «Comercial e Industrial S., S. A.», en anagrama «C», así como muestras del número 0 y lote 804, y *que* con anterioridad, en 30 de marzo, también de 1978, la precitada Jefatura había acordado inspeccionar la repetida clínica ante la sospecha de caso de tétanos aparecido en la enferma doña Rita R., que había sido intervenida en 15 del mismo mes, y las muestras tomadas para analizar correspondieron a Catgut número 0, lote 804, y número 1, lote 810, de «C», y a seda trenzada número 0-L-5-11, 31, de L. M.

Con base en los antecedentes relacionados, la señora P. M. promovió juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra don Manuel B. P., don Carlos G. G., «Comercial e Industrial S., S. A.», y el Director de «Laboratorios A.», en solicitud de que se les condenase solidariamente al abono en su favor de la cantidad de 6.000.000 de pesetas, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, con los intereses legales desde la interposición de la demanda, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Málaga, ante el que comparecieron los demandados para oponerse a la pretensión actora, a excepción de «Comercial e Industrial S., S. A.», que fue declarada en rebeldía. Una vez tramitado el procedimiento, el Juzgado dictó Sentencia en 26 de marzo de 1984, por la que condenó a la sociedad rebelde a pagar a la actora la suma reclamada, absolviendo a los restantes demandados, sin hacer expresa imposición de costas, y recurrida la sentencia por la parte actora, la Sala Segunda de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Granada, en 7 de julio de 1986, con estimación parcial de la impugnación, condenó a don Manuel B. P. y a la mencionada sociedad a que abonasen solidariamente a la actora la suma ya indicada, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con aplicación del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y absolución de los otros demandados, sin declaración de costas en ambas instancias. Y contra esta segunda resolución se interpuso recurso de casación por doña Aurora P. M., que se había personado en los autos al fallecer su marido, el señor B. P., haciéndolo por el cauce del artículo 1.692 de la precitada Ley y a través de ocho motivos amparados en sus números 4.º y 5.º

Los cinco primeros motivos del recurso denuncian, a tenor del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, error en la apreciación de la prueba, que se estudian conjuntamente por la íntima relación que guardan entre sí, desprendiéndose de su examen que los errores atribuidos al Tribunal *a quo* consistieron, sustancialmente, en las afirmaciones referidas a que: «en fecha inmediata anterior a ese accidente, otra paciente, llamada Rita R., sufre un similar proceso, aunque se recupera del mismo, levantándose acta de inspección sanitaria el 30 de marzo de 1978, relacionada con Catgut utilizado procedente de 'C.'» (fundamento de Derecho segundo); «entendemos que con el antecedente que se produjo con Catgut procedente de 'C.', referente a otra enferma; que se levanta acta en esa primera anomalía grave y reseñada en el apartado II de estos fundamentos de Derecho» (fundamento de Derecho tercero); «dictaminando el Centro Nacional de Farmacobiología que el Catgut utilizado no era conforme en esterilidad» (fundamento de Derecho segundo); «debería haber extremado sus precauciones sobre el indicado producto que se utiliza como hilo de sutura» (fundamento de Derecho tercero), y «se trata 'C.' de una extraña entidad» (fundamento de Derecho tercero). En argumentación del recurrente, los errores padecidos pueden concretarse en haberse establecido

una relación entre las enfermedades de la señora R. y la actora y en hacerse derivar del hilo de sutura el daño sufrido por la señora P. M., citándose como documentos demostrativos de aquéllos los obrantes a los folios 8, 9, 12, 11 y 15 (documentos núms. 2, 2 bis, 4, 3 bis y 5 de la demanda). En los supuestos de error amparados en el ordinal 4.º, debe tenerse en cuenta la doctrina mantenida reiteradamente por esta Sala, concerniente a que «el documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, de forma que es preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por si mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia» (Sentencias, entre otras, de 16 de abril de 1958, 13 de octubre de 1966, 21 de diciembre de 1981, 4 de noviembre de 1982, 14 de junio de 1983, 5 de diciembre de 1984, 3 de marzo de 1986 y 31 de marzo de 1987).

La inviabilidad de esos cinco motivos resulta de las siguientes consideraciones: a) El dato de que el 15 de junio de 1978 participara la Jefatura Provincial de Sanidad al Director de la clínica «X» que procediera a la inmovilización de la especialidad Catgut número 2, lote 804, del Laboratorio «C.», por no conforme esterilidad (documento núm. 2), es decir, con posterioridad a la fecha de la operación de la actora, 21 de mayo, no permite dejar de relacionar dicha intervención con la antecedente de la señora R., pues antes, el 30 de marzo, se había levantado en la clínica un acta de inspección sanitaria «ante la sospecha de caso de tétanos aparecido en la enferma Rita R.», y se recogieron diversas muestras de la especialidad Catgut utilizada en la intervención (documento núm. 4), de cuya acta tuvo que tener conocimiento obligado el Director del centro, al dejarse un ejemplar de la misma en el lugar de la Inspección, siendo indiferente a estos efectos que el Catgut empleado en una y otra operación correspondiera a distinto lote y numeración, ya que en ambos casos el Laboratorio era el mismo, «C.». b) La circunstancia de que el informe del doctor C., de 21 de abril de 1978, en su juicio clínico referido a la señora R., atribuya al tétanos origen probablemente postquirúrgico (documento número 3 bis), tampoco puede invalidar la mención del antecedente referenciado, pues aparte de que dicho diagnóstico se emite como probable, con lo cual el documento no es esencialmente inequívoco, en el informe pericial de los doctores Q., J. T. y P., de 9 de septiembre de 1983, se hace constar que «es posible que doña Rita R. adquiriera el tétanos con posterioridad a la intervención quirúrgica... No obstante, parece claro que el origen estuvo en la intervención». c) El extremo informado por el Centro Nacional de Farmacobiología acerca de las muestras de Catgut que se tomaron, que se contiene en la comunicación de 12 de julio de 1978, «realizados los oportunos estudios microbiológicos orientados hacia la investigación del género 'Clostridium', no se ha encontrado la presencia de 'CL. tétani'» (documento núm. 5), en relación con lo afirmado en la pericia antedicha, respecto a que el tétanos se incluye en las bacterias del género 'Clostridium' y que las ambientales nunca pueden producir tétanos, son también inoperantes en orden a desvirtuar la conexión que la sentencia recurrida aprecia entre las dos operaciones, pues no es dable omitir: que tanto el Catgut número 2, lote 804, como el número 2, lote 802, fueron dictaminados «no conforme esterilidad» (documentos 2 y 2 bis); que en el del número 2, lote 802, se observó una contaminación por germen perteneciente al género «bacillus» (documento núm. 5); que la pericia se pro-

nunció favorablemente a considerar que el tétanos contraído por las señoras R. y P. tuvo su origen en la intervención quirúrgica, y que en la pericial de los doctores De la Torre Rodríguez, Pastor Mene y Heras Codes, de 13 de septiembre de 1983, se consigna la creencia acerca de «que la única posibilidad de infección por tétanos de la actora fue la operación cesárea que sufrió». d) El hecho de que los documentos números 2 y 2 bis, al participar sobre la «no conformidad de esterilidad» de las especialidades de los Laboratorios «C.», presuponga su existencia, sin formular sospecha alguna sobre ellos, no implica incompatibilidad con la afirmación de tratarse «de una extraña entidad», cuyo calificativo dimana de los datos que se reflejan en los informes del Jefe de la Sección de Autorizaciones y Registros Especiales y del Director de Salud de 8 de septiembre de 1983 y 10 de febrero de 1979. Por consiguiente, las precedentes consideraciones originan, como se decía, la inviabilidad de los motivos examinados, con los que se pretendió, en definitiva, sustituir el criterio valorativo de la Sala de Instancia en materia probatoria, por el personal de la parte recurrente, concretándose aquél en el hecho de que el origen de la enfermedad de tétanos sufrida por la actora estuvo en el hilo de sutura Catgut número 2 y lote 802, utilizado en la operación de cesárea que le fue practicada en la clínica «X», propiedad del doctor don Manuel B. P., y cuya especialidad farmacéutica fue fabricada y suministrada por la entidad «Comercial e Industrial S., S. A.».

Los motivos sexto y séptimo del recurso se acogen al ordinal 5.º del rituario artículo 1.692, alegándose en ambos la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, y se fundamentan en la inexistencia de relación causal entre el uso del Catgut y la producción de la infección tetánica, al no probarse «que una sola de las muestras analizadas contuviera 'Clostridium', género al que pertenece el tétanos», y en la ausencia de acción u omisión culpable o negligente en la conducta del doctor B., Director y propietario de la clínica «X»; pero uno y otro motivo están condenados al fracaso en cuanto que la causalidad deviene inherente del hecho que se estimó probado en la Instancia, cuya concreción ha sido descrita en el fundamento precedente, y en cuanto que la omisión negligente del referido doctor se centró, en el decir de la sentencia recurrida, en la falta de adopción de medidas o precauciones tendentes a evitar el acaecimiento de futuros casos de infección tetánica, como el que se había producido en la señora R., precauciones que debió haber extremado en razón a los intereses humanos, de inapreciable valor, que entran en juego en los centros hospitalarios, sin que quepa estimar como actuación diligente la enunciada en el motivo séptimo: cambio de número y lote respecto al hilo de sutura, puesto que al conocer por la inspección realizada en 30 de marzo que la recogida de muestras de Catgut se debía a la sospecha del caso de tétanos aparecido en la enferma y que tales muestras correspondían a productos de los Laboratorios «C.», un comportamiento verdaderamente diligente y lleno de prudencia hubiera sido proceder a la retirada total del Catgut servido por «C.».

El octavo motivo, último formulado, se refugia, asimismo, en el meritado ordinal 5.º, e invoca infracción de la jurisprudencia «aplicable para resolver la naturaleza de la obligación de indemnizar consecuente con la condena a los demandados que pronuncia la sentencia recurrida», citándose al efecto la Sentencia de 7 de febrero de 1986, que proclama la doctrina mantenida por esta Sala acerca de que en los eventos dañosos por

la acción o conducta de diversas personas o entidades surge entre los intervinientes la figura de la solidaridad, cuando no es posible individualizar las responsabilidades, y en base a esa doctrina se argumenta que «la omisión teórica del doctor B. fue de muy inferior entidad a la acción negligente del Laboratorio», pues ante el solo dato de la toma de muestras de Catgut y anticipándose al resultado de los análisis, cambió el número y lote del hilo de sutura. El motivo ha de correr igual suerte que los anteriores, toda vez que en el caso de autos no se aprecian suficientes elementos valorativos en orden a individualizar los respectivos comportamientos a los fines de establecer distintas responsabilidades frente al pago de la indemnización procedente, sin que a este respecto pueda concederse relevancia bastante al dato de referencia.

R. DE A.

RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO. IRRELEVANCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE AMBAS PARTES (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 base de este proceso es un contrato mixto de promesa de venta, ejecución de obra y permuta concertado en 30 de diciembre de 1981, por documento privado, en virtud del cual la entidad demandada cedió a los actores un solar para un chalet que la propia demandada había de construir y entregar en fecha 15 de mayo de 1982, frente al pago total del precio de 11.900.000 pesetas, de las cuales, 4.600.000 pesetas en metálico y el resto mediante entrega, por parte de los actores, de otro chalet de su propiedad. Al tiempo de la demanda, el chalet que había de construir la demandada no estaba terminado y los actores no habían pagado más que 3.000.000 de pesetas. Los actores piden la terminación y entrega de la obra, momento en el que completarán el pago, y asimismo una indemnización de daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. La sociedad demandada pide la desestimación de la demanda y reconviene pretendiendo el abono de obras fuera de proyecto, la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia. La sentencia impugnada da lugar, en parte, a la demanda, y también en parte, a la reconversión, y dispone que se termine, por la demandada, la obra, en el plazo de cuatro meses, y que los actores completen su pago prometido, tal como se pactó, más la cantidad de 687.500 pesetas como precio de obras ejecutadas con modificación del proyecto, por voluntad de ambas partes. La sentencia ha sido recurrida en casación por los actores y por la demandada, con tres y dos motivos, respectivamente, todos ellos amparados en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cuales denuncian la infracción del artículo 1.124 del Código Civil y doctrina aplicable, añadiendo los actores la infracción del artículo 1.253 de dicho Código, en relación con el artículo 1.124 citado. Sobre la base indicada, la demandada insiste en el incumplimiento exclusivo de los actores, que ha de desembocar en la

resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios, mientras los actores insisten en que se mantenga el cumplimiento del contrato, que ha producido daños y perjuicios, que deben ser indemnizados.

Ningún motivo de casación combate los hechos fijados en la sentencia, que asume, esencialmente, los argumentos de la dictada en Primera Instancia, y en ambas se razona sobre la existencia o no de un incumplimiento exclusivamente atribuible a alguna de las partes, cuestión de hecho que se resuelve apreciando que no ha existido la necesaria conducta de incumplimiento, inspirada por una voluntad de contradecir lo pactado o manifiesta por la no prestación de lo debido, requisito necesario para dar paso a que se utilice en beneficio de una sola de las partes la acción contenida en el artículo 1.124 del Código Civil (Sentencias de esta Sala de fechas 17 de enero de 1986, 4 de marzo de 1986, 12 de junio de 1986 y 10 de febrero de 1987, entre otras). Contrariamente, la sentencia aprecia una conducta inicial de cumplimiento por ambas partes y una discrepancia de escasa cuantía en el total del precio (687.500 pesetas sobre un total de 11.900.000 pesetas), determinada por una modificación del proyecto, que le lleva a la conclusión de hacer uso de la facultad que concede el párrafo 3.º del citado artículo y fija un plazo prudencial para complementar las prestaciones, en aplicación del principio de conservación del contrato, que tiene su base legal en los criterios que inspiran los artículos 1.258 y 1.284 del Código Civil.

Como consecuencia de que no se aprecia una conducta de total incumplimiento y de la afirmación de que ninguna de las partes cumplió del todo, puesto que los actores no pagaron ni quisieron reconocer el aumento de precio de lo edificado y la demandada no terminó la obra en su plazo, falta la base para que se pueda apreciar que uno de los contratantes debe indemnizar a otro daños y perjuicios (Sentencias de esta Sala de fecha 21 de abril de 1987 y 30 de mayo de 1987), puesto que ambos frustraron las recíprocas expectativas de entrega de un chalet, por parte de la demandada, y complemento del pago de un importante contravalor, por parte de los actores, pero ni han fijado, siquiera por aproximación, la base de valoración de sus perjuicios, ni que uno u otro perjuicio tenga mayor entidad para estimar que una de las partes haya sufrido más daño que la otra. Por tales razonamientos, todos los motivos de casación deben ser rechazados, en cuanto la sentencia no infringe lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil, en la apreciación del supuesto de hecho de la norma, ni en las consecuencias de su aplicación.

R. DE A.

TERCERIA DE DOMINIO: NO CONCORRE LA CONDICION DE TERCERO (SENTENCIA DE 27 DE ENERO 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 dimana de la pieza de administración de un juicio de testamentaría y se fundamenta en el número 2 del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el

cual procede dicho recurso contra los autos dictados en apelación, en los procedimientos para la ejecución de las sentencias recaídas en los juicios declarativos ordinarios a que se refiere el número 1 del mismo artículo, «cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado». En el presente caso, antes de entrar en el examen de los dos motivos alegados, interesa poner de relieve que el recurso no se halla en el supuesto descrito en el citado número 1 del artículo 1.687 por no haber precedido sentencia recaída en juicio de mayor o de menor cuantía. Aparte de ello, es también de observar que ambos motivos dan por supuesto la legitimación de los recurrentes, punto sobre el que ha versado el fundamento del auto recurrido para desestimar la procedencia en el supuesto contemplado de un juicio de tercería de dominio, lo mismo que sostuvo también el Juez de Primera Instancia, por entender que los recurrentes no son terceros, cualidad esencial y básica para poder promover el juicio de tercería expresado.

El primero de los motivos, sin alegar infracción alguna de preceptos legales y dando por presupuesta aquella legitimación de los recurrentes, sostiene que se han resuelto puntos sustanciales no controvertidos en el juicio de testamentaría, cuando la razón de ser del recurso no es ese juicio de testamentaría, sino la circunstancia de haber intentado una tercería de dominio los mismos recurrentes; tampoco se indica en su caso a qué resolución del juicio de testamentaría se refiere el recurso. Ello basta para la desestimación del motivo, a lo que ha de añadirse la razón de la desestimación del segundo de los motivos, que en su formulación desborda el marco del propio recurso tal como lo perfilan los recurrentes, al apoyarlo en el número 1.º del artículo 1.687, «dada la extensión que el mismo concede al artículo 1.689, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con apoyo igualmente en el número 5.º del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, porque —dice— la resolución recurrida infringe el artículo 1.532 de la misma Ley Procesal y su artículo 1.533, párrafo 1.º, así como la jurisprudencia que interpreta dicha resolución». El decaimiento del recurso se produce al considerar que los preceptos citados parten de la idea básica de que la tercería se inicie por «tercero», según ha reiterado esta Sala últimamente en Sentencia de 2 de febrero de 1984, concepto que no reúnen los recurrentes, que son, por el contrario, copartícipes de los bienes embargados por deudas a las que no son ajenos. De todo ello se deduce que no ha habido las infracciones acusadas, sino que la Sala de Instancia se atuvo a los preceptos legales invocados, lo que da lugar a la desestimación del recurso con imposición de las costas a los recurrentes.

R. DE A.

«ENDOSO» DE UNA FACTURA: CESION DE CREDITO. OBLIGACIONES DEL BANCO ENDOSATARIO. RESPONSABILIDAD DEL BANCO POR NO SEGUIR LAS INSTRUCCIONES DEL ENDOSANTE (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.—El origen de este proceso consiste en que el actor endosó al Banco demandado, en fecha 27 de junio de 1979, factura correspondiente a certificación de cobro, contra la Administración (Ministerio de Cultura, Dirección General de Radiodifusión y Televisión), de la cual el actor era acreedor, por un importe de 10.365.800 pesetas, endoso al que prestó conformidad la Administración en fecha 5 de julio de 1979. El propio actor dirigió carta de fecha 7 de julio de 1979, sellada como recibida por el Banco en la misma fecha, para que ingresara la cantidad de la factura en la cuenta de la compañía «C. e I., S. A.», entidad de quien el actor era deudor y para el pago de varias letras de cambio (letra vencimiento 17 de julio de 1979, por 5.000.000 de pesetas; letra vencimiento 23 de julio de 1979, por 2.500.000 pesetas; letra vencimiento 24 de julio de 1979, por 5.000.000 de pesetas, y letra vencimiento 25 de julio de 1979, por 1.000.000 de pesetas). El Banco endosatario no abonó en la cuenta del acreedor del actor endosante el importe de la factura hasta el día 28 de noviembre de 1979, cuando en 15 de noviembre de 1979 ya se había despachado ejecución en favor de la entidad «C. e I., S. A.», contra el actor por el principal de las letras referidas en primero y tercer lugar (7.500.000 pesetas), de las que dicha entidad manifestó haber percibido, con anterioridad al proceso, la cantidad de 897.765 pesetas. El actor entiende que si el Banco no hubiera incumplido la comisión que recibió, no se hubiera producido el juicio ejecutivo, con sentencia de remate y vía de apremio, pues no abonó la factura en tiempo oportuno, sino tardíamente, y, además, para cobrar una póliza de crédito que el Banco concedió a «C. e I., S. A.», en fecha 12 de julio de 1979 y que no vencía hasta el 13 de julio de 1980. Por ello reclamó al Banco, en la demanda, el importe de la factura, el lucro cesante, los costes consecuentes al proceso ejecutivo y una indemnización por los daños causados en su honor al publicarse la subasta de sus bienes.

La sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada en Primera Instancia, desestima la demanda porque entiende que el Banco no venía obligado sino a cobrar la factura endosada y a su abono en la cuenta indicada por el endosante, sin que pudiera impedir el curso de unos efectos cambiarios cuyo tenedor ignoraba y unos eventuales juicios ejecutivos, en los cuales el actor en este proceso no se defendió adecuadamente, siendo, en todo caso, el importe de la factura endosada (10.365.800 pesetas) inferior al importe de las letras reseñadas en la carta que el actor entregó al Banco (11.000.000 de pesetas). Contra esta sentencia recurre en casación el actor con cinco motivos, de los cuales el primero se apoya en el artículo 1.692, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los otros cuatro en el número 5.º del mismo artículo.

El motivo primero combate la afirmación de hecho de las sentencias por las que se dice que el contrato entre actor y Banco tenía por objeto que este último cobrara la factura e ingresara su importe en la cuenta indicada por el actor correspondiente a un acuerdo de éste. El recurrente sostiene que del propio endoso y de la carta obrante de fecha 7 de julio de 1979 aparece que la obligación del Banco consistía en ingresar, al tiempo del endoso, la cantidad importe de la factura en la cuenta del acreedor del actor, que así esperaba evitar que se produjera el impago —y eventual ejecución— de las letras de cambio descritas en dicha carta. El motivo debe ser estimado, porque el indiscutido documento, en el que consiste la carta, establece la persona a quien el endosatario debe abonar el impor-

tc de la factura y el fin de este abono, que es el de evitar el impago de efectos cambiarios obviamente aceptados por el actor y cuyo curso dependía de la actitud de la persona jurídica a la que había de hacerse el abono, teniendo en cuenta los hechos reconocidos de que su crédito principal (11.000.000 de pesetas) hubiese quedado saldado con el importe de la factura (10.365.800 pesetas) más la cantidad entregada por el actor antes del juicio ejecutivo (897.765 pesetas), pues su adición importaría la cantidad de 11.262.000 pesetas. Consta, por tanto, documentalmente el negocio, titulado endoso, y su fin acreditado en un mandato concreto y claro, que era el de evitar el impago de unas letras de vencimiento próximo que el actor esperaba que su acreedor no permitiese su ejecución si hubiera percibido la cantidad importe de la factura. Esta es la resultancia de los documentos consistentes en endoso y mandato del fin de la cantidad importe del crédito endosado, recibido por el mandatario y no discutido por éste, por lo cual la estimación de este motivo permite pasar al examen de los siguientes a partir de los documentos negociales.

El segundo motivo estima infringidos los artículos 1.256, 1.281, 1.284 y 1.285 del Código Civil, y pese a esta mezcla de preceptos, se vuelve a la afirmación de que el Banco no es quien debe establecer el alcance de sus obligaciones, sino el texto del endoso y carta de instrucciones, su íntima relación y su esperada eficacia. Desde esta perspectiva del juego de las normas interpretativas se debe apreciar que el uso de la palabra «endoso» es claro, que la carta de instrucciones fue recibida y no discutida por el Banco antes del previsto vencimiento de los efectos cambiarios, que el llamado «endoso» fue admitido por la Administración con anterioridad a la carta de instrucciones y que el Banco no cumplió estas instrucciones, afirmaciones que la sentencia desconoce, interpretando que el Banco solamente se comprometió a cobrar la factura, y cuando la cobrara, no antes, la abonaría al acreedor del actor endosante. Esta interpretación resulta contraria a los preceptos invocados, por las siguientes razones: 1) El crédito endosado estaba representado por una factura que correspondía a una certificación por suministro, documento, en principio, nominativo, según disponen los artículos 145 y 238 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, y, por tanto, no transmisible «a la orden», no endosable, sino en la forma indicada en el artículo 347 del Código de Comercio (ver Sentencia de esta Sala de 11 de abril de 1988); pero, en cualquier caso, la transmisión había sido notificada a la Administración y aceptada por ésta, el crédito estaba adquirido por el Banco y el contrato de cesión era perfecto, por lo cual el pago de su importe debía haberse producido (art. 1.528, en relación con los 1.527 y 1.500, 2.º, del Código Civil) incluso con anterioridad a la fecha de la carta de instrucciones dirigida por el actor endosante o cedente al Banco. 2) Cuando se emplea la palabra «endoso», se supone que las partes quisieron dar eficacia a la transmisión, entre ellas, antes de la notificación a la Administración, y que este endoso, que confiere la titularidad de un crédito al endosatario, es pleno, pues para contradecir la apariencia debe constar que el endoso lo es en comisión de cobranza, garantía u otro concepto que elimine la aparente titularidad transmitida. Por esta razón no cabe admitir que el endoso o cesión en este caso fueran para que el Banco cobrase, y después de cobrar, pagase, como si de una inexistente e impresumible comisión de cobranza se tratase. 3) El Banco recibió la carta de instrucciones que contenía una comisión. Para rehusar eficazmente el encargo debía haberlo comunicado al comitente por el medio

más rápido, según dispone el artículo 248, 1.º, del Código de Comercio. 4) El contenido del encargo no era imposible, pues no se le mandaba al Banco que pagase las letras de cambio, sino que pagase a la persona que, supuestamente, podía detener su curso. Si hubiese cumplido, en tiempo oportuno, con su encargo quedaría libre de responsabilidad, pero el hecho esencial es que el encargo no fue cumplido.

El criterio interpretativo expuesto y las lógicas deducciones que ha sugerido llevan a la estimación del motivo segundo, y sin entrar al análisis del tercero, que trata de mostrar la causa impulsiva del negocio desde su inicio y que es indiferente dadas las concretas instrucciones posteriores al endoso, llevan a la estimación del motivo cuarto, por infracción de los artículos 1.714, 1.715, 1.718, 1.719 y 1.726 del Código Civil, y 254, 255, 266 y 258 del Código de Comercio, y del motivo quinto, que se basa en la infracción de estas mismas normas en relación con el principio de buena fe proclamado en los artículos 7, 1.º, y 1.258 del Código Civil, y de diligencia en el cumplimiento de la comisión contemplada en el artículo 255 del Código de Comercio, pues es claro que el Banco comisionista no se atuvo a las instrucciones de su mandante; obró sin consultar, para el caso de duda razonable, de modo negligente, y causó un evidente daño al actor, que mal podía defenderse frente a las ejecuciones, aunque intentó un incidente de nulidad y una querrela sin éxito y vio ejecutados sus bienes, resultado que razonablemente no se hubiera producido de haber cumplido el demandado, empresario cualificado y experto, con sus obligaciones de comisionista, frecuentes en la actividad bancaria y ligadas a numerosos contratos bancarios (Sentencias de esta Sala de fechas 14 de diciembre de 1984 y 12 de julio de 1985, entre otras).

El incumplimiento que, en términos generales, implica un perjuicio (Sentencias de esta Sala de 9 de marzo de 1987 y 21 de abril de 1987, entre otras), en este caso tuvo las siguientes consecuencias: 1.º El actor ve disminuido su patrimonio porque el Banco, en lugar de dar a la cantidad objeto del descuento el destino pedido, que hubiera supuesto una rebaja en el pasivo del actor y extinción de una deuda contraída con «C. e I., S. A.», da como destino a la cantidad el pago de una deuda de esta sociedad con el propio Banco, operación que no repercute en el pasivo anterior del patrimonio actor, pues subsiste su deuda con «C. e I., S. A.», al no haber sido pagada. Para restablecer la situación creada por la conducta del Banco, éste ha de abonar en la cuenta del actor la cantidad objeto del descuento 2.º Los gastos y costas judiciales por los procesos relacionados con la reclamación de las letras de cambio (ejecutivo, incidente, querrela), cuya cuantía se fijará, en ejecución de sentencia, sobre la base de los recibos que presente el actor correspondientes a estos pagos. 3.º No se puede admitir, en principio, que un proceso civil y sus lógicas consecuencias implique un daño moral, en cuanto revele el incumplimiento de unas obligaciones en la forma en que fueron contraídas.

R. DE A.

«REFORMATIO IN PEIUS». LA EXCEPCION DE CARACTER O REPRESENTACION CON QUE SE LE DEMANDA (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1987).

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 representación procesal de la entidad mercantil «Banco X», ejercitando acción cambiaria ordinaria, promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gandía juicio declarativo de mayor cuantía contra las sociedades «E. M., S. A.», y «T., S. A.», con la pretensión de que se les condenase solidariamente a pagar a la entidad actora sumas dinerarias en virtud de las relaciones comerciales mantenidas, y habiéndose propuesto por las referidas sociedades, previamente a la contestación de la demanda, excepciones dilatorias de falta de personalidad por no tener el carácter con que se les demandaba, las mismas fueron estimadas por sentencia de 8 de octubre de 1984, que decretó la finalización del proceso al no ser subsanables, resolución que, en trámite de apelación formalizada por la entidad bancaria, fue revocada en 23 de noviembre de 1985 por la Sala Transitoria de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Valencia, declarando de oficio la improcedencia de la acumulación de las acciones ejercitadas en la demanda, sin posibilidad de continuar el juicio, y contra esta segunda sentencia se interpone por la representación de aquella entidad el presente recurso de casación, por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a través de dos motivos amparados en sus ordinales 1.º y 5.º

La íntima relación en que se encuentran los dos motivos que fundamentan el recurso aconsejan estudiarlos conjuntamente, los que formulados por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se amparan, de modo respectivo, en sus ordinales 1.º y 5.º, al denunciar exceso en el ejercicio de la jurisdicción, por vulneración del principio prohibitivo de la *reformatio in peius* y del de congruencia del artículo 359 de la precitada Ley, e infracción de la jurisprudencia relativa a la diferenciación entre la falta de personalidad del artículo 533, excepción 4.ª, y la falta de legitimación, con citación de las Sentencias de 7 de marzo de 1930, 3 de abril de 1965, 25 de noviembre de 1982 y 5 de febrero de 1985. Con el fin de centrar y facilitar el estudio del motivo, es oportuno destacar que la sentencia de primer grado estimó las excepciones dilatorias de falta de personalidad invocadas por las sociedades demandadas, por no tener el carácter con que se las traía a juicio, y decretó la finalización del proceso al no ser subsanables, mientras que la de apelación, la hoy recurrida, procedió a su revocación y declaró de oficio la improcedencia de la acumulación de las acciones ejercitadas, sin posibilidad de continuar el juicio. Pues bien, como expuso el juzgador de Instancia, aquellas demandadas, en las excepciones, no adujeron «que no se las debió llevar individualmente al proceso», ya que lo alegado fue «que entre ellas no existe la solidaridad con que se pretende que se las condene», y partiendo de esa base y de la aplicación del artículo 516 del Código de Comercio, vino a razonar que «cuando se ejercita la acción cambiaria en un proceso declarativo ordinario puede demandarse simultáneamente a cuantas personas físicas o jurídicas han intervenido como libradoras, aceptantes, ordenantes o avalistas de la letra impagada, la solicitud de condena se ha de

formular de forma sucesiva y para el supuesto de absolución o insolvencia del primero y siguiente demandados, y no habiéndose pedido así en el suplico de la demanda, pues interesa la condena solidaria de las sociedades demandadas, resulta obligado acoger la excepción, pues no tienen el carácter de solidarias con el que se las traído al juicio y establecido la relación jurídico-procesal» (considerandos cuarto y séptimo). Lo que antecede pone de relieve que ni las sociedades demandadas plantearon las excepciones ni el Juez de Instancia las resolvió, en los términos comprendidos en la sentencia del Tribunal *a quo*, toda vez que el fundamento esencial de éste fue el derivado del número 1.º del artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento; incompatibilidad del ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio e imposibilidad, por tanto, de acumularse, cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra.

Por lo expuesto y entendiendo que existe *reformatio in peius*, cuando una resolución judicial es revocada, no concediendo o negando lo que pedía el apelante, sino agravándola en su perjuicio, sin que esto sea pedido por otro apelante o adherido a la apelación, y no obstante la dificultad en ocasiones de distinguirla de la incongruencia, en el presente caso cabe apreciar que la sentencia impugnada vulneró tal principio prohibitivo, a pesar de que el fallo, al igual que el del primer grado, declaraba la imposibilidad de continuar el juicio, pues, a diferencia de la primera sentencia, no permitía acumular en el mismo procedimiento las acciones ejercitadas contra las sociedades demandadas, lo cual implica agravar la postura de la entidad bancaria actora-apelante, única compareciente en la Segunda Instancia. Mayor claridad ofrece el tema de la incongruencia, en cuanto que circunscrita la cuestión a tratar y resolver en la apelación a la propia de las excepciones dilatorias, de manera que el Tribunal Superior tenía que haberse pronunciado expresamente sobre esa materia, estimando o desestimando los medios de defensa articulados por las sociedades demandadas, lo que hizo fue, por el contrario, incidir con una cuestión, como la de acumulación de acciones, no suscitada en la Primera Instancia ni en el recurso, contraviniendo así lo dispuesto en el ritualario artículo 359 y la conocida doctrina jurisprudencial sobre el particular de la congruencia e incongruencia de las resoluciones judiciales.

Enlazando lo dicho con el problema específico de las excepciones, las mismas se acogieron al régimen de la cuarta del artículo 533 del texto procesal: falta de personalidad en el demandado, por no tener el carácter o representación con que se le demanda, con lo cual se plantea un supuesto de legitimación, figura jurídica de Derecho material y formal, y cuyos límites no suelen dar lugar, por lo general, a dudas, en atención a la copiosa jurisprudencia existente al respecto, siendo de destacar, por sus elementos definidores, la Sentencia de 10 de julio de 1982, al expresar que: «se trata de un instituto que tanto en sus manifestaciones de Derecho sustantivo —*legitimatío ad causam*— como adjetivo —*legitimatío ad processum*— constituye un concepto-puente al servir de conexión entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas, que son la capacidad jurídica y la de obrar —capacidad para ser parte y para comparecer en juicio— y la claramente real y efectiva de disposición o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras, que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar, dándose lugar a que mientras en el supuesto

de las capacidades o de su falta, se hable de personalidad o de la ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta». Proyectando todo ello a las excepciones de que se trata y dado que las sociedades «E. M., S. A.», y «T., S. A.», fueron demandadas por los respectivos conceptos de aceptante y libradora de determinadas cambiales, es claro que ostentaban el «carácter» necesario para ser partes y comparecer en el procedimiento con plena capacidad, como también lo es que la petición sobre su condena en solidaridad y todo lo concerniente a dicho particular es materia integrante de la cuestión de fondo por afectar a la existencia del derecho o de la acción o a su carencia, y de aquí la improcedencia de las excepciones formuladas, como así vino a reconocerse en la sentencia recurrida (fundamento de Derecho segundo).

