

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIV • Julio-Agosto 1988 • Núm. 587

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
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

Págs.

ESTUDIOS:

«La Agrupación Europea de Interés Económico: Naturaleza, función y régimen», por ANTONIO PAU PEDRÓN	1181
«Emisión de obligaciones por una sociedad española en el extranjero y su inscripción en el Registro Mercantil español», por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ	1247
«Ampliación de capital con cargo a cuentas de actualización. Calificación registral», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POÓO	1257

DICTAMENES Y NOTAS:

«Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad», por EMILIANO CANO FERNÁNDEZ	1277
---	------

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1337
---	------

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1349
II. Resoluciones de la Dirección General, por PEDRO AVILA ALVAREZ y JOSÉ M.ª QUINTANA PETRUS	1359
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho civil:	
b) Obligaciones y contratos, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ.	1383
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1439
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1445

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Estudios de Derecho marítimo», de IGNACIO ARROYO, por RAÚL BRAVO VOCOS	1453
«Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos», de JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1459
«Práctica procesal civil, constitucional y comunitaria», de MANUEL NAVARRO HERNÁN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1462
«El proceso formativo del Derecho comunitario derivado», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por MANUEL CASERO MEJÍAS	1465
«Derecho inmobiliario registral o hipotecario», de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1467
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1475

ESTUDIOS

La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen

SUMARIO: I. NATURALEZA JURIDICA DE LA AGRUPACION EUROPEA DE INTERES ECONOMICO.—II. SU FUNCION Y CARACTERES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS EUROPEOS: A) *Función*. B) *Figuras funcionalmente próximas del Derecho comunitario: grupos de sociedades, Sociedad Anónima Europea*. C) *Caracteres*. D) *Precedentes y figuras afines de los Derechos europeos*: 1. Grupos de interés económico (Derecho francés). 2. Consorcio (Derecho italiano). 3. Agrupaciones de empresas (Derecho español).—III. REGIMEN JURIDICO DE LA AGRUPACION EUROPEA DE INTERES ECONOMICO: A) *La agrupación como contrato y como ente*. B) *Los miembros*. C) *Los órganos*. D) *Publicidad registral*. E) *Fiscalidad de las agrupaciones*. F) *Agrupaciones y normas comunitarias sobre competencia*. IV. LOS REENVÍOS AL DERECHO NACIONAL. BIBLIOGRAFIA MONOGRAFICA SOBRE LA AGRUPACION EUROPEA DE INTERES ECONOMICO: a) *Anterior a la aprobación del Reglamento*. b) *Posterior a la aprobación del Reglamento*.

I. NATURALEZA JURIDICA DE LA AGRUPACION EUROPEA DE INTERES ECONOMICO

La figura de la agrupación europea de interés económico se resiste a una calificación jurídica apresurada. Aun prescindiendo de los rasgos que la singularizan en el contexto del Derecho comunitario (1), no es fácil perfilar su naturaleza concreta. La vitalidad del tráfico empresarial está dejando al legislador, e incluso al investigador, en una posición rezagada; esta apreciación se contrasta observando los variados

(1) Véase, *infra*, el apartado II, C) *Caracteres*.

fenómenos asociativos de empresas, desde el aspecto contractual (2) al estructural (3): ententes (4), grupos fácticos y contractuales e incluso las más recientes *joint ventures* (5) se han convertido en los protagonistas de la vida económica y carecen de regulación jurídica o sólo la tienen a limitados efectos contables y tributarios. Si esas figuras no han recibido aún —al menos entre nosotros— el tratamiento doctrinal adecuado, esto ocurre respecto de la agrupación europea con mayor agudeza, aunque también con mayor razón: si los trabajos preparatorios comenzaron en el seno de la Comisión de las Comunidades en el año 1972, la aprobación del reglamento de agrupaciones no ha tenido lugar hasta 1985.

Tres puntos de ese reglamento tienen, a mi juicio, especial relevancia a efectos de precisar el carácter o la naturaleza de la agrupación europea. El primero es el párrafo tercero del artículo 1.º, que deja al

(2) Una visión general de los contratos asociativos de empresas se ofrece en B. MERCADAL y P. JANIN: *Les contrats de coopération inter-entreprises*, París, 1974, donde se elabora una teoría general de este tipo de contratos —formación, desarrollo, extinción— y se analizan diez especies concretas del mismo. Con referencia particular a los contratos generadores de grupos societarios puede verse: C. CHAMPAUD: «Les méthodes de groupement des sociétés», *RTDC*, año 1967, donde se distingue entre contratos de unión y de integración, y se analizan, como problemas fundamentales de los mismos los de interpretación y duración. Especial interés tiene el estudio de L. A. BIANCHI: «I 'contratti di impresa' (*Unternehmensverträge*) del diritto dei gruppi tedesco: valutazioni i problemi», *Riv. Soc.*, año 1984, págs. 989 y sigs., porque se refiere al único ordenamiento europeo (dejando al margen la referencia del art. 2.359 del Código italiano) que regula los contratos organizativos del grupo, con dos variedades: contrato de dominación y contrato de cesión de beneficios (*Beherrschungsvertrag* y *Gewinnabführungsvertrag*), regulados ambos en el párrafo 291 de la *AktG*.

(3) Es ya clásica la sistematización de C. CHAMPAUD: *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, París, 1962, especialmente en relación con los grupos industriales, donde distingue (págs. 213 y sigs.) entre grupos de participación radial, piradimal y circular. Parte de estos conceptos, aunque amplía las clasificaciones el valioso estudio de J. DUQUE: «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas», publicado en el *Libro-homenaje a R. M. Roca Sastre*, Madrid, 1976, pág. 525.

(4) Sobre estructura y funcionamiento de la entente, así como sus relaciones internas y externas, todo ello en un amplio estudio comparativo, trata la reciente obra de L. VOGEL: *Droit de la concurrence et concentration économique*, París, 1988.

(5) El estudio más amplio sobre el tema es la obra de D. BONVICINI: *Le «Joint Ventures»: tecnica giuridica e prassi societaria*, Milán, 1977, en la que tiene particular interés, a los efectos del presente estudio, la diferenciación de esta figura con las diversas fórmulas asociativas de empresas, y entre ellas la agrupación europea de interés económico (págs. 85 y sigs.). De menor valor doctrinal, aunque con interesantes aportaciones económicas y prácticas, es el libro de L. O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les association d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, París, 1986. Entre nosotros: A. RODRÍGUEZ ALVAREZ: «El 'Joint Venture'», *Rev. Impuestos*, tomo I, de 1986, pág. 516, y en la aceptación más restringida de la expresión inglesa: J. F. DUQUE: «El posible encuadramiento de las llamadas empresas o filiales comunes en los grupos de empresas», en *Estudios en honor de Batlle*, Madrid, 1978, pág. 289.

arbitrio de los Estados miembros —de cada uno de ellos, en el momento de elaborar la normativa interna de desarrollo (6)— la determinación de si las agrupaciones han de tener o no personalidad jurídica. El segundo es el párrafo primero del artículo 3.º, que después de afirmar que la finalidad de la agrupación es la de facilitar la actividad económica de sus miembros o incrementar los resultados de tal actividad —careciendo, pues, de fin lucrativo propio—, caracteriza la función del ente colectivo como «vinculada» y «auxiliar». El tercero es el párrafo primero del artículo 24, que sienta la regla de responsabilidad solidaria e indefinida de los miembros de la agrupación por las deudas de ésta.

En la doctrina alemana, dos autores que conocen por especial proximidad la agrupación europea mantienen criterios distintos sobre la naturaleza de la nueva figura. Para K. GLEICHMANN (7), miembro de la Comisión de las Comunidades, presidente del grupo de trabajo que elaboró el reglamento y ahora del comité de contacto instaurado por el artículo 42 de aquél, se trata de un instrumento de cooperación empresarial no societario, próximo a la cooperativa: «la agrupación es un medio a través del cual se desarrolla la cooperación. Se parte, pues, de que los miembros desarrollan actividades a las que favorece la colaboración. Aquí reside la diferencia esencial con otras formas societarias: éstas pueden ser fundadas para la consecución de un fin económico que no tenga relación alguna con la actividad de los miembros. La actividad de la agrupación debe tener siempre relación con la actividad de los miembros». «Esta determinación del fin (*Zweckbestimmung*) —añade más adelante— constituye una disposición central de la regulación. Tiene carácter imperativo. Su tenor es, sin embargo, tan amplio, que deja un gran espacio a la colaboración empresarial que pueda desarrollarse por medio de este instrumento. En especial, el concepto de «actividad auxiliar» del artículo 3.º, párrafo 1.º, no debe ser objeto de una interpretación excesivamente restringida. Este concepto no debe significar que la agrupación de intereses sólo pueda realizar algo secundario e incidental. Quiere más bien subrayar la necesaria vinculación entre la actividad de los miembros de la empresa y la actividad de la agrupación, y poner de relieve que el fin de la agrupación

(6) Sobre el desarrollo de las normas comunitarias, las competencias que para realizarlo corresponden a los Estados miembros y las instituciones europeas y los diversos procedimientos existentes, puede verse A. PAU PEDRÓN: *El proceso formativo del Derecho comunitario derivado*, Madrid, 1988, cap. I de la segunda parte, págs. 143 y sigs.

(7) K. GLEICHMANN: «Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung». en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, año 1985, página 635.

está orientado a la mejora, la facilitación, el desarrollo o el incremento de la actividad económica de los miembros».

J. GANSKE (8), presidente de la delegación alemana, tanto en el grupo de trabajo que redactó el reglamento como del posterior comité de contacto, considera que la agrupación europea de interés económico puede asimilarse a la sociedad colectiva. «La agrupación europea de interés económico —escribe este autor—, como forma empresarial concebida de manera simple y flexible (*als eine einfache und flexibel konzipierte Unternehmensform*), ha de ser un instrumento auxiliar de las actividades económicas de sus miembros, que favorezca esas actividades. En pocas palabras, la agrupación europea de interés económico puede calificarse, desde la perspectiva alemana, como «sociedades colectivas con organicismo de terceros» (*«offene Handelsgesellschaft mit Fremdgeschäftsführung»*).

En una posición peculiar se sitúa A. MEYER-LANDRUT (9), que califica la agrupación de interés como nueva forma jurídica del Derecho de sociedades, negando no sólo la posibilidad de asimilación de aquélla a cualquier figura conocida por el Derecho alemán, sino incluso la posibilidad de señalar de una estructura societaria más amplia que, en cumplimiento artículo 2.º del Reglamento, pudiera determinar el régimen supletorio interno. A juicio de este autor existe una conexión múltiple (*vielfältigste Heranziehung*) entre la agrupación europea y el Ordenamiento nacional, de manera que en cada punto concreto no previsto por la norma comunitaria debe aplicarse la regla del Derecho alemán más próxima al contexto concreto donde se observa la laguna de Derecho comunitario. En unos casos se tratará de preceptos del *HGB*, pero en otros del Código Civil; entre las leyes especiales que el autor considera aplicables a los problemas concretos que examina a lo largo del estudio destaca, por la frecuencia de su invocación, la de sociedades de responsabilidad limitada (*GmbH*).

En la misma doctrina, aunque examinando la agrupación desde la perspectiva fiscal, se han mantenido criterios distintos de los expuestos. Así, para H. KRABBE (10), aunque la figura europea podría en principio englobarse en la categoría genérica de las *Mitunternehmenschaften*, que

(8) J. GANSKE: «Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) — eine neue 'supranationale' Unternehmensform als Kooperationsinstrument in der Europäischen Gemeinschaft», en *Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht*, año 1985, pág. 2.

(9) A. MEYER-LANDRUT: «Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV). Eine neue Gesellschaftsform europäischen Rechts», en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, año 1986, pág. 107.

(10) H. KRABBE: «Steuerliche Behandlung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung aus deutscher Sicht», en *Der Betrieb*, año 1985, pág. 2585.

regula la Ley del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuergesetz*), pues el Reglamento europeo prevé la posibilidad de que exista ganancia repartible (art. 21), la ausencia de ánimo de lucro (*Gewinnerzielungsabsicht*) que impone el mismo Reglamento (art. 3.º) obliga a abandonar esa posible calificación, debiendo recurrirse a la idea de que la agrupación de intereses es una sociedad civil, configurada como instrumento de cooperación y carente de ánimo de lucro propio (*eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, die als Kooperationsinstrument von Unternehmen gegründet wird, aber selbst keine Gewinnerzielungsabsicht hat*). Menor preocupación por el encuadramiento sistemático de la agrupación manifiesta E. HAUG-ADRION (11), que se limita a calificarla como sociedad personalista.

La doctrina francesa no se ha ocupado apenas del carácter de la agrupación europea, sin duda por la innecesidad de reproducir las opiniones vertidas en torno a los grupos de interés del Derecho interno (12), en los que confesadamente se inspira la regulación comunitaria (13). Por otro lado, el problema de la figura que cubra las lagunas de la regulación común ya se había resuelto por la doctrina y ahora lo hace el *Projet de loi relatif au groupement européen d'intérêt économique*, mediante remisiones puntuales a la figura próxima del Derecho interno (artículos 5.º, 9.º, 10, 12 y 13). Con referencia a la figura europea insisten los autores franceses en su proximidad a la sociedad cooperativa. Antes de la aprobación del Reglamento lo había indicado J. DE PUIFERRAT (14), y han abundado en ello más recientemente S. ISRAËL (15), J. GUYENOT y M. GALIMARD (16) y P. WOODLAND (17). No

(11) E. HAUG-ADRION: «Zur ertragsteuerlichen Behandlung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung, en *GmbHR*, año 1985, pág. 337.

(12) Véase, *infra*, apartado II, D), 1. Grupos de interés económico (*Derecho francés*), especialmente notas 85 a 91.

(13) Europe Documents: *note des services du Conseil Communautaire*, número 1.367, 2 de agosto de 1985, pág. 1. También, S. ISRAËL: «Une avancée du droit communautaire: le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)», en *Revue du Marché Commun*, núm. 292, año 1985, pág. 645, y A. PÉTÉLAUD: «La construction de la Communauté Européenne et le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)», en *Revue des Sociétés*, año 1986, pág. 192, entre otros muchos autores que han participado en la redacción del Reglamento comunitario.

(14) J. DE PUIFERRAT: «Vers l'institution d'un groupement européen de coopération», en *Revue du Marché Commun*, año 1983, pág. 424: «Esta concepción tiene un cierto parentesco con la idea que inspiran las sociedades cooperativas. A diferencia de estas últimas, la estructura de la agrupación es más ligera y flexible, con el fin de dar a los miembros la libertad más amplia posible al organizar su cooperación».

(15) S. ISRAËL: «Une avancée du droit communautaire...», cit, pág. 645.

(16) J. GUYENOT y P. GALIMARD: «Le groupement européen d'intérêt économique», en *Journal des notaires et des avocats et journal du notariat. Doctrine et pratique notariale*, año 1985, pág. 1401.

(17) P. WOODLAND: «Le groupement européen d'intérêt économique: le regain

puede ignorarse que la idea de cooperación estaba presente en los proyectos de 1973 y 1978, primero y segundo, respectivamente, de los elaborados por la Comisión sobre la agrupación europea, hasta el punto de llevar como título el de *groupement européen de coopération*, título abandonado para evitar una posible confusión con el proyectado Estatuto de la cooperativa europea.

Aunque reconoce que, en términos generales, la agrupación de interés constituye un instrumento de cooperación interempresarial, el italiano V. PROTO (18) sitúa a la figura europea en un punto intermedio entre las sociedades personalistas y el *consorzio*, reconociendo su singularidad y afirmando que constituye «un microsistema, un cuerpo autónomo de principios y de prescripciones con unidad lógica propia». La originalidad de la agrupación de interés en el marco del Derecho italiano reclama, a su juicio, una particular atención en la elaboración de las normas internas complementarias, «que respete la unidad lógica de la agrupación europea de interés económico en el marco institucional». De todo ello deduce la consecuencia de limitar el contenido de los Reglamentos nacionales de aplicación: se evitarían así las colisiones en que necesariamente prevalecería el Reglamento europeo y se mantendría la necesaria unidad hermenéutica frente a posible antinomias de los particulares textos nacionales.