Consecuencia de todo lo expuesto es la estimación de los motivos del recurso y la casación de la sentencia recurrida, sin que sea óbice la circunstancia de ampararse el primer motivo en el ordinal 1.º del artículo 1.692, cuando en realidad debiera haberse acogido al número 3.º, ya que la Ley 34/1984, de 6 de agosto, atenuó la rigurosa formalidad que presidía la casación en la regulación anterior. Asimismo, es resultado consecuente la revocación de la dictada en Primera Instancia, en razón a la improcedencia de las excepciones formuladas, cuya revocación determina la desestimación de las repetidas excepciones y el mandato de que continúe la sustanciación del procedimiento con arreglo a Derecho, y esto sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en las dos instancias, ni tampoco en las originadas en el recurso, a virtud de lo dispuesto en el número 4.º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

DEUDA DE INTERESES DEL ARTICULO 921 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. NACIMIENTO AUTOMATICO. RETROACTIVIDAD: DEUDAS A LAS QUE ALCANZA (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO 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 juicio declarativo de mayor cuantía seguido entre las partes recayó sentencia del Juzgado (21 de diciembre de 1979) condenando a la Caja de Ahorros «X» al pago al demandante de 5.161.749 pesetas, fallo que fue confirmado por sentencia de la Audiencia (27 de enero de 1981) que desestimó el recurso de apelación de aquélla. Habiendo ésta recurrido en casación, finalmente desistió de tal recurso (Auto de esta Sala de 9 de marzo de 1984), quedando firme la condena al pago de la cantidad. En la fase de ejecución de la misma, la Caja consignó el principal, siendo el 13 de julio de 1984 (vuelta del folio 405), percibiéndolo efectivamente el demandado el 31 de julio de 1984, en que le fue entregado. Habiendo solicitado, además, el pago también de los intereses devengados por el principal, fijándolos en la suma de 1.777.622 pesetas, le fueron denegados por Auto del Juzgado de 6 de noviembre de 1984; denegación fundada en que «ni en Primera ni en Segunda Instancia se hace pronunciamiento específico en materia de intereses». Interpuesto recurso de

apelación contra el Auto de 22 de noviembre, que desestimó el de reposición contra aquél, la Audiencia emanó el de 18 de febrero de 1986, contra el que directamente se dirige el presente de casación, por cuyo auto se declara «que la parte demandada viene obligada a abonar al actor 1.777.622 pesetas, que se hará efectivo en trámite de ejecución íntegra de la totalidad de los efectos derivados de la Sentencia de Primera Instancia dictada el 21 de diciembre de 1979», siendo el fundamento de dicho pronunciamiento la aplicación del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la que introdujo dicho artículo, y «ello a contar desde tal fecha». Contra este auto se alza el recurso de casación, articulado con dos motivos al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en ellos se mantiene la violación por indebida aplicación del artículo 921 bis, hoy derogado (primero), y la falta de aplicación del artículo 2 del Código Civil, en cuanto por su número 3.º dispone que las «leyes no tendrán efecto retroactivo si no disponen lo contrario» (segundo).

Procede el recurso de casación, según el número 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra los autos dictados en apelación, en los procedimientos para la ejecución de las sentencias recaídas en los juicios a que se refiere el apartado 1.º de dicho artículo, «cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado», esto es, como decía el antiguo artículo 1.695, cuando «resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o se provea en contradicción con lo ejecutoriado». El presente recurso se acoge al primer supuesto, al alegar que los intereses no se cuestionaron en el juicio de mayor cuantía, al que puso fin la Sentencia de la Audiencia de 27 de enero de 1981. Este recurso de casación, admisible en la fase de ejecución de la sentencia, mantiene en el actual régimen de la casación el carácter excepcional que paladinamente le atribuía el derogado artículo 1.695, según el cual no había lugar, en principio, al recurso de casación contra los autos de las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias, fuera de los dos supuestos enunciados, en los cuales únicamente, y no en los casos del artículo 1.692, debe fundamentarse ahora como entonces. Tal es la verdadera fundamentación del recurso; no obstante lo cual y para mayor claridad, se examinará el punto planteado desde la óptica que suministran los dos motivos, impropialemente formulados por el cauce del número 5.º del artículo 1.692.

Desde la Sentencia de 22 de abril de 1982 esta Sala ha mantenido que los intereses legales del artículo 921 bis, y ahora del párrafo 4.º del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conciernen a todas las resoluciones de fecha posterior al 30 de enero de 1981, y con abstracción de la fecha de inicio de las actuaciones y a las dictadas hasta esa fecha inclusive a partir de la cual se inició la vigencia de la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 10 de enero de 1981, si bien no habrá intereses anteriores al momento de la vigencia, o sea, a las cero horas del día 31.

Aunque la Sentencia de 21 de diciembre de 1979, confirmada por la Audiencia, no pronuncia condena al pago de intereses, ha de señalarse que los intereses legales aquí reclamados se producen aun sin mencionarlos, por cuanto nacen *ope legis*, esto es, por ministerio de la Ley, siendo la consecuencia que la norma legal anuda a la condena a cantidad líquida, esto es, al nacimiento en favor del acreedor de ese interés, que ni siquiera

ha de ser solicitado expresamente ni tiene por qué ser expresamente impuesto, todo sin perjuicio de su efectividad en la fase de ejecución de la sentencia.

Comoquiera que el recurso no cuestiona la exactitud de la cifra expresiva de esos intereses que efectivamente, y según lo razonado, se devengaron en el caso entre la fecha de entrada en vigor de la Ley, 31 de enero de 1981, y el tiempo de la consignación, 13 de julio de 1984, procede desestimar el recurso, con imposición a la parte recurrente de las costas, conforme al último párrafo del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. DEL «INSALUD». JURISDICCION COMPETENTE. RELACIONES DE DERECHO CIVIL. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 5 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 presente litis, origen del recurso de casación que se sustancia, surgió con motivo del fallecimiento de doña Concepción R. G., esposa y madre, respectivamente, de los actores, ahora recurridos, a consecuencia de las graves lesiones cerebrales sufridas ocho días antes de la muerte cuando se le estaba manteniendo la hipotensión controlada anterior a la intervención de una estapedectomía a la que iba a ser sometida por el otorrinolaringólogo señor R. B. Al efecto, el anestesista don José Benito B. L. procedió a la previa preparación de la enferma, y cuando realizaba la inducción anestésica y comenzaba la hipotensión controlada con equipo MIE y respirador Manley Pulmovent, modelo MPP y número de serie 740.416, suministrados por el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), se dio cuenta que no pasaba el oxígeno debido, sin duda alguna por deficiencia del aparato, observando signos de cianosis en la paciente, lo que le impulsó, dada la gravedad que el caso requería, y suponiendo acertadamente que existía una avería en el suministro central de oxígeno, a emplear como medios más rápidos y efectivos, la ventilación boca a boca, primero, y después, manual, con lo que consiguió la reanimación de la enferma, que fue ingresada en la UVI, donde falleció el día 14 de junio de 1984, ocho días después del accidente operatorio; muerte que se produjo, según consta como hecho probado no impugnado debidamente en este recurso, por las deficientes condiciones del material clínico sanitario y en especial por las de los aparatos respiratorios empleados en los quirófanos, lo que ocurrió no obstante estar advertidos los órganos representativos del INSALUD de que el instrumental empleado para la anestesia era anticuado y deficiente, y a pesar de la reparación que en él se había efectuado por empresa «O.», casa técnica dependiente de «L., S. A.», el 24 de mayo anterior, la que había participado la conveniencia de su cambio por otro más adecuado, y pese a ello no se tomaron las necesarias medidas para su sustitución, aun cuando era conocido que el utilizado estaba saturado por el uso, lo que creó un riesgo que dio lugar al aludido fallecimiento de la enferma. Fueron demandados el ciru-

jano otorrinolaringólogo, el anestesista, la supervisora e instrumentista del quirófano, el coordinador, ingeniero técnico encargado de mantenimiento, el representante legal de la Sociedad Anónima «L.» que había reparado y revisado recientemente la mesa de anestesia y el Instituto Nacional de la Salud, siendo en ambas instancias estimada en parte la demanda, con absolución de todos los demandados, excepto el referido Instituto.

El primero y segundo de los motivos del recurso alegan por conducto equivocado la incompetencia de jurisdicción, en cuanto se apoyan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a la vez defectuosamente en el primer motivo, en los números 1.º y 2.º del mismo artículo, sin tener en cuenta que el número 2.º se refiere a la inadecuación de procedimiento dentro de la misma jurisdicción y no cuando se propugna acudir a distinta jurisdicción. El recurso merece ser desestimado no sólo por dichos defectos formales, sino sobre todo porque, como ya hace observar la sentencia recurrida, son demandados una entidad pública, el INSALUD, y seis personas particulares carentes de carácter público, por lo que, según la jurisprudencia que cita, es competente la jurisdicción ordinaria para no dividir la continuidad de la causa. Pero aparte de ello, aunque solamente hubiere sido demandada la entidad pública, es evidente que su actuación en el caso debatido no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas, sino como entidad privada que había de procurar la sanación de un enfermo, que fue llevado allí con dicho fin. Es decir, se está fuera de relaciones de Derecho público, y más bien en el caso que contempla el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente de 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 declaró ya la Sentencia de esta Sala de 16 de marzo de 1987, la Administración actuó como empresario privado fuera de su actividad pública o de servicios públicos, causando unos daños por culpa o negligencia, 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). Decaen, por consiguiente, los dos primeros motivos, pues no se han dado las infracciones que en ellos se acusan.

Igualmente debe ser desestimado el motivo sexto del recurso, articulado como subsidiario de los dos primeros, y que al amparo del número 5.º del artículo 1.692, en relación defectuosa con los números 1.º y 2.º del mismo artículo, acusa la infracción del artículo 1, 4.º, de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio. No es competente la jurisdicción laboral para conocer de la presente litis, pues no ha sido consecuencia de conflicto laboral alguno entre las partes, ni en la misma viene demandado el INSALUD en su consideración amplia y abstracta de gestor y responsable de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, sino en el caso concreto del fallecimiento de la paciente doña Concepción R. G., y no puede estimarse que el pleito que ahora discurre sea «sobre Seguridad Social», como indica el expresado número 4.º del artículo 1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por consiguiente, el asunto *sub judice* compete a la jurisdicción ordinaria, pues, como declaró esta Sala (Sentencias de 26 de junio de

1943, 29 de octubre de 1981 y 12 de abril de 1984, entre otras), a los Tribunales especiales les está atribuido el conocimiento de las contiendas judiciales en los casos tan sólo en que claramente concurren los requisitos específicos y determinantes, según la Ley, de su actuación, pues en los demás, incluso en los que ofrecen dudas, actuarán los Tribunales ordinarios, máxime cuando, como en el caso ahora contemplado, se ventilan exclusivamente derechos privados.

En cuanto a la cuestión de fondo debatida, a la que se refieren los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso, es indudable que en la misma concurren los requisitos generales de la culpa contractual, que determinan para la entidad recurrente la responsabilidad civil que dimana del artículo 1.101 del Código Civil, al ser consecuencia del defectuoso cumplimiento de un contrato de asistencia médica, si bien respecto de la entidad recurrente, al no haber contratado directamente con los demandantes y recurridos, pueda decirse, como hace la sentencia impugnada, que se basa en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del mismo Cuerpo legal. En un caso y otro, de los hechos probados, no impugnados en este recurso, deriva que hubo una actuación culposa de la entidad recurrente al consentir la utilización de aparatos sanitarios deteriorados por el uso y sin las suficientes garantías de buen funcionamiento en materia tan delicada para la salud de las personas, lo que determinó el fallecimiento del paciente tratado; daño evidente y cuantioso que se halla en una incuestionable relación de causa a efecto con aquel actuar negligente, atribuible de forma directa al INSALUD por las deficientes condiciones del material clínico sanitario, y exigible al amparo del artículo 1.902 citado, así como de forma indirecta o por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados y dependientes, responsabilidad ésta fundamentada en el artículo 1.903, párrafo 4.º, del Código Civil; consecuencias jurídicas similares a las obtenidas con base en una responsabilidad contractual reconocida en los artículos 1.101 y 1.106 del mismo Código. De todo ello resulta evidente la desestimación de los tres motivos al principio expresados, ya que se aplicaron correctamente los artículos 1.902 y 1.903, párrafo 4.º, sin que proceda determinar si hubo infracción por interpretación errónea del párrafo 5.º del artículo 1.903, puesto que para nada acudió a él la sentencia recurrida ni tuvo que interpretarlo.

La desestimación de todos los motivos da lugar a la del recurso en su totalidad, con imposición de las costas causadas a la parte recurrente, y sin que proceda pronunciamiento alguno respecto del depósito para recurrir por no haber sido éste constituido, dado que por disposición legal (Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, art. 38) la parte recurrente goza del derecho a justicia gratuita.

R. DE A.

QUIEBRA: INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA DECLARACION DE QUIEBRA (NO PROCEDE) (SENTENCIA DE 12 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 a examinar es el segundo, por

razón de lo en él denunciado: «Error en la apreciación de la prueba, basado en la propia sentencia de revocación, en el dictamen pericial de 11 de marzo de 1986 y demás documentos que se citan». De dichos «demás documentos», se citan los siguientes: «la copiosa prueba documental que figura en el ramo de oposición al auto de declaración de quiebra»; «la carta del Director Comercial don Rafael B. y el ofrecimiento hecho por 'U., S. A.', a la Caja de Ahorros de X para garantizar hipotecariamente los créditos de mi representada». En esta motivación no se hace cita ni del precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni del número del mismo en que se integre.

A la vista de lo expuesto es evidente su desestimación, además de por esa defectuosa formulación enunciativa, base de toda técnica casacional, porque: *a)* Aun cuando la reforma que en la Ley de Enjuiciamiento Civil introdujo la 34/1984, de 6 de agosto, flexibilizó este recurso y ya no es indispensable, como acontecía en la reglamentación anterior, precisar si el error denunciado es de hecho o de derecho, sí lo es determinar el ordinal del artículo 1.692 en que se inserta la motivación, toda vez que mientras el de hecho lo ha de ser por el cauce del número 4.º, el de derecho habrá de serlo por el del número 5.º (Sentencia de 20 de diciembre de 1985, entre otras). *b)* Sea cual fuere el error denunciado respecto de la apreciación de la prueba, nunca es de apreciar cuando, como en este caso, de lo que se está tratando es de sustituir el criterio del juzgador por el particular del recurrente en lo que a la exégesis de los preceptos que se citan como infringidos se refiere, a menos de que aquél sea manifiestamente equivocado, lo que aquí no acontece (Sentencias, entre otras, de 18 de febrero de 1987). *c)* No es casacionalmente posible ampliar el concepto de documento del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos (supuesto de que fuere éste el ordinal en que el motivo pretende apoyarse), teniendo por tales las actuaciones judiciales a que el proceso se refiere (Sentencia de 17 de julio de 1986), cual aquí se pretende al alegar como base del motivo la sentencia que en él se cita. *d)* La prueba pericial, por no ser documental, sino instrumentalizada, no es, según doctrina constante de esta Sala, susceptible de impugnación por la vía del ordinal 4.º, sino del 5.º del artículo 1.692. *e)* La prueba documental que pueda servir de apoyo a las motivaciones instauradas sobre el citado ordinal 4.º del indicado precepto de la Ley de Ritos, siempre, una vez más, si fuere éste en el que se apoya el motivo, no puede ser ofrecida con un carácter tan genérico como el que en la motivación aparece de «demás documentos», y en cuanto a los dos que se citan, ya examinados por el juzgador de Instancia, no pueden por sí solos justificar el error denunciado, tratándose de simples cartas y ofrecimientos para justificar la por él mismo declarada inexistencia en los autos de elementos de juicio concluyentes y categóricos que acrediten la malicia, falsedad o injusticia que por la recurrente se pretende.

En la primera motivación de este recurso y sin cita tampoco ni del precepto ni del número del mismo en que se integre, se denuncia la «infracción del artículo 885 del Código de Comercio, por interpretación errónea de él y de la jurisprudencia que se invoca». A tales efectos, se hace residir el error denunciado en que la sentencia impugnada no interpreta adecuadamente el referido precepto, «al afirmar en su tercer considerando que sólo procede la acción de daños y perjuicios de que aquí se trata 'cuando la sentencia revocatoria de esa declaración afirma que se procedió

con malicia, falsedad o injusticia manifiesta», y ello, sigue indicándose, porque, en opinión de quien recurre, tal interpretación carece de fundamento al no avenirse con las reglas hermenéuticas contenidas en el artículo 3, 1.º, del Código Civil, «ni con lo dispuesto en el artículo 1.332 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala el cauce procesal para el ejercicio de dicha acción indemnizatoria». Estima, por tanto, que no implica interpretación adecuada del citado precepto del Código de Comercio el que las imputaciones de malicia, falsedad o injusticia manifiesta «hayan de probarse y apreciarse en el expediente de reposición», como, según el recurrente, hace la resolución impugnada.

La motivación parece irremediablemente, por cuanto el presupuesto narrativo de que parte no es rigurosamente exacto, dado que lo realmente expuesto por el juzgador de Apelación en el citado considerando tercero es lo siguiente: «La ponderación de lo anteriormente razonado, que quiere ser sucinto y somero complemento de lo argumentado por el juzgador de Instancia . . ., debe alcanzar, a nuestro juicio, la conclusión —coherente con la postura de la demanda y que conecta con el resultado de la prueba— que permite sostener que no hay en autos elementos de juicio concluyentes y categóricos para decretar que «U., S. A.», ahora demandada, actuara con malicia, falsedad o injusticia manifiesta cuando instó la declaración de quiebra de la actora, para poder legitimar con el apoyo legal que tales supuestos autorizan, el resarcimiento de daños y perjuicios, que constituyen *in fine* el contexto de los artículos 1.332 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 885 del Código Civil (*sic*), pues es preciso tener en cuenta que nuestro más Alto Tribunal ha establecido que la acción de daños y perjuicios que ambos preceptos sancionan no nace por el mero hecho de la revocación de la declaración de quiebra, sino que es preciso que los acreedores hubiesen procedido con alguna de las circunstancias exigidas, las que incumbía probar al quebrado en el incidente de oposición, y sólo cuando la sentencia revocatoria de esa declaración afirma que se procedió con malicia, falsedad o injusticia manifiesta procederá aquélla», pudiendo apreciarse en el supuesto de autos que ni en la sentencia revocatoria de la declaración de quiebra dictada en Primera Instancia ni en la de Apelación se hace tal afirmación.

A la vista de lo expuesto resulta evidente: 1.º Que lo declarado en principio por el Tribunal *a quo* como elemento básico sustentador de su posición es, « . . . que no hay en autos elementos de juicio concluyentes y categóricos para decretar que 'U., S. A.' . . ., actuara con malicia, falsedad o injusticia manifiesta cuando instó la declaración de quiebra de la actora. . . ».

2.º Que « sólo cuando la sentencia revocatoria de esa declaración afirma que se procedió con malicia, falsedad o injusticia manifiesta procederá aquélla». Puede, por tanto, observarse que las por la recurrente pretendidas conductas maliciosas, falsas o injustas de «U., S. A.», no aparecen concluyente y categóricamente acreditadas «en los autos». frase que, evidentemente, viene referida a los que aquí son objeto de impugnación, declaración ésta de carácter jurídico puro con una base fáctica que no aparece combatida, cual ha quedado expuesto en este recurso, por lo que se hace imposible adentrarse en ella en este momento procesal. Y sin la concurrencia de tales conductas, el motivo decae ineludiblemente. Pero es que, además, el juzgador de Apelación hace otra declaración en el considerando que aquí se examina, de contenido fundamentalmente procesal, en cuanto referida al momento en que, según él, debió interesarse la de-

claración de tales conductas, y es el del incidente de oposición a la quiebra, lo cual apoya en dos Sentencias de este Tribunal, la de 17 de octubre de 1933, dictada, como aquí acontece, en el pleito de mayor cuantía seguido a raíz de un incidente de oposición a la declaración de quiebra, a que se alude en el artículo 1.332 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la de 24 de febrero de 1934, que se pronuncia no en el de mayor cuantía, sino en uno de esos incidentes de oposición, y aunque referidas a procesos distintos, ambas coinciden en la misma lógica, a la vez que procesalmente evidente idea; que el dolo, falsedad o injusticia manifiesta del acreedor que solicita la declaración de quiebra se haya probado, bien sea en el propio incidente, bien en el de mayor cuantía a que dicho precepto se refiere, prueba que, cual ha quedado expuesto aquí, no ha tenido lugar.

R. DE A.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

REVISION DE RENTA.—ES VALIDA LA MODIFICACION DEL CONTRATO EN CUANTO A LA INTRODUCCION DE LA CLAUSULA DE ACTUALIZACION DE LA RENTA, TOMANDO COMO INDICE EL DEL GANADO PARA ABASTO QUE ANUALMENTE FIJA EL MINISTERIO DE AGRICULTURA (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1986).

La «Fundación Casa de Alba» arrendó una dehesa en 1942, cuyo contrato se ha venido prorrogando sucesivamente, y considerando la propiedad que la renta había quedado desfasada, se presentó demanda ante el Juzgado de Olivenza, al amparo de la Ley de 1980, pretendiendo la revisión de renta y la introducción en el contrato de la cláusula de actualización de la misma, tomando como índice el de ganado para abasto que anualmente fija el Ministerio de Agricultura. Tanto el Juzgado como la Audiencia de Cáceres estiman la demanda en cuanto a la cláusula de actualización, variando en cuanto a la cifra de la revisión de renta, aumentando la Audiencia la fijada por el Juzgado.

Mantiene el Tribunal Supremo la misma doctrina. La fijación de la renta es cuestión de hecho y, por tanto, invariable, mientras no se acredite error de hecho o de derecho, estando atribuida a la Sala de Instancia, la cual debe procurar que la renta sea justa como contrapartida de la posesión y disfrute de la finca, sin que se señale en el motivo cuál sea el error padecido en la sentencia al no apreciar que el incremento de producción sea imputable al esfuerzo, iniciativa o mejora de la arrendataria recurrente, pues tal manifestación no aparece del informe base del recurso, dato que pone de relieve la sentencia impugnada y que no se combate, ofreciendo, en cambio, datos o informes fiables que la contradigan.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO ES DE ARRENDAMIENTO Y NO DE APARCERIA, SIN QUE QUEPA LA PRORROGA POR HABER TRANSCURRIDO CON EXCESO EL PLAZO MAXIMO DE DURACION DE LOS ARRENDAMIENTOS FIJADO POR EL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. NO CABE INDEMNIZACION AL ARRENDATARIO POR HABER ADQUIRIDO ESTE EL COMPROMISO DE ROTURAR LA FINCA (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1986).

Se presenta demanda ante el Juzgado número 2 de Granada solicitando la resolución del arrendamiento por expiración del plazo y de su prórroga, ya que el colono no tiene la condición de cultivador personal y directo y el contrato se ha de considerar de arrendamiento y no de aparcería, sin que el arrendatario tenga derecho a indemnización alguna. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron íntegramente la demanda.

Igual doctrina sostiene el Tribunal Supremo. De la interpretación del contrato se desprende que éste era de arrendamiento y no de aparcería, a pesar del tenor literal del mismo, bien porque ésta fue la intención inicial de las partes, bien porque se transformó posteriormente en arrendamiento. En cualquier hipótesis, el plazo de duración no puede exceder del máximo fijado para el contrato de arrendamiento, debiendo computarse a tales efectos el tiempo de vigencia de la relación parciaria, si la hubo, es decir, seis años más una prórroga de otros seis, y ésta es la doctrina fijada por el Reglamento de 1959 y por el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 13 de febrero de 1948 y de 29 de junio de 1953, ya que el aparcerero no puede ser de mejor condición que el arrendatario, y esta doctrina se recoge en el artículo 119 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, y si esta normativa no es aplicable a la litis por imperativo de la disposición transitoria 1.ª de dicha Ley, no obstante es fuente de interpretación por reflejar la realidad social y jurídica presente. El demandado asumió la obligación de roturar la finca, lo que apareja que el propietario de la finca no venga obligado a satisfacer indemnización alguna por tales trabajos, porque se ha tenido en cuenta por las partes, conclusión que debe aceptarse por aplicación del artículo 21, 3.º, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959, reproducido por el artículo 63 de la vigente Ley de 1980, en relación con la circunstancia 3.ª del artículo 2, que dice que no perderá el contrato su naturaleza arrendaticia por la circunstancia de que el precio consista, en todo o en parte, en la mejora o transformación del fundo arrendado, sin olvidar que el artículo 116 de la Ley aplica a las mejoras útiles de la aparcería las normas del arrendamiento.

RETRACTO.—NO SE PRECISA PARA LA EXISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO QUE CONSTE POR ESCRITO, YA QUE SE HA ESTATUIDO POR LA LEGISLACION ANTERIOR Y POR LA VIGENTE LA LIBERTAD DE FORMA. LA DIFERENCIA DE VALOR EN MAS DEL DUPLO DE LAS DE SU NATURALEZA SE DEBE AL DESTINO QUE SE LE HA DADO POR LA COMPRADORA «A POSTERIORI» (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1986).

El Juzgado de Amurrio y la Audiencia de Bilbao estiman la demanda de retracto interpuesta por el arrendatario, que había poseído la finca, por sí y por sus ascendientes, desde tiempo inmemorial.

No prospera la casación. Según la sentencia recurrida consta el cultivo y la reforestación de la finca hecha por el propio actor y sus antepasados, por lo que tal afirmación denota la existencia de un pacto expreso en cuanto al cultivo y disfrute de la finca, que se concreta y especifica por signos notorios y públicos del ejercicio de tal derecho, tanto más significativos cuanto que el arrendatario, por datar de distintas generaciones, ha de manifestar su posesión por esos hechos, que puestos de relieve por la resolución impugnada tienen la trascendencia que resulta del artículo 1.282 del Código, ya que, conforme a la doctrina de esta Sala, la legislación especial, tanto la derogada como la vigente, no exigen que el contrato conste por escrito, estatuyendo la libertad de forma. La diferencia de valor de la finca retraída en más del duplo de las de su misma naturaleza en el entorno, se deriva no de la vocación industrial de la heredad, sino de la naturaleza del aprovechamiento para el que fue adquirido, es decir, el destino industrial que se le ha dado *a posteriori* por la compradora, adscribiéndola a la factoría industrial de la que es titular y en la que cumple un concreto cometido en la cadena de funcionamiento, desarrollo y producción de aquélla.

RESOLUCIÓN DE APARCERÍA.—HA TRANSCURRIDO CON EXCESO EL PLAZO MÁXIMO QUE PARA LOS ARRENDAMIENTOS SEÑALABA EL REGLAMENTO DE 1959, SIN QUE SEA NECESARIO EL PREAVISO CON UN AÑO DE ANTELACION PORQUE SE HABÍA CONVENIDO EL DESALOJO DE LA FINCA EN EL ACTO DE CONCILIACION (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Estando próximo al vencimiento del plazo de la aparcería, se demandó en conciliación a las propietarias para que se avinieran a la prórroga del contrato, conviniendo en la misma por un plazo de cinco años que le faltaban para llegar a los doce, máximo permitido por la Ley; plazo que debía terminar en 1981, por lo que se presenta demanda ante el Juzgado número 2 de Albacete solicitando la resolución de la aparcería por expiración del término y haber perdido el aparcerero su condición de profesional de la agricultura, ya que se ha jubilado, no cultivando personalmente las tierras objeto del procedimiento. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior sentencia.

Tampoco tiene éxito la casación. En el acto de conciliación celebrado en 1976, se logró avenencia respecto a la finalización del contrato de aparcería, una vez cumplidos los años de su vigencia, es decir, en 1981, sin que quepa ya la conversión de aparcería en arrendamiento por haber transcurrido el plazo máximo que para los arrendamientos fija el Reglamento de 1959 en su artículo 9. Lo convenido en el acto conciliatorio significa la concesión al aparcerero de los máximos derechos que podía obtener en orden a su permanencia en el cultivo de las tierras, tanto como aparcerero cuanto como arrendatario de una parte de las fincas proporcional a su participación en los productos de las mismas, de ejercitar el derecho de opción que le concede el artículo 49 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. No era necesario el preaviso de un año porque el acto conciliatorio obligaba a desalojar las fincas el 15 de octubre de 1981 y, además,

la disposición transitoria 1.ª de la Ley vigente dice que los contratos existentes se registrarán por la legislación anterior en cuanto a su duración, salvo si se trata de cultivadores personales, en los términos del artículo 16 de la Ley, sin que se alegue en el recurso la cualidad de cultivador personal del aparcerero, indispensable para prorrogar el contrato más de doce años, que por pacto le fueron concedidos.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—SI EL CONTRATO FUE OTORGADO POR EL REPRESENTANTE DE LA ENTIDAD PROPIETARIA Y CON EL SE RELACIONO EL ARRENDATARIO PARA EL PAGO DE LA RENTA Y OTRAS CUESTIONES, Y SI LA TITULARIDAD DE UNA INDUSTRIA NO PRESUPONE LA DEL LOCAL EN EL QUE SE EJERCE LA ACTIVIDAD, ES MANIFIESTO QUE DEBE CONSIDERARSE LEGITIMADO PARA EL DESAHUCIO. LA CUALIDAD DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA SE DEDUCE DE LOS PROPIOS TERMINOS DEL CONTRATO, ASI COMO DEL INVENTARIO Y DE OTROS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS Y FISCALES (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1986).

En 1976 se dio en arrendamiento una industria de bar-restaurante, con los materiales y utensilios propios de dicha industria, por un plazo de dos años, que se prorrogó tácitamente hasta que, debido a las discrepancias entre las partes, se presentó demanda de desahucio ante el Juzgado de Puerto del Rosario, que apreció la excepción de falta de legitimación activa y desestimó la demanda, pero la Audiencia de Las Palmas dio lugar al desahucio por expiración del plazo contractual.

No triunfa la casación. En Primera Instancia se estimó la excepción de la falta de legitimación activa por no constar inscrito en el Registro Mercantil el poder otorgado a favor del representante de la sociedad propietaria, pero la Audiencia consideró que existía dicha legitimación y, entrando en el fondo del asunto, declaró resuelto el arrendamiento de industria. Si el contrato fue otorgado por el representante de la entidad propietaria y desde entonces se ha mantenido en el goce sin haber sido perturbado, y con dicho representante se relacionó para pago de renta y otras cuestiones, y si la titularidad de una industria no presupone la del local en que se ejerce la actividad, es manifiesto que debe considerarse a la entidad propietaria legitimada para el desahucio, cualquiera que sea la situación registral del inmueble, pues sólo se tiene en cuenta la posesión real, es decir, la titularidad de un derecho que autorice a disfrutar por cualquier título el objeto arrendado, titularidad que no puede desconocer el recurrente porque ello supondría dejar sin soporte jurídico su posesión arrendaticia desde el inicio del contrato. La cualidad de arrendamiento de industria del contrato controvertido se deduce de los propios e inequívocos términos del contrato, del inventario de mobiliario y utensilios, de las actas notariales aportadas a la demanda, de la contestación del demandado a la papeleta de conciliación y de la diligencia de lanzamiento del anterior arrendatario de negocio, así como de los otros documentos administrativos y fiscales que relaciona, correspondiendo a tal presupuesto de

hecho la calificación de arrendamiento de industria que le atribuye la sentencia impugnada.

DESAHUCIO DE LOCAL.—HA CADUCADO EL PLAZO PARA LA INTERPOSICION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1986).

Se interpone recurso de revisión contra la sentencia del Juzgado de Distrito número 2 de Gijón, por entender que existía maquinación fraudulenta, ya que habiéndose entendido la diligencia de citación con el hijo de la demandante en su propio domicilio, no obstante constarle que ella no era la propietaria ni, por consiguiente, la arrendadora, pues los propietarios eran él y sus socios, se allanó y ocultó a los mismos los hechos.

El Tribunal Supremo no accede a la revisión propuesta, ya que la caducidad para su interposición no se debe contar desde la reunión del Consejo de Administración de 12 de junio de 1984, en que se procedió a destituir al Presidente y Consejero-Delegado de sus cargos, sino desde el acta de requerimiento notarial —8 de febrero de 1984—, en que los consocios le requirieron a él y a su madre, porque ella había instado el desahucio por falta de pago, olvidando que ella no era propietaria del inmueble y consumando la ficción procesal de señalar como domicilio social el particular de ella y de su hijo para que los requirentes no se enteraran del desahucio, aprovechando que él era el Presidente y legal representante de la sociedad.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—EL NUEVO CONTRATO SOLO TENIA POR OBJETO CUMPLIR CON LA EXIGENCIA DE TABACALERA DE QUE EL ARRENDATARIO FUESE UNA PERSONA FISICA Y, POR TANTO, NO EXISTE TRASPASO A LA ENTIDAD, QUE ERA LA PRIMITIVA CONTRATANTE (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1986).

Se presenta demanda ante el Juzgado número 5 de Madrid por traspaso inconsciente del local arrendado a una entidad distinta de la primitiva locataria. El Juzgado declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia revocó esta sentencia.

No prospera la casación. La demandada reconoce la existencia del contrato de 1975, que fue concertado con la sociedad a la que se pretende ha traspasado el local, si bien por la naturaleza del negocio al que se contraía la locación, Tabacalera exigía que el arrendatario fuese una persona física, lo que dio lugar a que se hiciera un nuevo contrato en 1976, figurando la demandada como arrendataria; pero la realidad es que el contrato es el mismo inicial, habiendo sido la entidad la que ha pagado las rentas, aceptando incluso elevación de las mismas. La demandada no pudo anular el primitivo contrato hecho con la sociedad por no ostentar la representación de ella. La sociedad tuvo siempre el domicilio en el local, sin que

dejase la posesión en ningún momento. La referida sociedad es concesionaria de la marca de artículos de regalo cuya venta se incluía en el contrato de arrendamiento, como objeto del negocio a explotar, y, además, Tabacalera sólo concede expendedurías a personas físicas, por lo que el contrato de 1976 tenía por fin cumplir con esa exigencia, pero era mera apariencia, sin efectos *inter partes*, y determinó una novación simplemente modificativa del contrato inicial, aceptada por la arrendadora.

DESAHUCIO.—EL DEMANDADO INICIO LOS EFECTOS DEL CONTRATO, DEJANDO DESPUES DE PAGAR LAS RENTAS, POR LO QUE PROCEDE EL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1986).

El Juzgado de Distrito número 18 de Madrid declaró resuelto el contrato por falta de pago del local arrendado, presentando demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, reclamando las cantidades adeudadas por las mensualidades no pagadas y los recibos de luz y teléfono no abonados. El Juzgado estimó la demanda, así como la Audiencia.

No tiene éxito la casación. El demandado, suscrito el contrato de arrendamiento, inició la producción de sus efectos instalando pantallas en los puntos de luz, reparando mecanismos e instalando un nuevo teléfono, corroborando con ello la eficacia del contrato desde la fecha inicial, adaptando el local a sus necesidades, pagando, además de la fianza, la renta de los dos primeros meses de vigencia del contrato, contra lo que pretende el recurrente, que dejó después de pagar la renta injustificadamente.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

INVESTIGACION DE PARTERNIDAD. PRUEBA DE GRUPOS SANGUINEOS. Artículo 127 del Código Civil (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, y que motivó dos votos particulares de entre los de los cinco Magistrados que componían la Sala, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba.

Los hechos alegados por la parte demandante son, en síntesis, los siguientes:

Doña A. V. G., que vivía con su madre, de origen español, en los Estados

Unidos, cuya nacionalidad ostentaban, se trasladaron a España, donde conocieron al demandado, con el que la actora mantuvo relaciones íntimas, quedando embarazada a finales de diciembre de 1968 y dando a luz un niño, nacido en Miami el 28 de septiembre de 1969. Según la demandante, el demandado había manifestado su propósito de casarse con ella, si bien posteriormente llegó al convencimiento de que no mantenía esa intención, quizá por tener ya una hija de otra señorita, con la que convivía, razón por la cual, a su vez, interrumpió la convivencia con el demandado regresando a Estados Unidos con su hijo, entonces de unos dos años y medio. Y presentando determinados documentos, que recoge, como veremos, la sentencia, solicitaba se declarase la paternidad del demandado.

Por su parte, éste se opuso a la demanda negando tajantemente los hechos y la documentación en que la misma se apoya, destacando el largo tiempo transcurrido entre la fecha que la actora da como nacimiento de su hijo y la interposición de la demanda, así como determinadas contradicciones en las que, a su juicio, incurría la demandante, entre ellas haber declarado a una revista que había bautizado al niño en España y luego resultar que fue bautizado en Estados Unidos; no coincidir las fechas, pues resultaba haber estado en este país once meses anteriores al nacimiento del niño, con lo que se desvanecía la posible presunción de paternidad, negando que hubiese convivido con la actora maritalmente durante todos los meses de los años 1968 y 1969, suplicando se dictase sentencia absolutoria.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba desestimó la demanda absolviendo al demandado, sentencia que fue confirmada por la de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, contra la cual la actora y apelante, como representante legal de su hijo menor, interpuso recurso de casación basado en un único motivo, consistente en la infracción del artículo 127 del Código Civil y doctrina legal concordante (en relación con lo dispuesto en el art. 39, 2.º, de la Constitución Española).

La Sala 1.ª del Tribunal Supremo, con el voto favorable de los Magistrados don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, don Francisco Morales Morales y don Antonio Fernández Fernández, estimó el recurso interpuesto y, en consecuencia, estimando la demanda declaró la paternidad, con todas las consecuencias inherentes a la misma, del demandado.

Los fundamentos de Derecho de esta sentencia son los siguientes:

Primero.—Como aspectos de hecho esenciales en orden al recurso de casación de que se trata, y concretamente al examen del único motivo en que se ampara, que la recurrente, doña A. V. C., formula, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 127 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 39, 2.º, de la Constitución Española, es de tener en cuenta que la sentencia recurrida, en cuanto expresamente acepta lo establecido al respecto por la dictada en fase procesal de Primera Instancia, reconoce como manifestaciones fácticas: A) Que el demandado, don., conoció a la demandante, doña A. V. C., por los años 1968 a 1969, como acredita el reportaje fotográfico acompañado con el escrito de demanda iniciador del juicio de que se trata, así como que dicha demandante tuvo un hijo que según certificado privado de un hospital nominado de Coral Gables de Florida nació el 28 de septiembre de 1969, dándosele el nombre y apellidos de M. B. V., con certificado de bautismo en la iglesia de St. Dominic,

de Miami, Florida, USA, en el 9 de noviembre de 1969, con aquellos nombre y apellidos, que igualmente fueron consignados en pasaporte expedido en Florida, USA, con asignación como fecha de nacimiento la antes indicada de 28 de septiembre de 1969. B) Que en fotografías aparentemente figuran el citado menor, inscrito con el nombre y apellidos de M. B. V., con el precitado demandado, don. . C) Que las relaciones sexuales habidas entre los mencionados doña A. V. C. y el demandado no se ha acreditado fuesen con habitualidad. D) Que el referido demandado se negó a someterse a las denominadas pruebas biológicas que en orden a la determinación de paternidad cuestionada fueron acordadas practicar judicialmente, con la advertencia de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de la negativa de someterse a ellas.

Segundo.—A la vista de los aspectos fácticos enunciados en el precedente fundamento de Derecho, es de estimar el indicado único motivo en que se apoya el recurso de casación interpuesto, porque reconocido que efectivamente el demandado conoció a la demandante, con las relaciones de intimidad que revelan fotografías acompañadas con el escrito de demanda inicial, alguna incluso figurando el citado demandado a solas con el niño a que se contrae el debate jurídico entablado en zona de vivienda con aspecto de intimidad familiar y cuya realidad no se desvirtúa, ni incluso se niega, con implícita aceptación en dicha sentencia de relaciones sexuales habidas entre los mencionados demandado y demandante, desde el momento que en aquella resolución sólo se expresa no acreditado que fueren con habitualidad, unido a que en tal época ese conocimiento y relaciones sexuales, dentro del ciclo normal de procreación de tal situación derivada, tuvo lugar el nacimiento del hijo de la citada doña A. V. C., al que se asignaron en inscripción de nacimiento, partida bautismal y pasaporte el nombre y apellidos de M. B. V., correspondiente el primer apellido del mismo al tan mencionado demandado y el segundo al también primero de la precitada demandante, constataciones fotográficas, e incluso con publicidad reflejada en publicaciones y reportajes, con asignación y atribución de la filiación en cuestión, a cuyas circunstancias no consta hiciese oposición en ningún momento dicho demandado, que, además, como viene expresado, aparece fotografiado en alguna ocasión en zona de vivienda en aspecto de intimidad familiar con el niño a que se viene haciendo mención cuando éste tenía corta edad, y relacionado todo ello con la singular trascendental circunstancia de que el tan mencionado demandado se hubiese negado a someterse a las denominadas pruebas biológicas que en orden a la determinación de paternidad cuestionada fueron acordadas practicar judicialmente, con expresa advertencia de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de la negativa a someterse a ellas, conduce, en una adecuada apreciación objetiva, a dar efectividad probatoria a dicha negativa a efectos de justificación de la atribución de paternidad del meritado niño M. B. V. al referido demandado, pues que la expresada negativa de éste a someterse a las invocadas pruebas biológicas judicialmente acordadas es altamente significativo de un rechazo y obstrucción por el aludido demandado a una prueba esencial a fines de acreditar si el niño de que se viene haciendo mención es o no hijo suyo, en cuanto que, conforme a los actuales avances científicos, proporciona un muy alto y fiable coeficiente para afirmar la paternidad y absoluto para negarla, que puesto en conexión con las demás circunstancias fácticas antes expuestas es altamente revelador de

un comportamiento que inclina a establecer un implícito reconocimiento por el tantas veces mencionado demandado a la realidad de la paternidad que le es atribuida del precitado niño, como consecuencia y fruto de las relaciones sexuales mantenidas con doña A. V. C., pues de no ser cierto fácil le sería al referido demandado destruir esa atribución sometiéndose a las pruebas biológicas acordadas practicar judicialmente, que científicamente son apreciadas con seguridad fiable para evidenciar la ausencia de las precisas características para generar relación paterno-filial, que es precisamente lo que motiva la admisión de pruebas de tal naturaleza que sanciona el actual artículo 127 del Código Civil, como nueva normativa derivada de lo estimado en el artículo 39, 2.º, de la Constitución Española, poniendo de manifiesto esa oposición del demandado a someterse a ellas no solamente un comportamiento obstruccionista a la práctica de un eficiente medio probatorio para la decisión sobre la paternidad que se le atribuye por la demandante y que él niega, sí que también significativamente revelador de tratar de eludir, por manifiesto temor a que su negativa de paternidad resultase inconsistente, la práctica de tan significativa y definitiva prueba, que viene simplemente encaminada a la más completa comprobación de lo que las demás apreciaciones fácticas que la sentencia recurrida pone de relieve, pues mal se comprende, y es en consecuencia ilógica, que a quien se le atribuya públicamente, mediante inserciones en publicaciones periódicas y reportajes, como consecuencia de relaciones sexuales reconocidas como mantenidas con la demandante, no muestre oposición alguna al hecho de asignarse al niño que ésta tuvo en época inmediatamente próxima a tales relaciones, y dentro del ciclo normal de la concepción, su primer apellido y tenga relación con tal niño, en etapas de su vida proyectada en alguna fotografía, y publicaciones periódicas no contradichas al publicarse, dando origen con ello a hechos que, aun no reflejando prueba directa de la generación, hacen inferir la filiación, a tenor de lo prevenido en el artículo 135, *in fine*, del Código Civil, y consideran en su interpretación las Sentencias de esta Sala de 12 y 14 de noviembre de 1987; aparte que la tan repetida negativa al sometimiento de pruebas biológicas judicialmente acordadas, que posibilitan comprobación de grupos sanguíneos, y aspectos heredobiológicos y antropomorfológicos, tendentes a identificación de signos científicos reveladores de paternidad atribuida o exclusión de ésta, ha de entenderse significativo, con base en el número 4.º del artículo 6 del Código Civil, de un comportamiento del demandado en fraude de Ley encaminada a impedir la debida aplicación de las normas de la filiación que trata de eludir, y considerarla con el alcance prohibido por el número 2.º del artículo 7 del mencionado Cuerpo legal sustantivo de ejercicio antisocial de su derecho, al sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho con daño de tercero; y al no haber seguido estas orientaciones la Sala sentenciadora de Instancia ciertamente conduce a la apreciación de la infracción alegada por el recurrente, como base del motivo que se examina, del artículo 127 del Código Civil, en relación con el artículo 39, 2.º, de la Constitución Española, dado que su espíritu finalista es indudablemente el reconocimiento de un medio de prueba, cual la biológica, posibilitadora del alcance de la verdad real en orden al reconocimiento de paternidad, y correlativamente de filiación, que eludida por aquel a quien esa paternidad venga atribuida determina la consecuencia de posibilitar que, en conexión con los demás medios probatorios practicados, se entienda acreditada, según queda razo-

nado, la acreditación de la generación pretendida al amparo del ya citado artículo 135, *in fine*, del Código Civil.

Tercero.—La negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas acordadas por el órgano judicial de Primera Instancia, a fines de determinación de la paternidad objeto de controversia, no puede entenderse justificada, a efectos de apreciar el alcance de tal negativa en el ámbito jurídico, de que ya fue expresamente advertido por dicho órgano judicial que acordó su práctica, por la causa alegada por el referido demandado de considerar subjetivamente que es un atentado a su propia personalidad y a la dignidad de su familia; de una parte, porque, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 27 de junio de 1987, si ciertamente la investigación de la paternidad por medios biológicos, que propicia el artículo 39, 2.º, de la Constitución Española y establece por su consecuencia el artículo 127 del Código Civil, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien cuando se trate de análisis de sangre puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos a la protección de la intimidad y a la integridad física, que le conceden los artículos 15 y 18 de la Constitución Española, y que el derecho a investigar la paternidad no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue sin causa justificada a someterse a pruebas hematológicas incurra en *ficta confessio*, sino que tal resistencia no pasa de constituir un indicio que lógicamente ha de ser apreciado por la Sala sentenciadora de Instancia; sin embargo, esa negativa, unida a la oportunidad de acceso carnal con la demandante en las fechas críticas en que se cifra la concepción del niño, para lo que no se necesita de una situación de convivencia continuada, y a las manifestaciones públicas atributivas de la paternidad en cuestión, reflejada en publicaciones y reportajes, no contradichos al tiempo de llevarse a cabo, revela, como ponen de manifiesto las Sentencias de esta Sala de 14 de noviembre de 1987 y 11 y 18 de marzo de 1988, un indicio valioso conducente, según la de 17 de julio de 1987, al reconocimiento de una presunción *seu iudicis*, que lleva a la apreciación de certeza de la paternidad pretendida; y más en cuanto que una persona que se desenvuelve en medios sociales inherentes a la personalidad del tantas veces mencionado demandado y las actividades profesionales que vino y viene desarrollando, y el consiguiente asesoramiento técnico que ha tenido en el curso del juicio en cuestión, resulta ilógico y difícil aceptar desconociese que según las técnicas actualmente en uso la certeza de las pruebas hematológicas, a efectos de reconocimiento de filiación, es absoluta en el aspecto negativo; y, de otra parte, porque al ser de interés público que los Tribunales tengan el poder de recurrir a métodos inofensivos científicamente y confirmados notoriamente que permitan obtener pruebas a fin del logro de la verdad real que siempre debe perseguir todo debate judicial, y concretamente las relaciones de paternidad con proyección en los derechos y deberes que le están ligados, ese interés público debe prevalecer sobre el interés particular del expresado demandado de protegerse contra las injerencias en su vida privada que entiende el verse sometido a las expresadas pruebas biológicas, pues que esa injerencia de que se queja no es adecuadamente proporcional al fin buscado, en cuanto va en contra de éste a medio de una medida, en el aspecto probatorio, que constitucionalmente se estima conveniente, e incluso necesaria, para proporcionar la protección del derecho a los demás, ya que, según se deduce de las Sentencias de 7 de octubre de 1985

dictadas por el Tribunal Constitucional —refiérense a pruebas de alcoholemia y, por tanto, de aplicación analógica a las biológicas—, las pruebas de medios técnicos no atentan contra los derechos de las personas, puesto que realizándolas no se hace más que tolerar una modalidad especial de pericia, que, como se indica en una de dichas sentencias del Tribunal Constitucional, la Comisión Europea de Derechos Humanos entiende no constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución Española, en cuanto tanto puede dar un resultado favorable como desfavorable, constituye una intromisión en el derecho al respeto de la vida privada plenamente justificada como necesaria en la protección de los derechos y libertades del prójimo; y el entender lo contrario supondría, bajo un aspecto, posibilitar que el interés particular —evitación de injerencia en la vida privada— prime sobre el interés público —decisión de controversia entre intereses particulares contrapuestos—; y bajo otro aspecto sancionar, inadecuadamente, que dicho interés particular pudiese hacer prácticamente inefectiva la finalidad de una norma tendente al logro de la verdad y el reconocimiento de los derechos de un tercero, que al provenir de una norma legal objetivamente proclamada, cual es la posibilidad de investigar la paternidad mediante pruebas biológicas, requiere facilitar su efectividad, y que obstaculizada, unido a las demás pruebas practicadas expresadas, según ya queda expuesto en el precedente fundamento de Derecho, lleva a una seria presunción de verdad de la paternidad solicitada, con lógica consecuencia jurídica de lo que en su momento fue advertido a dicho demandado por el órgano judicial que acordó la práctica de las referidas pruebas biológicas.

Cuarto.—Lo precedentemente expuesto se refuerza, mayormente, en cuanto a la presunción emanante de dicha negativa del tan aludido demandado a someterse a las referidas pruebas biológicas, judicialmente acordadas practicar, no hace más que corroborar, por su propio comportamiento, la paternidad que se le atribuye por la demandante, puesta en conexión dicha negativa con los demás aspectos probatorios practicados de asignación al niño de que se viene haciendo referencia en actas de nacimiento, bautismo, pasaporte, publicaciones periodísticas y reportajes el nombre y primer apellido del precitado demandado, con expresión pública de filiación con relación a éste, al no responder también públicamente rechazándolo el referido demandado al que se atribuye paternidad, toda vez que en el orden normal del comportamiento humano lo lógico es que aquel a quien se le atribuya y más cuando lo es con publicidad, se comporte, de no estimarla cierta, manifestándose con absoluto rechazo, bien con el inmediato ejercicio de acciones encaminadas a tal fin, incluso acudiendo a la vía judicial para desvirtuarlo, ya, cuando menos, contrarreplicando a las publicaciones periodísticas y reportajes en que se insertaban manifestaciones de la expresada paternidad atribuida, y, en todo caso, cuando se le demandó judicialmente el reconocimiento de esa paternidad, aceptando someterse a la práctica de las pruebas biológicas acordadas llevar a cabo, que dado el índice de plena seguridad que las mismas proporcionan en el aspecto negativo, o sea, para no apreciarla, eran trascendentales para mantener la oposición a la indicada atribución de paternidad.

Quinto.—La acogida del único motivo en que se soporta el recurso de casación de que se trata, a fines de determinar tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, la filiación del niño M. B. V., por la que actúa en el concepto de representante legal la tan meritada demandante doña A. V. C.,

no viene obstaculizado por la objeción formulada por el Ministerio Fiscal *in voce* en el acto de la vista del presente recurso, entendiéndose que la simple cita de infracción del artículo 127 del Código Civil no era suficiente para viabilizar la secuencia estimatoria de la demanda que a medio del referido recurso se pretende por la recurrente, pues que planteado dicho motivo al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimándose el mismo, con la consiguiente apreciación de infracción del mencionado artículo 127, reconocida mediante los razonamientos expuestos en los precedentes fundamentos de Derecho segundo, tercero y cuarto, que se dan por reproducidos, y concretamente en consideración a los efectos jurídicos que origina el no aceptar el sometimiento a pruebas biológicas acordadas practicar judicialmente por acuerdo para mejor proveer, con la expresa advertencia de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de la negativa a someterse a ellas, puesto en relación con las demás pruebas practicadas y constatadas en el juicio en cuestión, es eficaz al efecto de apreciación de la declaración de paternidad solicitada la sola invocación de infracción del artículo 127 del Código Civil, toda vez que la infracción de este precepto no viene determinado con el mero alcance de apreciación de la prueba, en la consideración de índole adjetiva enmarcable en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que mal puede posibilitar apoyo en error en la apreciación de la prueba cuando precisamente ésta ha sido negada, sino que tiene alcance de naturaleza sustantiva emanante de no establecer la resolución impugnada, puesto en relación con las demás circunstancias probatorias de que se hizo mención en los fundamentos de Derecho segundo, tercero y cuarto que preceden, una consecuencia de implícito reconocimiento de la realidad de la partición reclamada, ante el no sometimiento del aludido demandado, a la práctica de las tantas veces aludidas pruebas biológicas judicialmente acordadas practicar; toda vez que precisamente la apreciación de esa consecuencia por la tan citada negativa del demandado a someterse a dichas pruebas biológicas requiere un juicio de valor jurídico, en el que indudablemente han de imperar apreciaciones de presunciones *ad hominem* o lógicas, que, en cuanto en conexión con las demás pruebas practicadas, es apreciable con efectos atributivos de la paternidad reclamada, haciendo operante la adecuada aplicación del principio *iura novit curia*, reconocido en materia procesal civil, y cuyos efectos no pueden ser otros que los prevenidos en el artículo 135 del Código Civil, previsor de que, cuando no haya prueba directa del parto, la filiación, entre otras circunstancias, podrá declararse por el resultado de la convivencia con la madre en la época de la concepción, que no es negada en la sentencia recurrida en cuanto admite la existencia de relaciones sexuales entre la demandante y el demandado, aunque no las apreciare con habitualidad, ya que esta circunstancia no excluye situación de convivencia al poder ser ésta temporal, así como por la reconocida publicidad dada a la invocada paternidad objeto de reclamación sin manifestación de también pública oposición o contradicción en el ámbito judicial, según viene anteriormente puesto de manifiesto por el demandado, a quien esa paternidad se le atribuía, y su negativa a someterse a práctica de pruebas biológicas judicialmente acordadas practicar, con la expresa advertencia de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de la negativa de someterse a ellas, que ciertamente en ponderada apreciación presuntiva cabe estimar dentro del ámbito del «modo análogo» de apreciación de filiación, a que alude el

citado artículo 135, *in fine*, del Código Civil, en cuanto que, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 12 y 14 de noviembre de 1987, la referida frase indicativa de la filiación puede derivarse «de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo», alude, siguiendo un amplio criterio al respecto, a trámite que en este recurso le fue conferido a los fines prevenidos en el artículo 1.709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, después de emitir la fórmula «vistos», significativo de estimar la admisibilidad del recurso en su totalidad, previo cumplimiento en lo que fuere pertinente la misión que le incumbe, dentro del proceso, en defensa de la legalidad, los intereses públicos y sociales, cual previene el referido precepto procesal, solicitó se tuviese como parte a la Fiscalía, lo que fue acordado, cumplimentando en su momento procesal el trámite de instrucción conferido y habiendo comparecido al acto de la vista de este recurso, para la que fue citado, y en el que emitió su informe, sin manifestar objeción alguna por falta de intervención del referido Ministerio Fiscal en las indicadas fases de Primera y Segunda Instancia, ni, por tanto, la nulidad de lo actuado con tal falta, indudablemente convalida todo lo practicado sin su intervención, significativo implícitamente de reconocer suficiencia de lo actuado a fines decisores sobre la paternidad controvertida, y más si se considera que esa ausencia del Fiscal en los referidos trámites de Primera y Segunda Instancia fue consentida por demandante y demandado, que tampoco hicieron ninguna objeción al respecto, como tampoco lo efectuaron en este recurso, ni concretamente en el acto de la vista de este recurso, por lo que igualmente consintieron y convalidaron tal defecto procesal, lo que, por otra parte, ante dicha convalidación por el Ministerio Fiscal de tal omisión de su intervención en las fases procesales de ambas Instancias, al solicitar se tuviese como parte en el recurso de casación de que se trata al Ministerio Fiscal, cual fue acordado, prosiguiendo éste su actividad procedimental con diligenciamiento del trámite de instrucción que le fue conferido e informe en la correspondiente vista celebrada, sin invocación alguna, en ningún momento, a nulidad por tal causa, como también igual convalidación por la demandante y el demandado, al no formular tampoco en ningún momento solicitud de nulidad en virtud del indicado defecto, ni concretamente en la vista del recurso de casación determinante de la presente sentencia, ni tan siquiera ejercitar en el curso del proceso, ni en Primera ni en Segunda Instancia, petición ni recurso alguno, con base en tal circunstancia, para que tal falta fuese subsanada, impide apreciar consecuencia de nulidad por tal motivo, puesto que para ello, de conformidad con lo prevenido en los artículos 238, número 3.º, y 240 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, se habría precisado tanto que se hiciese valer por los recursos establecidos en la Ley contra las resoluciones judiciales de que se trata o por los demás medios establecidos en las leyes procesales, y aun así, que se hubiese producido infracción con relación a dichos demandante o demandado de los principios de audiencia, asistencia y defensa que efectivamente les hubiera producido indefensión, ninguno de cuyos aspectos concurren en el presente caso, dada dicha convalidación por el Ministerio Fiscal y precisados demandante y demandado a posibilitar la prosecución del proceso con el referido defecto, sin formular objeción alguna por ello, originando no causa de nulidad, sino de simple irregularidad procesal, cuanto porque los mencionados demandante y demandado estuvieron adecuadamente asistidos y defendidos, sin que en ningún caso se revele pro-

ducida indefensión, determinando en su virtud la tutela efectiva que previene el apartado 1.º del artículo 24 de la Constitución Española, y aparte que ese defecto para producir consecuencias negativas, en el ámbito procesal, habría de ser establecido como fundamento de motivo de casación, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender que por infracción de actos y garantías procesales les había producido indefensión, lo que tampoco se ha producido en el presente caso, puesto que la demandante no apoyó el recurso de casación que interpuso en motivo fundamentado en tal circunstancia, y el demandado aceptó la resolución impugnada al no interponer recurso de casación contra ella, además de que para efectuarlo requeriría, conforme al artículo 1.693 de la citada Ley Procesal Civil, la petición de la subsanación de la referida falta o transgresión en la Primera Instancia en que se produjo, lo que ya viene expresado no ha sucedido, con reproducción, de haberlo sido, en la Segunda Instancia, pues de no hacerlo, cual no se hizo, impide alcance y consecuencia de nulidad por omisión del ejercicio de la posibilidad de actos impugnativos y efecto distinto para el caso de contravención, a que se refiere el apartado 3.º del artículo 6 del Código Civil; si bien deben de cuidar el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba y Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla hagan tomar parte en juicios de la naturaleza del que se trata al Ministerio Fiscal, en virtud de lo normado en el artículo 3, 6.º, del Estatuto del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, puesto que en el proceso correspondiente han de ser llamados todos aquellos que por normativa legal deban tomar parte en él.

A su vez, los Magistrados don Cecilio Serena Velloso y don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade formularon sendos votos particulares, aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia disentida y declarando no haber lugar al recurso de casación, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

A) Fundamentos de Derecho de la sentencia del Magistrado señor Serena Velloso:

Primero.—El recurso se articula con un único motivo, por infracción del artículo 127 del Código Civil, al parecer, por el primero de sus párrafos. Dicho precepto, sin embargo, no ha sido infringido, por cuanto su contenido normativo no es otro que el de posibilitar la investigación de la paternidad y de la maternidad poniendo fin a las limitaciones del ordenamiento antecedente; mandato de apertura que ha sido acatado en la Instancia, accediéndose, en cuanto a los órganos jurisdiccionales competía, a toda suerte de pruebas, incluidas las biológicas, a cuya práctica se opuso el demandado recurrido, siendo por la actitud de éste y no por infracción legal atribuible a dichos órganos que no se practicaran las de esa clase. En esta línea deben tenerse por reproducidas aquí las argumentaciones del primero de los «fundamentos» del antecedente voto particular, al principio, donde señala el carácter genérico (que la invalida para este trámite de la casación) de la norma invocada por el recurso.

Segundo.—Lo que el recurso propone, si bien se mira, es que esta Sala, a partir principalmente de la negativa del demandado y recurrido a la práctica de las pruebas biológicas acordadas, establezca por sí la presunción de la paternidad, omitida por los órganos de la Instancia. Esta Sala

ha contemplado el caso de la negativa en diversas sentencias, excluyendo que pueda fundarse en ella una *ficta confessio* (14 de octubre de 1985, 12 y 14 de noviembre de 1987), pero afirmando que constituye un «indicio todo lo valioso que se quiera» (la ya citada de 14 de octubre de 1985), «un indicio valioso» (la también citada de 14 de noviembre de 1987), «un indicio» que sumado a otros (dice la de 27 de junio de 1987) puede llevar al convencimiento. Como expone la de 10 de noviembre de 1986, «no tiene, por sí misma, un solo significado»; pero la reforma operada en 1984 (añade la de 17 de julio de 1987), «introduce en materia probatoria e interpretativa un criterio de gran amplitud que autoriza al Juez, acudiendo a las presunciones *seu iudicis* a declarar o no la filiación reclamada».

Se pugna, pues, porque se efectúe una presunción, con la base principal de la negativa o resistencia a las pruebas biológicas; actitud de resistencia que preside los demás indicios a que se hace larga referencia por la elocuencia y puntual sentencia que se disiente.

Pertenece a la esencia de la prueba de presunciones el que desde el hecho base se pueden alcanzar diversos hechos consecuencia y no un solo hecho. Cuando el hecho consecuencia o tenido por tal es el único inferible del hecho base, en rigor se está ante un único acto concluyente y la cuestión movida es la de interpretación y contenido de éste.

Fijada así la naturaleza de la verdadera pretensión del recurso, ha de reconocerse la práctica inviabilidad de ambos. El artículo 1.250 del Código Civil faculta o autoriza más que compete al Juez a formar la presunción que sea procedente, pero como no le suministra las reglas del criterio humano, si ocurre que no emplea o no aplica este peculiar medio probatorio, no puede exigirsele su aplicación, pues ello equivaldría las más veces, y desde luego en la que aquí se trata (Sentencia de 23 de junio de 1981), a un nuevo examen del material expositivo y probatorio efectuado en la Instancia, y de ahí que en la casación es excepcionalmente admisible que pueda impugnarse la omisión de la llamada prueba de presunciones (Sentencia de 5 de octubre de 1986, citando a la de 1 de octubre de 1982).

Lo propio del presente trámite, pues, es mantener la apreciación del juzgador de la Instancia, quien próximo a los hechos, ya tomó en prudencial consideración, sin estimarla determinante, la resistencia del demandado a las pruebas biológicas, junto con los demás indicios, de un sentido u otro.

B) Fundamentos de Derecho de la sentencia del Magistrado señor Burgos y Pérez de Andrade:

Primero.—Se plantea el presente recurso sirviéndole de fundamento un único motivo, en el que, por el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia «la infracción del artículo 127 del Código Civil y doctrina legal concordante (en relación con lo dispuesto en el art. 39, 2.º, de la Constitución Española)», planteamiento que, en principio, resulta un tanto anómalo, pues, según constante jurisprudencia de esta Sala, los preceptos legales genéricos, como el artículo 127 del Código Civil, que enumera los medios de prueba admisibles en los juicios sobre investigación de la paternidad, no son aptos para amparar un recurso de casación, al no referirse a un medio de prueba concreto ni regular su eficacia (Sentencias de 7 de febrero y 6 de junio de 1981, 5 de abril de 1982, 16 y 26 de diciembre de 1983 y 3 de diciembre de

1984); pero aun admitiendo esta negada viabilidad casacional, tampoco podría llegar a buen fin el motivo, pues a todo lo largo de su desarrollo, y en cinco párrafos numerados, la parte recurrente va analizando, criticando y sustituyendo con el criterio propio todo el proceso apreciativo y valorativo de la prueba, que aparece en la resolución recurrida; de esta forma combate: 1.º La apreciación efectuada de la prueba sobre convivencia y continuidad en las relaciones entre el demandante y el demandado. 2.º El concepto valorativo que al Tribunal *a quo* le merecen las pruebas biológicas. 3.º La no primacía que la Sala de Instancia concede a tales pruebas biológicas. 4.º La valoración que en la sentencia impugnada se concede al hecho de la ausencia de España de la demandante durante la época de gestación. 5.º El valor que, a su entender, debe concederse a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, «nudo gordiano» y «reina de las pruebas», según se opina. Esta revisión del proceso valorativo que se pretende no es posible hacerla, en el recurso de casación, si no es a través del cauce procesal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concurriendo además las condiciones exigidas por la Ley, y de acuerdo con la abundante doctrina interpretativa de esta Sala, ya que, en otro caso, se incidiría en la violación del artículo últimamente citado y en la del párrafo 2.º del artículo 1.707 de la Ley Procesal. El señalado defecto es atribuible a este recurso, pues fundamentado en un solo motivo, en el que aduce infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, constituye ello causa más que suficiente para la desestimación del mismo.

Segundo.—Pero como en materia de investigación de la paternidad y declaración de filiación pudiera resultar forzado desestimar el recurso por motivos puramente procesales, a mayor abundamiento de razones, y en apoyo de las conclusiones a que se llega en las sentencias de Instancia, resulta conveniente revisar el proceso valorativo de las pruebas aceptadas en aquellas resoluciones y no desvirtuadas por otros elementos probatorios. En los considerando cuarto y quinto de la sentencia que dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, se reconocen como hechos probados: A) La ausencia de prueba demostrativa de la alegada convivencia entre doña A. y el demandado. B) La no existencia de prueba de una convivencia que delate la filiación que se interesa. C) Que la demandante no permaneció al lado del demandado, ni en territorio español, durante el período de gestación, pues según tiene reconocido se marchó a Estados Unidos en el mes de abril de 1969 y regresó en el mes de febrero de 1970. D) Existe confusión respecto a la fecha del nacimiento del menor, y no consta la certeza de esas promesas de matrimonio o muestras de alegría atribuidas al demandado con motivo de la noticia del embarazo de la actora. Como en la sentencia impugnada se aceptan los hechos declarados probados en Primera Instancia, y se comparten las apreciaciones que sobre los mismos se hacen en aquella resolución, resulta obligado también enumerar aquí como probado: 1.º La negativa del demandado a dejarse practicar las pruebas biológicas acordadas por el Juez para mejor proveer. 2.º La ausencia de prueba respecto a la posesión del estado de hijo o de cualquier clase de reconocimiento efectuado por parte del demandado. 3.º La ineficacia probatoria del análisis clínico de embarazo y del tratamiento médico, referidos ambos a una persona desconocida, que no fue identificada en período probatorio. 4.º El nulo valor demostrativo de las recetas médicas aportadas. 5.º La falta de fiabi-

lidad de la documentación presentada para acreditar la fecha del nacimiento del menor (certificado de un hospital privado y certificaciones de bautismo). 6.º La discordancia existente, respecto a este fundamental extremo, entre los anteriores documentos, un pasaporte del menor expedido en el año 1977, la ampliación del pasaporte de la madre y la tarjeta de residencia de ambos en España fechada en el año 1971. 7.º El reportaje fotográfico que acredita la existencia de una relación de conocimiento o amistad entre la señorita A. V. y el demandado hacia los años 1968 y 1969, así como la aportación de una fotografía en la que aparentemente figura el menor junto al demandado, insuficiente, según la sentencia, para acreditar el concepto de la posesión de estado en favor del hijo.