Entre nosotros, el Profesor M. SACRISTÁN REPRESA, único autor que se ha ocupado hasta el momento de la agrupación europea de interés económico (19), reconociendo que la idea de «cooperación» sirve, incluso paradigmáticamente, para calificar el soporte fundamental del fenómeno, la considera «una figura ampliamente asociativa o societaria» que —tratando desde la perspectiva conceptual de matizar la calificación— la concibe como sociedad en sentido amplio, y, con vistas a precisar el esquema de régimen que pudiera servir como complementario, se inclina por el de la sociedad civil o el de la asociación. No obstante, manteniendo en este último punto un criterio pluralista análogo al defendido por A. MEYER-LANDRUT en la doctrina alemana, que se ha expuesto páginas atrás, afirma que «en favor de una solución plural obran dos tipos de razones que se combinan de forma que resulta de su enunciado. Por un lado, dada la amplitud de los fines que puede perseguir

du modèle français offre aux entreprises de la CEE un futur instrument de coopération», en *La Semaine Juridique*, año 1986, núm. 3.247, núm. 3.

(18) V. PROTO: «Il gruppo europeo d'interesse economico: uno strumento di cooperazione comunitario», en *Il Foro italiano*, año 1987, pág. 278.

(19) M. SACRISTÁN REPRESA: «La agrupación europea de interés económico (Antecedentes y caracterización)», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, 1987, pág. 831.

una AEIE es posible que, en razón del objeto, unas puedan considerarse como sometidas al estatuto del empresario y otras no, con lo que mientras en unos casos sería posible recurrir al régimen que resultase más adecuado a la noción amplia de sociedad de entre los dos citados, en otro sería necesario acudir a alguno de los regímenes de sociedad mercantil. Por otro, el hecho de que en la configuración del régimen de la AEIE... se combinan un núcleo fundamental de reglas propias de las sociedades personalistas con algunas inspiradas en el régimen de las de capitales, parece aconsejable recurrir a regímenes diversos según la fuente de inspiración del aspecto que se trate de completar». No obstante la preferencia del autor por la solución pluralista al problema de la fuente supletoria, termina afirmando, quizá por reconocer la dificultad de que un texto positivo precise fuentes supletorias diversas, según los diversos aspectos, que «el tipo social al que será preciso recurrir para integrar coherentemente el régimen contenido en el mismo es básicamente el de la sociedad colectiva».

Este panorama de los criterios mantenidos en orden a la naturaleza de la agrupación de interés debe completarse con el sostenido por el propio legislador europeo. Su posición es clara: no se trata de una sociedad. Según indica en el considerando quinto del Reglamento de 1985, «la agrupación se distingue de una sociedad principalmente por su objetivo, que es únicamente el de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros para permitirles mejorar sus propios resultados». No es sin duda casual que K. GLEICHMANN, que tan importante papel ha desarrollado en la elaboración del texto comunitario, afirme (20) que el concepto de cooperación (*Kooperation, Zusammenarbeit*), además de constituir la diferencia esencial de las agrupaciones de interés con las múltiples formas societarias, suponga, en cuanto determinación del fin (*Zweckbestimmung*), el concepto central de la regulación.

A mi juicio, la agrupación de interés económico debe enmarcarse en el *genus proximus* de la asociación entendida en sentido amplio, tal como ha sido perfilada entre nosotros por J. DUQUE (21): como la forma de agrupación más general puesta por el ordeamiento jurídico a disposición de los particulares con el propósito de que puedan realizarse fines de carácter común a través de la cooperación o colaboración de varias personas. Dentro de este género, las diversas figuras que abarca tienen su *differentia specifica*: así, repartir beneficios entre los socios,

(20) K. GLEICHMANN: «Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung», cit., página 635.

(21) J. F. DUQUE: «Société, association et entreprise en droit espagnol», en la obra colectiva *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, Milán, 1968, I, pág. 68.

la sociedad civil; obtener un lucro, la sociedad mercantil. La agrupación de interés económico supone, dentro de su género, una asociación de tipo consorcial. La distinción entre «causa societaria» y «causa lucrativa», de un lado, y «causa consorcial», de otro, ha sido objeto de un fecundo tratamiento doctrinal en Italia, aun antes de que la figura del *consorzio* fuese incorporada al Código Civil de 1942 (22). Con posterioridad, P. GRECO (23) cifró la particularidad del consorcio en tratarse de una asociación en que cada miembro desarrolla su actividad de modo autónomo. Recientemente, G. MARASÁ (24) ha sometido la «causa consorcial» a un riguroso análisis.

Afirma este autor que «consorcio y sociedad son dos contratos asociativos causalmente inconfundibles». Los rasgos que configuran el consorcio son los siguientes: realizar una actividad distinta, aunque auxiliar, de la de los miembros; desarrollar una actividad de carácter económico; no perseguir la obtención de un lucro en sentido técnico: pueden resultar sobranes o superávit como resultado de la gestión, si las contribuciones u otros ingresos exceden de los costes, pero aquellos conceptos no se califican propiamente como beneficio repartible. En síntesis, la actividad principal del consorcio ha de desarrollarse en beneficio mutuo, mientras que la actividad orientada hacia el mercado, susceptible de producir beneficios en sentido estricto, ha de tener carácter meramente accesorio, es decir, ha de desarrollarse en tanto en cuanto lo exija aquélla. Si se abandona la primera actividad y se desarrolla sólo la segunda, la figura se desnaturaliza, y el consorcio pasa a sociedad, eventualmente irregular (25).

Pues bien, los rasgos enunciados, que perfilan la asociación especial de tipo consorcial están presentes en los artículos que hemos indicado como particularmente relevantes en la determinación del carácter o naturaleza de la asociación de intereses, y son corroborados por otros preceptos del Reglamento. Así, la realización de una actividad distinta y auxiliar respecto de los miembros se exige con rigor en el artículo 3.º: «su actividad debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y sólo puede tener un carácter auxiliar con respecto a ésta». El

(22) Entre otros, deben destacarse, CARNELUTTI: «Natura giuridica dei consorzi industriali», en *Rivista di diritto commerciale*, año 1939, pág. 1, y AULETTA: «Conorzi commerciali», en *Nouvo Digesto Italiano*, Turín, 1938, pág. 14.

(23) P. GRECO: *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Turín, 1959, pág. 14.

(24) G. MARASÁ: *Le «società» senza scopo di lucro*, Milán, 1984, pág. 205. Este es el criterio que mantiene también, desde el Derecho positivo, el artículo 15 del Decreto portugués de 1973, regulador de los *agrupamentos complementares de empresas*, figura que reviste la misma naturaleza que la agrupación europea. Véase nota 81.

(25) ASCARELLI: *Conorzi volontari*, cit. por G. MARASÁ, *op. ult., cit.*, pág. 218.

considerando quinto del preámbulo extrae la conclusión de que «debido a este carácter auxiliar, la actividad de la agrupación debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y no sustituir a ésta y, en esta medida, por ejemplo, la agrupación no podrá, por sí misma, ejercer, frente a terceros, una profesión liberal». Consecuencias de este carácter auxiliar de la actividad de la agrupación son también las que J. GANSKE (26) llama *Konzernleitungsvebot* y *Holdingverbot*, y que se expresan en el apartado 2.º del artículo 3.º del Reglamento comunitario: la agrupación no puede ejercer, directa o indirectamente, el poder de dirección o de control de las actividades propias de sus miembros o de las actividades de otra empresa, ni poseer, directa o indirectamente ninguna participación o acción en una empresa miembro. La primera prohibición incluye, a mi juicio, toda forma de dominación, tanto contractual como fáctica, y entiendo que, de darse esta última, cabría neutralizar la prohibición reglamentaria a través de lo que la doctrina alemana denomina «contrato de exclusión de dependencia» o *Abhängigkeitsausschlussvertrag*. En cuanto a la segunda prohibición tiene, a diferencia de la primera, un carácter relativo, pues la posesión de acciones de otra empresa es posible en la medida en que sea necesaria para alcanzar el objetivo de la agrupación «y si tiene lugar por cuenta de sus miembros», inciso que parece indicar que, tanto si la agrupación tiene o no personalidad jurídica, la titularidad de las participaciones o acciones debe corresponder a los miembros.

La precisión del alcance que deba darse al carácter «auxiliar» que ha de revestir la actividad de la agrupación tiene gran importancia práctica, porque de ella depende la utilidad real de la figura. Se plantea en primer lugar el problema de la posible coincidencia entre la actividad de los miembros y la actividad de la agrupación. Como advierte J. GANSKE (27), si una empresa se dedica estatutariamente a la venta de determinadas mercancías, no podrá integrarse en una agrupación que se dedique estatutariamente a la misma actividad: ésta carecería entonces de carácter auxiliar. La amplitud del objeto de los miembros influye, pues, en la posibilidad de utilizar la agrupación europea para determinados fines, como indica M. SACRISTÁN (28).

Esta interpretación no puede mantenerse. Aun dándose coincidencia de objetos, si se produce el efecto auxiliar debe reconocerse la licitud de la agrupación. «El carácter auxiliar de las actividades de la agrupación europea de interés económico no constituye una nueva limitación

(26) J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*., cit., página 3.

(27) J. GANSKE, *ibidem*.

(28) M. SACRISTÁN REPRESA: *La agrupación europea de interés económico...*, cit., pág. 827.

general —escribe S. ISRAËL (29), después de referirse al carácter «vinculado» que impone el mismo artículo 3.º—. Esta expresión sólo ha sido utilizada para indicar, de manera diferente, el vínculo que debe necesariamente existir y subsistir entre la actividad de la agrupación y la de sus miembros». Y añade en nota: «El artículo 3.º, párrafo 1.º, podría haberse limitado, en efecto, a la primera frase, tomada, por otra parte, del texto de la ordenanza francesa. La comprensión y la aceptación, a nivel comunitario, de un concepto conocido por el Derecho de un solo Estado miembro necesita a veces de cierto desarrollo en el texto mismo o en la exposición de motivos». Otra interpretación auténtica —pues su autor ha participado, como el anterior, en la redacción del texto comunitario— de la expresión auxiliar, la hace K. GLEICHMANN (30), afirmando que no implica de ningún modo accesoriedad. «Actividad auxiliar debe interpretarse en el sentido de actividad colaboradora» (31).

Un caso repetidamente planteado por los autores (32), que revela la posible coincidencia de fines entre agrupación y miembros es el de la realización de grandes obras de construcción que exceden de las posibilidades de una sola empresa. Discutido en la reunión del comité de contacto celebrado en Bruselas el 22 de octubre de 1986, se reconoció, con asentimiento de la Comisión, la licitud del supuesto y su adecuación al Reglamento europeo. En el acta de la sesión se consignó, además, que «el empleo de la palabra 'auxiliar' se está interpretando en algunos casos de manera demasiado restrictiva por los medios económicos, por ejemplo, en el sentido de 'secundario' o 'de menor importancia', lo que limita excesivamente el alcance de las actividades previstas para las agrupaciones europeas». Y se añade más adelante que debe mantenerse «una interpretación más amplia, según la cual una agrupación europea de interés económico puede realizar toda clase de actividades a condición de que no sustituya a sus miembros en todas sus actividades o continúe realizando una actividad completamente independiente que no tenga ninguna relación con las actividades de sus miembros».

Estas precisiones no excluyen, sin embargo, la necesidad, que pone

(29) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 646.

(30) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, cit., página 635.

(31) K. GLEICHMANN: *op. ult. cit.*, pág. 636: «Hilfstätigkeit ist daher im Sinne von helfender Tätigkeit auszulegen».

(32) M. SACRISTÁN REPESA: *La agrupación europea...*, cit., pág. 827; J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*, cit., pág. 3; H. GOEDERT: «Un nouvel instrument juridique: le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)», en *Diagonales à travers le droit luxembourgeois. Livre jubilaire de la Conférence Saint-Yves*, Luxemburgo, 1986, pág. 206.

de relieve J. GANSKE (33), de que la práctica y la jurisprudencia concreten el alcance que deba darse al concepto de actividad auxiliar.

El segundo rasgo que ha de concurrir en la asociación de tipo consorcial es el desarrollo de una actividad de carácter económico. Aunque resulta innegable que aparece en la agrupación europea, se trata, a la vista del Reglamento de 1985, de un simple efecto reflejo de la actividad de sus miembros. En ningún punto del articulado se afirma que la agrupación ha de desarrollar una función económica. Sólo del rasgo de la «vinculación» puede desprenderse el carácter económico de la actividad. La aclaración del quinto considerando de la exposición de motivos —«la noción de actividad económica deberá interpretarse en su más amplio sentido»— está referida a la actividad de los miembros y no de la agrupación.

Se ha planteado en este punto el problema de la posible participación en agrupaciones europeas de asociaciones sin ánimo de lucro. La perspectiva de organizar determinadas actividades comunitarias de investigación tecnológica —los programas ESPRIT, BRITE, etc.— por la vía de las agrupaciones ha agudizado el interés del problema. Suscitado en la reunión del comité de contacto celebrada en Bruselas el 21 de octubre de 1987, las delegaciones reconocieron unánimemente la conveniencia de una interpretación amplia del Reglamento, con vistas a fomentar la cooperación internacional, y en base a la posibilidad de que sean miembros de una agrupación europea no sólo las sociedades, sino también «los demás entes jurídicos de Derecho público o privado, constituidos de conformidad con la legislación de un Estado miembro» (art. 4.º) (34). En todo caso, si por disposición expresa de un ordenamiento nacional se prohíbe que las asociaciones sin ánimo de lucro desarrollen una actividad económica, aun entendida en sentido amplio —como sucede en Bélgica y Luxemburgo—, cabe la exclusión unilateral en base al apartado segundo del artículo 41 (35).

El tercer rasgo propio de la asociación de tipo consorcial es la ausencia de ánimo de lucro. La agrupación de interés se orienta a «mejorar o incrementar los resultados de la actividad de sus miembros; (su finalidad) no es la de realizar beneficios para sí misma» (art. 3.º). La inter-

(33) J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung* ..., cit., página 3.

(34) Comisión de las Comunidades Europeas. Dirección General de Instituciones Financieras y Derecho de Sociedades: *Acta de la reunión de 21 de octubre de 1987 del Comité de Contacto sobre la Agrupación Europea de Interés Económico*, pág. 8. Esta solución estaba también en la mente del legislador europeo, como lo prueba K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, cit., pág. 638. En contra de aquélla se manifiestan J. GUYENOT y P. GALIMARD: *Le groupement européen d'intérêt économique*, cit., pág. 1402.

(35) Véase el considerando sexto del preámbulo.

pretación habitual entre los autores (36) niega el carácter imperativo de este inciso: la agrupación puede obtener beneficios; no puede, sin embargo, perseguirlos como fin propio. Parece claro que, de darse este último supuesto, actuaría el artículo 32 del Reglamento, y el Juez nacional, a instancia de las personas a quienes el mismo artículo legitima, debería declarar la disolución de la agrupación. La distinción entre fin lucrativo —prohibido por el Reglamento aun no consignado aquél estatutariamente— y obtención habitual de beneficios por sí misma —no prohibido por el Reglamento— no tiene, sin embargo, un límite preciso.