Tercero.—El sistema actual que rige en nuestro país para la investigación de la paternidad viene autorizado por los artículos 127 y 135 del Código Civil, en los que se articulan dos clases de pruebas: las directas, entre las cuales, y como más conocida, está la de análisis de grupos sanguíneos, fiable absolutamente para descartar la paternidad, y con bastante aproximación para acreditarla, y los indirectos o presuntivos referidos al reconocimiento expreso o tácito, a la posesión de estado, a la convivencia con la madre en la época de la concepción y a otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo. En relación con la prueba directa del análisis de grupos sanguíneos, y respecto al valor presuntivo que ha de darse a la negativa a dejarse practicar tal prueba, debemos estar a la ya reiterada doctrina de esta Sala cuando sanciona que nuestra legislación no da preferencia ni exclusividad alguna a la prueba biológica de filiación, sino que ésta y las demás contribuyen, cada una desde su perspectiva propia, a la prueba de aquel hecho, de tal forma que el derecho a investigar la paternidad no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue, sin causa justificada, a someterse a pruebas hematológicas incurre en *ficta confessio*, sino más bien que tal resistencia no pasa de constituir un indicio que, lógicamente, ha de ser apreciado por la Sala sentenciadora conjugándolo con los otros elementos probatorios figurados en autos (Sentencias de 14 de octubre de 1985, 7 de febrero de 1986, 8 de julio de 1986, 27 de junio de 1987 y 12 y 14 de noviembre de 1987). Igualmente constituye doctrina de esta Sala, respecto a la prueba indirecta de la convivencia, que este tipo de relaciones han de estar dotadas de cierta continuidad y ser coincidentes con el período de la concepción, no alcanzando el rango de hecho análogo a la convivencia el acceso sexual aislado, que por carecer del carácter de estado continuado no ofrece unas garantías de paternidad tan grandes como aquélla (Sentencias de 27 de junio y 17 de julio de 1987).

Cuarto.—Conjugando aquellos hechos admitidos como ciertos en las resoluciones de Instancia y la doctrina legal acabada de exponer, resulta que en el caso de autos no existe una prueba directa de la generación pretendida, lo que obliga a moverse en el campo de las pruebas presuntivas, por cuyo camino no se ha logrado demostrar: la existencia de un reconocimiento expreso ni tácito del hijo por parte del presunto padre; la posesión de estado no se puede deducir de la esporádica aportación de una fotografía, en la que el supuesto padre está, al parecer, en compañía del menor, no existiendo, por otra parte, la justificación de esa pretendida convivencia de ambos durante largo tiempo. La también alegada convivencia entre la señorita A. V. y el demandado no puede deducirse del reportaje fotográfico que se acompañó con la demanda, reducido en esen-

cia a dos únicas localizaciones en el tiempo y en el espacio: las correspondientes a las fotos de los folios 27 a 32, realizadas todas en un mismo sitio y día, y las unidas a los folios 34 a 38, que pertenecen también a otro día, durante una excursión al campo; quizá por esta limitación y por la especial personalidad y *status vitae* del demandado en aquel tiempo, la sentencia de Primera Instancia afirmaba que sólo aparece probado un conocimiento entre ambos litigantes y no «la convivencia, que exige el artículo 135, o, al menos, las relaciones sexuales habidas entre ambos con la habitualidad que debe ser exigida», afirmación que coincide sustancialmente con la anteriormente citada jurisprudencia sobre el concepto de la convivencia.

Quinto.—Resta, finalmente, por analizar el indicio, realmente valioso, de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, que no supone en ningún caso *facta confessio*, y que ha de valorarse conjuntamente con los otros elementos probatorios obrantes en autos; y sin desconocer el valor de este indicio, resulta obligado ponerlo en relación con la ausencia de una certeza fehaciente respecto a la fecha del nacimiento del menor, y la correlativa ausencia de España de la madre durante un período de diez meses, coincidentes con la época de la gestación. No se aporta a los autos la obligada certificación de nacimiento expedida por un Registro Oficial del Estado Civil, sustituyéndola por una especie de certificación librada por un hospital privado de Florida, que ya en principio contiene un dato falso, al figurar como celebrado en Córdoba el matrimonio de los litigantes; se acompañan también dos certificaciones de bautismo, firmadas por el que dice ser encargado de la Parroquia de Santo Domingo, la primera expedida en la misma fecha que el certificado del hospital, y con una vehemente apariencia de estar ambos escritos por la misma mano, lo que ya resulta sorprendente, y la segunda expedida en el año 1979, y en la que figura como apellido del padre el de V. y el de la madre C., es decir, los apellidos que corresponderían al menor si no tuviera padre conocido; en todos estos documentos la fecha atribuida al nacimiento es la del 28 de septiembre de 1969, coincidente con la que figura en un pasaporte autorizado para el menor el año 1977; no ocurre así, por el contrario, con las otras fechas que aparecen: en la ampliación de un pasaporte, expedido en Norteamérica a nombre de la madre, y en la tarjeta autorizando la residencia de ambos en España para el año 1971, librada por la Comisaría de Policía de Córdoba, donde figura que la fecha del nacimiento del pequeño M. V. es la de 6 de febrero de 1970, lo que supondría situar la fecha de la concepción sobre el mes de mayo de 1969, precisamente cuando la señorita V. se encontraba en Estados Unidos. La existencia razonada de esta duda, respecto a un elemento tan esencial en el proceso investigador, y la obligada justificación que correspondía a la parte demandante, es lo que conduce, junto con los esenciales defectos procesales expuestos al principio, a desestimar el motivo y, consiguientemente, el recurso; todo ello con la preceptiva condena en costas del recurrente y la pérdida del depósito constituido, que señala el artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMENTARIO.—La sentencia mayoritaria basa su decisión en los siguientes argumentos o consideraciones principales:

1.º Como principal y más importante, la negativa del demandado a so-

meterse a la prueba biológica en la Primera Instancia, previa advertencia de las posibles consecuencias jurídicas de su negativa.

2.ª La falta de oposición del demandado a que se pudiese su primer apellido al niño.

3.ª La publicidad en reportajes y fotografías de esa posible filiación y relaciones con la madre del niño.

4.ª El artículo 135 del Código Civil permite declarar la filiación «que resulte... de otros hechos de los que se infiere la filiación, de modo análogo».

5.ª La negativa a someterse a la prueba biológica entraña un acto realizado en fraude de Ley (art. 6, núm. 4.º, del Código Civil) y constituye el ejercicio antisocial de un derecho (art. 7, párrafo 2.º, del Código Civil).

De todo ello, tres Magistrados de los cinco que integran la Sala obtienen la consecuencia de que tal negativa de someterse a la prueba biológica puesta en relación con las demás *circunstancias fácticas* (el subrayado es nuestro)... es altamente revelador de un comportamiento que inclina a establecer un implícito reconocimiento por el demandado de su paternidad.

Frente a ello cabe pensar:

1.º La valoración de los hechos es competencia exclusiva de los órganos judiciales de Instancia, según tiene declarado hasta la saciedad el propio Tribunal Supremo. Y la sentencia mayoritaria admite que basa su decisión en la valoración de «circunstancias fácticas». Parece, por tanto, que no es fiel a la propia doctrina jurisprudencial.

2.º Esto se corrobora porque el único motivo del recurso invoca, al amparo del artículo 1.692, 5.º, de la Ley Procesal, la infracción del artículo 127 del Código Civil, siendo así que debería haberse amparado en el número 4.º de dicha Ley, al tratarse de una cuestión de prueba.

3.º El reconocimiento de la paternidad y correspondiente filiación no parece que pueda hacerse de modo «implícito», antes bien, ha de ser expreso o derivarse de actos ostensibles y concluyentes que revelen la voluntad de tener por hijo o la admisión de tal relación paterno-filial.

4.º No puede hablarse técnica y jurídicamente de que la negativa a someterse a la prueba biológica constituya un acto realizado en fraude de Ley, pues:

a) Mal puede hablarse de «acto realizado» cuando existe una negativa. Si se niega es precisamente que no accede a realizar el acto o no efectúa éste. Estamos, pues, ante una abstención, no ante un propio acto.

b) El acto en fraude de Ley requiere la existencia de dos leyes: la Ley defraudada y la Ley de cobertura. Supuesto que no concurre en el presente caso.

c) El artículo 127 del Código Civil, cuya infracción (?) por el demandado motiva el supuesto acto en fraude a la Ley, no va dirigido tanto a las personas individuales como al órgano judicial y a los funcionarios, declarando admisibles toda clase de pruebas que podrán ser propuestas por aquéllos y ordenadas por el Juez, como claramente pone de manifiesto su párrafo 2.º

5.º Por lo mismo, tampoco puede estarse ante el ejercicio antisocial de un derecho. Más bien se trataría de una «negativa» antisocial, consis-

tente en someterse a una obligación, pero ¿existe la obligación de someterse a la prueba biológica? Lo dudo mucho, entre otras consideraciones por las siguientes:

a) El propio Tribunal de Instancia advierte de las posibles consecuencias de esa negativa; luego ello indica que no hay tal obligación.

b) La negativa es valorada por dicho Tribunal conjuntamente con las demás pruebas, llegando a la conclusión de que no existe la certeza necesaria para imponer la paternidad.

c) Las pruebas biológicas no son todas ellas igualmente fiables. En realidad, pueden distinguirse dos grandes grupos: uno, formado por las anomalías o enfermedades, tanto constitucionales como hereditarias, y otro, integrado por los caracteres heredados, tanto morfológicos como físico-químicos.

Y de entre los posibles medios (caracteres patológicos hereditarios, prueba antropológica o heredobiológica, procedimiento antropobiométrico, prueba morfológica de la columna vertebral o método de Kühne y prueba de los grupos sanguíneos) es el último el más actualizado, siendo de observar que la prueba sólo puede obtenerse por exclusión, si bien, a pesar de lo que dice la sentencia, tampoco puede llegarse a una exclusión total, sino, agotando todas las posibilidades, llegar a la exclusión del 89,9 por 100, según los métodos de análisis al alcance medio (GISBERT, SPIELMANN), y del 97 y 98 por 100, todavía no suficientemente contrastado, si se emplea el sistema HL-A, que requiere una gran capacidad técnico-científica y laboratorios muy especializados (BROCTENER).

d) El artículo 127 no impone obligatoriamente ni exige practicar en todo caso las pruebas biológicas, sino que se limita a admitirlas.

e) Si, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de julio de 1987 y alguna otra, cabe disponer del propio cuerpo a efectos de prácticas transexuales, con mayor motivo cabrá disponer del mismo negándose a someterse a una determinada práctica consistente en análisis de sangre o caracteres biológicos (v.gr.: creencias religiosas, temor a contagios o SIDA, repugnancia íntima).

6.º Por último, es de tomar en consideración la preceptiva audiencia al Ministerio Fiscal, aunque el Tribunal Supremo da por subsanada esta falta y que el informe del mismo, en momento procesal posterior, es contrario a la declaración de paternidad.

Por todas estas razones parecen bastante mejor fundadas las sentencias disidentes.

F. C. L.

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

SOCIEDADES. AUMENTO DE CAPITAL. EXENCIONES.—EN EL PRESENTE CASO, AL NO PODERSE CONSIDERAR OCULTA LA OPERACION SOCIAL DE AUMENTO DE CAPITAL, NO PROCEDE APLICAR LA EXENCION PREVISTA EN EL ARTICULO 31 DE LA LEY 50/1977 (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Mediante escritura pública de 25 de febrero de 1987, cierta entidad formalizó el aumento de capital social, presentándose la escritura en la Abogacía del Estado correspondiente, con la solicitud de que se decretase la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, conforme a lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 6 de la Orden ministerial de 14 de enero de 1978. Sobre dicha escritura se giró la correspondiente liquidación, recurriéndose en diversas instancias hasta llegar al recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, el cual, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Emilio Pujalte Clariana, lo desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que el artículo 31 de la Ley 50/1977 concedió exención de cualesquiera impuestos, gravámenes y responsabilidades frente a la Administración a las empresas sujetas a los Impuestos sobre Sociedades y Cuota de Beneficios del Impuesto Industrial, que en el período comprendido entre el 16 de noviembre de 1977 (fecha de su publicación) y el 30 de junio de 1978 realizarán los siguientes actos: «Hacer lucir en contabilidad, siempre que no constase en ella debiendo haber figurado, los bienes y derechos representativos de activos reales, tanto de carácter fijo como circulante, así como las obligaciones para terceros», añadiendo que «los bienes, derechos y obligaciones ocultos deberán existir efectivamente a la fecha de entrada en vigor de esta Ley (17 de noviembre de 1977, según disposición final 5.ª), lo que inequívocamente refiere el concepto de ocultos a la situación que se contempla en el párrafo anterior. Mas desde el momento de los acuerdos de la Junta Universal de Accionistas sobre ampliación de capital y modificación de los Estatutos sociales, se solemnizaron (como expresamente dice el instrumento público) y se protocolizaron mediante escritura de 25 de febrero de 1977 —anterior, por tanto, al 11 de noviembre de 1977—, que autorizó el Notario de..., es evidente que la eficacia, aun contra terceros como la Administración, del hecho que motiva su otorgamiento y fecha resulta indiscutible, con arreglo al artículo 1.218 del Código Civil, debiendo de surtir efectos desde tal fecha de 25 de fe-

brero de 1977, tanto en lo que pudiera beneficiarle (inicio del plazo de prescripción del derecho a liquidar, normativa aplicable, etc.) como perjudicarle (acto anterior al período concedido para la aplicación del beneficio fiscal de referencia)».

Considerando, pues, no hallarse comprendido el hecho imponible de referencia en el supuesto de exención previsto en el artículo 31 de la Ley 50/1977, es lo cierto que tampoco pueden serle de aplicación las normas complementarias para la aplicación de aquellas que se citan en las alegaciones de la apelante, es decir, el punto 6.º de la Circular 2/1978 de la antigua Dirección General de lo Contencioso del Estado y el párrafo final del punto 4.º de la Instrucción de 27 de noviembre de 1982, toda vez que la aplicación de estas últimas necesariamente presupone la existencia de hechos supuestamente exentos, cosa que, como quedó visto, no se da en el presente caso.

PRESTAMO HIPOTECARIO. EXENCIONES.—PARA QUE PROCEDA CONCEDER LA EXENCION PREVISTA EN EL NUMERO 63 DEL ARTICULO 65 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO ES PRECISO SOLICITARLO EXPRESAMENTE (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Concedido préstamo hipotecario para construir viviendas de protección oficial a cierta entidad, se le gira liquidación, no concediéndolo la exención, puesto que se solicitaba la concesión de la exención contemplada en el número 67 de dicho artículo 65, no haciéndose petición alguna de la del número 63 de dicho y repetido artículo.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor de 1985, en cuyo proceso también figuraba como parte recurrente en la Primera Instancia la misma entidad mercantil que ahora comparece en este recurso como parte apelante, habiéndose planteado en ambos procesos la don José María Ruiz-Jarabo Ferrán, entiende correcta dicha liquidación, en base a la siguiente:

Doctrina.—1.º La cuestión que ahora se suscita en el presente recurso ha sido ya enjuiciada por esta Sala en la Sentencia de 25 de noviembre misma pretensión con fundamento en iguales argumentaciones, por lo que a idéntica conclusión a la establecida en la precitada sentencia habremos de llegar ahora no sólo con base en el principio de unidad de doctrina, constantemente proclamado por la doctrina jurisprudencial, sino, asimismo, porque resulta jurídicamente procedente aquélla, ya que resulta de todo punto inviable la concesión a la sociedad apelante de la exención establecida en el número 63 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, que es la única pretendida en este recurso contencioso-administrativo por BEYRE, S. A., en primer lugar, porque en la escritura de préstamo hipotecario otorgado por la Caja Postal de Ahorros a la entidad apelante solamente se solicitaba que fuese concedida la exención del número 67 del mencionado artículo 65 y no se hizo petición alguna de la exención del número 63, y es evidente que la Oficina Liquidadora no podía de oficio conceder otra exención distinta de la solicitada, y la necesidad de solicitar expresamente la exención que se quiere obtener viene proclamada

en la precitada Sentencia de 25 de noviembre de 1985, al así resultar de los propios términos del mencionado número 63, en relación con lo establecido en el número 28 del mismo artículo 65, ya que «así como para los negocios jurídicos —compra, promesa de venta, arrendamiento— que tienen por objeto construir viviendas de protección oficial sobre los terrenos, basta con que se exprese que se adquieren con esa finalidad para que haya de concederse la exención, porque así lo establece el párrafo 2.º del número 28 del artículo 65, en cambio, para que proceda conceder la exención del número 63 hay que pedirla expresamente, porque ni el número 63 de ese artículo, ni el párrafo 3.º del número 28, exoneran de la necesidad de pedir expresamente el beneficio, por lo que al no haberse solicitado, en el caso debatido, la liquidación girada, que no la tuvo en cuenta, está ajustada a Derecho», según concluye en su fundamento jurídico cuarto la mencionada Sentencia de 25 de noviembre de 1985.

2.º En segundo lugar, debe rechazarse la pretensión de la apelante, porque, como ya se resaltaba en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central referenciada en este proceso, e igualmente se destaca ello en la tantas veces aludida Sentencia de 25 de noviembre de 1985, que, recordamos, resolvía en relación con una cuestión igual a la ahora planteada, en la escritura de constitución del préstamo hipotecario no se hizo mención alguna de que las cantidades recibidas de la Caja Postal de Ahorros por la entidad apelante se destinaban a la construcción de unas viviendas de protección oficial, sino que se manifestó que la cantidad recibida se destinaría a la financiación de la adquisición de las viviendas por sus futuros compradores, lógicamente indeterminados. Las viviendas que se hipotecaban en garantía del préstamo —25— aparecen ya como construidas e inscritas en el Registro de la Propiedad, según se deduce ello de la indicada escritura pública, aunque en la cédula de calificación definitiva de aquéllas se haga constar que las obras finalizaron el 23 de febrero de 1977, siendo así que la escritura lleva fecha de 27 de diciembre de 1976. En cualquier caso, insistimos, el préstamo no se destinó a la construcción de las viviendas. Esta omisión, unida a la anteriormente mencionada y, a mayor abundamiento, a la confusión apuntada en la sentencia apelada, al no referirse la escritura del préstamo hipotecario a las mismas viviendas que la cédula de calificación definitiva, las que tampoco aparecen reflejadas en la certificación final de las obras, confusión no aclarada suficientemente por la parte apelante en esta Segunda Instancia, donde se admite la existencia de errores en alguno de los aludidos documentos, obligan a concluir declarando, al igual que se hizo en la Sentencia de 25 de noviembre de 1985, la improcedencia de conceder la exención solicitada por la citada parte apelante, y al haberlo así entendido la sentencia apelada debe confirmarse la misma.

EMPRESTITOS. CANCELACION. LA FORMALIZACION NOTARIAL, MEDIANTE LA CORRESPONDIENTE ACTA, DE LA CANCELACION DEL EMPRESTIMO EN CUESTION Y AMORTIZACION DE OBLIGACIONES TRIBUTA POR EL CONCEPTO DE AUTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1987).

Hechos.—La entidad mercantil Iberduero, dentro del marco del Tercer Plan de Desarrollo, acogióse al Acta de Concerto firmada con el Estado,

solicitó del Ministerio de Hacienda la bonificación del 95 por 100 en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que grava los actos necesarios para la emisión, amortización o cancelación del empréstito de 5.000.000.000 de pesetas, emitido en abril de 1978.

El Ministerio de Hacienda, por Orden de 10 de abril de 1978, concedió la exención solicitada en los términos que constan en la propia Orden.

Por acta notarial de 10 de marzo de 1983, se procedió a amortizar 625.000 obligaciones de 1.000 pesetas cada una de la emisión antes dicha.

Presentado el documento en la Oficina correspondiente, se gira a cargo de Iberduero liquidación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, liquidación contra la cual se recurre, siendo desestimados los recursos en diversas instancias y llegando al de apelación ante el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, se desestima, igualmente, en base a la siguiente:

Doctrina.—1.º La cuestión que se somete a decisión de la Sala en este recurso de apelación ya ha sido resuelta en anteriores sentencias, entre las que pueden citarse las de 13 de febrero, 6 de abril, 28 de mayo y 16 de octubre del año en curso, que resolvieron recursos idénticos interpuestos por diversas compañías productoras de energía eléctrica, entre ellas la recurrente, ante situaciones como la que ahora plantea la entidad mercantil Iberduero, S. A. Por ello, en observación del principio de unidad de doctrina, manifestación del de seguridad jurídica, debe reiterarse en esta sentencia lo resuelto por las anteriores citadas.

2.º Es doctrina, que ahora se reitera, que la Ley número 32, de 21 de junio de 1980, pretende ofrecer la imagen unitaria de un tributo que, sin embargo, se intitula ya desde el principio dicotónicamente: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y sobre Actos Jurídicos Documentados. En la regulación posterior no se describe un hecho imponible común, sino tres, uno para cada una de las modalidades mencionadas en el artículo 1.º Idéntica estructura presenta el Texto Refundido aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1980, lo que pone de manifiesto que se está en presencia de tributos distintos. En efecto, las normas aludidas anteriormente se limitan a yuxtaponer, sin confundirlos, dos impuestos preexistentes, el llamado de derechos reales y el de timbre. Este origen y esa distinta naturaleza se reflejan en numerosas manifestaciones, pero quizá ninguna más gráfica y significativa que la compatibilidad de ambos gravámenes sobre un mismo negocio jurídico, en virtud de la diferentes perspectivas; por una parte, el hecho de la transmisión; por otra, su vestidura documental. En función de esa distinta naturaleza o interdependencia de los dos impuestos ha de ser contemplada la situación jurídica de Iberduero, S. A.

3.º La segunda de las disposiciones transitorias del Texto Refundido, el cual es aplicable a los hechos imposables acaecidos a partir de 1 de julio de 1980, deja sin efecto cuantas exenciones y bonificaciones no hayan sido recogidas en él, pero permite la subsistencia de aquellos beneficios fiscales establecidos en favor de sociedades o entidades por pactos solemnes con el Estado, con la cláusula explícita *rebus sic stantibus*. Como tal soporte contractual ha de ser calificado el Acta General del Concierto celebrado entre Iberduero, S. A., y la Administración Central..., dentro del marco del Tercer Plan de Desarrollo (1972). Este documento público, por reunir las características exigidas en el artículo 1.216 del Código Civil,

con un origen bilateral y un contenido sinalagmático, ofrece la doble solemnidad de su forma, en sentido estricto, y del propósito deliberado y, además, declarado expresamente de servir como carta magna de las relaciones entre los contratantes, con especial atención al estatuto tributario de la sociedad; en esa acepción tiene fuerza de Ley para ellos, según el artículo 1.091 del mismo Código. Lo expuesto hasta ahora nos sitúa en el terreno movedizo de los «derechos adquiridos», que pueden definirse como los nacidos de hechos realizados con una cobertura legal derogada, pero cuya ultraactividad en el tiempo tiene como fundamento los principios convergentes de la justicia y de la seguridad jurídica, ambos inherentes a un auténtico Estado de Derecho y por ello recogidos en los artículos 1 y 9 de la Constitución Española.

4.º El contenido del concierto suscrito es complejo, ya que —por una parte— la empresa asume la obligación de construir... y —por otra— el Estado le concede ciertos beneficios fiscales como fomento de las inversiones a realizar y en calidad, pues, de contraprestación de aquella actividad de interés general. Entre estos beneficios, se encuentra la reducción del 95 por 100 de la cuota correspondiente al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en los términos establecidos en el artículo 66 del Texto Refundido entonces vigente, cuyo supuesto de hecho eran las ampliaciones de capital de las empresas concertadas, es decir, una de las llamadas «operaciones societarias», modalidad, a su vez, del concepto genérico de transmisión, como pone de relieve la incompatibilidad absoluta que se establece; en ningún caso un mismo acto podrá ser liquidado simultáneamente por aquellas operaciones y por este concepto (art. 1, 2.º, Texto Refundido de 1980) En consecuencia, esa cobertura alcanza a la cancelación del empréstito en cuestión y amortización de obligaciones, pero no a su formalización notarial mediante la correspondiente acta... Esta resulta gravada por ser la documentación de un acto, no por éste en sí, y ello significa una distinta perspectiva y un diferente hecho imponible, otro impuesto, en suma, extramuros del artículo 66, más arriba indicado. La liquidación impugnada tiene como base legal los artículos 27 y siguientes, incluidos en el título tercero, no en el primero del libro segundo, que era el encuadramiento sistemático de estas operaciones en el Texto Refundido. Está claro, en definitiva, que la finalidad y también el propósito de la cláusula contractual examinada eran, según indica la remisión específica a un precepto concreto, que la sociedad concertada obtuviera un ostensible y notable beneficio tributario en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, y sólo en él, sin que resulte viable en este caso una interpretación extensiva por impedirlo el carácter privilegiado de la reducción contemplada, excepción clara, aun cuando justificada, a los principios de generalidad e igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, consagrado en el artículo 31 de la Constitución, a lo que hay que agregar que, en otro caso, se infringiría lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley General Tributaria.

5.º Siendo idéntica la situación que se plantea en el presente recurso de apelación, ha de estarse a la doctrina transcrita y reiterada de esta Sala, lo que obliga a desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil Iberduero, S. A.

C. M. A.

4. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

ARBITRAJE DE EQUIDAD. CARACTERES DEL MISMO. NOVACION, EN ESCRITURA PUBLICA, DE LO ESTABLECIDO EN EL AUTO DE FORMALIZACION JUDICIAL DEL ARBITRAJE: NO PERMITE INVOCAR DEFECTOS DE AUTO. EL ARBITRO NO TIENE QUE FUNDAR O RAZONAR EXHAUSTIVAMENTE EL LAUDO (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1987).

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 curso del procedimiento de formalización judicial de arbitraje privado de equidad, número 767/1985, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, a instancia de la sociedad «V., S. A.», contra la también sociedad «S., S. A.», se dictó Auto, en 30 de septiembre de 1985, por el que se accedía a la formalización del compromiso, con designación de árbitro a don Bernardo C. S. y aceptación de los párrafos *c)*, *d)*, *e)* y *f)* del hecho sexto de la demanda sobre el objeto de la controversia, plazo y lugar de arbitraje; y en cumplimiento de lo así acordado, las respectivas representaciones legales de las citadas sociedades comparecieron ante el Notario de Madrid, don Antonio Pérez Sanz, en 4 de diciembre de 1985, para otorgar escritura de compromiso, que formalizaron con arreglo a las siguientes estipulaciones: 1.ª Modifican y novan los términos en que el Juzgado fijó la controversia sometida al fallo arbitral, por los especificados en dicha estipulación. 2.ª Dejan confirmado: 1.º, que aceptan como árbitro de equidad a don Bernardo C. S.; 2.º, que el arbitraje debe tener lugar en Madrid; 3.º, que el árbitro debe imponer las costas a la parte en cuya contra se dicte el laudo; 4.º, que dicho laudo debe dictarse dentro del plazo fijado por el Juzgado, o sea, dentro de los seis meses desde el momento en que el árbitro aceptó su cargo en el Juzgado de Primera Instancia. El mencionado árbitro, en fecha de 14 de marzo de 1986, compareció ante don José María Lucena Conde, Notario de Madrid, para formalizar la escritura de laudo arbitral, en cuyo fallo declaró improcedente e injustificada la resolución del contrato de distribución de 14 de noviembre de 1983, notificada por «S., S. A.», a «V., S. A.», mediante acta de requerimiento de 10 de mayo de 1985; y condenó a la primera a abonar a la segunda, la cantidad de 42.500.000 pesetas e intereses legales de la misma, calculados desde el laudo

hasta el día de pago efectivo por «S., S. A.», a quien, además, se le impusieron las costas del arbitraje. Y contra el mentado laudo, la sociedad condenada interpuso recurso de nulidad por el cauce procesal del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de cinco motivos, amparados los dos primeros en el número 1.º de dicho artículo; los dos siguientes, en su número 3.º, y el 5.º, en el artículo 24 de la Constitución por infracción del mismo.

Los dos primeros motivos, como se decía, se acogen al ordinal 1.º del rituario artículo 1.733: «Nulidad de la formalización judicial del compromiso», sobre los que, previamente y a modo de declaración general, conviene resaltar que la Exposición de Motivos de la Ley de 22 de diciembre de 1953 otorga al arbitraje de equidad un carácter sumamente sencillo y desprovisto de rigorismo formal, hasta el punto de expresar que en tal supuesto «el procedimiento se simplifica y se limita a la garantía del principio de contradicción y a exigir para la emisión del laudo un mínimo formal», y acorde con ello, el artículo 29 de la Ley establece que «el procedimiento, en caso de equidad, no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a Derecho en cuanto al fondo», y en el artículo 3.º, valedero para los dos tipos de arbitraje, no obstante exigir para su eficacia, la necesidad de ajustarse a las prescripciones de la Ley, se admite cualquier otra forma para pactar la intervención dirimente de un tercero, si en el acuerdo concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio. Pues bien, en estos dos motivos se impugna el Auto del Juzgado de 30 de septiembre de 1985, por carecer de las declaraciones exigidas en el artículo 10, 4.º, de la Ley Reguladora de los Arbitrajes y referidas al nombramiento de los árbitros y a la fijación de las cuestiones que se han de resolver, o sea, que el Notario que tendría que otorgar luego la escritura pública, no podría conocer «la controversia que se somete al fallo arbitral, con expresión de su circunstancia» (art. 17, 3.º, de la Ley), sin que tampoco se fije en el auto «el plazo o término en que los árbitros hayan de pronunciar el laudo» (art. 17, 4.º), y se impugna también por haber infringido el Juzgado, en su interpretación del contrato preliminar, el artículo 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil, al ser claros y no dejar lugar a dudas los términos del mentado contrato sobre que el arbitraje debía tener efecto «por un solo árbitro nombrado de común acuerdo» (cláusula 15), y, sin embargo, el Juzgado nombró al primero de los tres sugeridos por la demandante.

Los indicados motivos no pueden prosperar por las razones que se exponen a continuación: a) La argumentación recogida en los considerandos tercero y cuarto del auto judicial en punto a la designación del señor C. S. como árbitro es perfectamente válida, en cuanto que corresponde a los órganos jurisdiccionales la facultad interpretativa de los contratos, siempre y cuando no exista manifiesta vulneración de las normas que el texto civil dedica a esa materia en los artículos 1.281 y siguientes, lo cual no sucede aquí, toda vez que la cláusula contractual 15 previó el nombramiento de «un solo árbitro», y el extremo de que fuese «de común acuerdo» cabe entenderle cumplido por la circunstancia de aceptar el Juzgado el orden propuesto por la actora «al no haber sido contradicho por el demandado», y, desde luego, cualquier informalidad a imputar sobre tal particular quedaría subsanada de plano por el otorgamiento de la escritura de compromiso en 4 de diciembre de 1985, en la que los representantes legales de las sociedades contendientes, en el apartado 1.º de la segunda

estipulación, dejan confirmado «que aceptan como árbitro de equidad a don Bernardo C. S.». b) La falta de concreción referida a las cuestiones a resolver no deja de ser cierta, ya que en el auto no se fija con la suficiente claridad la controversia que se somete al fallo arbitral, como se desprende de la lectura del quinto considerando y de la parte dispositiva, pero ello no reviste trascendencia anulatoria desde el momento en que en la mencionada escritura de compromiso, en su primera estipulación, se «modifican y novan los términos en que el Juzgado fijó la controversia que somete al fallo arbitral», detallándose a continuación la misma, lo que produjo, como antes se decía, la subsanación del posible defecto en que incurrió el Juzgado, novación expresada que reviste total validez, a tenor de la libertad formal concedida a las partes en la Ley de 1953 y de la facultad reconocida a los contratantes en el artículo 1.255 del Código Civil. c) La omisión en el auto «del plazo o término en que haya de pronunciarse el laudo» tampoco sería, en el presente caso, determinante de nulidad, ya que, al igual que acaeció en los supuestos anteriores, la escritura de compromiso vino a convalidar el defecto, al dejar confirmado, en el apartado 4.º de la segunda estipulación, que «dicho laudo debe dictarse dentro del plazo fijado por el Juzgado, o sea, dentro de los seis meses desde el momento en que el árbitro aceptó su cargo en el Juzgado de Primera Instancia número 11».

Los motivos tercero y cuarto se apoyan en el ordinal 3.º del artículo 1.733, «haber resuelto el árbitro puntos no sometidos a su decisión», y la nulidad invocada en el tercero, a juicio del recurrente, consistió en que el arbitraje formalizado notarialmente es distinto del que lo fue judicialmente, y el árbitro que aceptó decidir en éste, no aceptó el cargo en el de aquél, con infracción del artículo 24 de la Ley de 22 de diciembre de 1933. La propuesta del motivo en estos términos bastaría para rechazarle, sin necesidad de ningún razonamiento, ya que su instrumentación correspondería más bien al número 1.º, «nulidad del compromiso o la formalización judicial del arbitraje», pues no puede sostenerse que la «novación o modificación» llevada a cabo en la escritura de 1985, no hubiera sido sometida a la consideración del árbitro, y buena prueba de ello es que la reseñó en el laudo y admitió como primera cuestión a resolver, resultando fuera de duda, en virtud de la sencillez y falta de rigor formal que caracteriza al arbitraje de equidad, que aquellas reseña y admisión implicaron, a su vez, un supuesto de aceptación, lo que determina, en definitiva, la inexistencia de la infracción denunciada y, por tanto, el fracaso del motivo.

La nulidad alegada en el cuarto motivo afecta al importe de la condena impuesta a «S., S. A.», en favor de «V., S. A.», 42.500.000 pesetas, argumentándose que el árbitro se ha extralimitado, sin tener en cuenta la cláusula 11 del contrato y los límites señalados por las partes en los escritos presentados y en las declaraciones ante el mismo, y que «V., S. A.», en su escrito de réplica de 30 de enero de 1986, habla de una indemnización de 32.455.382 ó 35.716.185 pesetas, tratándose de aspiración máxima, en alegación de una parte. Formulado así el motivo, merecería su repulsa sin más, pues, realmente, no puede afirmarse que esa presunta extralimitación permita equipararla a un supuesto de «resolución de puntos no sometidos a la decisión arbitral», ya que la cuestión indemnizatoria fue contemplada en el apartado B) de la primera estipulación de la escritura de compromiso de 1985; pero es que, además, hay que tener en cuenta lo siguiente: *que* el supuesto de rescisión previsto en la cláusula 11 del contrato no pue-

de identificarse plenamente, atendiendo a sus efectos y consecuencias, con la resolución estudiada en el laudo y originadora de una indemnización por daños y perjuicios, en cuya cuantificación el árbitro tuvo presente la referida cláusula; *que* la imputación acerca de que «el laudo no aclara las razones que han podido llevar al árbitro a pronunciarse en la forma en que lo ha hecho», aparece desprovista de verdadero fundamento, pues en el primer considerando del laudo se desarrolla la argumentación de la que se hace concluir el juicio del árbitro respecto a la injustificada resolución unilateral del contrato por «S., S. A.», y en el segundo, se relacionan los factores a tener presentes para cuantificar la indemnización a conceder a «V., S. A.», y *que* no puede exigirse al árbitro un razonamiento y una fundamentación más o menos exhaustiva al dictar el laudo, puesto que, como expresa el artículo 29 de la Ley, «no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a Derecho en cuanto al fondo», y dirime el conflicto según su saber y entender. Por todo lo expuesto, se impone rechazar el motivo.

El quinto motivo, último de los formulados, invoca infracción del artículo 24 de la Constitución, volviendo el recurrente a reiterar, prácticamente, su alegato en orden a la ausencia de razonamiento que explique la indemnización fijada en el laudo. Aunque no cabe negar a la Constitución su indiscutible supremacía en el ordenamiento jurídico, ello no posibilita para que, con apoyo en su articulado, pueda fundarse un motivo específico de nulidad contra los arbitrajes de equidad, al margen y con independencia de los casuísticamente establecidos en el artículo 1.733 de la Ley Procesal. Por otro lado, es doctrina mantenida por esta Sala que «lo que garantiza el primer apartado del artículo 24 de la Constitución es que en ningún supuesto pueda producirse denegación de justicia, pero no puede ser base para convalidar situaciones que el juzgador establece desprovistas de amparo legal», teniendo declarado el Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva se obtiene incluso cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente. Lo que antecede, en conjunción con lo manifestado en el fundamento precedente, que se da por reproducido, determina el decaimiento del último motivo, cuya desestimación y la de los anteriores lleva consigo la declaración de no haber lugar al recurso y la imposición a la sociedad «S., S. A.», de las costas causadas en el mismo, debiéndose notificar la sentencia al señor Notario ante el que se dictó el laudo, don José María Lucena Conde, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.715, párrafo final, y 1.734 de la Ley Procesal Civil.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. SOMETIMIENTO A OTRO FUERO, EXPRESO Y FIRMADO. DIFERENCIA CON OTROS SUPUESTOS (SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—1.º Figurando en el documento referente a lo que es objeto de controversia, y que es base de la cuestión de competencia

entablada, la firma del demandado, don Antonio M. M., y constando en tal documento que afirma y, consiguientemente, reconoce comprar «según las condiciones generales de venta constadas al dorso», entre las que figura expresa renuncia al fuero especial que pudiese amparar a los contratantes, sometiéndose expresamente a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Barcelona, se está en el caso de atribuir la competencia sobre la referida controversia al Juzgado de Distrito número 7 de los de Barcelona, que conoce de ella, de conformidad con lo prevenido en el artículo 56, en relación con el 57, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.º A lo expuesto no obsta la doctrina jurisprudencial sancionada en sentencias a que se alude en el primero y único fundamento de Derecho del Auto dictado con fecha 17 de septiembre último por el Juzgado de Distrito número 3 de Elche, porque la misma hay que entenderla referida a los supuestos en que conste simplemente en albaranes de entrega, propuesta de pedido después de la firma del comprador o en el reverso de tal propuesta sin firma alguna, y no al caso, ahora examinado, de contrato firmado con constancia clara y terminante de admisión de sometimiento a las condiciones generales establecidas en el correspondiente documento, entre las que figura la de aceptar la competencia de los Juzgados de Barcelona.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. CLAUSULA «PORTES DEBIDOS». CARECE DE VALOR. LA DOMICILIACION DE UNA LETRA DE CAMBIO CUANDO NO SE ESGRIME UNA ACCION EJECUTIVA FUNDADA EN ELLA (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Se desprende de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—El supuesto de hecho sobre el que versa la presente cuestión de competencia consiste en una compraventa mercantil dado que actor y demandado son entidades dedicadas al ejercicio del comercio (art. 325 del Código de Comercio), ejercitándose por la parte actora una acción no ejecutiva dirigida a obtener el precio de las mercancías por ella enviadas a la demandada. Se adjuntan a tales efectos, entre otros medios de prueba indiciaria, válidos únicamente en estos momentos a los puros efectos de resolver la presente cuestión de competencia por inhibitoria, un albarán (f. 17), en el que aparece que la mercancía viajaba «a portes debidos» y dos cambiales domiciliadas en Vélez-Málaga. No se ha presentado contrato escrito. El domicilio del actor-vendedor se encuentra en término judicial de Puenteareas, y el de la entidad demandada en Vélez-Málaga.

El primer principio a tener en cuenta, a los efectos de resolver esta cuestión, es el de que, según la doctrina de esta Sala y por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.171, en relación con el 1.500 del Código Civil, y 50 del de Comercio, el lugar de cumplimiento de las obligaciones es aquel en el que se haya hecho entrega de la mercancía (Sentencias, entre otras muchas, de 22 de febrero de 1980, 19 de enero y 2, y 4 de marzo de 1981, 2 de noviembre de 1984, 15 de abril de 1985 y 26 de abril de 1986).

Sobre este presupuesto fáctico-jurídico, que sirve de punto de partida

al siguiente, es de señalar que éste, también según constante jurisprudencia, señala que cuando la mercancía viaja a «portes debidos», y en defecto de cláusulas de sumisión expresa o tácita, la mercancía se entiende entregada en el domicilio del vendedor (Sentencias de 22 de mayo y 3 de noviembre de 1964; 22 de enero, 13 de febrero y 21 de mayo de 1965; 2 de junio de 1975; 26 de marzo de 1976; 5 de noviembre de 1977; 18 de marzo y 17 de julio de 1981; 26 de octubre y 5 de noviembre de 1984; 2 de abril, 15 de abril y 25 de septiembre de 1985).

A su vez y continuando con esta exposición de los criterios marcados por esta Sala en materias competenciales, como la presente, es de poner de relieve que en defecto de otros datos, la solución del presente asunto no podría ser otra, por cuanto es igualmente tesis jurisprudencial la de que en defecto de sumisión o de haberse fijado lugar de cumplimiento de la obligación, es preferente el del lugar del domicilio del vendedor en el cual se supone entregada la mercancía siempre que no hubiere viajado a portes debidos, lo que, cual se ha explicitado, no ha tenido lugar en este caso (Sentencias de 6 de diciembre de 1973; 23 de abril, 3 de junio y 1 de julio de 1974; 11 y 15 de marzo de 1975; 1 de marzo de 1976; 10 de octubre de 1979; 18 de marzo, 17 de julio y 23 de noviembre de 1981; 1 de febrero y 23 de mayo de 1982; 8 de marzo y 5 de diciembre de 1983; 9 de abril, 4 de junio y 3 de noviembre de 1984; 15 de octubre de 1985; 26 de abril, 5 y 9 de julio y 9 y 10 de octubre de 1986, y 10 de abril de 1987).

Tampoco debe omitirse que constituye un principio igualmente declarado de modo constante por esta Sala en cuestiones como la presente, que cuando no se esgrime una acción ejecutiva fundada en letras de cambio, sino acciones que aun cuando pudieran estimarse de naturaleza cambiaria se ejercitan por la vía procesal de los juicios ordinarios, cual aquí acontece, las cambiales presentadas con la demanda tienen simplemente el carácter de simple medio de prueba, razón por la cual su domiciliación no altera la competencia, al menos en aquellos supuestos en que, como el presente, la misma aparece debidamente acreditada por los razonamientos que se han dejado expuestos (Sentencias de 20 de marzo y 6 de junio de 1952; 26 de febrero, 2 y 22 de marzo y 27 de septiembre de 1955; 21 de mayo de 1963; 9 de octubre y 12 de noviembre de 1971; 15 de marzo, 6 de junio y 3 de octubre de 1975; 22 de febrero de 1980; 15 de febrero de 1982; 5 de diciembre de 1983; 9 de abril de 1984; 2 de abril de 1985, y 13 de enero y 9 de octubre de 1986).

Por último, ha de ponerse de relieve que el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe (art. 103 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) estima competente al Juzgado de Primera Instancia de Puenteareas.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. SUMISION A FUERO EN LETRA DE CAMBIO (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1988).

Hechos—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

Doctrina de la Sala.—Ejercitándose por la actora, «S., S. A.», domiciliada en Castellbis (Barcelona), la acción ejecutiva derivada de las letras de

cambio, en reclamación de 552.173 pesetas, importe de las mismas, más intereses y costas, contra don Antonio F. C., que gira con el nombre comercial de Vda. de D. F., domiciliado en Lugo, en cuyas cambiales y en el acepto de las mismas, respaldado por la firma de dicho demandado como aceptante, aparece literalmente transcrito: «acepto cantidad, vencimiento y domicilio con sumisión expresa a los Tribunales de Barcelona», sin que haya opuesto tacha de falsedad en el protesto, es incuestionable que la presente cuestión de competencia ha de resolverse en favor del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Barcelona, que es el competente para conocer del asunto a virtud de la cláusula de sumisión pactada en favor de los Tribunales de dicha capital —artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, pues el que el estampillado de dicha cláusula ofrezca dudas al Juez de Lugo de que pudo realizarse antes o después de la aceptación sería tanto como estimar la existencia de un delito por una simple duda; en aquel sentido, respecto de la competencia, es conforme el Ministerio Fiscal.

R. DE A.

ARBITRAJE. ES ARBITRAJE DE EQUIDAD, AUNQUE EN LA ESCRITURA NO SE DETERMINASE CLARAMENTE. LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO Y DE DECISION POR PARTE DE LOS ARBITROS (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1987).

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 nulidad contra laudo arbitral dictado en fecha 18 de febrero de 1985, dirimiendo las cuestiones surgidas entre cuatro compañías mercantiles dedicadas a la construcción, por incidencias en la ejecución de diversas obras; se apoya en cuatro motivos, el primero y el segundo, con invocación del artículo 1.733, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el tercero y cuarto, con base en el número 3.º del citado artículo.

El primer motivo aduce la violación de los artículos 4, 20, 27, 28, 29 y 30 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado, por ser nulo el contrato de compromiso, ya que en él no se especificaba si el arbitraje era de equidad o de Derecho, porque si bien se enuncia el arbitraje como de equidad, indica el contrato que, como los tres árbitros nombrados son titulados juristas, deberán dictar el laudo fundamentado en Derecho. La expresión usada en el contrato es ambigua, pero esta ambigüedad no ha de llevar necesariamente a la nulidad por las siguientes razones, que conducen a la desestimación del motivo: 1.º La aplicación del artículo 1.284 del Código Civil, que proclama, en casos de ambigüedad de diversos sentidos de un pacto, que su interpretación ha de ser la más adecuada para que produzca efecto, ya que sería gravemente perturbatoria la declaración de nulidad de una resolución que dirime un conflicto surgido hace más de tres años para reiniciar un largo y complicado camino litigioso. 2.º El estudio del desarrollo de la vida contractual, en busca de la intención de los contratantes y de los actos de ejecución de esa voluntad, al que remiten los artículos

1.281, 2.º, y 1.282 del Código Civil, demostrativos, en este caso, de que el encargo se aceptó como laudo de equidad y que la resolución dictada, aunque cita normas jurídicas en diversos pasajes, en otros varios, relativos a la sustancia del asunto, consistente en la fijación de las distintas indemnizaciones, invoca la equidad como base de la decisión, sin que ninguna de las partes, durante la tramitación anterior, mostrase su disconformidad con el libre procedimiento que se estaba aplicando, propio de los arbitrajes de equidad. 3.º Ha de interpretarse la jurisprudencia específica sobre la naturaleza del arbitraje de equidad (Sentencias de esta Sala de fecha 14 de noviembre de 1984, 8 de noviembre de 1985 y 20 de diciembre de 1985, entre otras), en cuanto no proclaman, en forma alguna, que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que vienen a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa, como corresponde al concepto tradicional de equidad, superador y complementario del concepto de Ley, para una mayor aproximación al logro de una decisión justa para el caso concreto que la Ley, por su generalidad, podría no alcanzar. En este caso, la extensa resolución dictada por los árbitros alude a normas legales que reflejan principios éticos comunes que no requieren una especialización propia de expertos, y así se invocan diversos artículos del Código Civil, que son los artículos 1.101 (concepto esencial de incumplimiento y lógica consecuencia de indemnización), 1.108 (no hay mora que pueda originar intereses cuando la cuantía de la deuda no se conoce), 1.255 (libertad de pactos que no sean ilícitos, inmorales o contrarios al orden público), 1.594 (el dueño de la obra puede desistir por su voluntad, pero ha de pagar el importe de los trabajos realizados), y la doctrina jurisprudencial, que valora la gravedad del incumplimiento en sus consecuencias. Ninguna de tales normas es de Derecho estricto, sino que son de experiencia, referidas a la fijación de unas bases de hecho, en las cuales juega decisivamente la libertad de apreciación de quien juzga. El laudo que se impugna pone su acento precisamente en la fijación, con criterio de equidad, de las bases de hecho para estimar si se cumplió o no y las consecuencias cuantitativas del incumplimiento. La forma de redactar la resolución no influye en su calificación, sino el método seguido para llevar a cabo el enjuiciamiento.

El segundo motivo fundamenta la nulidad del compromiso en la vulneración del artículo 20 de la Ley de Arbitraje, en relación con el artículo 6, 3.º, del Código Civil, ya que entiende el recurrente que al tratarse de un arbitraje de Derecho debió seguirse con los requisitos y el procedimiento que la citada Ley establece para el caso. Tal argumentación es inaceptable, al haberse afirmado que el arbitraje del que se trata es un arbitraje de equidad, de libre instrucción, tal como se desarrolló, sin que conste protesta o reserva alguna durante su curso.

El tercer motivo alega exceso en la decisión, por haber resuelto en materia de fijación de intereses, y el cuarto, por haber establecido la condena al pago de ciertas cantidades, por medio de letras de cambio aceptadas y avaladas. Ambos motivos deben rechazarse, porque si la base del arbitraje fue una discordia que versaba sobre procedencia de indemnizaciones y cuantía, tanto la materia de los intereses como la forma de pago estaban comprendidas en el encargo hecho a los árbitros, pues son materias racionalmente ligadas, que entran en el ámbito del arbitraje de equidad, que no puede ser interpretado de modo restrictivo (Sentencias de

esta Sala de fecha 9 de octubre de 1984, 17 de septiembre de 1985, 28 de septiembre de 1985 y 14 de julio de 1986, entre otras).

R. DE A.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ACCION DEL FIADOR CONTRA EL BANCO PARA QUE SE DECLARE LA EXTINCION DE SU OBLIGACION Y EL CARACTER USURARIO DEL PRESTAMO (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

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 actor, hoy recurrente, intervino en un contrato de apertura de crédito bancario en cuenta corriente, como uno de los tres fiadores solidarios de la persona acreditada. Planteó frente al Banco dos procesos, que fueron acumulados en los que pretendía: Primero. La anulación del contrato, por ser usurario, y su reajuste, según lo dispuesto en la Ley de Usura de 23 de julio de 1908. Segundo. Que se le declarase liberado de sus obligaciones como fiador, por haberse producido los supuestos previstos en los artículos 1.851 y 1.852 del Código Civil, es decir, prórroga del contrato sin su consentimiento y por la concurrencia, por parte del acreedor, de conducta obstructiva a la subrogación en sus derechos, en el supuesto de que cumplierse el fiador con la obligación contraída. La sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada por el Juez de Primera Instancia, entendió que al haber demandado solamente al Banco, había constituido mal la relación procesal, en la cual, necesariamente, debían estar presentes la deudora principal y los otros dos fiadores, y pronunció sentencia absolutoria sin entrar a conocer el fondo del asunto.

El planteamiento de las acciones ejercitadas por el demandante relativas a la usura, si fuera estimatoria la sentencia de fondo, supondría una ventaja para la deudora principal y los otros dos fiadores, por lo que el actor, fiador solidario, pudo entablar la acción para declarar la usura, como reconoce la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1943, pero no la relativa a que se declare extinguida su obligación como fiador, que puede agravar la de los cofiadores y deudor principal. La institución del litisconsorcio pasivo necesario, según constante jurisprudencia, definida, entre otras muchas, por las Sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1986 y 14 de noviembre de 1986, propende a que no quede fuera del proceso quien ostenta un interés legítimo en la controversia, derivado de la relación jurídico-material, lo cual se traduce en un principio de raíz procesal, sustantiva e incluso constitucional, que trata de evitar sentencias incompletas, sentencias contradictorias e indefensión. Por tales razonamientos deben rechazarse los motivos primero y segundo, que, bajo el amparo del artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegan la infracción de la doctrina sobre el litisconsorcio pasivo necesario, correctamente aplicable al caso, y de la doctrina sobre la legitimación del deudor solidario para entablar acciones por sí mismo, impugnando la deuda que asume, como deudor principal o como fiador (arts. 1.141 y 1.853 del Código Civil), pues si bien estas normas le permiten actuar para declarar la usura, no

se le permiten para que se declare la extinción de su obligación como fiador.

Por tanto, procede, como se mantiene en el motivo tercero, con base en el artículo 1.962, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1 y concordantes de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, entrar a conocer el fondo del asunto, en lo relativo a la posible concurrencia de usura; pero alegada por el recurrente la situación angustiosa de la deudora principal, tal alegación no se deduce de prueba alguna que demuestre un estado de necesidad determinado por tal angustiosa situación, ni la conducta consecuente del prestamista para aprovechar esa circunstancia, aplicando intereses superiores al normal del dinero, tal como resulta de la certificación obrante en autos del Banco de España, por lo cual el motivo tercero debe ser desestimado.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: EL ARBITRO PUEDE INTERPRETAR EL OBJETO DEL COMPROMISO SIN DEMASIADAS RESTRICCIONES. NO HAY EXTRALIMITACION DEL ARBITRO (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1987).

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 Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mataró, por Auto de 7 de marzo de 1984, accedió a la formalización judicial del compromiso entre las sociedades «Grupo Profesional G., S. A.», y «Puerto de Mataró, S. A.», estableciendo un arbitraje de equidad para resolver la controversia originada entre las citadas entidades, y declarando que el tema sometido a la decisión arbitral sería el siguiente: «Procedencia o no de la anulación del contrato, efectuada en forma unilateral por 'Puerto de Mataró, S. A.', en carta remitida el 10 de septiembre de 1982, y para el supuesto de que fuera procedente deberá el árbitro determinar además: a) cantidad total que 'Grupo Profesional G., S. A.', tiene derecho a percibir por todos los conceptos, a tenor del contrato de fecha 21 de julio de 1981, y b) forma y plazos en que dicha cantidad deberá ser abonada. Para el caso de que no fuera procedente la anulación, deberá el árbitro decidir, además, sobre la procedencia o no del reconocimiento total de los derechos de 'Grupo Profesional G., S. A.', contemplados en el citado contrato». Y emitido el laudo en 18 de enero de 1985, la representación procesal de «Puerto de Mataró, S. A.», interpuso contra el mismo recurso de nulidad, al amparo del motivo 3.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por «haber resuelto el árbitro puntos no sometidos a su decisión», ya que, en opinión de la parte recurrente, los extremos segundo al sexto, ambos inclusive, del fallo del laudo, se apartaban con evidencia ostensible del tema sometido al arbitraje por el auto a que se hizo referencia.

Acorde con la peculiar naturaleza del arbitraje de equidad, puesta de manifiesto en la Ley de 22 de diciembre de 1953, al establecer en su artículo 29 que «el procedimiento, en caso de equidad, no tendrá que someterse a formas legales ni ajustarse a Derecho en cuanto al fondo. Los

árbitros deberán..., dirimiendo después el conflicto según su saber y entender», la jurisprudencia de esta Sala ha sido uniforme y reiterada en cuanto a declarar que «si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlo con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa y cordial confiada, porque el fin del Tribunal Supremo al resolver esta clase de recursos es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias y omisiones, sin posibilidad, por tanto, de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto, pues que el ámbito de la decisión arbitral se desenvuelve sin más límites en el arbitraje de equidad que la conciencia de los árbitros, de acuerdo con su leal saber y entender, reduciéndose el recurso a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional traspasando los límites objetivos del compromiso, no ateniéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisarias, sino procurando inducir la voluntad de las partes», doctrina de la que son exponentes una diversidad de sentencias, siendo de citar, entre ellas, las de fechas 17 de abril de 1943, 9 de octubre y 14 de noviembre de 1984 y 17 de septiembre de 1985.

Entrando ya en el estudio concreto del recurso y haciendo abstracción del extremo primero que fue objeto de declaración en el fallo del laudo, toda vez que la sociedad recurrente no contiene sobre el mismo, al admitir que el árbitro lo resolvió congruentemente, el problema queda planteado en relación con los restantes extremos declarados, o sea, desde el segundo al sexto, ambos inclusive, y su resolución habrá de supeditarse al resultado que ofrezca el examen comparativo entre el punto 4.º declarado en el auto de formalización judicial del compromiso, por el que se fija el tema sometido a la decisión arbitral y los extremos del fallo a que se ha hecho referencia.

Previamente al examen comparativo acabado de exponer, resulta conveniente hacer las siguientes consideraciones: 1.º Que en la carta de 10 de septiembre de 1982, «Puerto de Mataró, S. A.», hizo expresa declaración de mantener su buena disposición a utilizar los servicios de «Grupo Profesional G., S. A.», para aquellas gestiones o trabajos que considerase conveniente encomendarle en lo sucesivo, declarando, al propio tiempo, que lo que atañía a los gastos que pudiera justificar esa sociedad, se estaría a lo estipulado en el contrato de 21 de julio de 1981 (considerando quinto del laudo). 2.º Que la cláusula séptima del contrato establecía que «si por cualquier causa especificada en la cláusula segunda el presente contrato quedara sin efecto y no pudiera realizarse la construcción del puerto, a la vez que no pudiera recuperarse de la Administración las fianzas constituidas, 'Grupo Profesional G., S. A.', no podrá reclamar a 'Puerto de Mataró, S. A.', las cantidades como fianza definitiva depositada, ni la cantidad satisfecha o por satisfacer para cumplimentar la liquidación de actos jurídicos documentados en la oficina liquidadora que corresponda a favor de 'Puerto de Mataró, S. A.', ni podrá reclamar ningún importe y pago de trabajos realizados o por estudios efectuados por el 'Grupo Profesional G., S. A.', o por terceros, en beneficio de 'Puerto de Mataró, Sociedad Anónima'. En este caso, todos los estudios y trabajos a los que se acaba de hacer mención serán propiedad de 'Grupo Profesional G., Sociedad Anónima'» (considerando séptimo del laudo). 3.º Que en el laudo se rechazaba la resolución del contrato por causa imputable a «Grupo Profesional G., S. A.», por deberse a la imposibilidad sobrevenida de

ubicar el puerto en el lugar objeto de la concesión, imposibilidad que objetivamente no podía imputarse a dicha sociedad, por lo que entendía no poder ser de aplicación la cláusula segunda del contrato ni tampoco la séptima del mismo (considerandos octavo y noveno del laudo). 4.ª Que en el laudo y en razón a la inaplicación de las expresadas causas, se traía a colación lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato, a cuyo tenor, «Grupo Profesional G., S. A.», como contraprestación a sus gestiones, percibiría los honorarios correspondientes resultantes de la aplicación de las tarifas oficiales de los respectivos colegios profesionales que hayan intervenido en los contratos, licitaciones, dirección de obras, peritajes, eventos, etcétera, siendo a título enumerativo no limitativo, quedando condicionados a pactar el precio para una determinada gestión que no quede incluida o determinada por los servicios profesionales (considerando décimo del laudo). 5.ª Que el débito establecido en el pronunciamiento cuarto del fallo del laudo, le integran la mayoría de las partidas reclamadas por «Grupo Profesional G., S. A.», a «Puerto de Mataró, S. A.» (considerando decimoprimer del laudo). 6.ª Que «Puerto de Mataró, S. A.», por vía de alegaciones, interesó del árbitro que estimara incumplido por parte de «Grupo Profesional G., S. A.», el contrato suscrito entre las dos sociedades, además de considerarle, en la fecha actual, como inexistente por haber desaparecido la causa y objeto que motivaron su nacimiento, por no poderse explotar la concesión administrativa que era la base del contrato (resultando decimocuarto del laudo).

En relación con el examen comparativo entre el tema sometido a la decisión arbitral y el fallo del laudo, no cabe duda que mediante la cláusula compromisaria, las sociedades contendientes se propusieron resolver cuantos problemas se suscitasen a consecuencia del contrato que conviniere, entre ellos, el fundamental derivado del propósito de su anulación unilateral, de tal forma que el «tema arbitral» obligaba a pronunciarse sobre la totalidad de sus efectos, según fuese la inicial decisión a adoptar: procedencia o improcedencia, por lo que tampoco puede haber duda que dentro del «tema» quedaba incluida la eventualidad de una resolución a derivar de la postura mantenida por los contratantes, al resultar evidente que los conceptos de anulación y resolución son interdependientes, y en este aspecto, no puede dejarse a un lado la manifestación exteriorizada al árbitro por uno de aquéllos, «Puerto de Mataró, S. A.», respecto a la inexistencia del contrato por la circunstancia sobrevenida acerca de la concesión administrativa para la construcción del puerto.

Por cuanto antecede y partiendo de la doctrina jurisprudencial expuesta en el segundo de los fundamentos, especialmente, de los particulares relativos a que «los árbitros no están obligados a la interpretación restrictiva del compromiso, ni atenerse a la literalidad de sus cláusulas, procurando inducir la voluntad de las partes», y teniendo en cuenta que el arbitraje no debe omitir ninguna circunstancia influyente en la realidad contractual de las partes, es de llegar a la conclusión que en el extremo segundo del fallo del laudo, el árbitro no se excedió en su cometido y se atuvo a las pretensiones manifestadas por las sociedades contratantes y a la estricta realidad motivadora de la ineficacia del contrato, de aquí que los extremos primero al tercero, ambos inclusive, de dicho fallo, vienen a encadenarse entre sí y son consecuencia uno de otro sucesivamente, e igualmente sucede con los pronunciamientos cuarto al sexto, también ambos inclusive, los que, además, son complementarios de los precedentes,

lo que determina a considerar, en definitiva, que el árbitro no incurrió en exceso al emitir el laudo y que falló de conformidad al tema sometido a su decisión, por lo que resulta procedente desestimar el recurso de nulidad formalizado en nombre y representación de la sociedad «Puerto de Mataró, S. A.», con imposición a la misma de las costas causadas y con notificación de la sentencia al señor Notario ante el que fue dictado el laudo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.715 y 1.734 de la Ley Procesal.

R. DE A.

INDEFENSION: ALEGACIONES SOBRE LA PRUEBA PRACTICADA PARA MEJOR PROVEER (SENTENCIA DE 9 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.—El primero de los motivos del presente recurso de casación se formula al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar que el fallo quebranta las formas esenciales del juicio por infracción de los artículos 678, 341, 618, 340 y 342 de dicha Ley Procesal, «produciéndose una clara indefensión para esta parte, al impedir intervenir en la prueba pericial de adverso y —además— impedir usar de la recusación del párrafo 1.º del artículo 619 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El recurrente repasa los autos y halla en ellos que transcurrieron seis meses y trece días desde que se tuvieron por conclusos y se mandaron traer a la vista para sentencia hasta que se acordó la providencia para mejor proveer (folios 319 y 320), con infracción del artículo 678, que señala que el Juez dictará sentencia dentro de los doce días siguientes a la conclusión de los autos. Además, transcurrieron más de tres meses desde que se dictó la providencia para mejor proveer hasta que se acordó unir a los autos el informe del Perito señor M., con infracción del artículo 341, que preceptúa que las providencias para mejor proveer se cumplirán en plazo no superior al de la prueba, es decir, de treinta días (art. 553). Se incorpora dicho informe a los autos observándose por el recurrente que es de fecha anterior a la providencia que ordena dicha incorporación, pues ésta es de 12 de enero de 1986 y aquél es de 17 de diciembre de 1985. Por último, se observa que en las diligencias para mejor proveer no se dio intervención a las partes, ni después de practicadas se les puso de manifiesto para que pudieran alegar por escrito cuanto estimaren conveniente, teniendo conocimiento de ellas la parte ahora recurrente sólo cuando se le notificó la sentencia con fecha 3 de febrero de 1986. Las anteriores deficiencias de tramitación, que pone de relieve el recurso, han sido comprobadas por esta Sala de Casación, habiéndose denotado, por otra parte, que el recurrente careció de términos hábiles para oponerse a las mismas hasta el momento de interponer el recurso de apelación, en cuyo escrito hace referencia a las anomalías observadas y que se dejan expuestas. Y aunque la sentencia recurrida las silencia, el recurrente manifiesta en el escrito de interposición del recurso de casación que las puso nuevamente de relieve en el acto de la vista de dicho recurso.

Los defectos de tramitación que se han referenciado evidencian, por un lado, un retraso no justificado en la administración de justicia ante las dilaciones para dictar sentencia y para la práctica de las diligencias para mejor proveer, y por otro, que en la práctica de estas diligencias se infringió claramente lo dispuesto en los artículos 340, párrafo último, y 342 de la Ley Procesal Civil, ya que no se dio intervención a las partes, ni una vez practicadas dichas diligencias se les pusieron de manifiesto por tres días para que pudieran alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia. Normas éstas que la Ley señala con carácter imperativo, no dispositivo, y cuya infracción ha originado a la parte recurrente una patente indefensión respecto de la prueba pericial que fue objeto de aquellas diligencias. Las deficiencias primeramente señaladas deben dar lugar a la correspondiente corrección disciplinaria para el Juez que las cometió, haciendo uso esta Sala de las facultades que al efecto confieren los artículos 447, 1.º, y 449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin más efectos para las partes litigantes. Y en cuanto a las omisiones cometidas en la práctica de las diligencias para mejor proveer, omisiones que fueron recurridas en el escrito de apelación, y que han causado indefensión para la parte recurrente al no haber podido por ellas intervenir en la práctica de la prueba pericial para mejor proveer, ni haber podido alegar lo que estimare conveniente a su derecho, ello da lugar a la estimación del motivo primero de los del recurso por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y las que rigen los actos y garantías procesales que han producido indefensión para la parte, según exige el artículo 1.692, 3.º, al final, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose pedido la subsanación de la falta, conforme exige el artículo 1.693, en el primer término hábil que para ello hubo. La casación de la sentencia por la causa expresada da lugar, conforme ordena el artículo 1.715, 2.º, de la misma Ley Procesal, a reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la falta, es decir, desde la providencia inclusive en que se acordaron las diligencias para mejor proveer, que debe ser modificada para acomodarla a la Ley (arts. 340, párr. último, y 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

R. DE A.

VALORACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 10 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 demanda presentada por don Ricardo L. B. pretendía que la empresa minera demandada recibiera la finca que aquél vendió a esta por documento privado de 21 de septiembre de 1978, y principalísimamente a que dicha demandada realizara las obras especificadas en el anexo de dicho contrato suscrito entre el actor y don Honorato L. I., que se determinarán en ejecución de sentencia, o, en su caso, a satisfacer la cantidad necesaria para verificar las obras, así como a hacer frente al pago del Impuesto Municipal de Plusvalía correspondiente a la transmisión de la finca que adquirió el referido actor don José Q. G., a la que precisamente afecta el anexo del contrato de 21 de septiembre de 1978

obrante al folio 6. Como dato ilustrativo del tema debatido, ha de señalarse que la sociedad minera formuló, a su vez, demanda contra el señor L. B., con la pretensión de que se elevara a escritura pública el documento principal de enajenación, antes reseñado, así como la entrega de la finca transmitida y la satisfacción de daños y perjuicios. Acumulados que fueron ambos procedimientos, se dio lugar a la demanda del señor L. B. sustancialmente, así como también a la demanda de la contraparte, salvo en la indemnización de daños y perjuicios, según los pronunciamientos de ambas sentencias, habiéndose formulado el presente recurso extraordinario por la sociedad minera en orden solamente a impugnar los extremos aceptados por dichas resoluciones judiciales en el procedimiento instado en su contra.

El primer motivo, por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.233 del Código Civil y doctrina legal, cuyas sentencias invoca, y el segundo motivo, bajo el amparo del mismo ordinal y precepto procesal del anterior, acusa también el error en la apreciación de la prueba como aquél y lo funda en la infracción del artículo 1.234 del Código Civil. Comoquiera que los motivos tercero y cuarto discurren por la vía netamente jurídica del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en ellos se vuelve a denunciar la infracción de los dos artículos sustantivos 1.233 y 1.234 del Código Civil, se analizarán bajo un prisma unitario, aunque con la separación teleológica que a su encaje casacional corresponde, en atención todo ello, y en que se proyectan los cuatro motivos a sostener: 1.º Que se ha concedido por la Sala de Instancia preferencia a la absolución por la entidad minera de la primera posición en la prueba del procedimiento en que ella era demandante, a la contestación dada por ella misma a las posiciones primera y segunda del procedimiento en que era demandada, lo que conculca el mandato del artículo 1.233 del Código Civil. 2.º El error de hecho en que se incurrió por la entidad confesante al absolver la primera posición afirmativamente en el procedimiento de donde era parte actora, puesto que el contrato de 21 de septiembre de 1978 de compraventa (folios 7 al 10) no alude para nada a las supuestas obras a realizar en la casa adquirida por el señor L. al señor Q. G. 3.º La falta de representación con que firmó el anexo del folio 6, de fecha 21 de septiembre de 1978, don Honorato L. I., por lo que no podía vincular a la sociedad hoy recurrente.