El reparto de los eventuales beneficios ha de hacerse en la proporción prevista en el contrato de agrupación o, a falta de tal previsión, por partes iguales, según el artículo 21 del Reglamento. Nada se indica sobre el momento en que deba hacerse el reparto de los beneficios. Según J. GANSKE (37), la cuestión debe resolverse por el Derecho nacional subsidiario. G. MARASÀ (38) entiende que en la asociación de tipo consorcial «debe estar siempre ausente la división de los beneficios en los tres momentos (terminación del ejercicio periódico, disolución parcial y liquidación) en los que los miembros podrían apropiarse de los beneficios obtenidos con la actividad desarrollada hacia los terceros». El Reglamento de 1985 prevé, para los casos de separación y exclusión, la entrega de la parte que le corresponda en el patrimonio de la agrupación (art. 33), precepto en el que va implícita la atribución de los beneficios que corresponda al miembro saliente. En el caso de disolución y liquidación parece que debe llegarse a la misma consecuencia, a la vista de la remisión a los Derechos nacionales que realiza el artículo 35, 2. Sólo podría dudarse de la licitud de la cláusula estatutaria de reparto periódico de beneficios, en cuanto pudiera entrañar una declaración de fin lucrativo propio. La cuestión debe resolverse, sin embargo, atendiendo a esta previsión del fin, y a la distinción, antes apuntada, entre fin lucrativo y obtención habitual de beneficios. Si únicamente se tratase de este último supuesto, no parece rechazable la previsión de reparto periódico. El Reglamento no impone el reparto inmediato y prevé, por otra parte, que la agrupación pueda ser titular de un patrimonio.

(36) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 646; K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, cit., pág. 645; H. KRABBE: *Steuerliche Behandlung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung...*, cit., pág. 2586.

(37) J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*, cit., página 6.

(38) G. MARASÀ: *Le «società» senza scopo li lucro*, cit., pág. 243.

II. SU FUNCION Y CARACTERES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS EUROPEOS

A) FUNCIÓN

El desarrollo del Derecho comunitario de sociedades responde a una doble finalidad, ínsita en el marco constitucional europeo: la extensión de la libertad de establecimiento a las personas jurídicas, de un lado, y la facilitación de las operaciones de concentración y cooperación, de otro. La primera tiene una consagración general en el artículo 54, 3, g), del Tratado de Roma. La segunda sólo tiene reflejos concretos, como el artículo 220, en que se prevén las fusiones internacionales. Para aplicarla a supuestos distintos, el legislador europeo ha recurrido a la autorización amplia del artículo 235 del Tratado, que contiene la llamada *Vertragsergänzungsklausel* o poder de integración (39); se autoriza a la Comunidad para sobrepasar los poderes expresamente previstos en el Tratado, pero se exige un acuerdo unánime de los Estados miembros.

Sin embargo, la ausencia de una norma concreta sobre la colaboración empresarial ha limitado la actividad legislativa europea en ese sentido. De ahí que, tanto el Consejo como la Comisión, hayan manifestado recientemente la necesidad de impulsarla. El primero, en declaración de 30 de marzo de 1985, ha puesto de relieve la necesidad de «crear un entorno más propicio para el estímulo de la empresa» con vistas a la efectividad de un gran mercado único. La segunda ha reconocido, en su documento la consecución del mercado interior (40), «la falta de un marco jurídico comunitario que favorezca la actividad transfronteriza de las empresas y la cooperación entre empresas de distintos Estados miembros», subrayando que tal cooperación «sigue obstaculizada por excesivos problemas jurídicos, fiscales y administrativos». Las consecuencias de esta apreciación común de las instituciones comunitarias fueron inmediatas: el Consejo aprobó el Reglamento sobre agrupaciones europeas de interés económico y la Comisión activó los proyectos sobre grupos de sociedades y sociedad anónima europea, fijando las fechas previsibles de aprobación.

(39) Sobre la aplicación de este artículo en la elaboración del Derecho comunitario, puede verse A. PAU PEDRÓN: *El proceso formativo...*, cit., págs. 28 y sigs.; sobre su empleo en el Derecho comunitario de sociedades, P. WOODLAND: «Le processus législatif dans la Communauté Economique Européenne (aspects de Droit de sociétés)», en *Revue du Marché Commun*, año 1985, pág. 503.

(40) Libro Blanco de la Comisión al Consejo Europeo, junio de 1985. Segunda parte, *Eliminación de las fronteras técnicas*, capítulo VI, *Establecimiento de condiciones que pueden facilitar la cooperación industrial*, núms. 133 a 144.

Más adelante se examinará la función de la agrupación europea en contraste con la función de esas dos figuras asociativas de empresas del Derecho comunitario.

A lo largo del proceso formativo del Reglamento regulador de las agrupaciones se va perfilando la función de la nueva figura. En el proyecto de 1978 aparece ya claramente delimitada. No es ajena a esta concreción progresiva la concepción de las agrupaciones que mantienen tanto el Parlamento Europeo como el Comité Económico y Social en sus respectivos dictámenes.

La doctrina francesa —y especialmente J. GUYÉNOT (41) en un estudio publicado en 1971— ponía de relieve la conveniencia de extender los grupos de interés, que se habían introducido recientemente en su Derecho nacional, al marco europeo, al tiempo que dos diputados de la misma nacionalidad —ARMENGAUD y JOZEAU-MARIGNÉ— presentaban al Parlamento Europeo, en septiembre de 1971, un proyecto privado de regulación de las agrupaciones. Es significativo que casi simultáneamente —en marzo del mismo año— el Comité Económico y Social pusiera de relieve (42) «la oportunidad de crear un estatuto flexible de cooperación entre empresas que, sin implicar modificaciones en el estatuto jurídico de cada una de ellas, les permitiera colaborar en la realización de un mismo proyecto y les facilitase la posibilidad de actuar de manera autónoma en otros ámbitos».

Comienza así un largo proceso legislativo que se ve gravemente amenazado en su continuidad por la existencia de un proyecto al que se da preferencia —el de la Sociedad Anónima Europea—, pero que finalmente cede ante dos obstáculos que no logra superar —la regulación de la participación de los trabajadores y la regulación de los grupos de sociedades, obstáculos que el proyecto de agrupación supera por la vía de ignorarlos, a pesar de la presión del Comité Económico y Social y de la Confederación Europea de Sindicatos—.

Al primer proyecto de 21 de diciembre de 1973 (43) sigue otro de 12 de abril de 1978 (44), de escasas pero significativas innovaciones. Se añaden sólo dos artículos —sobre el plazo para el desarrollo interno y el plazo para la entrada en vigor—, pero se hace una importante precisión sobre la función de la figura. Si el texto de 1973 se limitaba a

(41) J. GUYÉNOT: «La vocation européenne des groupements d'intérêt économique comme instruments de coopération d'entreprises dans le marché commun», en *Gazette du Palais*, año 1971, núm. 351.

(42) Memorandum sobre la política industrial de la Comunidad, de 25 de marzo de 1971, publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades* de 11 de junio de 1971.

(43) Publicado en el *DOCE* el día 15 de febrero de 1974.

(44) Publicado en el *DOCE* el día 28 de abril de 1978.

señalar que «la finalidad del grupo es la de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o acrecentar los resultados de esa actividad. El grupo no persigue beneficio para sí mismo» (artículo 2.º), el de 1978 añade que «su actividad debe estar orgánicamente vinculada a la actividad económica de sus miembros» —el texto definitivo suprimiría el adverbio «orgánicamente»— y, desarrollando el principio de la ausencia de ánimo de lucro, puntualiza que «los beneficios resultantes de hecho de las actividades del grupo serán consideradas como beneficios de los miembros, y repartidos como tales en la proporción prevista en el contrato o, en su defecto, por partes iguales». Entre las modificaciones del régimen jurídico cabe destacar la que eleva el número máximo de empleados del grupo a 500 (el proyecto de 1973 lo fijaba en 250), la que exige la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades* tanto de la institución de los grupos como de los datos de su publicación registral y la que, incorporándose a los artículos 1 bis y 16 bis, introduce el régimen de participación de los trabajadores.

En el tiempo intermedio entre uno y otro proyecto se habían emitido los dictámenes del Comité Económico y Social (45) y del Parlamento Europeo (46). El primero tiene particular interés por sus precisiones en torno a la función de la agrupación europea. El criterio del Comité Económico y Social es explícitamente restrictivo en este punto. La agrupación debe tener un objeto limitado, no puede agrupar íntegramente la actividad de sus miembros, no puede disponer de un capital social, no debe sobrepasar el ámbito de la actividad industrial (en especial no debe extenderse a la colaboración de profesionales liberales), no debe quedar al margen de los controles previstos por la Comunidad en orden a la competencia. Los destinatarios naturales de la nueva figura son las pequeñas y medianas empresas, aunque puede también resultar útil para permitir a éstas el vincularse limitadamente con grandes empresas. También restrictivo en algún aspecto, el dictamen del Parlamento insiste en la limitación temporal de la agrupación (preámbulo y enmienda al artículo 1), propone la participación de los trabajadores en la constitución y disolución (lo que recogería con variaciones el texto de 1978 y abandonaría el de 1985) y sugiere la supresión del carácter ilimitado de la responsabilidad de los miembros, manteniendo únicamente el carácter solidario.

En 1980 se constituye un grupo de trabajo en el Consejo con la finalidad de discutir el proyecto de 1978 entre las delegaciones nacionales.

(45) Dictamen de 27 de febrero de 1975, publicado en el *DOCE* el día 15 de mayo de 1975.

(46) Dictamen publicado s. f. en el *DOCE* el día 11 de julio de 1977.

En cuarenta sesiones, a lo largo de las cuales el texto es objeto de tres lecturas sucesivas, se llega a un acuerdo general, que supera las profundas divergencias surgidas con los representantes del *common law* (47). La función de las agrupaciones de interés, resultante de la reiterada variación de los textos, la explica así el Consejo, en una nota (48) elaborada pocos días después de la aprobación del Reglamento: «Este nuevo instrumento de Derecho comunitario tiene por finalidad el facilitar la cooperación entre empresas en el interior de la Comunidad. Suministrando un marco apropiado para la actividad transfronteriza de las empresas, llena una laguna tanto del Derecho de los Estados miembros, como del Derecho comunitario. En efecto, todas las facultades de cooperación interempresarial actualmente existentes (creación de filiales comunes, contratos de cooperación, *joint ventures*...) se insertan en un Derecho nacional determinado, que implica cierta rigidez (recurso a la forma societaria) o la ausencia de normativa adecuada (celebración de un contrato sin la constitución de una entidad independiente)».

Manteniendo la distinción introducida en el proyecto de 1978, el Reglamento diferencia, sin precedentes en el Derecho europeo, entre entrada en vigor del texto —que se produjo el 3 de agosto de 1985— y aplicación del mismo —que no tiene lugar hasta el 1 de julio de 1989—. Produciéndose un efecto análogo al propio de las directivas, la entrada en vigor afecta únicamente a los Estados, que deberán desarrollar internamente las cuestiones en que el reenvío se establece imperativamente. De no haber realizado un Estado tal desarrollo en 1989, no podrá impedir que actúe en su territorio una agrupación válidamente inscrita en otro Estado miembro (49). Tampoco podrá impedir que pueda constituirse una agrupación en su propio territorio, negándole acceso al Registro por falta de previsión expresa en una norma interna; se aplicarán en este caso las normas internas que regulen la registración de figuras análogas (50). Entienden, por otra parte, J. GUYENOT y M. GALIMARD (51) que, aun antes de llegada la fecha de aplicación del Reglamento, pueden los interesados celebrar entre sí contratos de agrupación, que sólo después de esa fecha podrán, mediante el acceso

(47) P. WOODLAND: *Le groupement européen d'intérêt économique...*, cit., números 2 y 3.

(48) Europe Documents: *note des services du Conseil...*, cit., pág. 2.

(49) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 655.

(50) Comisión de las Comunidades Europeas. Dirección General de Instituciones Financieras y Derecho de Sociedades: *Acta de la reunión de 22 de octubre de 1986 del Comité de Contacto de la Agrupación Europea de Interés Económico*, página 8.

(51) J. GUYENOT y M. GALIMARD: *Le groupement européen d'intérêt économique*, cit., pág. 1401.

al Registro, originar la figura de la agrupación europea de interés económico.

B) FIGURAS FUNCIONALMENTE PRÓXIMAS DEL DERECHO COMUNITARIO:
GRUPOS DE SOCIEDADES, SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

El contraste entre la función propia de la agrupación europea y la función que cumplen —o habrán de cumplir, cuando culmine su proceso normativo— determinadas figuras próximas a ella del Derecho comunitario arroja nueva luz sobre los objetivos que el legislador encomienda a la agrupación de interés económico.

Los trabajos preparatorios de la regulación material (52) de los grupos de sociedades, que han cristalizado ya en dos anteproyectos sucesivos (la aprobación de un texto definitivo por el Consejo no está prevista en el informe sobre la consecución del mercado interior hasta 1990) se ven entorpecidos por la ausencia de experiencia legislativa en los Estados miembros (53) y la excesiva influencia del único Ordena-

(52) El aspecto contable está regulado en la séptima Directiva de sociedades, de 13 de junio de 1983, que establece el régimen de las cuentas consolidadas del grupo. Los estudios más recientes sobre el tema, publicados todos ellos en el año 1987, son: J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ: «Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, cit., pág. 738; S. ALVAREZ MELCON: «Consolidación de las Cuentas del Grupo, con especial consideración de la séptima Directiva comunitaria en la materia», en *Grupo de Sociedades. Su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas. Jornadas...*, Madrid; A. FONT RIBAS: «La consolidación de las cuentas», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por ANGEL ROJO, Madrid. Los aspectos sustantivos de la regulación de los grupos constituyen aún, en el ordenamiento comunitario, Derecho proyectado; sobre ellos pueden verse los tres estudios de J. M. EMBID IRUJO: «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea, séptima y novena Directivas, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dir. por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, Madrid, 1986, vol. III, pág. 73; «El planteamiento general del Derecho comparado y comunitario y su repercusión en Derecho español desde la perspectiva mercantil», en *Grupos de sociedades...*, cit., pág. 65, y «La regulación de los grupos de sociedades», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, enero de 1987, 105.

(53) En España, el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979 regulaba aspectos materiales y contables de los grupos, pero los textos preparatorios posteriores abandonaron el primer aspecto, y el Proyecto de ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil y las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (DOCG de 22 de abril de 1988) contempla sólo los aspectos contables (arts. 42 a 49 bis). En Francia, las dos proposiciones de ley del Diputado Cousté (años 1970 y 1974) han fracasado en su intento de convertirse en Derecho positivo; sobre ellas, V. DI CATALDO: «I gruppi di società nel diritto francese», en *I gruppi di società*, dir. por A. PAVONE LA ROSA, Bolonia, 1982, especialmente págs. 330 y sigs. En Italia, la reciente propuesta de ley de los Diputados Minervini, Antonio y Sarti, presentada en 1987, contempla tanto los grupos que respetan la independencia funcional y patrimonial de las sociedades agrupadas (*gruppi decentrati*), como los que implican mayor intensidad de concentración, derivada de contrato o de situaciones de

miento que los contempla: el Derecho alemán (54). Tanto la regulación alemana como la proyectada regulación comunitaria siguen el llamado modelo contractual de los grupos de sociedades, como se desprende de la importancia que en ambas se atribuye al contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*): artículo 291 de la Ley alemana de sociedades anónimas y 13 del proyecto de directiva. Los grupos contractuales, más amplia y explícitamente que los grupos fácticos —sólo presumidos de situaciones de dependencia económica—, persiguen la concentración empresarial. Se ha escrito incluso que constituyen una nueva forma de empresa (55). El efecto unificador del grupo convierte a las sociedades dominadas en una pieza del superior complejo económico, que forma, como ha puesto de relieve J. DUQUE (56), «una unidad desde el punto de vista financiero, económico y organizativo». Jurídicamente subsiste el rasgo de autonomía de las sociedades dominadas, pero en la práctica la personalidad jurídica de éstas se reduce a un instrumento de actuación de la dominante. Este efecto unificador del grupo lo ha advertido el legislador europeo, que indica en el preámbulo del anteproyecto de novena directiva que «numerosas sociedades por acciones se vinculan a otras empresas de modo tal que quedan reunidas bajo la dirección única de una empresa y gestionadas como si formasen en conjunto una única empresa» (cons. 3.º).

Frente a la función de concentración que desarrollan los grupos de sociedades, las agrupaciones de interés persiguen una función de colaboración. Para evitar una desviación de funciones, el Reglamento

dependencia fáctica (*gruppi accentrati*), previendo para estos últimos especiales garantías para socios externos, acreedores y trabajadores. Sobre la citada proposición puede verse G. SCOGNAMIGLIO: «La proposta Minervini sui gruppi», *Riv. Dir. Com.*, año 1987, pág. 120.

(54) Libro tercero de la Ley de Sociedades Anónimas (*AktG*), que comprende los parágrafos 291 a 337 y lleva por epígrafe «empresas vinculadas» (*Verbundene Unternehmen*); está integrado por cinco partes, dedicadas, sucesivamente, a los contratos empresariales (*Unternehmensverträge*) —que comprende, a su vez cuatro apartados sobre tipos de contratos empresariales (*Arten von Unternehmensverträge*), celebración, modificación y terminación de los contratos empresariales (*Abschluss, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträge*), garantías de la sociedad y de los acreedores (*Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger*), garantías de los accionistas externos en los contratos de dominación y de cesión de beneficios (*Sicherung der aussenstehenden Aktionäre bei Beherrschungs und Gewinnabführungsverträge*)—, poder de dirección y responsabilidad en los casos de dependencia de empresas (*Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen*), sociedades integradas (*Eingegliederte Unternehmen*) empresas con participación recíproca (*Wechselseitig beteiligte Unternehmen*) y régimen contable del grupo (*Rechnungslegung im Konzern*).

(55) J. M. EMBID Irujo: *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987, págs. 25 y 153, y bibliografía allí cit.

(56) J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ: *Los problemas generales planteados por los grupos...*, cit., pág. 25.

de 1985 contiene dos prohibiciones [art. 3.º, 2, a) y b)] que tratan de eliminar los dos rasgos en que se basa la figura del grupo.

Dirección unitaria y relación de dependencia perfilan la noción de grupo. Se trata, en ambos casos, de rasgos de índole económica que trascienden al ámbito jurídico: así, en cuanto a la dirección unitaria, ésta puede reflejarse en contratos normativos celebrados entre sociedades, y en cuanto a la relación de dependencia, suele determinarse por el legislador mediante previsiones de participación material o personal.

El Reglamento de agrupaciones europeas prohíbe la dirección unitaria: «La agrupación no puede: a) ejercer, directa o indirectamente, el poder de dirección o control de las actividades propias de sus miembros o de las actividades de otra empresa...» Tradicionalmente se ha considerado que el control de determinados ámbitos empresariales —personal, financiación— implicaba unidad de dirección. El Reglamento recoge esta idea, y centra su prohibición de dirección o control «en particular en los sectores relativos al personal, las finanzas y las inversiones». Este inciso ha provocado interpretaciones diversas en la doctrina. Para M. SACRISTÁN REPRESA (57) debe entenderse restrictivamente: la prohibición de que determinados sectores de la actividad de los miembros —«personal, finanzas e inversiones»— queden bajo el control o el poder de decisión «parece debe ser entendida en el sentido de que los demás pueden estar bajo ese control». A mi juicio, esta interpretación no puede admitirse. La prohibición de dirección unitaria es absoluta. Ningún sector de la actividad de los miembros puede quedar sometido a la dirección o control de la agrupación de interés. Comparto de la apreciación de GANSKE (58) de que «la remisión a los sectores de personal, finanzas e inversiones como ámbitos de la dirección del grupo es sólo ejemplificativa». Lo que no limita el artículo 3.º, 2. a), y su prohibición de dirección es el campo de la coordinación. Esta no se restringe —supone la esencia misma de las agrupaciones—: realiza, en definitiva, la función de «auxiliar» que es propia de la figura. Ahora bien, si se sobrepasa la actividad de coordinación y se desarrolla la de dirección entra en aplicación el artículo 3.º, 2. a). Como pone de relieve P. WOODLAND (59), este es el sentido de la expresión «por lo tanto» que inicia el párrafo segundo del artículo 3.º, expresión que carece de sentido respecto de los apartados b), c), d) y e) a los que igualmente encabeza. Se trata, en definitiva, de excluir explícitamente —escribe

(57) M. SACRISTÁN REPRESA: *La agrupación europea de interés económico*, cit., pág. 829.

(58) J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*., cit., página 3.

(59) P. WOODLAND: *Le groupement européen d'intérêt économique*., cit., número 10, nota 33.

K. GLEICHMANN (60)— que de una posición de servicio se pase a una posición de dominio.

El Reglamento prohíbe también la relación de dependencia: «La agrupación no puede poseer, directa o indirectamente, por cualquier título, ninguna participación o acción, en cualquier forma, en una empresa miembro...» [art. 3.º, 2, b)]. El efecto de la relación de dependencia es el sacrificio de los intereses de las sociedades dominadas en aras del interés de la sociedad dominante o del interés del grupo. M. AMMENDOLA (61) cifra precisamente la esencia de los grupos en la existencia de un interés que se superpone al de los miembros, pudiendo incluso entrar en conflicto con él (62). En la agrupación europea no existe tal subordinación, como se refleja en la declaración terminante de que «la finalidad de la agrupación será facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros...» (art. 3.º 1). La relación entre agrupación y miembros no es ascendente de dependencia, sino descendente de servicio. Como pone de manifiesto V. PROTO (63), «carácter fundamental de la agrupación europea es sin duda su vinculación con la actividad económica de sus miembros, que conservan, sin embargo, plena autonomía jurídica y económica. La agrupación se pone, en efecto, en relación de servicio respecto de los partícipes...».

Si el inciso final del artículo 3.º, 2, b), —«la posesión de participaciones o de acciones en otra empresa sólo es posible en la medida en que es necesaria para alcanzar el objetivo de la agrupación y si tiene lugar por cuenta de sus miembros»— no se interpreta, como se ha sostenido páginas atrás, en el sentido de que la titularidad de tales participaciones o acciones corresponde, no a la agrupación, sino a alguno de los partícipes, introduce, a mi juicio, un elemento perturbador en la configuración de las agrupaciones, que debía haber desaparecido por la misma razón que se introdujo la prohibición de «agrupación de agrupaciones». [art. 3.º, 2, e)]. Parece que el legislador tuvo presentes supuestos concretos al introducir esta excepción a la regla general que prohíbe la dominación: la creación de *joint ventures* entre una agrupa-

(60) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, cit., página 636.

(61) M. AMMENDOLA: «Unitarietà direzionale e organizzazione nel rapporto di gruppo», en *Riv. Soc.*, año 1986, pág. 1274.

(62) En el mismo sentido, F. CHIOMENT: «Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo fra imprese», en *R. D. Commerciale*, año 1983, páginas 265 y sigs. Para este autor, el sacrificio de intereses de las sociedades controladas es el único aspecto que requiere previsión legislativa. La dirección unitaria no exige contrato expreso y menos aún tipificación legal del mismo.

(63) V. PROTO: *Il gruppo europeo d'interesse económico* ..., cit., pág. 276.

ción europea y un Estado en vías de desarrollo (64) y la colaboración en una actividad empresarial realizada en un Estado de aquel carácter, que ordinariamente exige participación en sociedades locales (65).

La existencia, junto a los grupos de sociedades por subordinación o jerárquicos, de grupos de coordinación, paritarios u horizontales (*Gleichordnungskonzert*) (66), ha suscitado su posible coincidencia con las agrupaciones de interés. C. CHAMPAUD (67) lo había apuntado ya, aunque con cierta imprecisión: Los «acuerdos de colaboración» dan lugar a grupos de estructura contractual, y aquellos acuerdos se fomentan con la creación de las agrupaciones de interés; pero en la definición de contratos de colaboración —*conventions singulières et complexes ayant pour but de réaliser entre deux ou plusieurs sociétés, une unité de décision qui ne concerne qu'une partie de l'activité des entreprises sociales*— no pueden incluirse con rigor las agrupaciones. Recientemente, J. DUQUE (68) ha afirmado que el grupo de interés económico «*puede considerarse como un grupo de empresas por coordinación*».

Sin negar la semejanza, hay que rechazar la asimilación. Si en los grupos horizontales no existe relación de dependencia, sí existe unidad de dirección, prohibida en el artículo 3.º, 2, a), del Reglamento de agrupaciones europeas. J. DUQUE ha puesto de relieve, en otro lugar (69), los elementos que habitualmente concurren en los grupos horizontales, elementos cuya generalidad no está presente en las agrupaciones europeas: órgano que define el interés común del grupo, equilibrando los intereses divergentes de los miembros; ausencia de actividad comercial o industrial, limitándose el órgano común a la función directiva; regulación contractual de la competencia económica en el mercado; creación de una unidad económica que impone la consolidación contable (70).

(64) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 647.

(65) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, cit., página 637.

(66) Los define el parágr. 18, ap. 2, de la *AktG* como aquellos en que «existen varias empresas jurídicamente autónomas, sin que exista relación de dependencia de una respecto de las demás, sometidas a una dirección unitaria».

(67) C. CHAMPAUD: *Les méthodes de groupement...*, cit., pág. 1033.

(68) J. DUQUE DOMÍNGUEZ: *Los problemas generales planteados por los grupos...*, cit., pág. 31.

(69) J. DUQUE: *Concepto y significado institucional de los grupos...* cit., páginas 550 y sigs.

(70) Si se entiende, como lo hace J. M. EMBID IRUJO: *Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea...*, cit., pág. 85, que en el grupo por coordinación es dudosa la existencia de dirección unitaria, ha de considerarse mayor su proximidad a la agrupación europea. Pero entonces cae también el concepto de grupo, como el mismo autor reconoce (EMBID: *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios...*, cit., pág. 160), «la categoría de los llamados grupos por coordinación se encuentra, así, ante una contradicción difícilmente

La aprobación del Reglamento sobre agrupaciones europeas ha hecho pensar a algunos autores (71) en el abandono de la regulación proyectada sobre la Sociedad Anónima Europea. Alguna coincidencia parcial entre ambas figuras no desdibuja, sin embargo, la diversa función que cumplen una y otra.

Dejando a un lado la regulación que hace el proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 1975 (72) sobre los grupos de sociedades (73) —cuyo concepto se asienta (art. 223) en los dos rasgos clásicos de relación de dependencia y dirección unitaria (74)—, la figura uniforme y supranacional que el Reglamento proyectado crea, surge de la necesidad de arbitrar formas u organizaciones jurídicas adecuadas a las nuevas magnitudes económicas (75), no orientadas a la colaboración o cooperación, sino a la concentración empresarial. Si la Sociedad

salvable, consistente en querer hacer compatible la estructura del grupo con la ausencia de subordinación o de dependencia entre las sociedades del mismo». Para mantener la categoría de grupo horizontal, hay que recurrir, pues, a la caracterización de la Ley alemana de sociedades anónimas: dirección unitaria e independencia económica. La estructura del grupo se mantiene no por el dato económico de la relación de dependencia, sino por el dato jurídico de la vinculación contractual.

(71) Así, para M. SACRISTÁN REPRESA (*La agrupación europea de interés económico...*, cit., pág. 817), esta figura puede considerarse una alternativa a la sociedad anónima europea. Según J. PUJFERRAT (*Vers l'institution d'un groupement européen de coopération*, cit., pág. 424), «la agrupación europea puede ser considerada como la etapa jurídica previa e indispensable hacia una eventual fusión de empresas en el seno de la sociedad anónima europea». Otros autores (como J. GUYENOT y M. GALIMARD: *Le groupement européen d'intérêt économique*, cit., pág. 1403) no consideran que una figura pueda sustituir a la otra: «son diferentes por su objeto y su finalidad; las sociedades anónimas europeas constituyen un instrumento irremplazable de organización de las grandes empresas europeas y un marco jurídico que les permite los medios de acción y la capacidad competitiva que exige una economía internacionalizada».

(72) Prescindiendo de precedentes más remotos, los principales documentos que han precedido a este proyecto son la conferencia de P. SANDERS, «Hacia una sociedad anónima europea», de 1959 (publicada, en otros lugares, en *Riv. Soc.*, año 1959, pág. 1163), la Nota del Gobierno francés de 15 de marzo de 1965, el Memorándum de la Comisión de 22 de abril de 1966, el Proyecto de Estatuto de P. SANDERS, de 1966; el Informe del grupo de expertos gubernamentales de 1967 y la Propuesta de Estatuto de 1970. Una detallada exposición histórica de los trabajos realizados sobre el tema puede verse en GIDE, LOYRETTE y NOUËL: *Dictionnaire du Marché Commun*, fascículos de diversas fechas sobre *La société commerciale européenne*.

(73) En el Proyecto de Estatuto se regulan únicamente los grupos de sociedades en que intervenga una sociedad anónima europea, sea como dominante, como dependiente o como dependiente pero dominante de un grupo parcial (artículo 224).

(74) J. M. DE LA CUESTA RUTE: «El grupo de empresas en el Estatuto de la sociedad europea», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, año 1975, pág. 821.

(75) J. GIRÓN TENA: «Introducción» en la obra colectiva *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978, página 23.

Europea tiene, pues, de común con la agrupación europea su configuración uniforme —no armonizada, y, por tanto, «europea» y no «de tipo europeo»— y con ello la regulación muy semejante de algunos de sus aspectos —ámbito de actuación, sede, equivalencia internacional...—, se diferencia de ella en su dimensión y su finalidad. Aunque no hay en el Reglamento de 1985 ninguna disposición que directamente limite la entidad de las empresas que se integran en la agrupación, el propósito de los redactores se desprende de diversos puntos del articulado, que se ponen de manifiesto en las páginas precedentes y siguientes de este estudio. En el proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea se impone, sin embargo, un capital mínimo. La finalidad perseguida con el Estatuto de la Sociedad Europea es la de eludir los inconvenientes de la pluralidad de regímenes imperativos que se proyectan en las fusiones internacionales y en las vinculaciones contractuales o reales que pueden constituirse entre sociedades de distinta nacionalidad.

La Sociedad Anónima Europea no presenta, sin embargo, la misma simplicidad estructural de la agrupación europea, y de la diversidad organizativa que el proyecto de Reglamento prevé (arts. 2.º y 3.º, desarrollados por los arts. 21 a 39) derivan precisamente diversos grados de concentración. En efecto, una Sociedad Europea puede constituirse por fusión —grado máximo—, por creación de una sociedad *holding*, por creación de una filial común o por creación de una filial única —grado mínimo—; en este último caso —«una sociedad europea puede constituir una filial bajo la forma de sociedad europea» (art. 3.º, párrafo 3.º)— podría dudarse incluso de que se trate de un mecanismo de concentración.

C) CARACTERES

La nueva figura articulada por el Reglamento de 1985 presenta diversos caracteres que la singularizan en el marco del Derecho comunitario. Se trata, en primer lugar, de una figura *única* en el ámbito territorial de la Comunidad. El Reglamento sobre las agrupaciones de interés económico rompe con la tendencia a armonizar el Derecho europeo de sociedades mediante la técnica de las directivas. No se trata ya de promover medidas equivalentes de orden interno para asegurar derechos concretos —establecimiento, protección de terceros..., sino de «crear un instrumento jurídico» de Derecho comunitario (considerando 3.º del preámbulo), lo que obliga a recurrir al artículo 235 del Tratado de Roma. Por estar sujeto a Derecho uniforme, todo el régimen jurídico de la agrupación gozará de una doble unicidad: normativa e interpretativa (art. 177 del Tratado).