Los cuatro motivos han de fracasar: *a)* Porque los dos primeros han sido redactados incorrectamente bajo el amparo e invocación de determinados preceptos cuya violación bajo otro ordinal se cobijan, en lugar de hacer designación concreta de los documentos comprobantes del error de hecho sufrido por el juzgador de Instancia. *b)* No es válido casacionalmente hacer resaltar la literalidad del documento principal de compraventa de 21 de septiembre de 1978, como constatante del supuesto error fáctico, siendo así que la sentencia recurrida hace hincapié en el texto del anexo de dicha fecha obrante al folio 6, por lo que el silencio al respecto del primero no puede operar como contraste determinante del error basado en documento distinto. *c)* De la posición cuarta del procedimiento instado por el señor L. (folio 65) se deduce, sin embargo, la intervención en los contactos preliminares y preparatorios del contrato de compraventa de distintos representantes de la sociedad minera y no sólo de don Francisco R. A., pues no se olvide que los negocios jurídicos llevados

a cabo entre partes no fueron iniciados voluntariamente entre ellas, ya que fue la cristalización operativa de una expropiación forzosa a favor de la sociedad minera por la que se resolvía esta forma tangencial, aunque prevista legalmente para resolver el justiprecio de los predios o fincas objeto de expropiación. d) No es lícito casacionalmente subrayar los supuestos defectos de la resultancia de una prueba determinada cuando, como en el caso de autos, la conclusión fáctica obtenida por el juzgador, cual es la obligación contraída por la sociedad minera de realizar las obras especificadas y satisfacer los gastos señalados en el anexo del folio 6, no es fruto exclusivo de una valoración de esta prueba que se tilda como incorrecta, sino de toda la prueba en su conjunto, incluida la testifical y «la conducta de la propia interpelada al principiar los trabajos tendentes a conseguir la adecuación del recinto para su habitabilidad, que después abandonó sin ultimar y, en parte, en deficientes condiciones de construcción...», como dice en el primer considerando de la sentencia de primer grado, ratificado por la sentencia de Apelación.

El motivo quinto, encauzado por el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala la presunta infracción del artículo 1.259 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta cuyas sentencias cita; también fracasa porque hace supuesto de la cuestión al partir de la premisa subjetiva de que don Honorato L. I. no representaba a la sociedad, ahora recurrente, al suscribir en su nombre el anexo del folio 6, lo que, como es notoriamente sabido, no es válido en casación. Además, no ha de olvidarse que la representación está declarada por el juzgador de Instancia como fruto no ya sólo de una valoración de la prueba directa obrante en autos, sino además y muy principalmente por el decurso del proceso prenegocial consecuente a la expropiación forzosa de que era objeto la finca transmitida por el señor L. a la entidad minera, como reconoce ésta al absolver la posición cuarta (folio 65), sino por la circunstancia clarificadora de haber iniciado y mediado las obras, a que se refiere el documento del folio 6, la propia sociedad recurrente, con la virtualidad interpretativa que le confiere el artículo 1.282 del Código Civil como acto posterior a la culminación de la enajenación de la finca «expropiada», con las contraprestaciones paralelas con patente significación de ser parte del justiprecio correspondiente a toda expropiación forzosa y cuya cierta realización ha sido comprobada en reconocimiento judicial y prueba pericial.

Y de lo expuesto se infiere claramente la inviabilidad del motivo sexto, que por el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la violación de los artículos 1.281, 1.248 y 1.249 del Código Civil, por cuanto las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, asumiendo las de Primera Instancia, son producto de valoración conjunta de todo el material probatorio obrante en autos, extraído de esos instrumentos como prueba directa y no mediante deducciones más o menos problemáticas y, sobre todo, por una labor de interpretación absolutamente idónea, como es la que resalta de hechos notorios percibidos por los propios sentidos, no contradichos y que perfilan la intención y voluntad negocial de los litigantes a la hora de contratar la fórmula de ejecución de la expropiación forzosa con la contraprestación consiguiente del pago del justiprecio.

RECURSO DE REVISION: DOCTRINA GENERAL SOBRE EL MISMO
(SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1987).

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.—Constituye doctrina reiterada de la Sala en relación con el recurso de revisión lo siguiente: A) Que dado el carácter rigurosamente extraordinario y excepcional de dicho recurso, éste aparece limitado en su alcance, condiciones para su ejercicio y plazo para el mismo por la normativa contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es de inexcusable observancia, sin que resulte posible extenderlo a casos o supuestos distintos de los taxativamente previstos en tales disposiciones. B) La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con criterio restrictivo, sin poder extender tal excepcional recurso a casos no previstos o especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia cuya indebida revisión se pretende, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada que no puede ponerse en entredicho. C) El plazo para interponerlo es el de tres meses, contados desde el día en que se descubriesen los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad (art. 1.798), y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*. D) La maquinación fraudulenta exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de argucias, artificios o ardides encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal eficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial, y ha de resultar de hechos ajenos al pleito, pero no de los alegados y discutidos en él. E) Revela, en fin, mala fe el recurrente, que no resignándose a estar y pasar por una sentencia firme y definitiva, intenta combatir sin fundamento dicha sentencia haciendo uso de este remedio formal, autorizado sólo en casos legalmente precisos y tasados.

Lo que antecede es de aplicación al caso presente, el cual no es subsumible en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la alegada inconsecuencia entre el fallo y los fundamentos jurídicos de una sentencia no es causa de revisión, por lo que ha de desestimarse la demanda formulada por don José F. P.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. SIGNIFICADO DE LA FORMALIZACION JUDICIAL DEL ARBITRAJE. AUDIENCIA DE LAS PARTES Y DENEGACION DE UNA PRUEBA PROPUESTA. CARACTER DEL RECURSO DE NULIDAD. CUESTIONES A RESOLVER POR EL ARBITRO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1987).

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 motivo primero de este recurso de nulidad contra laudo dictado en arbitraje de equidad se formula al amparo del

apartado 1.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por nulidad —dice— de la formalización judicial del arbitraje, por incurrir la misma en violación, por interpretación errónea, del artículo 22, en sus dos párrafos, de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, norma imperativa y de Derecho necesario que ordena que en todo caso, es decir, cualquiera que sea la clase de formalización del arbitraje, notarial o judicial, los árbitros habrán de ser designados de común acuerdo, siendo, por tanto, nula la designación del árbitro hecha solamente por el Juez, con desplazamiento total de las partes». El motivo es totalmente desestimable, por no tener en cuenta lo que la propia Ley establece en su artículo 10, apartado 4.º, que expresamente atribuye al Juez resolver por medio de auto, entre otros puntos, acerca del nombramiento de los árbitros; norma que presupone que una de las partes, otorgante del contrato de compromiso, se ha negado a cumplir la obligación que le impone el artículo noveno en el sentido de realizar cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, «y en particular la designación de los árbitros»; en otro caso, el procedimiento arbitral quedaría al capricho del que se negase a ese nombramiento, al que se procede previo un procedimiento especial regulado en el citado artículo 10; proceso que tiene por objeto, como en general, satisfacer por el poder público las pretensiones de un particular, institución de Derecho público, de tal modo que la actuación del Juez vale jurídicamente como emanación de la soberanía del Estado. El nombramiento de árbitros hecho por él tiene la fuerza propia derivada de un órgano del poder público «con o contra la voluntad de las partes», y sus resoluciones valen no por el consentimiento o aceptación de los litigantes, sino por la *potestas imperium* de que van investidas. Por consiguiente, la norma del artículo 22 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, invocada como infringida, se refiere, evidentemente, a los supuestos normales en que no haya de seguirse el proceso especial de formalización judicial del arbitraje.

El motivo segundo de este recurso de nulidad se fundamenta también en el número 1.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «nulidad del compromiso o la formalización judicial del arbitraje». Se alega que el auto no aplica el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulador de la congruencia, ya que «la demanda inicial de 'B. N., S. A.', se dirigió conjuntamente contra la Asociación C. F., además de contra 'Compañía T., S. A.', y contra 'I., S. A.', a pesar de lo cual en la parte dispositiva del auto se ordena al árbitro que sólo resuelva la controversia existente entre la demandante, por un lado, y 'T., S. A.', e 'I., S. A.', por otro, con total omisión de la Asociación codemandada C. F., por lo que existe incongruencia por defecto en el auto de formalización». La desestimación de este motivo se impone, sin duda alguna, por resultar de lo actuado que la entidad C. F. no es litigante ni interesada por sí en la controversia que se trata de dilucidar con el proceso arbitral presente, sino meramente conciliadora de los intereses contrapuestos de las únicas entidades citadas que figuran en la parte dispositiva del auto de formalización judicial del arbitraje; de lo que resulta que el punto a resolver son las liquidaciones procedentes correspondientes al primer semestre del año 1985, como corrección de las cuotas representativas de la participación de cada una de las compañías miembros del Pool, en los ingresos totales por fletes de este acuerdo, «controversia surgida entre las partes, concretada a la diferencia existente entre 'B. N., S. A.', de una parte, y 'T., S. A.', e 'I., S. A.'». Los Estatutos de la Asociación C. F. atribuyen a esta entidad el intento

de conciliación entre las compañías miembros en aquellas diferencias que puedan surgir entre las mismas, una vez agotadas todas las posibilidades de conciliación sin obtener la avenencia deseada, y en tal caso las controversias serán sometidas al correspondiente arbitraje, que es lo que en este caso se ha hecho, sin que ello implique en modo alguno atribuir a esa entidad conciliadora el carácter de parte litigante, y, por tanto, como ya se indicó, este motivo debe asimismo decaer, por no apreciarse defecto alguno en esta cuestión, ni en el auto de formalización del arbitraje ni en el laudo impugnado.

El motivo tercero se formula al amparo del número 4.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («no haber concedido los árbitros al recurrente la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas»). Se dice en el motivo que el árbitro denegó a la recurrente la oportunidad de practicar la única prueba que propuso en el arbitraje, consistente en una pericial contable sobre libros y documentos justificantes de la contabilidad de la solicitante «B. N., S. A.». Se observa, por el contrario, que el árbitro actuante concedió a las partes en controversia un plazo para que presentasen sus alegaciones, «sus pruebas y sus proposiciones de prueba en su caso», y que en el término concedido las tres compañías en litigio «presentaron las alegaciones que creyeron oportunas, acompañadas de diversa documentación», y seguidamente el laudo, resultandos segundo y tercero, justifica la no admisión de la práctica de las auditorías que propuso la compañía «T., S. A.», manifiesta haber estudiado la documentación aportada, especialmente las actas de las reuniones de C. F. y de los miembros del Pool; resaltando «la objetividad, seriedad e independencia de aquella entidad», frente a la cual «sería elemento extraño, siembra de desconfianzas y precedente nocivo, la realización de unas auditorías como base de la liquidación correspondiente al primer semestre del año 1985», aparte de la dificultad de que tales auditorías consiguiesen el objetivo propuesto (considerandos tercero y cuarto del laudo). Todo ello demuestra que el árbitro, según su leal saber y entender, practicó la prueba que estimó oportuna, en cuya actividad no puede ser obligado a practicar otras por imposición de ninguna de las partes, máxime cuando en el arbitraje de equidad no existe propiamente período probatorio, pues no se admite más prueba que la documentación acompañada a los escritos de las partes, sin olvidar que este procedimiento de equidad no se somete a formas legales *in procedendo* ni a derecho en cuanto al fondo, o sea, *in judicando* (artículo 29 de la Ley de Arbitraje de 1953), aunque sí se observó el principio de contradicción, pues se dio oportunidad a los litigantes para ser oídos. Por otro lado, en este motivo, la parte recurrente pretende hacer un análisis de las pruebas en relación con el fondo de la cuestión debatida, remitiéndose incluso a pruebas fuera de las actuaciones y tratando de que esta Sala, que entiende de la nulidad del compromiso, entre a examinar si se aplicaron bien las tarifas para variar las cuotas de cada sociedad y que examine la exactitud y realidad de las cuentas, afirmaciones que suponen desconocer la naturaleza de este recurso extraordinario, que, como se deduce de la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1979, no puede resolver sobre el error o acierto del laudo de equidad, al no poder discutir en este trámite los fundamentos y el mayor o menor grado de acierto en el laudo, siempre que, como en el caso en discusión, la resolución no rebase la materia sometida al compromiso, pues la misión del Tribunal Supremo al conocer la nulidad es dejar sin efecto lo que consti-

tuye extralimitación, pero no corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros ni interferir en el proceso de su elaboración, creando dificultades al móvil de paz y de equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la especial naturaleza de este recurso extraordinario no consiente (Sentencias, entre otras, de 25 de mayo de 1979 y 20 de febrero de 1982); criterio que asimismo es el inspirador de la Ley, al no permitir en estos recursos admitir documento alguno que no sean los estrictamente señalados en la Ley (poder, escritura de compromiso y copia del laudo) (art. 1.731 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por último, el motivo cuarto, al amparo del número 3.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretende ver incongruencia en el laudo entre lo que se dispone en el auto de formalización judicial del arbitraje y el fallo de aquél, sin observar que la fórmula que utiliza este último incluye, sin duda, todo lo que según aquella resolución ha de comprender «en orden a las liquidaciones procedentes, correspondientes al primer semestre del año 1985», como se comprueba al decir que «declara válida a todos los efectos la liquidación» discutida. Más bien lo que se pretende en este motivo es alterar el contenido del laudo entrando en el fondo de la cuestión debatida, lo que, como se ha visto, no permite la naturaleza de este recurso.

R. DE A.

ARBITRAJE DE DERECHO. INTERPRETACION DEL CONTRATO. LA REGLA «IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO». CARACTER SUBSIDIARIO DEL ARTICULO 1.282 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1987).

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.—Promovido por Ferrovial, S. A., recurso de casación contra el laudo emitido en 29 de febrero de 1986, en arbitraje de Derecho concertado entre dicha entidad y la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE), en su estudio habrá de partirse de los siguientes hechos que el citado laudo estima admitidos por las partes y en los que se basa la contienda, entre los que destacan los siguientes: A) Que en el año 1982, RENFE puso en marcha su plan de inversiones para dicho ejercicio, mediante el establecimiento de un programa en el que se modificaban las condiciones de contratación de la Red, a fin de permitir la ejecución de una serie de inversiones que, de otra forma, no hubiera sido posible realizar en aquel momento. Estas modificaciones consistieron en establecer unas condiciones de pago de las certificaciones de obra mediante pagarés, con vencimiento a los dieciocho meses de su expedición, que tendría lugar en el término de tres meses de la fecha de cada certificación. Al mismo tiempo se modificaron las condiciones de financiación para el aplazamiento de los pagos, ya que en la contratación habitual se aplicaban intereses de demora al 8 por 100 anual, a partir de los tres meses de la presentación de la certificación, es decir, desde la expedición del pagaré

hasta su vencimiento, y este abono de intereses, fijado en la condición 89-2 del pliego de condiciones generales para la contratación de obras de RENFE, fue expresamente excluido en los contratos del Programa de 1982. En su lugar se introdujeron unas nuevas condiciones de financiación, pactadas por RENFE, con una serie de Bancos, consistentes en que al no abonarse intereses de demora, las empresas contratistas descontarían los pagarés entregados por RENFE en Bancos que habían pactado el convenio con RENFE, los cuales aplicarían un interés del 15 por 100 anual en estas operaciones, que serían gestionadas por RENFE y que no afectarían a las restantes líneas de descuento que las empresas contratistas pudieran tener con dichos Bancos. B) Que en el contrato suscrito por RENFE con Ferrovial, S. A., correspondiente al Programa de contratación de 1982, se estableció una cláusula de revisión de precios para el período posterior a los doce primeros meses de ejecución de las obras. C) Que al plantearse por la empresa contratista la revisión de precios de ejecución y establecerse por parte de RENFE la base para dicha revisión, la Red entendió que debía deducirse de la base cierto porcentaje que estimaba corresponder a gastos financieros, manifestando su disconformidad a tal deducción la empresa contratista, por lo que al no llegar las partes a un acuerdo decidieron someter la controversia a un arbitraje de Derecho. D) Que fijados los términos de la controversia en la determinación de si, «a tenor del contrato y de los documentos y pliegos de condiciones aplicables al mismo, procede o no deducir de las certificaciones presentadas a revisión de precios cantidad alguna correspondiente a los gastos financieros por el descuento de los pagarés por medio de los cuales se abonan dichas certificaciones», el referido laudo resolvió en el sentido de que procedía tal deducción, planteándose por Ferrovial el presente recurso de casación por infracción de Ley.

Fundado el recurso que nos ocupa en cuatro motivos, planteados todos ellos al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692, en relación con el 1.732, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, y denunciándose en los mismos, respectivamente, la infracción de los artículos 1.281, párrafo 1.º; 1.282; 1.285, y 1.286, todos ellos del Código Civil, a través de los cuales pretende combatirse la interpretación dada por el árbitro de Derecho al contrato que une a las partes, debemos partir en su estudio de la doctrina reiterada de esta Sala, según la cual es facultad de los Tribunales de Instancia —en este caso del árbitro de Derecho— fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos, debiendo permanecer en casación su criterio, a menos que se patentice que en su labor hermenéutica infringió alguna de las normas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil (Sentencia de 11 de octubre de 1984).

Si a la luz de dicha doctrina se acomete el examen del primero de los motivos del recurso, en el que se denuncia la violación del artículo 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil, y en el que se alega que el árbitro, dejando de fijar su atención en los términos literales plasmados en la cláusula tercera del contrato, «se ha dedicado a la afanosa búsqueda de doctrinas y extrañas naturalezas de las revisiones de precios de las que deducir la solución que no fue establecida con nitidez por los contratantes», habremos de llegar a la necesaria conclusión de su estimabilidad, en atención a las siguientes razones: Primera: Que en materia de prevalencia de la interpretación literal sobre la que atiende a la voluntad encubierta de las partes

tiene declarado esta Sala que la regla del artículo 1.282 del Código Civil solamente puede entrar en juego como norma supletoria, en relación con el párrafo 2.º del artículo 1.281, para juzgar de la intención de los contratantes, no cuando ésta es evidente por su literal expresión (Sentencia de 27 de marzo de 1984); que si bien la regla *in claris non fit interpretatio* ha sido interpretada en el sentido de que sentar la claridad de un texto supone un prejuicio, una estimación previa por el intérprete de su claridad o de la univocidad y sencillez del caso, de su no problematicidad, también puede afirmarse que tal regla ha de ser aplicada de modo natural e incondicionado cuando haya real armonía, no discordancia entre las palabras y su significado final y orgánico o relacional con el contexto, con la estructura finalista y pragmática del mismo, de tal modo que esa correspondencia natural y lógica haga innecesaria la búsqueda del sentido total del texto o documento, puesto que si el texto resulta claro, el intérprete o Juez debe abstenerse de más indagaciones, tal como ya dijo el clásico *grunum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quartio* (Digesto, III, 32-1), en armonía con la regla de que las palabras, si son *Verba simpliciter*, deben entenderse según su natural significado, de acuerdo con lo declarado por el Tribunal Supremo al proclamar que lo que está claro no necesita interpretación (Sentencia de 16 de junio de 1984 y 3 de mayo de 1985). Segunda: Que por lo que afecta al presente supuesto no cabe duda de que la cláusula tercera del contrato, que regula la revisión de precios, alude a los «precios pactados en este contrato», sin que ni de su regulación ni de la remisión que en la misma se hace «a la normativa establecida en las condiciones 76 a 84, inclusive, del Pliego de Condiciones Jurídicas, Económicas y Administrativas Generales para la Contratación de Obras de la RENFE», resulte nada que autorice a concluir que, a la hora de fijar la base de la revisión de precios, pueda deducirse de la misma cantidad alguna en concepto de gastos financieros por el descuento de los pagarés por medio de los cuales se pagan las certificaciones de obras. Tercero: Que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, es obvio que la resolución recurrida, cuando valorando que «la sustitución del sistema de pago del precio de los contratos de obras de la condición 89-2 del Pliego de Condiciones Generales por el nuevo que se deriva del Plan de Inversiones del 1982 lleva consigo cambios muy importantes en los caracteres del sistema anterior»; que «el movimiento de devengo y de pago que se presupone va a operar es el siguiente: el contratista advertido explícitamente del sistema, se entiende que elevará los precios, dado que son de hecho, a plazo de dieciocho meses, más el tiempo de libramiento de los pagarés; al aceptar RENFE este precio, cuando pague los pagarés a su cargo, estará pagando finalmente el plazo, estén en mano del contratista o de un Banco descontante; si el contratista está interesado en cobrar de contado puede descontar lo que implicase deducir el coste financiero que de antemano cargó»; que aun cuando el contrato de 20 de mayo de 1982 suscrito entre las partes y objeto de interpretación por el laudo que se recurre silencia cualquier disposición sobre la deducción del coste financiero, «hay una razón para esa omisión y no una nueva voluntad, que es el arrastre de las disposiciones sobre revisión de la contratación anterior a 1982, y como entonces no existía el problema, tampoco se trata», llega a la conclusión de que, pese al silencio que reconoce existir en las cláusulas del contrato acerca de tal posibilidad de deducir de la base revisable las cantidades correspondientes a los gastos finan-

cieros, es a este extremo que se desprende del contrato, por haber sido querido por las partes, infringe el precepto del artículo 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial antes citada, que subraya el carácter subsidiario del artículo 1.282, en relación al 1.281, así como su imposibilidad de aplicar éste cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, resultan claros los términos en que el mismo se expresa, por lo que procede estimar el primero de los motivos y, consiguientemente, sin necesidad de proceder al estudio de los restantes, estimar también el recurso en él mismo fundado, casando el laudo recurrido, sin que proceda la expresa condena en costas de ninguna de las partes y acordando, en su lugar, declara que no procede deducir de las certificaciones presentadas a revisión de precios cantidad alguna correspondiente a gastos financieros por el descuento de los pagarés por medio de los cuales se abonaron dichas certificaciones.

R. DE A.

ERROR JUDICIAL. AUSENCIA DE UNA NOTIFICACION. COMPUTO DEL PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCION DE RESPONSABILIDAD EN ESTOS CASOS (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO 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.—Con amparo en lo dispuesto en los artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se deduce por la entidad Banco «X» la acción que, para el reconocimiento de la existencia de error judicial, establece el segundo de los citados preceptos, como previa a la reclamación del Estado de la indemnización de los daños causados por tal error, señalando como resolución judicial determinante del mismo la providencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza en autos de juicio ejecutivo número 1199/1983, promovidos por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y La Rioja, contra don Fernando G. H., doña Esperanza M. C. y otros, el día 3 de marzo de 1986, que acordó poner a disposición de los demandados el sobrante, después de pagar a la entidad acreedora, del precio obtenido en la subasta de bienes embargados a los referidos demandados, sobrante cifrado en 2.481.056 pesetas, siendo así que esta cantidad había sido embargada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Logroño en juicio ejecutivo número 621/1984 seguido, a instancia del Banco «X», contra don Fernando G. H. y otros; embargo comunicado mediante el correspondiente exhorto al Juzgado de Zaragoza, que dejó, a virtud de diligencia extendida por el Secretario el día 1 de febrero de 1986, nota y constancia en los autos ante él seguidos. La meritada providencia del Juzgado de Zaragoza determinó que, a instancia del Procurador de don Fernando G. H., se dictara otra el día 14 de marzo del propio año, accediendo a entregar a dicho Procurador la cantidad de 2.481.056 pesetas, lo que se verificó en el mismo día; advertido el error el día 9 de mayo del repetido año 1986, el Juzgado de Zaragoza dictó providencia acordando requerir al Procurador

señor P. a fin de que devolviera la cantidad que indebidamente le había sido entregada, alegando el mismo no poder verificarlo en atención a que habiéndole sido entregada, sin reserva alguna, y sin que en ningún momento le hubiese sido notificada la existencia de un embargo, practicó la subsiguiente liquidación de aquella cantidad con el señor G. H. y le entregó el saldo, conforme acreditaba con el documento que por fotocopia acompañaba.

En relación con la oposición articulada por el señor Letrado del Estado en su contestación a la demanda es de poner de relieve que: *a)* como se consigna en el fundamento de Derecho que antecede y se deduce claramente de las alegaciones formuladas en la demanda inicial de las actuaciones, la resolución judicial a la que se imputa el error es la Providencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza el día 3 de marzo de 1986; *b)* el daño alegado, atendida la posibilidad que tenía el Banco «X» de hacer efectivo su crédito con la cantidad que, como sobrante del precio de lo subastado, debió ser puesta a disposición del Juzgado de Logroño, no puede menos, y a efectos de lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de calificarse como efectivo y evaluable pecuniariamente, extremo el último cuya concreción no es exigible se haga por el solicitante de la declaración judicial a que se contrae el apartado 1.º del artículo 293 de la propia Ley, habida cuenta de que el procedimiento a que dicho apartado se contrae tiene limitado su ámbito al mero reconocimiento del error, como requisito previo a la petición indemnizatoria que el interesado ha de formular directamente al Ministerio de Justicia, según lo reglado en el apartado 2.º del mismo artículo, siendo de este último trámite y subsiguiente recurso contencioso-administrativo, en su caso, donde el daño, «evaluable económicamente», ha de quedar determinado; *c)* respecto al cumplimiento del requisito establecido en la regla *a)* del apartado 1.º del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la raíz de inicio para el cómputo del plazo de caducidad de tres meses para el ejercicio de la acción que dicha norma establece, ha de situarse el día en que el agraviado por el supuesto error tuvo conocimiento de la resolución determinante del mismo, lo que en el caso aquí enjuiciado sucedió el día 18 de julio de 1986, fecha en que el Procurador portador del exhorto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Logroño, librado a instancia de dicho Banco contra don Fernando G. H. y doña María Esperanza M. C., en que se interesaba, asimismo, se pusiese a disposición del Juzgado exhortante el sobrante de la subasta celebrada el día 13 de enero de 1986, tuvo conocimiento de lo acordado en la Providencia dictada por el Juzgado de Zaragoza el día 3 de marzo de 1986, ya que a la aquí demandante, al no ser parte en los autos seguidos ante el referido Juzgado de Zaragoza, ni se le había notificado dicho proveído ni los que recayeron con posterioridad y a que se ha hecho mérito en el fundamento de Derecho que antecede, y *d)* la entidad demandante, al no ser parte en el procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Zaragoza, en el que recayó la resolución judicial determinante del error, Providencia de 3 de marzo de 1986, no podía articular contra la misma ningún recurso ordinario y, por ende, extraordinario, habida cuenta de que dicho proveído y los subsiguientes adquirieron firmeza con anterioridad a la fecha en que llegó a conocimiento de la actora su existencia y se había consumado, por consiguiente, el daño a que el error había dado origen, por lo que el requisito exigido en la regla *f)* del apartado 1.º del artícu-

lo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de estimarse cumplido.

Respecto a la caducidad de la acción judicial, excepción también esgrimida por el señor Letrado del Estado, el cómputo del plazo de tres meses al efecto establecido en la regla a) del apartado 1.º del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se impone verificarlo con arreglo a la preceptiva contenida en el artículo 5.º del Código Civil, siguiendo el criterio al respecto mantenido por la Sentencia de esta Sala de 16 de enero de 1983 y las citadas en la misma, para el cómputo del plazo para interponer el recurso de revisión establecido en el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina que en el caso presente habiendo de fijarse la raíz del inicio para el cómputo del plazo el día 19 de julio de 1986, o sea, el siguiente a aquel en que la demandante tuvo conocimiento de la resolución judicial causante del agravio, es obvio que el día 17 de octubre de 1986, fecha de presentación de la demanda en el Registro General de la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Supremo, la acción ejercitada con la misma no había caducado, computado el plazo «de fecha a fecha», conforme a lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 5 del Código Civil, antes citado.

La declaración de la existencia de error judicial, a que se contrae este procedimiento especial, se basa en el dato fáctico objetivo que deriva de la propia naturaleza de la resolución, que no tiene en cuenta derechos que indiscutiblemente asisten al agraviado, careciendo de trascendencia a efectos de la declaración del error, tanto la circunstancia de a cuál de los componentes del órgano jurisdiccional es imputable el mismo, como la calificación jurídica de la clase de error determinante de la resolución judicial que no debió adoptarse.

Lo argumentado en los fundamentos de Derecho que anteceden determina la procedencia de declarar la existencia del error judicial cometido por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza, al dictar en los autos de juicio ejecutivo número 1199/1983 la Providencia de 3 de marzo de 1986, a que se ha hecho circunstanciada referencia en el primero de los fundamentos de Derecho de esta resolución, sin hacer ningún otro pronunciamiento de los también interesados en el suplico de dicha demanda.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTE. FALTA DE PRUEBA. COMPUTO DEL PLAZO DE TRES MESES. CADUCIDAD (SENTENCIA DE 14 DE ENERO 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.—Procede declarar no haber lugar al presente recurso de revisión, fundado en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el que se atribuye a la actora del procedimiento de cognición supuestas maquinaciones fraudulentas consistentes en hechos que fueron objeto del pleito en el que tuvo cauce adecuado el correspondiente debate con la debida valoración por los pertinentes órganos jurisdiccionales, olvidando el recurrente en revisión que este extraordinario

recurso, por su carácter rigurosamente excepcional, no es medio que autorice a los litigantes a proponer un nuevo examen de las cuestiones o extremos que ya tuvieron su lugar adecuado en el correspondiente pleito, pues en cuanto se trata de una acción excepcional encaminada a destruir la presunción de verdad que a la cosa juzgada atribuye el párrafo 2.º del artículo 1.251 del Código Civil resulta obligado, tal como reiteradamente viene declarando esta Sala, una aplicación restrictiva de los presupuestos que regulan tal posibilidad, sin poderse olvidar en el presente caso que el recurrente en revisión, que en su escrito inicial pidió el recibimiento a prueba, aceptado y acordado por esta Sala por Auto de 9 de agosto último, no ha desplegado actividad probatoria alguna en este procedimiento, en el que obviamente le correspondía la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, razón por la cual los hechos invocados en su escrito inicial quedan efectivamente relegados a meras alegaciones de parte no probadas que no pueden ser tenidas en cuenta por el Tribunal para dictar una resolución conforme a la pretensión de revisión deducida.

A mayor abundamiento y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal tampoco se ha acreditado que el recurso se haya presentado dentro del plazo de caducidad de tres meses que establece el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues habiendo manifestado el recurrente que descubrió el supuesto fraude «con anterioridad» a la fecha de notificación de la Sentencia (7 de marzo de 1986), resulta que la interposición del presente recurso, hecha el 7 de junio de 1986, se habría efectuado transcurrido ya el repetido plazo de tres meses, que es inicial exigencia para el pretendido éxito del recurso de revisión, que ha de contarse desde el día en que se descubrió el supuesto fraude (art. 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo claro e indiscutido que dicho plazo es de caducidad y no de prescripción, tal como la Sala viene declarando desde las Sentencias de 21 de noviembre de 1932, 4 de enero de 1934, 12 de septiembre de 1940, 11 de febrero de 1948, 28 de septiembre de 1955, 20 de abril de 1961, 6 de octubre de 1965, 17 de octubre de 1969, 24 de marzo de 1972, hasta las de 6 de mayo de 1983, 11 de octubre de 1985, 9 de septiembre de 1986 y 28 de septiembre de 1987, en que vuelve a emplearse el término caducidad en su precisa acepción técnica del plazo puesto para el ejercicio de un derecho.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION. CONCEPTO DE «MAQUINACION FRAUDULENTA». COMPUTO DEL PLAZO DE TRES MESES (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1987).

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 enjuiciamiento del presente juicio de revisión deben destacarse de los antecedentes del pleito que lo origina y que constituye su objeto, los siguientes datos: a) Manuel R. G. demandó en juicio verbal civil mediante escrito de 31 de enero de 1983, presentado y proveído en 31 de mayo por el Juzgado de Distrito de Torre-

lavega número 1, a Manuel M. P. y su cónyuge Benita L. M., José G. G. y su cónyuge Pilar R. J., Agustina S. V., María G. G., Segunda C. G., herederos desconocidos y herencia yacente de Demetria M. P. y, finalmente, «a cuantas personas físicas o jurídicas, desconocidas o inciertas, que por cualquier concepto puedan tener interés en esta litis», cuyo objeto era la práctica del deslinde y el subsiguiente amojonamiento de la finca del actor a que se hacía referencia, respecto de las contiguas, propiedad de los demandados. B) La Providencia del Juzgado de 31 de mayo de 1983 señala para la celebración del juicio verbal el 29 de junio siguiente, apareciendo citados todos los demandados, folios vuelto del 25, 26 y su vuelto, vuelto del 32 y 33. C) El juicio verbal se celebró efectivamente el día señalado, 29 de junio de 1983, compareciendo el actor mediante Procurador de los Tribunales y, personalmente, todos los demandados *nominatim*, folio 46, asistidos del Letrado don Pedro X., contestando éstos la demanda y proponiendo las diligencias de prueba de que quisieron valerse y que les fueron admitidas en su totalidad. Únicamente dejaron de comparecer los innominados y llamados por edicto, esto es, los herederos y herencia yacente de Demetria M. P. y las personas llamadas genéricamente. D) Al final del acto del juicio, vuelto del folio 50, los demandados comparecidos en el juicio personalmente, esto es, los aquí recurrentes en revisión, designaron para los actos de comunicación el domicilio en Torrelavega del Letrado que les asistía, el ya citado don Pedro X. E) Practicada la prueba admitida a las partes, recayó Sentencia de Primera Instancia de fecha 29 de julio de 1983, desestimatoria de las peticiones de la demanda. Esta sentencia aparece debidamente notificada, folio 107 y su vuelto, al Procurador de la parte actora, a los demandados personalmente comparecidos mediante cédulas de que se hizo cargo, en el domicilio designado, su Letrado don Pedro X., y a los rebeldes, en los estrados del Juzgado y mediante edicto publicado en el *Boletín Oficial de Cantabria*, páginas 28 y 29 del número correspondiente al 14 de septiembre de 1983. Esta notificación edictal aparece expresamente referida a los herederos y herencia yacente de Demetria M. P. y a las personas llamadas genéricamente. F) Habiendo interpuesto el actor recurso de apelación contra dicha sentencia, folio 108, la Providencia de 2 de septiembre de 1983 lo admitió en ambos efectos disponiendo el emplazamiento de las partes para ante el Juzgado Superior, folio 109, reiterándolo la de 4 de febrero de 1984, folio 134; llevándose a efecto los emplazamientos acordados, al Procurador de la parte actora y apelante, en el mismo día y en igual fecha, vuelto del folio 134, y mediante cédulas de que se hizo cargo su Letrado don Pedro X., a los otros demandados fuera de los rebeldes que resultaron emplazados en los estrados y mediante edicto fijado en el tablón de anuncios. G) Examinadas las actuaciones seguidas para la tramitación del recurso de apelación aparece que el actor se personó a sostenerla el 9 de febrero de 1984, vuelto del folio 4, y el 15 del mismo mes de febrero comparecieron personalmente para adherirse a la apelación los demandados Manuel M. P. y su cónyuge Benita L. M., quienes nuevamente, como en la Primera Instancia, designaron para los actos de comunicación el domicilio en Torrelavega de su Letrado don Pedro X. La vista pública del recurso tuvo efecto el 7 de marzo de 1984, folio 6, y en dicho acto los demandados que habían recurrido por adhesión, esto es, Manuel M. P. y su cónyuge Benita L. M., dirigidos por su Letrado don Pedro X., solicitaron (no obstante su carácter de apelantes) «que se confirme la sentencia recurrida por sus propios

fundamentos al carecer de toda base las pretensiones del actor, con imposición de costas al recurrente». Los apelados no comparecidos aparecen citados en estrados, vuelto del folio 5, al final. Dictada la Sentencia de Apelación el 16 de junio de 1984, folios 7 a 9, revocando el fallo del inferior, estimando la demanda y disponiendo el deslinde y amojonamiento solicitados por el actor, aparece dicha sentencia debidamente notificada, vuelto del folio 9, al demandante y apelante en la persona de su Procurador; a los demandados comparecidos Manuel M. P. y cónyuge Benita L. M., por cédula de que se hizo cargo su Letrado don Pedro X., y, finalmente, a los demandados no comparecidos en la alzada, esto es, José G. G. y cónyuge Pilar R. J., Agustina S. V., María G. G. y Segunda C. G., y a los herederos y herencia yacente de Demetria M. P. y a las personas llamadas genéricamente, mediante lectura en estrados y publicación en el tablón de anuncios y en el *Boletín Oficial de Cantabria*, página 988 del número correspondiente al 12 de julio de 1984. H) Devuelto el juicio al Juzgado de origen, junto con testimonio de la Sentencia de 16 de junio de 1984, se hizo saber a las partes la llegada de los autos, a la actora en la persona de su Procurador, folio 139, que también ofrece la notificación en estrados a la herencia y herederos y a las personas genéricamente llamadas, y, personalmente, folio 140, a los demandados aquí recurrentes cuyas firmas aparecen al pie de la diligencia fuera de las de María G. G. y Segunda C. G., junto con otras dos firmas, siendo esta diligencia de 17 de noviembre de 1984. Instada la ejecución de la sentencia recaída en la apelación por la parte actora, folio 143, se acordó como se pedía constituyéndose la comisión del Juzgado en las fincas litigiosas, Providencias de 26 de febrero de 1985, folio 144, notificada el 1 de marzo de 1985, folio 145, y de 17 de mayo de 1985, vuelto del 146, notificándose el señalamiento para el día 28 de dicho mes de mayo de 1985, el 18 del repetido mes a Segunda C. G., folio 148, y el veinte, folio 150 y su vuelto, a Manuel M. P., Benita L. M., José G. G., Pilar R. J., Agustina S. V., María G. G. y Segunda C. G., quienes, fuera de Agustina, que suscribió la diligencia, «se negaron rotundamente a firmar la citación». La ejecución se llevó a efecto el día señalado, 28 de mayo de 1985, folios 151 a 153.

El presente recurso extraordinario de revisión se dedujo mediante escrito presentado el 6 de febrero de 1985 y se endereza contra la Sentencia de Apelación de 16 de junio de 1984, siendo los recurrentes aquí los allí demandados en el juicio de Instancia Manuel M. P. y su cónyuge Benita L. M., José G. G. y su cónyuge Pilar R. J., Agustina S. V., María G. G. y Segunda C. G. Se fundamenta en la existencia de «una maquinación fraudulenta, ya que los interesados, a excepción del señor M., no fueron citados más que por medio del *Boletín Oficial de Cantabria*, medio artero, ya que en el campo, donde viven los interesados, la difusión del citado *Boletín* es mínima, buscando de propósito aquellos medios por los cuales una parte impide que la otra se entere de que ha sido convocada a juicio, con la agravante de que el demandante, don M. R., vive a tres kilómetros de los interesados, en el vecino pueblo de Somahoz, y sabe perfectamente, pues se trata de aldeas, dónde viven los demandados, sin necesidad de publicación alguna en el *Boletín Oficial de Cantabria*, con cuya publicación se ha producido la indefensión y desconocimiento de los interesados». El conocimiento de los hechos en que el motivo se fundamenta lo data el recurso el 17 de noviembre de 1984, «al verificarse la notificación de haber sido (el juicio) fallado en Segunda Instancia». Otra fundamen-

tación del recurso, enteramente separable de la reseñada, es el error padecido por el juzgador al regir el fallo por la escritura de propiedad invocada por el actor en el juicio y su inscripción registral, cuyos datos aparecen desvirtuados, a juicio de los recurrentes, por los datos obrantes en otros organismos públicos, «tales como Catastro de Rústica y Ayuntamiento», añadiendo que «la magnitud del error se puede comprobar con la simple inspección ocular del terreno, que fue lo que llevó primero al ánimo del Juez de Distrito a fallar a favor de mis patrocinados y hubiera llevado a la misma convicción al señor Juez de Instrucción si hubiere efectuado la inspección ocular del terreno».

Sabido es que el recurso extraordinario de revisión no es una Tercera Instancia en la cual quepa corregir la apreciación de la prueba efectuada por el juzgador, por lo cual debe desecharse, sin más, la alegación consistente en el contraste de los títulos de propiedad del actor en el juicio de Instancia con otros antecedentes documentales o con las características físicas de las fincas, la del dicho y las de los allí demandados y aquí recurrentes. El remedio extraordinario de la revisión contra las sentencias firmes, como la aquí combatida, ya ejecutada incluso, y que contiene la presunción de verdad que le atribuye el artículo 1.251, 2.º, del Código Civil, debe fundarse en alguno de los motivos que taxativamente enuncia el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ninguno de los cuales se encuadra esta alegación. Obviamente, esos títulos de propiedad que resultan ser escritura de aprobación de las operaciones particionales de la herencia causada por Serafín R. L. y Victoria G. F., padres del actor, aquí recurrido, fecha 5 de octubre de 1959, folios 9 a 16, con antecedente en la de compraventa efectuada por el causante en 16 de mayo de 1935, folios 5 y 6, no son los documentos decisivos «detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado» la sentencia, ya que constituyen el fundamento de la acción de deslinde ejercitada y obraban en el pleito desde su misma iniciación, por lo que no cabe identificarlos, como ni tampoco los otros documentos catastrales o de otra naturaleza a los que vagamente se alude y con los cuales se les quiere contrastar, con los aludidos en el número 1.º del artículo 1.796; y como, por otra parte, tales documentos de una y otra de las partes no han sido reconocidos y declarados falsos, lo que ha de hacerse en juicio, de ordinario penal, seguido al efecto de obtenerse esa declaración de falsedad, según constante jurisprudencia, sin que valga alegar gratuitamente la falsedad, es claro que esta argumentación claudica, ya que los documentos tampoco se hallan en el caso del número 2.º del mismo artículo 1.796.

Ha de examinarse así la alegación de maquinación fraudulenta, que propiamente es la ejercitada con el apoyo de los hechos recordados al comienzo del antecedente fundamento y con el de Derecho del número 4.º del artículo 1.796, o sea, el de «haberse ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta». La «maquinación fraudulenta», que es el motivo más frecuentemente invocado en los recursos de la naturaleza del presente, ha sido caracterizada por la doctrina de esta Sala como una actividad conscientemente dirigida a ganar la sentencia y que merezca la conceptualización de «fraudulenta», esto es, engañosa o falaz y contraria a la verdad, no pudiendo identificarse, sin más, con el quebrantamiento de las formas del juicio, siquiera sean las esenciales, y cuya omisión atraiga la indefensión, para las cuales no existe este medio rigurosamente extraordinario, sino el régimen de los recursos. La

artificiosidad, en la acepción de disimulo, astucia, doblez, deslealtad, es, pues, el núcleo de esta última modalidad, «maquinación fraudulenta», del motivo cuarto invocado, y en ella únicamente cabe encuadrar las conductas pensadas y, además, dirigidas, en lo cual consiste la «maquinación», a ganar la sentencia, y cuando, además, se compruebe que efectivamente el fallo se obtuvo a través de tal conducta y como resultado de la misma.

No sólo no se advierte ese designio fraudulento en la conducta procesal de la parte demandante del juicio, sino que la tramitación del recurso de apelación contra la Sentencia recaída en la Primera Instancia el 29 de julio de 1983, en cuya fase de recurso se residencian las supuestas anomalías que se denuncian en el primero de los alegatos del recurso, no puede menos que juzgarse irreprochable y enteramente ajustada a los preceptos reguladores, artículos 732 a 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigentes a la sazón en la redacción que les diera la Ley 46/1966, de 23 de julio, apreciación que puede extenderse, según se deja comprobado, a todo el juicio. El párrafo último del artículo 735 previene expresamente que los apelados que no hubieren comparecido serán citados en estrados para el acto de comparecencia. Los demandados apelados que no concurrieron a esa comparecencia (en lo que se hace consistir la maquinación fraudulenta) habían sido emplazados para que se personaran ante el Juzgado Superior (apartado «F» del fundamento primero de la presente sentencia), y no habiéndolo efectuado, sin duda, por no entenderlo conducente a sus intereses, fueron citados en los estrados del Juzgado, actuando, sin embargo, por hallarse personados los aquí recurrentes Manuel M. P. y su cónyuge Benita L. M., principales interesados; y el *Boletín Oficial de Cantabria* del 12 de julio de 1984 se utilizó para la notificación de la sentencia impugnada por la demanda de revisión (apartado «G» del mismo fundamento), y conforme a lo que dispone el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y es esta fecha del 12 de julio de 1984 la que debe servir de raíz de inicio del cómputo del plazo de caducidad de tres meses del artículo 1.798, plazo que, por tanto, había transcurrido con exceso cuando se dedujo la presente demanda de revisión el 6 de febrero de 1985. No sirve al efecto la fecha del 18 de noviembre de 1984, que el escrito de la demanda señala, y que parece relacionarse con las diligencias subsiguientes a la sentencia de apelación que se puntualizan en el apartado «H» del fundamento primero, siendo determinante, al parecer, el haberse solicitado la ejecución de la sentencia mediante el escrito de fecha 23 de octubre de 1984, que constituye el folio 143 y al que se proveyó el 26 de febrero de 1985. Habiendo estado presentes en la Primera Instancia del juicio (y, por lo que hace a Manuel M. P. y su cónyuge Benita L. M., también en la Segunda) y constándoles por los emplazamientos que oportunamente se les hicieron para que tomaran parte en la alzada, la existencia y pendencia de ésta, no puede afirmarse con mínima seriedad que al serles notificada la providencia de ejecución, y no antes, sea el de aquella notificación «el día en que se descubrieren los documentos nuevos o el fraude», o que sea el mismo día el del «reconocimiento o declaración de la falsedad».

ARBITRAJE DE EQUIDAD: DOCTRINA GENERAL SOBRE ESTE TIPO DE ARBITRAJE Y SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO DICTADO EN EL MISMO. FACULTADES INTERPRETATIVAS DEL ARBITRO. NO EXISTE EXTRALIMITACION EN EL LAUDO (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—En los arbitrajes de Derecho privado, regulados por la Ley de 22 de diciembre de 1953, el compromiso de someter el conflicto existente entre las partes interesadas a la decisión de unos árbitros tiene el evidente carácter contractual que se deduce del contenido de los artículos 14 y 22 de la Ley citada, y que de una manera patente se resalta en la Sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 1979, pudiendo convenir las partes que los árbitros fallen no con sujeción a Derecho, sino con arreglo a su leal saber y entender, dando lugar a un arbitraje de equidad, que tiene la característica de que contra su fallo sólo puede interponerse el recurso de nulidad, por los motivos que se enumeran en el artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; determinándose, en el supuesto que nos ocupa, que esta nulidad tenga como fundamento haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión, no estando permitido discutir, según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Arbitraje, los fundamentos y el mayor o menor grado de acierto del laudo, siempre que éste no rebase la materia sometida a compromiso, pues la misión de este recurso de nulidad es dejar sin efecto, en su caso, lo que pueda constituir extralimitación, pero no corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros ni interferir en el proceso de su elaboración, creando dificultades al móvil de paz y de equidad que preside el arbitraje privado, y desnaturalizando con ello su sencillez y confianza, ya que lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la especial naturaleza de este recurso extraordinario no consiente (Sentencias de 13 de junio de 1967, 14 de junio de 1971 y 20 de febrero de 1982).

Como antes apuntábamos, el único motivo del presente recurso lo formula la parte con amparo procesal en el número 3.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo una extralimitación jurisdiccional de los árbitros sobre los puntos sometidos a su decisión, en la doble vertiente de omisión y exceso sobre el mismo objeto de la controversia que les fue encomendada, concretando este objeto en el encargo que se les confirió de que determinaran y declararan si estimaban que la diferencia de velocidad del buque construido era de un nudo o de menos de un nudo respecto de aquella que figuraba en el contrato de construcción, y en su consecuencia pedían textualmente para este supuesto: «Que se condene al constructor al cumplimiento del contrato, con fijación del plazo del cumplimiento. Simultáneamente, se fijarán los daños y perjuicios ya producidos, que se estiman por el armador en la cantidad de 3.842 pesetas por décima de nudo y día. La cantidad resultante deberá incrementarse con un interés del 8,2 por 100 anual, desde la fecha de entrega del buque hasta aquella en que tenga lugar el pago, y fijándose los criterios para cuantificar los daños y perjuicios que se producirán con motivo del cumplimiento (inmovilización, deterioro comercial, etc.). Se declare por los árbitros que incumplido el contrato, éste quedará resuelto

en los mismos términos que se establecen en las letras *a)* anterior (se refiere al caso de velocidad inferior en más de un nudo) con la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes en razón a la situación de pérdida permanente o lucro cesante en la explotación del negocio, y por la disminución del valor del buque, lo que se estima por el armador en 10.258.459 pesetas por décima de nudo de defecto de velocidad. Si no se estimase la resolución contractual, se declare el derecho a estos daños y perjuicios y su cuantía».

A esta proposición global por parte del armador, los árbitros responden: A) Que la velocidad contratada, para unas condiciones medias de servicio del buque, fue de 12,96 nudos. B) Que el citado buque no cumple la indicada velocidad, representando esta disminución una diferencia no superior a un nudo. C) Que esta circunstancia supone un vicio oculto, que disminuye la utilidad de la prestación ejecutada, obedeciendo a un conjunto de factores técnicamente ignorados, pero siempre bajo la responsabilidad del constructor. D) Que en el terreno de la equidad no se aprecia mala fe en ninguna de las partes litigantes, procediendo únicamente el restablecimiento de las perspectivas contractuales en un pie de equilibrio y concediéndose una compensación al armador por el vicio insubsanable de la pérdida de velocidad del buque. Con estos antecedentes se dispone en el fallo del laudo: «Undécimo. Sujetar a 'X., S. A.', al cumplimiento del contrato en la única forma que resulta posible, condenando, consiguientemente, al astillero, en virtud de las obligaciones de saneamiento inherente al contrato de construcción, a indemnizar los daños y perjuicios derivados del defecto de velocidad que sufre el buque, declarando contemporáneamente el derecho del armador a esos daños y perjuicios, y estimando la cuantía del resarcimiento en la cantidad de 75.000.000 de pesetas».

Habiéndose planteado en este recurso como único punto del debate el *thema decidendi*, establecido por la voluntad de las partes, y vinculante para los árbitros en razón al principio de congruencia, conviene dejar sentado que, según la doctrina de esta Sala, esto no implica que los árbitros estén obligados a interpretar este principio tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria, ya que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma, y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada (Sentencias de 24 de abril de 1953, 13 de mayo de 1960 y 25 de octubre de 1982). Así, pues, la extralimitación aquí denunciada debe acreditarse mediante un proceso comparativo entre los términos consignados en la escritura de compromiso, que constituye el elemento delimitativo de las facultades de los árbitros, y los pronunciamientos contenidos en el laudo por ellos emitido, pudiendo afirmarse que el punto en discusión venía referido, en esencia, a la determinación por los árbitros de la existencia en el buque construido de una falta de velocidad, en relación con la estipulada en el contrato de construcción, y en función del alcance de esa falta se decidiese: bien la resolución del contrato de construcción en todo caso, con la devolución del buque y la indemnización de perjuicios, si la diferencia de velocidad era superior a un nudo, o bien la condena de los astilleros

a subsanar el defecto, con la fijación de los daños y perjuicios ya producidos y los que se produzcan durante el tiempo de reparación, y, además, la resolución del contrato o la indemnización por disminución del valor del buque, si la diferencia sólo es inferior a un nudo. Los árbitros estiman que existió vicio oculto en la construcción, y puesto que la disminución de velocidad no era superior a un nudo, no declaran resuelto el contrato, al no afectar a la identidad de la obra realizada, fijando correlativamente las indemnizaciones correspondientes; estos daños y perjuicios los señalan globalmente en la cifra de 75.000.000 de pesetas, al entender que el defecto de velocidad es insubsanable, y que acompañará al buque a lo largo de toda su vida útil, suponiendo una disminución consumada de su valor.

Una vez realizado el precedente examen comparativo, no es posible llegar a las conclusiones a las que llega el recurrente en la fundamentación de su recurso, pues los árbitros, actuando con un mínimo de flexibilidad interpretativa, y de conformidad con el principio de conservación del negocio jurídico, consagrado en el artículo 1.284 del Código Civil, han entendido las cláusulas del compromiso en el sentido más adecuado para que produzcan el efecto pretendido, sin exceso u omisión de clase alguna, pues dada su opinión, respecto a la imposibilidad de corregir el defecto observado en el buque, no era posible ninguna reparación, y sólo quedaba la solución efectiva de englobar todas las indemnizaciones tasando la depreciación que se había solicitado; razonamientos que conducen al perecimiento del motivo y a la correlativa desestimación del recurso, con la condena en costas al recurrente, según lo dispuesto en el artículo 1.715, en relación con el artículo 1.734, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

ERROR JUDICIAL: ESTE PROCEDIMIENTO NO PUEDE TENER LA FINALIDAD DE REVISAR LA SENTENCIA DEL ORGANO JUDICIAL (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO 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.—Se pretende por el demandante el reconocimiento de error judicial en la sentencia dictada por el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Murcia en juicio de cognición, incidental al ejecutivo 165/1984, seguido por el recurrente, señor C. P., en el que fue tercerista-actor la sociedad «Renault Financiaciones, S. A.». Los razonamientos que aduce el recurrente se refieren no a error judicial en el sentido de equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley, sino a motivaciones subjetivas recaentes sobre dichas interpretaciones y aplicación por la sentencia a que se ha hecho referencia, en relación con los artículos 19, 1.º, y 23 de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 1965, y los artículos 1.922, 2.º, y 1.926, 1.º, del Código Civil, manteniéndose por el Juzgado un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, pero sin prejuzgar este Tribunal Supremo, dentro de esta clase de procedimiento, si dicho criterio es el único aceptable o existen otros

también razonables, y que en modo alguno ni unos ni otros pueden considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización u otro género de resarcimiento para el recurrente. Por tanto, la demanda debe ser desestimada, ya que lo que en realidad se pretende, en caso de una cuestión jurídica controvertida que fue resuelta conforme a Derecho, como ya observa el Ministerio Fiscal, es volver a reconsiderar esta Sala de Casación los problemas que el litigio planteó, como si se tratara en este caso de una Segunda Instancia, y toda vez que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pudo sustanciarse aquel recurso ante el Tribunal ordinario de Apelación de las sentencias dictadas en juicio de cognición.

No se trata en el presente caso, como se deduce de lo expuesto, de resolver sobre error judicial *de facto* o *de jure*, ni *in procedendo* ni *in judicando*, sino de revisar la sentencia dictada por el Juzgado en el asunto civil expresado, formulando peticiones que deben ser desestimadas en este momento, y en su caso no hubieran sido admitidas, por no responder a la *mens legislatoris*, que informa los artículos 292 y siguientes de la LOPJ. En consecuencia, procede, conforme ordena el artículo 293, apartados *d)* y *e)* de dicha Ley, dictar sentencia definitiva, y al no ser apreciado el error, se impondrán las costas al peticionario.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION. MAQUINACIONES FRAUDULENTAS: NO EXISTEN. DOMICILIO DE LA DEMANDADA. «LEVANTAMIENTO DEL VELO» DE LA SOCIEDAD MERCANTIL (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO 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 revisión, de carácter extraordinario y excepcional, se interpone contra sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón de la Plana, dictada el 28 de diciembre de 1984, en juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, número 1/1984, instado por don Joaquín D. C. contra «C., S. A.», con domicilio en esta población, calle R. A., número 25, constando lo entrecomillado en el encabezamiento de la demanda; no obstante, versando el pleito sobre reclamación de cantidad por incidencias surgidas en contrato de transporte, y concretamente en la entrega de las mercancías realizada en la terminal que dicha demandada tiene en el Polígono Industrial de Getafe, allí se dirigió el actor recabando datos sobre el consignatario, recibiendo contestación por dos veces, con membrete en el que literalmente se expresaba: «C., S. A.». Polígono Industrial..., teléfono ..., Getafe (Madrid); central, calle A. L., número 187, teléfonos...; y antes de iniciar el procedimiento requirió notarialmente al representante legal de la dicha mercantil, «domiciliada en Madrid, calle A. L., número 187»; la papeleta de conciliación se dirigió al mismo domicilio de Castellón que figuraba en la demanda, constando que el emplazamiento se realizó allí «a quien dijo ser su Gerente», que puso al lado de su firma en la primera el sello de «C., S. A.», declarándose posteriormente la rebeldía de la demandada,

a quien se volvió a citar en Castellón para que confesase, pero en ambas diligencias quien dijo ser, en una, Gerente, y en otra, representante legal de «C., S. A.», se excusó de firmar, haciéndolo un testigo. La sentencia del Juzgado condenó a «C., S. A.», y se notificó por cédula dirigida al legal representante, entregada «al encargado de la sucursal de Castellón, que se excusó de firmar, haciéndolo un testigo»; a los seis días de tal notificación, se dirigió escrito al Juzgado por la compañía mercantil «C. T. M., S. L.», poniendo de manifiesto que había recibido la sentencia dictada contra «C., S. A.», «C. T. M. T., S. A.», que se decía domiciliada en el de aquella y solicitando que no se tuviera por hecha la notificación personal, pues que la demandada no existía, ya que la única compañía existente era «C., S. A.», abreviatura de «C. A. V. E.», con domicilio social en..., calle A. L., número 187, siendo la compareciente mera corresponsal suya, y que la notificación de la sentencia era la primera noticia que se tenía del procedimiento. Contestó la demandante que en el resguardo entregado al contratar figuraba «C., S. A.», «T. C. T. M.», calle R. A., número 25, por lo que constando así en el talón recibo de las mercancías y de pago de los portes, actuó movida por la confianza y buena fe a la que le inducía el documento entregado por quien con ella trató. Declarada la firmeza de la sentencia, se procedió al embargo de unos vehículos en Castellón, sin que pudiese anotarse al figurar a nombre de otras personas, por lo que se libró exhorto a Madrid, procediéndose al embargo de bienes de «C., S. A.», en la calle A. L., número 187, el día 22 de octubre de 1986, presentándose el recurso de revisión dentro de los plazos legales y acusando la independencia de ambas entidades, que sólo mantienen relaciones de corresponsalía, por lo que hubo una maquinación fraudulenta para ganar sentencia firme (art. 1.796, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), dado que a la demandante le constaba antes del pleito cuál era su domicilio legal.

La interpretación de los supuestos en que procede el recurso de revisión ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de actuaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho (Sentencias de 13 de abril y 25 de mayo de 1981 y 8 de marzo y 8 de junio de 1982); es cierto que, según doctrina de esta Sala, se considera maquinación fraudulenta, a los efectos del recurso, la designación en la demanda, como domicilio social de la demandada, de un lugar que no se corresponde con el real ni con el que figura en la inscripción registral, ya que con ello se trata de evitar que la demandada tenga noticia del planteamiento del juicio, impidiendo que la misma pueda defenderse adecuadamente, asegurando así el éxito de la pretensión deducida (Sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 1941, 9 de junio de 1953, 9 de abril de 1959, 14 de diciembre de 1960, 19 de diciembre de 1961, 15 de octubre de 1973, 6 de noviembre de 1979, 17 de enero de 1983 y 30 de septiembre de 1985), pero no lo es menos que en el caso que nos ocupa la maquinación fraudulenta, los ardidés, argucias o artificios han sido empleados por la hoy recurrente y no por la contraria, que actuó conforme a los datos que se le proporcionaron al contratar, trátese la empresa de Castellón, que utiliza la denominación de la demandada, o de una mera corresponsalía, agencia o sucursal de aquella, que advierte la existencia de las dos sociedades como independientes sólo en el momento en el que

se le notifica el fallo, de lo que hay que deducir, conforme a la lógica, que la entidad demandada tuvo conocimiento del litigio mucho antes de los tres meses anteriores a la interposición del recurso, sea cual fuere la relación existente entre ambas sociedades, pues también es doctrina de esta Sala que a los Tribunales corresponde penetrar en el *substratum* de las personas jurídicas, en su interior («levantar el velo»), para evitar el abuso de su independencia o que al socaire de esa ficción o forma legal se perjudiquen los intereses ajenos, se consume el fraude, se falte a la buena fe o se ejercite un derecho de forma antisocial (Sentencias de 28 de mayo de 1984 y 24 de septiembre de 1987), resultando incuestionable que lo mismo ha de hacerse con las uniones o coligaciones de empresas carentes de regulación legal, aunque la Ley de Sociedades Anónimas haga alusión a ellas en su artículo 149, al tratar de la fusión y transformación (Sentencia de 25 de enero de 1988) y con los supuestos de corresponsalías, agencias o sucursales si se utilizan, como en el caso presente, para crear confusiónismo en quienes con ellas contratan y aprovecharse después de la apariencia creada, por todo lo cual ha de declararse la improcedencia del recurso, ya que «C., S. A.», tuvo la oportunidad de defenderse y no se opuso a la demanda por acto de propia voluntad.

R. DE A.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

CARBONETTI, FRANCESCO: *L'acquisto di azioni proprie*. Guiffré, Milano, 1988.

No es probable que la tragedia del Banco Ambrosiano, con sus todavía misteriosos recovecos, haya sido olvidada. Un leve resumen. Para eludir el control de la Banca de Italia, depositaba importantes sumas en solventes Bancos extranjeros, en dólares, con el pacto reservado, *back to back*, de redepasarlas en entidades asociadas al Ambrosiano, las cuales concedían créditos a ficticias entidades panameñas o «Anstalten» de Liechtenstein para adquirir ingentes cantidades de acciones del Banco Ambrosiano, que las controlaba. Era una adquisición indirecta de las propias acciones, que al ascender vertiginosamente la cotización del dólar y sus intereses originó la bancarrota del Ambrosiano, la fuga de Calvi y otros folletinescos acontecimientos.

En la historia bancaria lo ocurrido tiene amplios precedentes en el pasado siglo, y hasta en 1891, ZOLA publicó su novela *L'argent*, detallando una guerra de Bancos interesantísima, con su fatal desenlace no distante del reseñado. Más numerosos fueron los ejemplos alemanes después de la primera guerra, y los dimanantes de la recesión americana de 1929, con sus repercusiones en la propia Alemania e Italia, donde fue uno de los motivos por los que se creó el IRI.

La tendencia de las sociedades a adquirir sus propias acciones es antigua y, pese a las constantes normativas, persiste. Invitan a ello varias causas: la administración puede, anticipadamente, conocer favorables previsiones de la sociedad desconocidas por el mercado y aprovecharlas en beneficio de la entidad; como instrumento de regularización y para mantener el prestigio puede, con sus compras, elevar cotizaciones; el grupo de control con la adquisición de acciones propias ve disminuido el porcentaje de títulos que le permiten continuar en su posición; puede ser conveniente la eliminación de minorías molestas, el *house-cleanup*; puede interesar adquirir las a baja cotización para entregarlas a los titulares de obligaciones convertibles para su amortización, para distribuirlas entre sus empleados, que al ser elevados a accionistas desempeñarán con mayor celo sus funciones, etc.

En el caso de sociedades limitadas, la adquisición puede ser conveniente para aparcirlas hasta hallar un socio adecuado para la buena marcha de la compañía. Lo propio en las anónimas de acentuado matiz personalista.

Pero en el tema aparecen envueltos muchos intereses que la legislación va regulando en un intento de conciliar ventajas y riesgos. Hay intereses del socio y de los terceros en la integridad del capital, del mercado, o sea, del mundo mercantil. Una sociedad con acciones propias en cartera es

una sociedad con el capital reducido, con un elemento de garantía mercado.

Las cifras que CARBONETTI cita en relación a tal práctica en sociedades italianas, tanto en el número como en la cuantía, impresionan. Hay otros informes sobre Estados Unidos donde el hecho no merece relación alguna, y aún se permite que frente a una agresiva OPA, la entidad afectada pueda formular otra oferta, una *self tender offer*. En cambio, bastantes legislaciones de Europa han ido dictando normas que se han afinado con el paso del tiempo, pues entrañan dispositivos de alto tecnicismo. Aparte la evolución italiana, que detalla desde el primitivo Código de Comercio hasta la recepción en 1986 de la II Directiva Comunitaria, que se ocupa de la materia en sus artículos 18 a 24 y está fechada el 13 de diciembre de 1976, en Inglaterra, a partir de 1981, desaparece la prohibición absoluta de adquisición de acciones, al variar el criterio sobre la extensión del campo y funciones de la Administración, o sea, la doctrina *ultra vires*. En Francia, el hecho se reconoce por vez primera en la gran modificación de 1966, con normas que influyen en la citada Directiva Comunitaria, lo propio que la legislación alemana, que desde 1870 establece una normativa cada vez más perfecta, que es seguida por Suiza. CARBONETTI no olvida las positivas normas de la Ley de Sociedades Anónimas española y detalla que la II Directiva, aunque no recibida en su totalidad en Italia, ha producido la modificación de varios artículos del Código, en especial el 2.357, que ha pasado a tener un «bis», un «ter» y un «quater».

Pero el fenómeno que examina no es simple; otros se relacionan íntimamente con él y son susceptibles de producir efectos análogos o idénticos. Sin ánimo exhaustivo cita la adquisición de participaciones en limitadas, el reembolso de cuotas o acciones en las cooperativas, la financiación a particulares para la adquisición de tales títulos, la adquisición de acciones de o por la sociedad controlante o controlada, el llamado cruce de participaciones o suscripción recíproca de acciones por sociedades interrelacionadas, la concesión de créditos garantizados con tales acciones, etcétera.

La recepción de la Directiva Comunitaria a través de un proyecto elaborado por una comisión presidida por D'ALESSANDRO conserva, perfeccionándolos y puntualizándolos, los mismos requisitos ya exigidos anteriormente. Sólo añade el máximo de acciones que puede poseer la sociedad: el 10 por 100, que debe referirse, según la doctrina, al capital nominal esté o no desembolsado y sean cuales fueren las series o clases de acciones.

La autorización de la Asamblea, que debe fijar máximo y mínimo de acciones a adquirir por la Administración durante un plazo que no debe exceder de dieciocho meses, es materia de índole interna. La observancia de tales requisitos podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidades a los administradores, pero, como en los actos excedentes del objeto social, no afecta a terceros. Tal responsabilidad puede quedar muy reducida, ya que no está al alcance de nadie fijar las condiciones del mercado: el paquete ofrecido puede ser superior al proyectado y no admitir reducciones; las acciones deben adquirirse mediante goteo, sin absoluta seguridad de alcanzar el mínimo autorizado y el precio, si se ha precisado, no está al arbitrio del adquirente y es posible la adquisición onerosa por título distinto del de compra.

Es evidente las razones que no permiten, en adquisiciones onerosas, la de acciones no totalmente liberadas. Parece que debería permitirse en

las a título gratuito, pero el artículo 2.357 bis las reduce a los supuestos de sucesión universal o fusión. Los fondos con que debe efectuarse la compra no sufren innovación y lo más importante es el límite del 10 por 100 referido, con las excepciones que enuncia el artículo 2.357 bis: adquisiciones para reducir el capital, sucesiones universales o fusiones o adquisición forzosa para liquidación de un crédito. Se asimila a la adquisición directa la efectuada a través de persona interpuesta, en la que deben incluirse *holdings*, sociedades controlantes o controladas, etc.

La infracción del límite del 10 por 100 del capital no supone nulidad, con lo que se despeja una escasa y contradictoria jurisprudencia. Según los casos, la adquirente puede mantener el exceso en su poder durante uno o tres años y en el supuesto de no venderlas debe proceder a su amortización con la consiguiente reducción de capital, aunque se debate si debe considerarse solución alternativa la venta posterior al plazo, la forma de contabilizar éste, si es preciso acuerdo de Asamblea determinando límites y otros que se plantean igualmente en los casos de anulación por revisión de aportaciones *in natura*, de ejercicio del derecho de separación, impago de dividendos pasivos y otros. En el fondo, la Ley está orientada fundamentalmente hacia la restauración de la legalidad.

Las acciones propias no se extinguen por confusión. Su estado es el de «aquiescencia», con suspensión de gran número de derechos políticos y económicos, aunque algunos son regulados diversamente, como los de suscripción, caso de aumento, que pueden permitir la venta de derechos, el de entrega de acciones liberadas, el pago con reservas disponibles de los dividendos pasivos reclamados. La legislación de Estados Unidos es mucho más permisiva que las europeas.