El segundo rasgo de la agrupación —anticipado por su nombre mismo— es el carácter *européo*, es decir, «vinculando directamente al Derecho comunitario» (76). Se arbitra por primera vez un instrumento de cooperación —y, en general, una figura asociativa— que no pertenece a un concreto Ordenamiento nacional. Desaparece el fenómeno, puesto de relieve por H. GOEDERT (77), de que uno al menos de los contratantes quedara necesariamente situado en terreno desconocido. Se disipan, con un instrumento jurídico común, «las dificultades de orden jurídico, fiscal o psicológico» (considerando 2.º del preámbulo). Los reenvíos explícitos e implícitos al Derecho nacional han hecho dudar, sin embargo, del carácter supranacional de la figura (78), y se ha hablado incluso de una «segunda nacionalidad» de la agrupación, añadida a la europea. Más adelante se examinan —sobre el Derecho proyectado de los Estados miembros y el vigente alemán— las desviaciones que los diversos regímenes supletorios introducen en la configuración comunitaria de la figura, desnaturalizando en alguna medida el pretendido régimen uniforme y aproximándolo al régimen armonizado que implantan las directivas.

La agrupación de interés económico tiene, por último, un carácter necesariamente *internacional*. Al no admitirse la agrupación de un solo socio, e imponerse como composición mínima «dos sociedades... que tengan su administración central en Estados miembros diferentes», «dos personas físicas... que ejerzan su actividad con carácter principal en Estados miembros diferentes» o «una sociedad... y una persona física... que la primera tenga su administración central en un Estado miembro y la segunda ejerza su actividad con carácter principal en un Estado miembro diferente», se exige la colaboración internacional o, más exactamente —porque el artículo 4.º, 2, atiende más a los criterios económicos de la actividad y la administración de la empresa que el criterio jurídico de la nacionalidad—, que la colaboración tenga carácter transfronterizo, término empleado por textos comunitarios que contemplan fenómenos análogos (79).

(76) Comisión de las Comunidades Europeas: «Introducción» al texto del Reglamento (CEE) núm. 2.137/85 del Consejo, en *Boletín de las Comunidades Europeas*, suplemento 3/87, pág. 7.

(77) H. GOEDERT: *Un nouvel instrumet juridique...*, cit., pág. 204.

(78) P. WOODLAND: *Le groupement européen d'intérêt économique...*, cit., número 4, nota 16.

(79) Propuesta de décima Directiva sobre fusiones transfronterizas de 1985.

D) PRECEDENTES Y FIGURAS AFINES DE LOS DERECHOS EUROPEOS:

1. GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO (DERECHO FRANCÉS).
2. CONSORCIO (DERECHO ITALIANO).
3. AGRUPACIONES DE EMPRESAS (DERECHO ESPAÑOL).

1. Aunque los grupos de interés económico —creados por la Ordenanza francesa de 23 de septiembre de 1967— se proyectan, por su originalidad y flexibilidad, hacia otros ordenamientos, como el belga (80), el portugués (81), el alemán (82) y el comunitario europeo (85), proce-

(80) Aunque los proyectos belgas sobre los grupos de interés económico de 1975 y 1979 no han alcanzado el nivel legislativo, cabe esperarlo para fecha próxima, dada la intención oficial de que el régimen supletorio de la agrupación europea esté constituido por la regulación interna de una figura equivalente de ámbito nacional. Sobre los trabajos preparatorios y la influencia de los *groupements* franceses, V. P. COPPENS: «Avant-propos über die 'groupements d'intérêt économique'», en *Revue Prat. Soc.* (Bruselas), 1971. Sobre el Proyecto de 1975, v. M. HUYS y G. KEUTGEN: «Un projet de loi sur les groupement d'intérêt économique», en la misma Revista, año 1976.

(81) La Ley portuguesa de 4 de junio de 1973 crea el *agrupamento de empresas*, desarrollado, en cuanto al régimen de su constitución y funcionamiento, por el Decreto-ley de 25 de agosto de 1973. Las analogías con la figura francesa van desde los rasgos básicos del concepto —fin accesorio y prohibición de actividad directamente lucrativa (art. 1 del DL)— hasta el régimen de la disolución, separación, emisión de obligaciones... Una diferencia fundamental reside en que el *agrupamento* portugués carece de personalidad jurídica y no puede ser titular de derechos reales inmobiliarios (art. 5 DL). El régimen supletorio del *agrupamento* es la regulación de la sociedad colectiva (art. 20 DL).

(82) La creación de una figura análoga al *groupement* en el Derecho alemán fue objeto de discusión en el *Deutsche Juristentag* de 1970, donde se mantuvieron posiciones tan explícitamente favorables como la de G. WALTHER: *Groupement d'intérêt économique, eine auch für Deutschland nötige Rechtsform*. La generalidad de la doctrina es, sin embargo, contraria a tal creación. Como pone de relieve C. MÜLLER-GUGENBERGER (*Gesellschaft, Société und Groupement als Rechtsformen zur Unternehmenskooperation*, Baden-Baden, 1976), «en el Derecho alemán no existe la laguna que el *groupement* ha colmado en el ordenamiento francés... El Derecho alemán tiene en la sociedad civil, en la sociedad de responsabilidad limitada y en la unión sin personalidad, fórmulas societarias que son perfectamente adecuadas para la cooperación y que son frecuentemente utilizadas para ella» (pág. 419). «Únicamente para la cooperación transfronteriza cabe reconocer una cierta inadecuación del Derecho alemán de sociedades» (pág. 420). Ambas afirmaciones puede decirse que han sido confirmadas por el legislador: la primera, no regulando una figura interna de agrupación de interés; la segunda, promulgando la *EWIV-Ausführungsgesetz* de 14 de abril de 1988, de la que más adelante nos ocuparemos. El texto traducido de esta Ley, con estudio preliminar, puede verse en A. PAU PEDRÓN: «El régimen interno del Derecho alemán sobre la Agrupación Europea de Interés Económico», en *Revista de Derecho Registral*, número 15, año 1988.

(83) La inspiración de la figura comunitaria en la francesa se ha reiterado por los autores que han sido a la vez artífices del texto europeo (véase además lo indicado en la nota 13). El Memorándum sobre la política industrial de la CEE de 1970 refleja ya la intención de incorporar una figura análoga al *groupement* al Ordenamiento comunitario. El paralelismo entre la ordenanza francesa de 1967 y el primer texto europeo se estudia por A. PÉTÉLAUD: «Etude comparée de

den a su vez de la figura alemana de la *Interessengemeinschaft*, amplia construcción doctrinal sin concreción positiva (84). El interés de examinar los *groupement* en el contexto de la agrupación europea es máximo, porque la cercanía de las figuras francesa y comunitaria permite comprender algunos aspectos de ésta a la luz de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de aquélla.

Prevalece, en el encuadramiento sistemático de la figura, la consideración de que se trata de una categoría intermedia entre la sociedad y la asociación (85), o una yuxtaposición de ambas (86), pero en todo caso diferenciada de una y otra (87), así como de cualquier figura ya consagrada en los ordenamientos, como la cooperativa (88), la entente (89) a los grupos contractuales de empresas (90). Consecuencia de ello es que la interpretación del régimen jurídico del *groupement* no deba hacerse conforme a las reglas generales aplicables a la sociedad, sino a las generales de las obligaciones (91).

Los autores coinciden en resaltar dos rasgos, estrechamente enlaza-

y'avant-projet d'un règlement portant création d'un groupement européen d'intérêt économique et de l'ordonnance du 23 septembre 1967, sur les groupements d'intérêt économique», en *Rev. Soc.*, 1972, pág. 451.

(84) Sobre ella puede verse, entre otros, W. FIKENTSCHER: *Die Interessengemeinschaft*, Colonia, 1966, y G. WÜST: *Die Interessengemeinschaft, ein Ordnungsprinzip des Privatrechts*, Frankfurt, 1958.

(85) Como indica la exposición de motivos de la Ordenanza, «esta puesta en común no tiene, en la hora actual, un marco jurídico apropiado, ni en la fórmula de la sociedad ni en la de la asociación. Las formalidades de constitución y las reglas de la primera son excesivamente rígidas, y su objeto no puede ser, en principio, más que la búsqueda de beneficios; la segunda no proporciona la ventaja de la plena capacidad». En otros momentos se habla de «un marco intermedio... entre la sociedad y la asociación». En el mismo sentido se manifiestan, entre otros, J. GUYÓN: *Droit des affaires*, cit.; J. R. BONNEAU: «Les groupements d'intérêt économique et les sociétés agricoles», *Rev. Soc.*, 1974, y CHARTIER: «Sociétés cooperatives et groupements d'intérêt économique», *Rev. Soc.*, 1974.

(86) J.-P. DUBOIS: *Les groupements d'intérêt économique: l'intérêt économique et les règles de concurrence en droit français et en Droit européen*, JCP, 1969, número 85.060, «el grupo de interés económico no es un marco jurídico intermedio entre la sociedad y la asociación; acumula simplemente las características de ambas instituciones jurídicas. El resultado es una institución sin carácter propio, lo que no sucede con la sociedad ni con la asociación».

(87) Expone las diferencias con la asociación, entre otros, J. R. BONNEAU: *Les groupements...*, cit., pág. 48, y con la sociedad, J. GUYÓN: *Droit des affaires*, cit., página 522. Sobre la diferencia entre el «elemento psicológico» que concurre en los miembros del grupo de interés y la *affectio societatis*, véase D. BONVICINI: *Le «joint ventures»: Tecnica giuridica e prassi societaria*, cit., pág. 165.

(88) Y. CHARTIER: *Sociétés coopératives et groupements d'intérêt économique*, cit. También J. GUYÓN: *Droit des affaires*, cit., pág. 523.

(89) B. GEISENBERGER: «Groupements d'intérêt économique et sociétés de fait», en *Rev. Soc.*, 1971. También J. GUYENOT: *Les contrats de groupements d'intérêt économique*, París, 1970, pág. 57.

(90) J. GUYENOT: *Les contrats de groupements...*, cit., pág. 27.

(91) J. GUYÓN: *Droit des affaires*, cit., pág. 524; G. RIPERT y R. ROBLOT: *Traité élémentaire de Droit commercial*, París, 1986, pág. 512; J. GUYÓN y

dos, en el régimen de los grupos de interés. El primero es la amplia libertad contractual que se reconoce a los partícipes. Ello ha llevado a su vez a destacar el aspecto contractual sobre el institucional. El contenido imperativo de la Ordenanza de 1967 es, en efecto, muy limitado, y tiene un exclusivo carácter protector, bien de las minorías o bien de los terceros. A las primeras se confieren los derechos inderogables de separación, convocatoria de juntas y control de cuentas y gestión social. A los terceros, la inoponibilidad de cualquier restricción a las facultades representativas de los administradores, y las garantías que implican la responsabilidad ilimitada de los miembros y la exigencia de que los administradores sean personas físicas, al efecto de poder centrar en su patrimonio una eventual exigencia de responsabilidad por la gestión.

El segundo rasgo es la concesión de personalidad sin un marco normativo rigidamente preestablecido. Como pone de relieve Y. GUYÓN (92), la ecuación personalidad jurídica-reglamentación imperativa tiene una excepción en el régimen de los grupos de interés. Recientemente se ha alertado, sin embargo, de la crisis de la personalidad de los grupos que está provocando la interpretación jurisprudencial de la figura. A la transparencia fiscal que la ordenanza concede se ha añadido una «transparencia jurídica» (93) o «neutralidad» (94) que no reconoce al grupo más facultad de actuación que la que pudieran tener sus propios miembros. Esta interpretación viene determinando el reconocimiento de una capacidad variable, en función de la de los miembros, que atenta contra el reconocimiento general de personalidad jurídica e incluso contra la subsistencia misma de la figura.

Tres cuestiones centrales del régimen de los grupos —que son básicas también en la regulación comunitaria de las agrupaciones europeas de interés económico— han suscitado la mayor atención doctrinal y jurisprudencial. La primera se refiere al objeto. La interpretación del artículo 1.º de la Ordenanza, cuyo contenido esencial coincide literalmente con el artículo 3.º, 1, del Reglamento comunitario —«facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esa actividad»— ha planteado el problema de la relación entre la actividad del grupo y la de sus miembros. Resulta indudable que la primera ha de tener como premisa una actividad de carácter económico desarrollada por los miembros; no resulta tan claro el carácter «complementario» —GUYÓN y COQUEREAU— o

G. COQUEREAU: *Le groupement d'intérêt économique. Régime juridique et fiscal*, París, 1973.

(92) J. GUYÓN: *Droit des affaires*, cit., pág. 513.

(93) J. GUYÓN: *Droit des affaires*, cit., pág. 520.

(94) D. BONVICINI: *Le «joint ventures»: tecnica giuridica...*, cit., pág. 166.

«prolongador» —DURAND y LATSCHA, MERCADAL y JANIN...— que la actividad del grupo ha de tener respecto de los partícipes. Podría decirse que la actividad del grupo dispone de la amplia franja que media entre la ajeneidad absoluta y la absorción total. El grupo no puede actuar en campos en los que no desarrollen su actividad los miembros. Por otro lado, el grupo no puede desarrollar la íntegra actividad de aquéllos (95).

La segunda cuestión se refiere a la ausencia de ánimo de lucro, que consagran de modo paralelo el artículo segundo de la Ordenanza francesa y el artículo 3.º, 1, del Reglamento comunitario: «El grupo no da lugar por sí mismo a la realización y reparto de beneficios», según el primero; «la finalidad de la agrupación no es la de realizar beneficios para sí misma», proclama el segundo. La obtención de beneficios resulta así un «elemento neutro» —J. GUYÓN—, un «evento accidental» —D. BONVICINI—. No obstante, la amplia declaración del preámbulo de la Ordenanza francesa —«en la fórmula del grupo de interés económico, el legislador no se opone en absoluto a la búsqueda de un beneficio repartible»— exigiría alguna matización, y creo que a la misma cabe oponer la diferenciación que hace J. GUYÓN (96) entre grupos que no obtienen beneficios, grupos que los obtienen con carácter accesorio y grupos cuyo objeto principal es la obtención de beneficios. Estos últimos contravienen la previsión legal. «En definitiva, escribe el autor citado, el artículo segundo de la Ordenanza debe interpretarse de la manera siguiente: el grupo no puede perseguir beneficios; se distingue, pues, de la asociación por su objeto, que es económico e interesado. El grupo puede, sin embargo, obtener beneficios; se diferencia, pues, de la sociedad en que tales beneficios son obtenidos inmediatamente por los miembros».

La tercera cuestión es el carácter civil o mercantil del grupo, que no viene predeterminado ni por el texto francés ni por el comunitario. Desechando el criterio de la cualidad de los miembros, la jurisprudencia viene atendiendo al dato de la realización habitual de actos de comercio para determinar el carácter mercantil del grupo. El hecho de

(95) La primera limitación la ha puesto de relieve el Tribunal de Comercio de París en Sentencia de 23 de febrero de 1970 —cit. por J. GUYÓN: *Le droit des affaires*, cit., pág. 519— al no reconocer como grupo de interés el constituido para la explotación de un autoservicio por una sociedad mercantil, un corredor de buques jubilado y una mujer sin ocupación determinada. La segunda limitación impide que pueda constituirse, como pone de relieve el autor citado, una «fusión de hecho», en que los partícipes dejarían de desarrollar actividad alguna por haber asumido todas el grupo. En este sentido, la contestación ministerial de 13 de septiembre de 1977 rechaza la posibilidad de aportar al grupo un negocio en su conjunto.

(96) J. GUYÓN: *Droit des affaires*, cit., págs. 515 y sigs.

que en todo caso deban inscribirse en el Registro Mercantil no prejuzga la naturaleza del grupo, como indican tanto la Ordenanza de 1967 (artículo 3.º) como el proyecto de ley francés sobre el grupo europeo de interés económico (art. 3.º).

2. Aunque se trata de una figura de larga tradición en el Derecho italiano, el *consorzio* cambia de signo con la reforma del Código Civil operada por la Ley de 10 de mayo de 1976. Lo que hasta entonces tenía un carácter predominantemente negativo —se trataba de un simple acuerdo limitativo de la competencia, muy próximo al cártel—, pasa a tener un contenido positivo —un amplio contrato de colaboración empresarial—. El nuevo artículo 2.602 define el consorcio como el contrato por el que «varios empresarios establecen una organización común para la regulación o el desarrollo de determinadas fases de las empresas respectivas» (97).

Se ha subrayado la imprecisión técnica de la fórmula legal, así como el empleo del término «fase» que introduce un criterio cronológico difícilmente interpretable. Para D. BONVICINI (98), la definición del Código debe entenderse como «desarrollo *en común* de actividades específicas o fases de la actividad de los miembros». L. F. PAOLUCCI (99) considera que la definición pretende únicamente resaltar que las empresas consorciadas mantienen no sólo una independencia jurídica, sino también una independencia económica, lo que distingue esta figura de otras fórmulas de concentración. En todo caso, puede servir de criterio interpretativo de la amplitud que el legislador ha querido dar a la actividad del consorcio la enumeración —ejemplificativa— de posibles funciones de aquél que contiene el artículo 6.º de la Ley de 30 de abril de 1976 —modificada en 1981— sobre ayudas a los consorcios.

Prevalece en la doctrina la consideración del consorcio como una relación asociativa no societaria, caracterizada por la atribución de ventajas económicas a los partícipes, que se producen directamente en el patrimonio de aquéllos, aunque por medio de la organización común (100). Si en la figura francesa del *groupement* prevalecía el aspecto

(97) El Código civil italiano distingue, al regular la materia y tras la indicada definición (art. 2.602), unas disposiciones generales (arts. 2.603 a 2.611), unas disposiciones sobre los consorcios con actividad externa (arts. 2.612 y 2.615 *ter*), unas disposiciones sobre consorcios obligatorios (arts. 2.616 y 2.617) y unas disposiciones dedicadas al control de la autoridad gubernativa (arts. 2.618 a 2.620).

(98) D. BONVICINI: *Le «Joint ventures»: Tecnica giuridica e prassi societaria*, cit., pág. 156.

(99) L. F. PAOLUCCI: «I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi», en el vol. 18 del *Trattato di diritto privato*, dir. por R. RESCIGNO, Turín, 1983, pág. 455.

(100) G. MINERVINI: «Nuova disciplina dei consorzi», en *Giur. Comm.*, 1978, I, pág. 306.

contractual, la prevalencia es aquí absoluta, pues la creación de personalidad jurídica no aparece reconocida. El consorcio es, pues, «una estructura contractual más» (101), otra modalidad de los «contratos asociativos» (102).

Como en la figura próxima del Derecho francés, destaca en la regulación del consorcio el amplio margen de autonomía que se reconoce a los partícipes: aquí la libertad alcanza no sólo el ámbito de la colaboración, sino incluso a la estructura organizativa. La exclusiva regulación de las distintas mayorías necesarias para adoptar acuerdos implica la facultad de decidir los órganos —su número y competencia— que han de regir el consorcio.

Un límite subjetivo reduce la amplitud y flexibilidad con que aparece regulado el consorcio: la exigencia de que los partícipes sean empresarios. La exclusión que ello implica respecto de los profesionales es un elemento más de diferenciación entre esta figura y sus transuntos francés (103) y comunitario (104). No se exige ya, a diferencia de la regulación originaria del Código, que exista conexión entre la actividad de los empresarios, y no se impone tampoco la necesaria vinculación entre la actividad del consorcio y la de sus miembros, aunque la doctrina la considera un requisito implícito.

Por su proyección exclusivamente interna o externa, el Código distingue entre dos tipos de consorcio; el primero se limita a reglamentar las relaciones de los partícipes entre sí; el segundo implica «el establecimiento» de una oficina destinada a desenvolver una actividad con los terceros» (art. 2.612). Esta actividad, proyectada en el tráfico jurídico, y los regímenes de responsabilidad y publicidad que a continuación se exponen, parecen exigir el reconocimiento de personalidad jurídica a los *consorcios de actividad externa*, pero tal reconocimiento no tiene lugar ni legal ni jurisprudencialmente.

El patrimonio consorcial constituye la única garantía de los acreedores. La reforma de 1976 ha suprimido la responsabilidad ilimitada y solidaria de los partícipes. Subsiste, sin embargo, la distinción entre obligaciones consorciales y obligaciones asumidas por cuenta de los partícipes: de estas últimas responden solidariamente los patrimonios del consorcio y de los interesados.

La responsabilidad limitada del consorcio determina un severo régi-

(101) G. MARASÀ: *La «società» senza scopo di lucro*, cit., pág. 207.

(102) F. GALGANO: «Le società in genere. Le società di persone», en el volumen XXVIII del *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. por A. CECU y F. MESSINEO, Milán, 1982, pág. 14.

(103) Véase, entre otros, J. GUYENOT: *Les contrats de groupements d'intérêt économique*, cit., pág. 41.

(104) Art. 4.1, b), del Reglamento de 25 de julio de 1985.

men de publicidad, que incluye la situación patrimonial de aquél. El contrato constitutivo y todas las modificaciones posteriores del mismo han de inscribirse en el Registro Mercantil (Registro delle società), que ha de publicar igualmente el balance anual y la cuenta de pérdidas y ganancias del consorcio.

3. Cabría dudar sobre cuál de las tres figuras asociativas de empresas contempladas en el Ordenamiento español —dejando a un lado los grupos, que sólo son objeto de alguna referencia incidental (105)— está más próxima a la agrupación europea de interés económico. Con la sociedad de empresas tiene en común el rasgo de la conexión de actividad entre aquélla y sus socios, la responsabilidad personal de éstos —aunque en el régimen español sólo limitadamente y por determinadas deudas—, la personalidad jurídica propia y la necesidad de publicidad registral. A la agrupación de empresas se aproxima por la amplitud del objeto y la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus miembros.

En el pensamiento del legislador parece considerarse mayor la proximidad entre agrupaciones de empresas y agrupaciones de interés. Precisamente son, a su juicio, las «modalidades contractuales de colaboración interempresas» —concepto que contrapone a sociedades de empresas— las que reclaman una regulación inmediata «... por el hecho previsible de la adhesión de España a las Comunidades Europeas» (Exposición de Motivos de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre el régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional). La doctrina comparte este criterio, y así J. BUIREU (106) considera que la nueva Ley —recuérdese que subsiste la regulación de las sociedades de empresas de la Ley de 28 de diciembre de 1963 sin ninguna modificación— «ha de ser el cauce para la recepción en nuestro Ordenamiento de las numerosas figuras asociativas conocidas y arraigadas en otros países; concretamente, en el marco de la Comunidad Económica Europea alguna de ellas está tan extendida que incluso se encuentra en fase de elaboración el correspondiente modelo uniforme». M. SACRISTÁN REPRESA (107) apunta igualmente la cercanía entre las figuras española y europea, y la posible

(105) A efectos contables: Real Decreto de 5 de septiembre de 1980 y Orden de 17 de noviembre de 1981, y, respecto de las entidades de depósito, Ley de 25 de mayo de 1985; a efectos tributarios: artículo 38 de la Ley de 26 de abril de 1985, modificativa de la Ley General Tributaria; referencia en el régimen de las Instituciones de Inversión Colectiva: artículo 4 de la Ley de 26 de diciembre de 1984; respecto de los grupos bancarios y sociedades y fondos de capital-riesgo: Real Decreto-ley de 14 de marzo de 1986.

(106) J. BUIREU GUARRO: «Ley sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional», en *RHP*, año 1982, núm. 77, pág. 210.

(107) M. SACRISTÁN REPRESA: *La agrupación europea de interés económico. (Antecedentes y caracterización)*, cit., pág. 836.

aplicación de la normativa de aquélla como régimen supletorio interno de ésta, idea que, sin embargo, rechaza por la limitada coincidencia entre ellas y por la sumariedad del régimen contenido en la Ley de 1982. Pero lo que hasta ahora eran sólo interpretaciones legales o apreciaciones de los autores, se han convertido en declaraciones expresas en el Anteproyecto de ley sobre agrupaciones de interés económico y agrupaciones europeas de interés económico (108), en cuyo preámbulo se afirma que «la finalidad y configuración de estas Agrupaciones de Interés Económico son exactamente las mismas que las correspondientes a las Agrupaciones de empresas reguladas en la Ley 18/1982...», por lo que «se han derogado las disposiciones de la mencionada Ley en las que se establecía el régimen sustantivo de aquellas Agrupaciones; pero se han declarado aplicables a las Agrupaciones de Interés Económico las normas que sobre beneficios fiscales y vigilancia del Ministerio de Economía y Hacienda se contienen en la mencionada Ley».

A pesar de esta pretendida identidad institucional, existen importantes diferencias entre la agrupación de empresas y la agrupación europea de interés económico —así como su proyectado trasunto interno, que no presenta innovación sustancial alguna—. La primera reside en el objeto: el de la agrupación de empresas consiste en «facilitar o desarrollar en común la actividad empresarial de sus miembros» (art. 4.º, 1, Ley de 1982); la expresión «en común», que no aparece en el Reglamento comunitario (confr. art. 3.º, 1), da a entender una colaboración simultánea y total de los miembros, que excluiría incluso cualquier actividad de éstos al margen de la agrupación. Resuena con toda claridad la fórmula de la Ley de 1963, «lograr un mejor desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro». El vigente artículo 4.º, 1, de la Ley de 1982 se inspira en el artículo 108 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario, que, aunque fue interpretado en la práctica de manera excesivamente restringida (109), tenía objetivamente mayor alcance, diferenciaba la actividad de la agrupación de la de sus miembros, y estaba en todo caso más próxima a la concepción comunitaria; se hablaba en aquel artículo de realizar «una actividad en común que favorezca el ejercicio de la propia». Por último, el rechazo en la discusión parlamentaria de la fórmula «facilitar, *mejorar* o desarrollar» alejó aún más el objeto de la agrupación de empresas de la figura comunitaria.

(108) Anteproyecto elaborado por la Comisión de Codificación. Sección de Derecho Mercantil, siendo ponentes los profesores FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, MANUEL BROSETA PONT y ALBERTO BERCOVITZ. Utilizo la versión —única redactada hasta ahora— que lleva fecha 26 de febrero de 1988.

(109) J. BUIREU GUARRO: «Régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional», en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, dir. por N. AMORÓS RICA, tomo XVIII, vol. 1.º, pág. 265.

La segunda diferencia reside en los sujetos: los de la agrupación de empresas han de ser empresarios. Aunque se haya propugnado una interpretación amplia del concepto, que englobe a artesanos y empresas agrarias (110), supuestos expresamente contemplados en el Reglamento comunitario de 1985 [art. 4.º, 1, b)], quedan al margen los profesionales liberales, incluidos en el régimen de la agrupación europea. Por otra parte, la exigencia de que los extranjeros que participen en una agrupación de empresas tengan en España un establecimiento permanente, implica otra importante diferenciación respecto del régimen europeo, en el que no sólo se prescinde del concepto de extranjería, sino que no se exige vinculación alguna del miembro que actúa en otro Estado, respecto del Estado en que se constituya la agrupación europea.

La tercera diferenciación reside en la mayor flexibilidad organizativa de las agrupaciones de empresas. Frente al señalamiento imperativo de órganos que hace el Reglamento comunitario (art. 16), la Ley española de 1982 deja a la voluntad de los otorgantes el determinar en la escritura pública constitutiva «el órgano u órganos que habrán de ejercer la administración» y «la forma de deliberar y tomar acuerdos» [artículos 5.º, b), núms. 5.º y 8.º].

La cuarta diferencia reside en la ausencia de publicidad registral sustantiva. La vigente Ley de 1982 ha prescindido de la inscripción en el Registro Mercantil que para las agrupaciones temporales establecía la Ley de 1963 [art. 7.º, b)], y en su lugar ha ordenado la inscripción en un registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 6.º, 2, Ley de 1982). Sin entrar en la naturaleza de uno y otro tipo de registros (111), cabe apuntar el menoscabo que, con la supresión de la registración mercantil, experimentan tanto la legalidad como la seguridad jurídica. La primera, porque, aunque algún autor ha hablado de la calificación previa a la inscripción en el registro especial (112), tal calificación implica un simple control de requisitos objetivos, pero nunca un control de legalidad de fondo y forma. El menoscabo de la seguridad jurídica es evidente, porque el registro especial tiene una exclusiva finalidad de control administrativo, no de protección a terceros, y carece, por tanto, de los efectos favorables que consigna el Reglamento del Registro Mercantil. El anteproyecto español sobre las agrupaciones de interés —sustitutivas, como en él se prevé, de las agrupaciones de empresas— acierta, a mi juicio, al establecer la inscripción

(110) J. BUIREU GUARRO: *Op. últ. cit.*, pág. 267.

(111) Sobre la que puede verse A. PAU PEDRÓN: *Curso de práctica registral*, Madrid, 1986, pág. 21.

(112) J. BUIREU GUARRO: *Ley sobre régimen fiscal...*, cit., pág. 213.

de aquéllas en el Registro Mercantil; aunque el desarrollo interno del Reglamento comunitario de 1985 sólo obliga a determinar el Registro en que las agrupaciones europeas deban inscribirse, el paralelismo con que se configuran las agrupaciones europeas y las españolas y el deber constitucional de garantizar la seguridad jurídica conducen a la previsión de que ambas accedan al Registro Mercantil.

La última diferencia sustancial reside en la personalidad jurídica de la agrupación, negada por la Ley española (art. 4.º, 1) y prevista por el Reglamento comunitario (art. 1.º, 3), en función de los diversos sistemas jurídicos europeos. Se ha escrito (112 bis) que «la negación de personalidad jurídica propia (por la Ley de 1982)... puede resultar positiva por acercarse más a las concepciones generales imperantes en el seno de la Comunidad Europea», cuando, a mi juicio, el Derecho comunitario no se pronuncia en ningún caso en materia de personalidad para no interferir en aquellos ordenamientos que —como el alemán, el inglés (no el escocés), el danés, el italiano, el holandés, el portugués y el suizo— prevén supuestos de entes colectivos con capacidad jurídica propia y sin personalidad independiente.

La agrupación de empresas carece, pues, de personalidad jurídica, y es, por tanto, una modalidad contractual típica, o, más exactamente, un conjunto de «formas contractuales de colaboración», como indica la Exposición de Motivos de la Ley de 1982. R. BLANQUER UBEROS (113) ha examinado con profundidad y rigor la naturaleza de estas relaciones jurídicas, y, tras exponer el estado doctrinal sobre la cuestión, sostiene que el convenio de colaboración «es subsumible en un tipo genérico, no legal pero sí doctrinal y usual, de contrato asociativo». No cabe asimilar este convenio al contrato de sociedad porque falta la finalidad de obtención de un lucro o ganancia común repartible. Sin embargo, aunque no pueda subsumirse el convenio de colaboración ni el tipo legal general del contrato de sociedad ni en ninguna de las formas societarias a que se refiere el artículo 122 del Código de Comercio, «tenemos abiertas... las posibilidades de la interpretación extensiva y de la ampliación integradora o analógica del derecho».

(112 bis) J. BUIREU GUARRO: *Op. últ. cit.*, pág. 218.

(113) R. BLANQUER UBEROS: «Las uniones temporales de empresas: Su regulación en relación al Derecho privado en general y al Código de Comercio en particular», en *HPE*, año 1985, núm. 94, pág. 174.