A diferencia de Alemania, donde se reputa lícita la adquisición de participaciones de limitadas por la propia entidad, en Italia está rigurosa y especialmente prohibido, aunque la doctrina, basándose en la imposibilidad lógica, no la extiende a las adquisiciones gratuitas. Tampoco norma el Código italiano la llamada igualdad de oportunidades, *Chancengleichheit*, regulada en forma considerada muy ambigua por la Directiva, aunque la doctrina admite su importancia. En Italia se han ocupado de ella varios autores —ANGELICI, OPPO, D'ALESSANDRO y otros—, señalando su difícil regulación dentro de la más estricta distinción de adquisiciones para regularización del curso del mercado, corrigiendo oscilaciones temporales y el sostén de cotizaciones, actuación forzada que puede dar lugar al *annacquamento* del capital, con los riesgos consiguientes

La adquisición de acciones con destino a la reducción del capital, voluntariamente y con independencia de los supuestos impuestos legalmente, alguno de los cuales ha sido aludido anteriormente, es considerado instituto autónomo, aunque susceptible de plantear también muchos problemas, algunos de tipo fiscal. Si el coste de las acciones es superior a su nominal, el exceso se carga a reservas disponibles; si es inferior, se forma una reserva con la diferencia, que debe considerarse paralela a la formada con las primas procedentes de la emisión en casos de aumento de capital. No hay inconveniente alguno en que la reducción se acuerde con cargo total o parcial a las acciones ya existentes en el patrimonio social.

El artículo 2.357 «quater» prohíbe la suscripción de acciones propias aun en el supuesto de acuerdo unánime de la Asamblea, como había sostenido TANTINI. Parece que en el caso de fundación ello es una imposibilidad lógica. Pero tanto para este supuesto como en el de aumento

de capital, de efectuarse tal suscripción no procede la nulidad, sino la sustitución del sujeto suscriptor, que pasan a ser los administradores o fundadores, por igual y *pro indiviso*, aunque con responsabilidad solidaria. De suscribir un tercero por cuenta de la sociedad, la manifestación se considera no efectuada, aunque sí la suscripción. Tal vez el recuerdo de las *Vorratsacktien* de los años veinte haya influido en tales soluciones.

La obra, en su último capítulo, se centra en las cooperativas. A lo largo de toda ella se desarrollan otros problemas delicados que requieren refinadas posturas y complementan los enunciados ligeramente. Los dinamantes de la sindicación, la existencia en Estados Unidos de *holdings* o *Market Makers* especializados en la regularización de cotizaciones y control de mercados, la no recepción por la legislación italiana de algunos casos relativos a la adquisición de acciones propias por tratarse de institutos desconocidos en Italia, etc.

La obra, densa e interesante, cuenta con completísima bibliografía. Los nombres de CORSI, SCOTTI-CAMUZZI, FERRI, RAGUSA-MAGGIORE, SIMONNETTO, MARASÁ, aparecen frecuentemente junto a otros germanos, como BURCKHART, VENDER, ZIEBE y los de los grandes mercantilistas italianos. El examen en España, donde se espera una inminente y profunda revisión de la normativa societaria, del estudio de CARBONETTI es de singular interés.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MUÑOZ SABATÉ, LUIS: *Las cláusulas procesales en la contratación privada*. Colección Biblioteca Procesal. Librería Bosch. Barcelona, 1988. Un tomo de 115 págs.

Una de las primeras distinciones que llama la atención de los estudiantes noveles es la del *ius cogens* y el *ius dispositivum* y las consecuencias diversas que sacan los teóricos de su diferenciación. Porque para el principiante debe ser respetado por igual todo el DERECHO, así con mayúsculas. Luego vienen otros muchos descubrimientos, tales como que el derecho también se escribe con minúscula y entonces deja de ser una norma para convertirse en una pretensión individualizada, de la que se sirven los interesados o más bien sus Abogados. ., incluso bordeando a veces al Derecho de las mayúsculas con trampas y otras lindezas. La distinta ortografía puede originar estas sorpresas.

Pero sí. El Derecho público, en general, no es dispositivo, sino regido por normas más bien rígidas, aunque a veces quisiéramos dulcificarlas un tanto dando entrada a la voluntad de los afectados. Y éste es el sentido que descubro en este interesante libro, del que es autor un profesor, en la Universidad de Barcelona, de Derecho procesal, una de las ramas consideradas desde siempre como las más rígidas y envaradas, intentando demostrar que aquí también debe haber sitio para los pactos de las partes.

¿Y cómo no, si la regla general se plasma en el artículo 1.255 del Código Civil, sin más límites que la Ley, la moral o el orden público? De aquí que MUÑOZ SABATÉ aborde este interesante tema del ámbito que puede concederse a las precauciones procesales de las partes a la hora de redactar el contrato, en previsión de posibles tormentas y con el fin de ami-

norarlas o evitarlas. Con razón nos dice el autor que ningún contratante debe permanecer ajeno a la posibilidad de un proceso judicial, que no dependerá sólo de él mismo, sino también de la contraparte. Ante tal situación y aun reconociendo que el proceso tiene unas características iuspublicistas que dejan lugar a pocas alternativas de iniciativa privada, no deja de haber ciertas posibilidades de obtener alguna resultante entre el poder del Estado y los poderes de las partes. Así ha dicho el Tribunal Supremo, en Sentencias de 7 de enero de 1943 y 27 de junio de 1934, que cabe que de la finalidad de la norma concreta aplicable se desprenda que las partes o el Juez estén autorizados para reglamentar convencionalmente la relación procesal.

Tras lamentar que el Estado no ceda mayor parte de su jurisdicción o la abra de forma que permitiera componer de modo más privado las diferencias entre partes, toca el punto de la efectividad psicológica que supone, respecto al Juez y a las partes de un contrato, el recoger en éste determinadas normas o previsiones que obliguen a reforzar las conductas y alejen veleidades de incumplimiento. A este efecto cita, respecto al poder discrecional del Juez, el margen que le concede el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las llamadas medidas cautelares innominadas.

El autor defiende tan calurosamente estos pactos, que a la hora de tratar de sus posibles límites pasa sobre ellos como en volandas, echando mano del artículo 24 de la Constitución, tan alegado por todos los que recurren en amparo ante el Tribunal Constitucional; por cierto, que este Tribunal tiene ahora un extraordinario instrumento para limitar la afluencia de solicitudes, al promulgarse la nueva Ley Orgánica que regula varias causas bastante amplias de inadmisión. Pero sigamos. Nos dice MUÑOZ SABATÉ que en realidad no debe haber más límites que los dimanantes de la Ley, minusvalorando la moral y el orden público, con lo cual ya le hemos podado algo a nuestro artículo 1.255, que antes era el argumento básico. Echa mano del italiano SATTA, que dice que la autonomía negocial de las partes no puede ser impedida por ninguna fuerza externa sin ir contra la realidad, y de la opinión del español GUASP, que defendió la existencia de un Derecho procesal natural anterior al objetivo y del que fluyen principios de justicia que hay que respetar, para confirmar su tesis de que los límites sólo deben ser los que netamente imponga la Ley y no otros.

Al tratar de los precedentes, se refiere a los procesos *per formulam* del Derecho romano y de otras figuras, como el proceso monitorio y el *pactum executionis*. Respecto a este último recuerda los pactos cancelatorios de condiciones existentes en el Registro de la Propiedad, bien por caducidad automática al transcurrir un plazo, bien por tenencia de las letras en poder del deudor, aceptados por Resolución de la Dirección General de 28 de noviembre de 1978. Sin embargo, la cosa cambia radicalmente respecto a las cláusulas resolutorias por falta de pago basadas en el artículo 1.504 del Código Civil, ya que el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario permite pocos pactos o más bien ninguno, y así lo ha confirmado reiteradamente el mismo Centro Directivo de los Registros y Notariado, siendo ya la doctrina firme.

Los tratadistas, por regla general, se han mostrado contrarios o reacios a la validez de los pactos procesales. CHIOVENDA concluye que la libertad de las partes en esta esfera procesal sólo puede resultar de una concesión

expresa de la Ley, de tal manera que, en la duda, las normas procesales deben entenderse absolutas y obligatorias. Sin embargo, el autor de nuestro libro sigue defendiendo su tesis de que la constitucionalización del proceso civil significa que deben respetarse en él los derechos fundamentales; fuera de los límites constitucionales, dice, sólo una prohibición expresa o concluyentemente tácita de la Ley podría invalidar aquel poder dispositivo.

De ahí que MUÑOZ SABATÉ considere posibles ciertos pactos en los que quepa de alguna manera modificarse la aplicación de la Ley Procesal, bien renunciando a sus beneficios o bien regulando la tramitación de la litis según el interés peculiar de los contratantes.

El autor examina, en el libro que resumimos, los pactos siguientes:

1. *Pactos sobre jurisdicción: «pactum de non petendo» y cláusula compromisoria amplia.*—Nos dice que está fuera de duda que sería radicalmente nula una renuncia previa y absoluta a la tutela judicial. Ahora bien, el pacto de *non petendo*, contemplado en el puro plano del Derecho civil, sería válido. Tampoco sería nula la renuncia cuando la tutela jurídica pueda obtenerse por otros medios con iguales garantías, como el arbitraje. Así, el Tribunal Supremo ha considerado que puede arbitrase la cuestión de variar la renta en aplicación del artículo 6, 2.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y en la Sentencia de 4 de diciembre de 1985 ha admitido la transacción sobre cuestiones patrimoniales del matrimonio.

2. *La renuncia a recurrir.*—Esta renuncia al control jurisdiccional por la vía de los recursos ordinarios origina alguna ironía del autor, para quien la eficacia de una sentencia tardía sólo puede dar satisfacción a los coleccionistas de jurisprudencia, pero no a los prácticos. Al respecto recoge una Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1984, según la cual el derecho de acceso a la tutela judicial no comprende, con carácter general, la existencia de una doble instancia en materia civil. Pero a continuación, la misma sentencia eleva el derecho a recurrir a rango constitucional al añadir que cuando la Ley establece esa doble instancia, el derecho fundamental se extiende a la misma en los términos y con el alcance previsto en el ordenamiento.

3. *Pactos sobre competencia.*—La competencia territorial es una de las escasas materias procesales de libre disposición y no presenta problemas. Respecto a la competencia objetiva, su verticalidad la convierte sin excepciones en materia de orden público, de modo que no es concebible la validez de un pacto contractual que altere las reglas procesales y orgánicas.

4. *De cómo intentar salvar la excepción de proceso inadecuado.*—La elección del proceso idóneo puede ser un problema, dada la coexistencia de numerosos procedimientos sumarios y especiales junto a los declarativos ordinarios. Un pacto sobre si usar un procedimiento ordinario o sumario presupone, en opinión del autor, que se haga en beneficio del género y no de la especie, ya que la máxima capacidad de tutela radica en los ordinarios y presupone también que la elección se deje en manos del beneficiario de la sumariedad. La utilidad de este pacto debe radicar más bien en impedir la excepción de inadecuación del procedimiento; la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1987 estableció que el procedimiento sumario se halla establecido en la Ley en beneficio del arrendador, quien puede renunciar al juicio de desahucio y acudir direc-

tamente al declarativo ordinario. Con razón apostilla el autor que con sentencias así estos pactos serían innecesarios.

5. *Pactos sobre litisconsorcio.*—Las exigencias litisconsorciales originan a veces problemas que podrían evitarse convencionalmente, y por ello el autor defiende la posibilidad de convenir que un solo sujeto de los varios que integran el grupo interesado tenga la legitimación suficiente para que los efectos de la cosa juzgada se extienda a todos sin dificultad; como argumento acude al artículo 33 de la Ley del Contrato de Seguro Privado, que parece admitirlo. De todos modos, añadimos nosotros, la seguridad jurídica exige que nadie sea condenado sin ser oído y vencido en juicio, y todo lo que pueda menoscabar tal seguridad no deja de ser arriesgado.

6. *Pactos sobre emplazamiento.*—Aunque en el libro se defiende la utilidad de designar en los contratos a las personas específicamente delegadas para recibir los emplazamientos, recordemos y repitamos lo que acabamos de decir respecto de evitar todo peligro de indefensión. El autor cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 1987, que considera relevante, a los efectos del artículo 24 de la Constitución, la necesidad del emplazamiento de los interesados. Y, añadimos nosotros, en el *Boletín Oficial del Estado* del 18 de marzo se publica otra sentencia del mismo Tribunal en la que se concede el amparo solicitado y se anulan actuaciones por no haber citado personalmente a un cotitular de una finca cuyo domicilio aparecía en la certificación del Registro de la Propiedad aportada al pleito.

7. *Pactos sobre la prueba.*—Estos gozan ya de una respetable historia, que MUÑOZ SABATÉ refleja con amplitud, reseñando que la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo no los ha admitido. El propio autor muestra su criterio opuesto a estos pactos sobre los medios de prueba, y el Tribunal Supremo declara en su Sentencia de 5 de noviembre de 1982 que es contrario a la Ley el convenio que prohíbe la prueba testifical.

8. *Pactos sobre costas.*—Tradicionalmente se ligó este pacto a la idea de la cláusula penal y por ello fue permitido. Pero desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1942 se sentó el principio contrario, basándolo en el concepto de orden público procesal. El autor estima que debería admitirse el pacto de indemnizar los daños y perjuicios causados por el pleito.

9. *Reforzamiento convencional de la vía ejecutiva.*—MUÑOZ SABATÉ coincide con CREMADES en que es absurdo el párrafo 2.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sólo otorga fuerza ejecutiva al documento privado cuando haya sido reconocido bajo juramento ante el Juez. Con todo, considera que no sería válido el pacto por el que el deudor renunciara a este requisito del juramento.

10. *Pactos sobre medidas cautelares.*—El sistema de medidas cautelares, si se halla bien estructurado y es capaz de una pronta ejecución, constituye en la esfera procesal civil una notable fuerza de disuasión. En opinión de MARTÍNEZ SABATÉ, un pacto por el que los contratantes previenen ciertas medidas en este sentido no tiene por qué ser contrario al orden público procesal.

11. *Constitución de astringencias.*—Significan la posibilidad de imponer el Juez a las partes el pago de una suma de dinero por el retraso en el cumplimiento de una resolución ordenada. Este mecanismo facilitaría la ejecución de las sentencias y el cumplimiento de medidas cautelares. Sin embargo, el autor considera que en nuestro sistema no es posible esta

medida, pero eso no quita para que pueda defenderse desde un punto de vista más privativista.

12. *Pactos sobre ejecución forzosa*.—Sobre el particular nos dice el autor que el pacto sería de todo punto imposible a la luz del artículo 919 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El único supuesto podría ser el de ejecución de sentencias extranjeras, pues una vez obtenido el *exequatur* se lleva a cabo por órgano distinto del que dictó la sentencia. En este caso, el artículo 918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una opción que deja una puerta abierta para permitir este tipo de cláusula.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PÉREZ PÉREZ, EMILIO: *Estudios de Derecho de Aguas*. Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de Murcia. Murcia, 1988. Un tomo de 154 págs.

Hace poco más de un año, al comentar en estas mismas páginas la aparición de su tesis doctoral sobre «El consorcio real en el Derecho positivo español», decíamos que las aguas y su tratamiento legal son el tema fuerte de EMILIO PÉREZ, especialista indiscutible en estas materias. Algún tiempo antes ya le habíamos colocado el mismo calificativo con motivo de la presentación de su libro *Nueva Ley de Aguas y Cuenca del Segura*, en el cual de modo especial abordaba la candente cuestión que trajo dividida a la doctrina y que la nueva Ley decidió, como sabemos, en pro de la declaración inapelable del carácter público de las aguas territoriales.

Ahora, otra vez más, hemos de insistir en la demostrada competencia del autor en este campo del Derecho de aguas, para lo que cuenta con una dilatada investigación, un inagotable afán de estudio y unos señalados servicios; desde sus inicios como Letrado del IRYDA, su intervención destacada en el I Congreso Nacional de Aguas (Murcia, mayo de 1982), hasta su puesto como Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura. Hemos de repetir que EMILIO PÉREZ es un maestro y un auténtico especialista, pues, además, lo demuestra obsequiándonos, un año sí y otro también, con algún nuevo libro sobre el agua. Lluce sobre mojado y ustedes disimulen el malísimo chiste.

En este libro de ahora se recogen nueve estudios del autor, todos posteriores a la nueva Ley de Aguas. De ellos, cinco son ponencias presentadas en diversos acontecimientos científicos, tres son conferencias y, además, un informe elaborado para el Banco Mundial y nada menos que sobre problemas del agua en Guatemala, que hasta allí han llegado las investigaciones del autor.

Hagamos un breve resumen de estos estudios:

1. *Legislación, gestión y administración del agua*.—Se trata de una ponencia presentada en el Simposio Internacional de Recursos Hidráulicos «Canarias Agua 2000», en abril de 1987. Estudia, en primer lugar, lo que llama «ordenación racional del agua», que significa que su utilización responda a criterios científicos, ajustándose a los principios fundamentales que priman en este recurso, que debe renovarse y no agotarse.

Considera presupuestos de racionalidad, que deben tenerse en cuenta en la utilización del agua, la unidad del ciclo hidrológico, la consideración del agua como patrimonio de toda la sociedad, el encuadre de la ordenación del agua en la cuenca hidrográfica como marco idóneo, considerar el tema dentro de una amplia interdisciplinariedad y un planteamiento sistemático y no aislado del tema del agua, dados sus usos múltiples y coordinados. Con estas bases estudia el problema del trato público de las aguas (sigo refractario al uso de la palabra «demanialidad»; manías que tiene uno), así como la gestión y administración del agua tanto en el Derecho comparado como en la Ley de Aguas de España (otra manía: no me gusta eso de «estatal» y mucho menos esa memez de decir «este país»). También estudia estos aspectos en la Ley Regional de Canarias, lugar donde se desarrollaba la ponencia, por lo que podría tener interés, todo ello en un completo y acabado análisis.

2. *Las comunidades de usuarios de aguas subterráneas en la nueva Ley de Aguas.*—Esta fue la lección inaugural del autor en el XXII Curso Internacional de Hidrología Subterránea en Barcelona, enero de 1988. La comenzó diciendo que por disposición del artículo 79 de la Ley de Aguas, los usuarios de una misma unidad hidrogeológica o de un mismo acuífero están obligados a constituir una comunidad de usuarios, y expuso aquí la doctrina sobre estas comunidades, que considera como una de las más típicas figuras del consorcio real en nuestro Derecho. Estudia su naturaleza y personalidad jurídica y los elementos subjetivos y objetivos para su constitución. En estas comunidades de usuarios se dan las relaciones propias de toda comunidad, tanto las internas entre los comuneros como en las relaciones de éstos con terceros. La posición jurídica de cada comunero se concreta en un conjunto de facultades y obligaciones y en las garantías establecidas para asegurar el perfecto cumplimiento de estas relaciones, que el autor estudia ampliamente. Como comunidades especiales contempla las de acuíferos sobreexplotados y las concesionarias únicas de un acuífero.

3. *La participación de las comunidades de regantes en la planificación y gestión de los recursos hídricos.*—Este trabajo se presentó como ponencia segunda en el VI Congreso de Comunidades de Regantes, en Granada, marzo de 1988, y constituye un estudio que amplía el visto en el apartado anterior. Analiza el papel de estas comunidades primero en la planificación hidrológica, que es la columna vertebral, para pasar después a la gestión de los recursos hídricos; en esta gestión participan los usuarios a través de los diversos órganos colegiados de las comunidades, y que son las juntas de gobierno, las asambleas de usuarios, las juntas de explotación, las de obras y las comisiones de desembalses. Completa la ponencia estudiando el fundamento y la estructura, así como los requisitos de esta participación de los usuarios.

4. *Salinización y desarrollo: Regulación legal y efectos socioeconómicos.*—Este problema de la salinización de las aguas no es infrecuente en las regiones de sureste de España y fue abordado por el autor en su ponencia en el Symposium sobre Salinización de Aguas y Suelos en Granada, abril de 1988.

Nos dice EMILIO PÉREZ, como introducción, que en la mayoría de los casos, la causa de la salinización de un suelo será la acumulación de sales contenidas en el agua aplicada para el riego del mismo. Pero habrá que tener en cuenta las plantas que han de cultivarse y las condiciones espe-

ciales del suelo. Agua, suelo y cultivos son los elementos fundamentales del sistema en que se produce este complejo fenómeno de la salinidad en la agricultura.

Estudia la repercusión de los embalses y grandes obras de regulación y la influencia en el tema de las nuevas tecnologías de riego que favorecen la recuperación de los recursos hídricos, para abordar a seguido el tratamiento legal de la cuestión, ordenado a prevenirla y regularla en las planificaciones hidrológicas, como premisas fundamentales para obtener la mejor gestión integral del agua y del suelo.

5. *Leyes y otras normas en torno a crecidas fluviales.*—Las avenidas fluviales y las inundaciones en la cuenca del Mediterráneo suelen ser noticias, a veces dolorosas, que se presentan no pocas veces. En una reunión sobre el particular celebrada en mayo de 1988, en Alicante y Murcia, el autor presentó esta ponencia, en la que analizó de modo cronológico y también sistemáticamente las medidas aplicadas en España desde la Ley de Aguas de 1879 y el Código Civil hasta las actuales sobre prevención de avenidas y las medidas de organización y coordinación, así como las de reparación de daños que se recogen en las Leyes de Aguas y de Protección Civil, ambas de 1985. Concluye resaltando la necesidad de un planteamiento global en la lucha contra las inundaciones y presenta los criterios que, a su juicio, deben adoptarse en el marco de la planificación hidrológica para prevenir y evitar estos daños originados por las crecidas fluviales.

6. *Ventajas e inconvenientes del ejercicio de las distintas opciones de inscripción registral de aprovechamientos de aguas subterráneas.*—De entrada diremos que, naturalmente, no se refiere a la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues aquí no se concibe hablar de inconvenientes y sí sólo de ventajas. Aquí, el autor se refiere, por supuesto, al registro administrativo, haciendo verdadero encaje de bolillos en su intento de obtener alguna efectividad del mismo. Pero él sabe mejor que nadie que su efectividad es bien corta, pues, en todo caso, sólo produce una publicidad noticia, sin posibilidad de atribuir ni defender verdaderas situaciones jurídicas. Claro que el autor sólo hace lo que puede y él no tiene la culpa del lamentable fallo de la Ley de Aguas en esta materia, en la que sus redactores han querido pasar de largo y olvidar al Registro de la Propiedad.

La realidad jurídica es muy otra: Ahí están las verdaderas inscripciones que protegen el uso del agua en el Registro de la Propiedad, en el que realmente confían los agricultores, los cuales no se quedan tranquilos hasta inscribir sus aguas o sus concesiones. Ahí sí que hay ventajas; nunca inconvenientes.

7. *Bosquejo histórico-jurídico de los regadíos españoles.*—Este estudio es la parte jurídica de la comunicación presentada al XIII Congreso Internacional de Riegos en Casablanca 1987, en colaboración con AURELIO RAMÍREZ GALLARDO, que contempló el aspecto técnico.

Dentro de esta faceta jurídica, EMILIO PÉREZ hace un acabado estudio histórico de los regadíos en los pueblos anteriores a la romanización, en la Hispania romana, durante las dominaciones visigoda y musulmana, en la Reconquista y en la Edad Moderna, para analizar más detalladamente los dos siglos precedentes y el actual y señala las perspectivas de futuro. Nos dice que la integración de España en las Comunidades Europeas abre nuevas perspectivas de colaboración en aspectos tecnológicos, legislativos y de gestión que pueden también mejorar nuestros regadíos. Cabe

incluso pensar en una colaboración doctrinal en materias concretas, como la regulación de la administración de los regadíos por las comunidades de usuarios; tienen la misma estructura y naturaleza jurídica consorcial, orígenes muchas veces coetáneos y responden a unos mismos objetivos, por lo que sería posible llegar a planteamientos comunes.

8. *Informe sobre legislación y administración del agua en Guatemala.* Ya hemos dicho que este informe se elaboró para el Banco Mundial y comprende un estudio sobre la situación normativa y orgánica actual de la gestión pública del agua en dicha nación hermana de América, sacando la conclusión de que es necesario y urgente crear allí una eficiente administración del agua con reforma de su legislación.

9. *Presente y futuro de las Confederaciones Hidrográficas.*—Es el texto de una conferencia pronunciada en Murcia el 24 de febrero de 1988. Dice que la configuración actual de las Confederaciones Hidrográficas en la nueva Ley de Aguas responde a defender esta administración de los conflictos de competencias de los distintos órganos, especialmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sabido es que las Confederaciones nacieron en tiempos del General Primo de Rivera, pues ya entonces existían estos conflictos, que ahora se han agudizado con la manía absorbente de esos «Entes» autonómicos que quieren meter su cuchara en todo lo existente. En el Reglamento para la Administración Pública del Agua, que desarrolla los títulos II y III, anunciado por el autor y que ya se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, se regulan la composición y funciones de las Confederaciones.

El autor señala tres aspectos fundamentales en el análisis de la misión de dichas Confederaciones:

- a) La participación de los usuarios en el funcionamiento de los órganos de las Confederaciones.
- b) Su funcionamiento interno y autonomía.
- c) La asunción efectiva de las nuevas competencias que les atribuye la nueva Ley de Aguas.

Como se dice en la presentación del libro, a pesar de la diversidad de las cuestiones estudiadas, hay en el autor una preocupación fundamental, que se concreta en la necesidad de que la ordenación legal y la gestión del agua sean planteadas desde una actitud participativa y solidaria de la Administración y los usuarios de un bien tan necesario para la vida y para todas las actividades humanas.

Y ahora a esperar, no por mucho tiempo, una nueva obra de EMILIO PÉREZ, hombre inasequible al ocio y siempre preocupado de estas cuestiones, que son su vida.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 532-533 (Enero-Febrero 1989)

La Administración de Justicia en Aragón: El Tribunal Superior de Justicia, por LUIS FERNÁNDEZ ALVAREZ, pág. 9.

La ponderación de intereses en la resolución del conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor (a propósito de la última jurisprudencia), por MANUEL JAÉN VALLEJO, pág. 37.

Régimen del proceso civil con elemento extranjero: representación, defensa y asistencia judicial gratuita, por JUAN MARÍA VACA SÁNCHEZ DEI ALAMO, pág. 47.

El derecho de asociación política, por ANA MARÍA JUAN LOZANO, pág. 55.

El dispositivo estructural de la oferta de transportes y la logística de la actividad, por FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 255.

Régimen jurídico de la Corresponsalia en el ámbito del transporte por carretera de viajeros y de mercancías, por FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 259.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero 1989

El derecho a la vida privada. Su regulación y contenido en la legislación y jurisprudencia comparadas, por JULIO CÉSAR RIVERA, págs. 99 a 121.

A propósito del arrendamiento urbano y la hipoteca, por JUAN BOLAS ALFONSO, págs. 122 a 128.

Marzo 1989

Reflexiones en torno a la aplicación del Derecho extranjero, por MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA, págs. 211 a 220.

La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas, por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, págs. 221 a 228.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL
Y AUTONOMICA

Núm. 237 (Enero-Marzo 1988)

- La responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la legislación laboral*, por ALFREDO MONTOYA MELGAR, pág. 797.
- La jurisprudencia contencioso-administrativa de las elecciones municipales generales de 10 de junio de 1987*, por ANTONIO MARTÍNEZ MARTÍN, página 815.
- La evolución del Concejo abierto y su reconocimiento constitucional*, por ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO, pág. 827.
- La suspensión de acuerdos locales ante la jurisdicción contencioso-administrativa: evolución histórica y régimen tras la Ley de 2 de abril de 1985 y el Reglamento de 28 de noviembre de 1986*, por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 853.
- Algunas reflexiones en torno a los bienes comunales*, por ELOY COLOM PIÁZUELO, pág. 863.
- La autonomía local en el marco jurídico internacional europeo*, por ALBERT GALINSOGA JORDA, ANTONIO BLANC ALTEMIR y ANTONIO NOVELL FABREGAT, página 881.
- La Ley alemana de Ratificación del Acta Unica Europea: un paso hacia la federalización de la política europea*, por GEORG RESS, pág. 927.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 111 (Enero-Febrero 1989)

- La legislación urbanística italiana y la experiencia de su aplicación*, por GIANCARLO MENGOLI, pág. 13.
- Sinopsis de la financiación del urbanismo*, por J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 39.
- Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos (Impuesto de Plusvalía)*, por JOSÉ ROCA CLADERA y CARLOS PÉREZ LAMAS, pág. 55.
- La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Su incidencia sobre la facultad de suspensión de los actos de las Corporaciones locales en materia de licencias urbanísticas*, por IGNACIO PEMÁN GAVÍN, pág. 77.
- La iniciativa particular en el planeamiento: doctrina del Tribunal Supremo*, por AMPARO KONINCKX FRASQUET, pág. 97.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 145 (Julio-Septiembre 1988)

- Política exterior pesquera de la CEE*, por RAMÓN DE MIGUEL, pág. 9.
- La aplicación de la política común de pesca en el área mediterránea*, por RAFAEL LOSTADO BOJO y RAMÓN FRANQUESA ARTES, pág. 33.

- Situación y perspectivas de la política de investigación pesquera en la CEE*, por RAFAEL ROBLES PARIENTE, pág. 47.
- El movimiento cooperativo en la agricultura italiana*, por C. NARDONE y A. RUSSI, pág. 63.
- Análisis del comportamiento innovador de los agricultores a través de curvas de difusión*, por ANA CRISTINA GÓMEZ MUÑOZ, pág. 85.
- El papel del servicio de recuperación agrícola en la política agraria de la primera etapa del franquismo*, por ANGEL PANTIAGUA MAZORRA, pág. 107.
- La industria de piensos compuestos en Andalucía. Estructura de empresas y actitud ante el empleo de leguminosas y subproductos*, por JUAN PÉREZ LANZAC, pág. 121.
- Eficiencia técnica de explotaciones lecheras*, por ANTONIO ALVAREZ, JOHN BELKNAP y WILLIAM SAUPE, pág. 143.
- Una metodología para evaluar la depresión socioeconómica a nivel regional. Aplicación al caso español*, por EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN ECONOMÍA REGIONAL, pág. 157.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 125 (Julio-Diciembre 1988)

- Antonio Agustín (1517-1586) y su recolecta in iure canonico*, por A. BERNAL PALACIOS, págs. 487-534.
- La carta circular De processu super matrimonio rato et non consummato. Texto y comentario*, por F. LÓPEZ ZARZUELO, págs. 535-579.
- La autofinanciación de la Iglesia en el acuerdo sobre asuntos económicos. Bases generales*, por J. R. GONZÁLEZ ARMENDÍA, págs. 581-621.
- Una contribución a la teoría de la capacidad psíquica en el negocio jurídico matrimonial a partir del canon 1095*, por V. GUITARTE IZQUIERDO, páginas 623-648.
- El impedimento de edad en el Derecho español*, por E. DIZ PINTADO, páginas 651-671.
- El proceso contencioso oral*, por M. MARTÍNEZ CAVERO, págs. 677-696.
- De los derechos sociales a la acción social. El papel de las Comunidades Autónomas, iglesias y voluntariado social*, por A. MARTÍNEZ BLANCO, páginas 697-707.
- Boletín Bibliográfico de Derecho Canónico y Eclesiástico del año 1987*, por EL CONSEJO DE DIRECCIÓN, págs. 709-765.

NOTICIAS CEE

Núm. 50 (Marzo 1989)

- Intervención del Presidente del Gobierno en Les Grandes Conférences Catholiques*, por FELIPE GONZÁLEZ MÁRQUEZ, pág. 11.
- Presentación del programa español ante el Parlamento Europeo*, por FRANCISCO FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, pág. 19.
- La jurisdicción consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por MANUEL DÍAZ DE VELASCO VALLEJO, pág. 37.

- La reordenación del sistema jurisdiccional comunitario: la creación del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 45.
- Informe sobre el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, por BLANCA PASTOR BORGONÓN, pág. 49.
- La calificación de las medidas coactivas en la CEE por su incidencia económica*, por CÉSAR ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, pág. 67.
- El nuevo sistema de recursos propios de la CEE*, por ALBERTO MARTÍNEZ GENIQUE, pág. 75.
- Competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988*, por ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ, pág. 93.
- El desarrollo en Italia de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el efectivo ejercicio de la libre prestación de servicios por parte de los Abogados*, por CLAUDIO BISCARETTI DI RUFFIA, pág. 105.
- La libre circulación de mercancías en la CEE y la Ley alemana sobre la pureza de la cerveza*, por FAUSTO CAPELLI, pág. 119.
- Los arrendamientos de locales por las Administraciones Públicas y el Impuesto sobre el Valor Añadido*, por RAMÓN FALCÓN Y TELLA, pág. 123.
- Anulación de la resolución de la Comisión por falta de motivación*, por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 129.

Núm. 51 (Abril 1989)

- Reflexiones sobre el Acta Unica Europea: especial consideración de su tratamiento en lo que concierne al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por JUAN J. GONZÁLEZ RIVAS, pág. 11.
- El Acta Unica Europea y el Tribunal de Justicia*, por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 19.
- El Acta Unica Europea y el marco jurídico de la política de la CEE sobre investigación y desarrollo tecnológico*, por MANUEL BOTANA AGRA, pág. 31.
- La política de protección de los consumidores; sus fundamentos y las perspectivas que derivan del Libro Blanco y del Acta Unica*, por MARÍA PAZ DÍAZ CREMADES, pág. 41.
- La cohesión económica y social en el Acta Unica Europea*, por ENRIQUE GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 47.
- La integración monetaria y el Acta Unica Europea*, por MARÍA JOSEFA MOLINA REQUENA, pág. 57.
- El ambiente y el Acta Unica Europea*, por RAMÓN MARTÍN MATEO, pág. 69.
- El Acta Unica Europea y el Cuarto Programa Ambiental de la Comunidad Europea (1987-1992)*, por DIONISIO SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA, pág. 77.
- La protección del medio ambiente en el Acta Unica Europea*, por NILA TORRES UGENA, pág. 93.
- La adhesión a la CEE. Doctrina del Tribunal de Justicia*, por MARTA ARPIO SANTACRUZ, pág. 109.
- Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios de Abogados*, por JOSÉ MARÍA DE DIOS, pág. 119.
- Fuerza mayor. Interpretación restrictiva*, por JOSÉ J. OLIVARES D'ANGELO, página 127.

1

1

.