III. REGIMEN JURIDICO DE LA AGRUPACION EUROPEA DE INTERES ECONOMICO

A) LA AGRUPACIÓN COMO CONTRATO Y COMO ENTE

El contrato de agrupación —expresión reiteradamente empleada por el Reglamento comunitario de 1985— tiene carácter asociativo, pues la nota que le caracteriza es «la colaboración o cooperación de los contratantes para conseguir el fin que pretenden, no las prestaciones que han de realizarse» (114). Tiene también carácter normativo, no en el sentido de regulador de eventuales contratos posteriores que pudieran celebrarse entre las partes, sino en el de regulador de una relación contractual duradera, que impone, no prestaciones reiteradas (no se trata de un contrato de tracto sucesivo), sino una conducta permanente. En la doctrina italiana, y con referencia a la figura próxima del *consorzio*, se ha dicho (115) que es un contrato organizativo, poniendo de relieve que no constituye un fin en sí mismo, sino que se celebra «al servicio de otras relaciones con el fin de potenciarlas», es decir, para favorecer los contratos que hayan de celebrar directamente los miembros de la agrupación con los terceros. De este último rasgo deduce PAOLUCCI un carácter instrumental y accesorio, aunque esta nota responde a una circunstancia más económica que jurídica, pues deriva de la necesaria existencia de unas organizaciones empresariales.

No se impone una forma determinada para el contrato de agrupación. Parece, sin embargo, que existe un requisito implícito de que sea escrito, derivado de la exigencia de presentación en el Registro y del establecimiento de un contenido mínimo (116). K. GLEICHMANN considera suficiente el documento privado (117), y este criterio se sigue en la *EWIV-Ausführungsgesetz* de 14 de abril de 1988, no sólo para el contrato de agrupación, sino también para la solicitud de inscripción (*Anmeldung zur Eintragung*).

La cuestión formal, que cae bajo el imperio de la Ley interna del Estado de la sede (art. 2.º del Reglamento de 1985), debe ser objeto de una consideración especial desde la perspectiva de nuestro Derecho. El contrato de agrupación tiene, como hemos visto, una finalidad organizadora, y este tipo de acuerdos requieren, como pone de relieve DE

(114) L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, volumen II, Madrid, 1984, pág. 538.

(115) L. F. PAOLUCCI: *I consorzi per il coordinamento*, cit., pág. 448.

(116) P. WOODLAND: *Le groupement européen d'intérêt économique*, cit., número 7.

(117) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessensevereinigung*, cit., página 641.

CASTRO (118), una forma especial, forma «para la validez», cuya ausencia determinaría la nulidad del contrato. Por otra parte, la exigencia del Reglamento comunitario de que el contrato se inscriba en un Registro —y éste, como trataremos de demostrar, ha de ser el Registro Mercantil— arrastra la aplicación del artículo 8.º del Reglamento del Registro Mercantil, que impone la forma pública notarial.

En cuanto al idioma en que pueda redactarse el contrato, entiende P. WOODLAND (119) que nada se opone a que los miembros «empleen varias lenguas que hagan igualmente fe entre ellos», en cuyo caso se aplicará analógicamente, a efectos registrales, la remisión a la práctica que hace el artículo 10 del Reglamento de 1985. Si interviene Notario español, aunque el artículo 150 del Reglamento Notarial sólo prevea la posibilidad de «doble columna en ambos idiomas» —porque tiene únicamente presentes los negocios unilaterales o bilaterales, pero no los plurilaterales asociativos— no creo que exista obstáculo a la múltiple columna en diversos idiomas, pues si «el otorgante extranjero... podrá hacer uso de este derecho aun en la hipótesis de que conozca perfectamente el idioma español», si los otorgantes son varios podrán hacer igualmente uso de manera individual de ese derecho. A cada idioma se aplicará la regla de traducción por el Notario —si lo conoce— o por intérprete oficial —si no lo conoce—. Por tratarse de una *práctica* regulada, la remisión del artículo 10 —con la aplicación analógica apuntada— debe entenderse hecha al artículo 37 del Reglamento Hipotecario, y, por tanto, si se trata de un contrato de agrupación otorgado en el extranjero y redactado en uno o varios idiomas entre los que no esté el español, el Registrador procederá, previa calificación de la equivalencia de forma, a traducirlo por sí mismo —si conoce el idioma— o a solicitar que se acompañe traducción de funcionario competente o de Notario que respondan de la fidelidad de la traducción.

Debe tenerse en cuenta que en materia de estado y capacidad el preámbulo del Reglamento comunitario prevé la competencia de la ley nacional (cons. 11), aunque el artículo 2.º, en aparente contradicción, establece que «la ley aplicable .. al contrato de agrupación, *excepto para las cuestiones relativas al estado y a la capacidad* de las personas jurídicas..., será la ley interna del Estado de la sede...». Late, a mi juicio, en esta discordancia, la duda sobre la naturaleza internacional o interna de las reglas de Derecho internacional privado. La remisión parece que debe entenderse hecha al artículo 9.º, números 1 y 11 del Código Civil, cuando sea España el Estado de la sede. Se trata, en el

(118) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 285.

(119) P. WOODLAND: *Le groupement européen d'intérêt économique...*, cit., número 7.

caso que examinamos, de un supuesto de los que J. GANSKE (120) llama *Globalverweisung* —remisión global—, en contraposición a *Sachnorm-Verweisung* —remisión a la norma material adecuada—. Por otra parte, y partiendo del carácter oneroso de estos contratos asociativos, se plantea el problema de la aplicabilidad del artículo 10, número 8, del Código Civil al contrato de agrupación: es decir, su posible otorgamiento en España por extranjero incapaz según su ley nacional, pero que no lo sea conforme a la legislación española. Entendiendo su ámbito en un sentido amplio, y teniendo en cuenta que su *ratio* es «favorecer la rapidez, seguridad y confianza en el tráfico jurídico externo» (121), podría admitirse por el Estado de la sede la participación de una persona excluida por otro Estado en base al artículo 4.º, número 4, del Reglamento comunitario de 1985 —naturalmente, sólo en los casos no comunicados en virtud del artículo 41, número 2, del mismo Reglamento, casos ya previstos por las delegaciones nacionales en la reunión del Comité de contacto (122).

El artículo 5.º del Reglamento determina el contenido mínimo del contrato: denominación, sede, objeto y duración de la agrupación, e identificación de los miembros. Sorprende la falta de referencia a las aportaciones. Es cierto que éstas pueden no existir, pero las menciones del artículo 5.º no sólo todas incondicionales, pues la duración sólo ha de establecerse cuando la agrupación no se pacte con carácter indefinido.

La posibilidad de realizar aportaciones no se discute en la doctrina (123), y está en armonía con la posibilidad de que la agrupación sea titular de un patrimonio (*ex art. 1.º, 2, y art. 33*), patrimonio al que pueden incorporarse eventuales contribuciones periódicas o retribuciones por servicios. Lo que no parece necesario es que se constituya con un capital, entendido como «valor contable, abstracto, igual en el momento de la constitución a las aportaciones en numerario y especie, que

(120) J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*, cit., pág. 12.

(121) A. REMIRO BROTONS: «Comentario al artículo 10 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1978, pág. 358.

(122) Según el acta de la reunión de 21 de octubre de 1987 (pág. 10), discutiéndose el alcance del artículo 4, número 4, del Reglamento, la delegación francesa manifiesta, sobre la base de distinguir entre exclusiones explícitas e implícitas —siendo estas últimas las preexistentes de Derecho interno—, que «los Estados miembros no están obligados, en su opinión, a notificar todas las exclusiones resultantes de las normas existentes. Bélgica e Italia comparten este punto de vista».

(123) Véase, por todos, A. PÉTÉLAUD: *La construction de la Communauté Européenne...*, cit., pág. 202.

represente la garantía mínima de los acreedores» (124). El patrimonio de la agrupación es, pues, un fondo operativo: tiene un carácter funcional, pues se destina a facilitar o desarrollar la actividad económica de los miembros, flexible, pues caben reducciones y repartos o aumentos cuando convengan, importante para el cumplimiento del fin, por la prohibición de financiación externa que establece el artículo 23 del Reglamento, e ineficaz como límite de responsabilidad, ni aun en primer grado, porque el artículo 24 no establece un auténtico derecho de excusión en favor de los partícipes.

El contrato de agrupación carece de eficacia constitutiva (125). Es la inscripción registral la que determina el surgimiento del ente, su adquisición de personalidad, pues, según el artículo 1.º, número 2, del Reglamento comunitario, «a partir de la inscripción prevista en el artículo 6.º (la agrupación) tendrá la capacidad...». La traducción oficial de este precepto adolece de un defecto que se aprecia contrastándola con las demás versiones oficiales (126). Por otra parte, aunque el Reglamento exija la publicación en el «boletín oficial apropiado» de los «actos e indicaciones a que se refiere el artículo 8.º» (art. 39), no cabe entender que la constitución de la agrupación no se produzca hasta la publicación de ese boletín, pues cabe diferenciar entre la eficacia propia de la inscripción —constitución— y eficacia propia de la publicación a través del boletín —oponibilidad—. Así se desprende del propio Reglamento, relacionando los artículos 1.º, número 2, 9.º, número 1, y de la remisión que este último hace al artículo 3.º, números 5 y 7, de la primera directiva de sociedades.

El Reglamento comunitario contiene un precepto aplicable tanto a las agrupaciones en formación como a las agrupaciones irregulares —pues no se establece plazo para la inscripción—: «Si algunos actos han sido realizados en nombre de la agrupación antes de su registro, de acuerdo con el artículo 6.º, y si la agrupación no asume después de su registro los compromisos derivados de tales actos, las personas físicas, sociedades y demás entes jurídicos que los hayan realizado, serán solidaria e indefinidamente responsables» (art. 9.º, 2). Se trata de una

(124) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 651, y *Les caractéristiques juridiques du GEIE et son avenir économique*, 18 de marzo de 1988, inédito. Este concepto coincide con el empleado habitualmente por el Comité Económico y Social.

(125) H. GOEDERT: *Un nouvel instrument juridique...*, cit., pág. 213: «El GEIE no existe como entidad jurídica autónoma y no posee capacidad jurídica más que a partir de esta inmatriculación...». S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 649: «La conclusión de tal contrato no tiene, sin embargo, efecto constitutivo respecto de terceros».

(126) Por ejemplo, la versión alemana del precepto indica que: «Die so gegründete Vereinigung hat von der Eintragung nach Artikel 6 a die Fähigkeit, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein...».

transcripción casi literal del artículo 7.º de la primera Directiva de sociedades, pero con la significativa particularidad de que el Reglamento convierte en «antes de su registro» lo que en la directiva era «antes de la adquisición de la personalidad jurídica», lo que refuerza la interpretación realizada sobre la eficacia del documento y del asiento.

Debe observarse que, en armonía con este criterio reglamentario sobre la adquisición de la personalidad jurídica, se mantiene implícitamente la invalidez de los actos celebrados en nombre de la agrupación antes de la inscripción: de ahí que no se imponga a los partícipes de la preagrupación el cumplimiento de las obligaciones asumidas, sino el pago del *id quod interest* con carácter ilimitado y solidario.

No se establece, por otra parte, una concreción cronológica de la expresión «después de su registro». Se trata de un criterio indeterminado —como algún otro que aparece a lo largo del Reglamento, y en especial el «plazo suficiente» del artículo 24— que no puede ser concretado por la legislación interna que desarrolle el Reglamento, al tratarse de un concepto de Derecho comunitario —cuya interpretación se precisará, en su caso, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades—, y que, de precisarse por cada ordenamiento nacional, destruiría el régimen uniforme que establece el Reglamento en materias sin reenvío.

El artículo 3.º, número 2, del Reglamento impone a la agrupación una serie de prohibiciones que no responden en todos los casos a un consenso inicial de las delegaciones, sino a exigencias de un Estado miembro —a las que podría haberse dado curso por la vía de la normativa interna de desarrollo— o a compromisos políticos. Las dos primeras prohibiciones han sido examinadas páginas atrás: se trata de las prohibiciones de dominación y de control. La tercera impide a la agrupación tener más de quinientos asalariados. Se ha alegado en apoyo de esta prohibición el propósito que ha estado presente en los autores del Reglamento de orientar la agrupación europea hacia las pequeñas y medianas empresas. Pero el número de los trabajadores de las empresas miembros es indiferente a los efectos de la prohibición de la letra c) del artículo 3.º, 2. Se ha aducido también el deseo de mantener la agrupación en unas dimensiones reducidas (127). Aunque no se ha querido reconocer la rigurosa exigencia de la delegación alemana, que impuso el límite de los quinientos asalariados para evitar el derecho de participación de los trabajadores (*Mitbestimmungsrecht*) (128), esa

(127) A. PÉTÉLAUD: *La construction de la Communauté Européenne...*, cit., página 199.

(128) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, citado, pág. 637.

exigencia ha sido puesta de manifiesto por un miembro de la citada delegación (129).

La cuarta prohibición —«ser utilizada (la agrupación) por una sociedad para efectuar un préstamo a un directivo de una sociedad, o a cualquier otra persona relacionada con él, cuando tales préstamos están sujetos a restricción o a control según las leyes de los Estados miembros aplicables a las sociedades; una agrupación tampoco debe utilizarse para la transferencia de un bien entre una sociedad y un directivo, o cualquier otra persona relacionada con él, excepto en la medida permitida por las leyes de los Estados miembros aplicables a las sociedades...»—, además de prolija, casuística y circunstancial, recoge un simple supuesto de abuso (130), que debía haberse previsto exclusivamente por el ordenamiento nacional que establece tales prohibiciones (131). La cuarta limitación —que una agrupación europea sea, a su vez, miembro de otra— se incluyó para evitar la indeterminación de los obligados en los supuestos de responsabilidad.

Una última prohibición se impone fuera del artículo 3.º, número 2, y, por tanto, al margen de la rigurosa sanción del artículo 32. Se trata de la prohibición de «recurrir públicamente al mercado de capitales» (artículo 23). Aunque se cierra la importante vía de financiación que es la emisión de obligaciones, queda abierto el recurso al crédito de entidades bancarias e incluso la emisión de títulos que estén destinados exclusivamente a los partícipes.

El concepto de domicilio, básico porque determina lo que se ha llamado la segunda nacionalidad de la agrupación —«sin perjuicio de las disposiciones de este Reglamento, la ley aplicable... al contrato... y al funcionamiento interno de la agrupación, será la ley interna del Estado de la sede...» (art. 2.º, 1)— trata de determinarse con un criterio de realidad, sobre una doble alternativa: además de estar situado en la Comunidad, será el lugar donde la agrupación tenga su administración central o uno de los miembros tenga su administración central o su actividad principal, siempre que la agrupación desarrolle en él una actividad real. La agrupación puede desarrollar su actividad íntegra fuera del territorio de la Comunidad Europea, en cuyo caso el criterio de realidad se verá reducido a un dato formulario.

Considerando muy limitado el alcance de la «segunda nacionalidad»

(129) J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*, citado, pág. 3: «La limitación del número de asalariados... es debida a una exigencia principal de la delegación alemana, que había declarado desde el principio no poder aceptar el Reglamento si no se preveía tal limitación».

(130) K. GLEICHMANN: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, citado, pág. 369.

(131) El Derecho inglés, en base a razones de carácter fiscal, según J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*, cit., pág. 3, nota 32.

de la agrupación y, por tanto, la rigurosa unidad de la figura, el Reglamento permite, con escasas medidas protectoras de los terceros, el cambio de domicilio de la agrupación que implique traslado a otro territorio —Estado o región— con distinta normativa interna. Dado que el traslado que «no tenga por consecuencia un cambio de la ley aplicable» no está sujeto a requisito alguno, fuera de los establecidos en el contrato de agrupación, se plantea el problema de delimitar uno y otro supuesto. ¿Cómo ha de interpretarse el concepto de «sus propias normas aplicables», que emplea el artículo 2.º, número 2, a efectos de que el cambio de domicilio esté sometido al artículo 13 o al más riguroso artículo 14? ¿Cabe considerar que sólo tienen «normas propias aplicables» las «unidades territoriales» que hayan aprobado una normativa de desarrollo del Reglamento comunitario, o cabe considerar que las tienen todos los territorios con regulación propia sobre contratos y personas jurídicas? Una interpretación literal del número 1 del artículo 2.º —que el número 2 se limita a precisar en cuanto al alcance— llevaría a la primera solución, pues se refiere a la «ley aplicable... al contrato de *agrupación*... y al funcionamiento interno *de la agrupación*», no a normas genéricas sobre la materia contractual. Además, la *ratio* del número 2 no parece ser otra que una simple previsión de la autonomía legislativa que pudieran tener determinados territorios europeos para dictar normas propias sobre las materias reenviadas por el Reglamento. La solución al problema debe ser, sin embargo —a mi juicio—, la contraria. La normativa interna de desarrollo no agota el régimen supletorio del Reglamento comunitario. De ahí que queden cuestiones —en algunos casos de importancia— sujetas a la normativa contractual general, que puede ser distinta según las diversas unidades territoriales autónomas. Este criterio, como se ve, no puede ser objeto de una concreción precisa, y serán los Tribunales quienes declaren indebidamente empleada la vía del artículo 13 cuando el cambio de domicilio se haya realizado a un territorio cuyo ordenamiento jurídico incida en la «segunda nacionalidad» de la agrupación.

Para el traslado de sede con «cambio de ley aplicable» (art. 14) se imponen ciertos requisitos que coinciden sustancialmente con los establecidos en las directivas tercera y sexta de sociedades para los casos de fusión y escisión. Debe redactarse e inscribirse en el Registro —además de publicarse en su boletín oficial— un proyecto de traslado; la decisión de traslado sólo puede tomarse dos meses después de la publicación del proyecto. La oponibilidad del cambio a los terceros sólo puede tener lugar una vez inscrita la agrupación en el Registro de la nueva sede y cancelada la inscripción en el Registro de la sede ante-

rior (132), a menos que se pruebe que aquéllos tenían conocimiento extrarregistral del traslado. El artículo 14, número 4, reserva a los Estados la posibilidad de prever en su normativa de desarrollo un derecho de oposición al traslado «por razones de interés público». Este párrafo, introducido a instancias de una delegación concreta (133) por exigencia de su Derecho interno no parece que deba aplicarse por otros ordenamientos nacionales (134).

La disolución de la agrupación europea puede tener lugar por una causa voluntaria —el acuerdo de los partícipes, que ha de adoptarse por unanimidad, salvo que el contrato exija sólo la mayoría (art. 31)— o por causas forzosas. La efectividad de estas últimas está subordinada, en unos casos, a la decisión de los partícipes —o, en defecto de ella, a la declaración judicial instada por cualquiera de los partícipes—, y en otros directamente a la declaración judicial. Los primeros son la expiración del plazo, la realización del objeto o la imposibilidad de alcanzarlo y cualquier otra causa prevista en el contrato. Los últimos, cuya declaración puede ser promovida por cualquier interesado o por la autoridad administrativa competente (135), son el incumplimiento de la finalidad típica de la agrupación o la incursión de ésta en alguna de las prohibiciones del artículo 12, el establecimiento de la sede fuera de la Comunidad o en un lugar donde no desarrolle una actividad real, y la unicidad sobrevenida de socios, así como cualquier otro en que el Juez estime la existencia de justa causa. La disolución —acordada o declarada judicialmente, según los casos— arrastra, *ope legis*, la liquidación, durante la cual la agrupación conserva la capacidad jurídica (art. 35, 3).

Una quiebra más del régimen uniforme se produce en materia de ejecución colectiva. La estéril experiencia comunitaria en el tema (136) ha movido sin duda a los redactores del Reglamento a establecer que «las agrupaciones europeas de interés económico se someterán a las disposiciones de Derecho nacional que regulan la insolvencia y el cese de los pagos» (art. 36). Este reenvío implica una doble inconcreción, pues no se reduce al aspecto procedimental, sino que alcanza, en los

(132) Las imperfecciones de la versión española llegan en algunos casos a la comicidad, como sucede en este artículo 14, 3: «Mientras no se haya publicado la cancelación... los terceros podrán continuar haciendo uso de la antigua sede. ».

(133) La delegación británica, según J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*, cit., pág. 5.

(134) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*, citado, pág. 647.

(135) Sobre el concepto de autoridad competente a estos efectos, puede verse P. WOODLAND: *Le groupement européen d'intérêt économique...*, cit., núm. 21.

(136) Veinticinco años de trabajo desde que se constituyó el primer grupo de expertos para elaborar un proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos —en 1963—, dos proyectos elaborados —en 1970 y 1980— y aún lejanas perspectivas de que se abra a la firma un texto definitivo.

sistemas diferenciadores del carácter civil o mercantil del insolvente, al tipo de ejecución colectiva. La única regla uniforme que establece el Reglamento comunitario en esta materia supone una llamativa —aunque justificada (137)— excepción al régimen de comunicación de insolvencia característico de las sociedades personalistas; según el mismo artículo 36, la apertura de un procedimiento de ejecución contra una agrupación no implica por sí misma la apertura de tal procedimiento contra sus miembros.

B) LOS MIEMBROS

Pueden ser miembros de una agrupación europea todo tipo de personas jurídicas —«sociedades... y demás entes de Derecho público o privado», dice el artículo 4.º, 1, b), del Reglamento—, las personas físicas e incluso las colectividades con capacidad propia pero sin personalidad que reconocen los Derechos europeos —*Offene Handelsgesellschaft, partnership, consorzio*...—. Se exige en todas ellas un doble requisito: que desarrollen una actividad de tipo económico y que estén vinculadas a la Comunidad Europea. Ambos requisitos se exigen con distinto alcance de personas físicas o jurídicas. El primero no se impone de forma explícita respecto de las personas jurídicas, y la remisión al artículo 58 del Tratado de Roma parece excusar incluso la concurrencia de este requisito: si por sociedad se entiende, en Derecho comunitario, «las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo», ¿qué puede añadir el inciso «los demás entes jurídicos de Derecho público o privado» que el artículo 4.º del Reglamento de 1985 sitúa tras la referencia a las sociedades? Sin duda las personas jurídicas carentes de fin de lucro; pero, teniendo en cuenta el presupuesto general del número 1 del artículo 3.º, ¿cuáles son las personas jurídicas que desarrollan una actividad económica pero carecen de fin de lucro? El legislador europeo ha tenido presentes a las organizaciones, cualquiera que sea su configuración jurídica, destinadas a la investigación científica. El Tribunal de Justicia de las Comunidades irá delimitando casuísticamente el contenido real de ese concepto que es jurídicamente tan impreciso.

La actividad económica de las personas físicas se describe por vía de enumeración: han de ejercer «una actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola, de profesión liberal o de otros servicios [art. 4.º, 1,

(137) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire* ., cit., pág. 653.

b) J. Aunque algún autor, quizá como responsable principal del texto (138) ha defendido el carácter económico de la profesión liberal, la generalidad de quienes han analizado sistemáticamente el Reglamento de 1985 ponen de relieve la excepcionalidad del inciso —que aparece en la versión definitiva, pero no en los proyectos de 1973 y 1978—, y los numerosos problemas de Derecho comunitario e interno que plantean las «sociedades de profesionales» (139). En primer lugar, la agrupación europea integrada por profesionales liberales, al beneficiarse la libertad de actuación en todo el ámbito de la Comunidad, podría ir más allá de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios que está reconocida —aún de manera muy limitada (140)— a los profesionales individualmente considerados. Por otro lado, el ámbito de actuación de tales agrupaciones parece ser muy distinto del que se desprende del artículo 4.º, 1, b), si se tiene en cuenta que, según el considerando 6.º del preámbulo, «la agrupación no podrá por sí misma ejercer, frente a terceros, una profesión liberal». Esto obliga a distinguir, como posibles sujetos de la agrupación, la prestación de servicios a terceros y la prestación de medios a los partícipes, y a reconocer exclusivamente la adecuación del segundo al espíritu del Reglamento comunitario. En este sentido escribe S. ISRAËL (141) que «actuando así (ejercicio de profesión liberal respecto de terceros), la agrupación sustituiría a la actividad típica de sus miembros, lo que es contrario a su objeto»; y H. GOEDERT (142) pone de relieve que «dispensando servicios a los terceros, el carácter auxiliar no sería respetado, y la actividad de la agrupación no sería ya una prolongación de la actividad de sus miembros». La actividad de la agrupación europea de profesionales puede consistir, pues, en la organización de los medios materiales necesarios para el ejercicio conjunto de la profesión de los partícipes o en la organización de un servicio profesional común que auxilie a los partícipes en el desarrollo de su actividad.

El requisito de la vinculación de los miembros a la Comunidad Europea se impone también con distinta intensidad según se trate de

(138) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*

(139) Hace interesantes observaciones sobre las *società fra professionisti* F. GALGANO: «Le società in genere. Le società di persone», en el *Tratatto ...*, dir. por A. CICU y F. MESSINEO, Milán, 1982, pág. 24.

(140) Por no haber sido aprobada aún la propuesta de Directiva sobre reconocimiento de diplomas de la enseñanza superior, de 1985, y ser reducido el número de Directivas sectoriales —Directivas sobre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios de médicos y veterinarios (de 1975 y 1978, respectivamente) y Directiva sobre libre prestación de servicios de abogados (de 1977)—, lo que, en la práctica, reduce la efectividad real de los artículos 52 y 60 del Tratado de Roma.

(141) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 647.

(142) H. GOEDERT: *Un nouvel instrument juridique ...*, cit., pág. 209.

personas físicas o jurídicas. Para éstas se exige la nacionalidad de uno de los Estados comunitarios, según suele interpretarse el requisito cumulativo de la constitución y el domicilio —aunque, al no precisarse que una y otro han de tener lugar en el mismo Estado europeo [vid. artículo 4.º, 1, a)], no se darían en todo caso los supuestos que exigen quienes mantienen un criterio más riguroso en materia de nacionalidad de las personas jurídicas—. En todo caso, se ha puesto de relieve la facilidad de burlar el propósito que late tras la exigencia reglamentaria constituyendo, por una sociedad extranjera, una filial dentro de la Comunidad (143).

Por otra parte, al no coincidir los requisitos que han de reunir las personas jurídicas para integrar una agrupación europea con los que han de reunir tales personas jurídicas para integrar *entre sí* una agrupación [la letra a) del art. 4.º, 2, alude sólo a la «administración central en Estados miembros diferentes»), cabe que aquélla esté integrada por dos o más personas jurídicas de una misma nacionalidad, sin que por ello la agrupación deje de considerarse europea.

Tratándose de personas físicas no se exige la nacionalidad de uno de los Estados europeos, sino el vínculo más débil de desarrollar su actividad en el ámbito comunitario.

Relacionando lo dispuesto en el artículo 4.º, número 4, con lo previsto en el considerando 8.º del preámbulo, cabe que los Estados excluyan directa o indirectamente a determinadas personas de participar en una agrupación. La exclusión directa ha de estar basada en razones de orden público y ser comunicada a la Comisión —que a su vez informará a los demás Estados miembros—. Pensada en un principio para la *building society* inglesa —para evitar a los pequeños ahorradores el riesgo de una responsabilidad solidaria—, la exclusión directa ha sido empleada también por algunos proyectos de normativa interna de desarrollo del Reglamento comunitario (144). La exclusión indirecta es la constituida por «limitaciones o prohibiciones» (cons. 8.º) de Derecho interno. Parece lógico salvar las restricciones nacionales al ejercicio asociado de determinadas actividades o profesiones, en la imposibilidad de recoger una normativa común o establecer una enumeración de todas las limitaciones previstas por los Estados miembros, aunque ello implique otra quiebra, y de las más importantes, al régimen uniforme de la agrupación europea.

(143) P. WOODLAND: *Le groupement européen d'intérêt économique...*, cit., número 11.

(144) Por ejemplo, el artículo 3 del Proyecto de ley belga de aplicación del Reglamento número 2.137/85 sobre agrupación europea de interés económico.

El número de miembros no puede ser inferior a dos; la reducción a uno por sobrevenir a los demás alguna de las causas de extinción de la cualidad de socio que contempla el artículo 28, o por separación voluntaria, con los requisitos del artículo 27, número 1, o por exclusión en los términos del número 2 del mismo artículo, dará lugar a la aplicación de los artículos 31, 1, y 32, 1. Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse la expresión «deberá disolverse por decisión... del miembro restante»? ¿Se impone legalmente la disolución o se autoriza al partícipe único a decidirla? La comparación con otras versiones del texto (como la alemana: «die Vereinigung muss ferner durch Beschluss... des verbleibenden Mitglieds...») lleva a entender que es una facultad del partícipe único mantener o disolver la agrupación. Ello no excluye que cualquier interesado o la autoridad competente puedan solicitar la disolución judicial, conforme al artículo 32.

La posibilidad de limitar a veinte el número máximo de miembros, introducida a instancia de la delegación británica para lograr mayor homogeneidad entre la agrupación y la *parthnership*, cuya regulación constituirá el régimen supletorio de aquélla, no debe ser empleada, a juicio de los autores (145), para una finalidad distinta de la prevista al tiempo de su introducción en el Reglamento.

Además de los derechos que el contrato pueda atribuir a los partícipes, tienen éstos los derechos legales de voto (art. 17), información (artículo 18), participación en los beneficios (art. 21), cesión de la participación en la agrupación (art. 22) y separación (art. 27). Por tratarse de una figura asociativa que, excediendo del *iuitus personae*, alcanza lo que la doctrina norteamericana denomina *delectus personarum*, tienen también los partícipes el derecho de admitir nuevos socios; según el artículo 26, 1, «la decisión de admitir nuevos socios se tomará por unanimidad de los miembros de la agrupación» (145 bis).

La responsabilidad de los partícipes es ilimitada y solidaria. El ámbito de esta responsabilidad lo extiende el artículo 24, 1, a «las deudas de cualquier clase» de la agrupación; el considerando 10 del preámbulo incluye entre ellas «las deudas... fiscales y de seguridad social». El mismo texto permite exceptuar a determinados partícipes del riguroso régimen de responsabilidad, consagrando «la libertad de excluir o de restringir, mediante un contrato específico entre la agrupación y un tercero, la responsabilidad de uno o de varios de sus miembros por una

(145) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, cit., página 640; S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 648.

(145 bis) Sobre el régimen de estos derechos y, en general, de la cualidad de miembro, puede verse A. PAU PEDRÓN: «La Agrupación Europea de Interés Económico, entre la cooperación y la concertación empresarial», en *Boletín del Círculo de Empresarios*, núm. 43, año 1988.

deuda determinada», facultad que, como pone de relieve S. ISRAËL (146), facilitará la colaboración entre pequeñas y medianas empresas y grandes empresas en una misma agrupación europea. El número 2 del mismo artículo 24 establece la necesidad de previa reclamación de pago a la agrupación para que quepa la reclamación directa a un partícipe; la expresión «hasta el cierre de la liquidación», que hace confuso el párrafo, sólo quiere significar el hecho evidente de que, extinguida la agrupación, los acreedores pueden dirigirse únicamente contra los que fueron partícipes de ella; por otro lado, el concepto de «plazo suficiente», al pertenecer al régimen uniforme de la agrupación, no puede ser concretado por las normas internas de desarrollo, correspondiendo su interpretación al Tribunal de Justicia de las Comunidades.

C) LOS ÓRGANOS

La flexibilidad del régimen jurídico de la agrupación europea y el amplio margen de libertad contractual que se concede a los partícipes son aún mayores en el aspecto orgánico de la figura, quizá por consciencia del riesgo que todo acuerdo de asociación conlleva, y también, como indica el considerando 4.º del preámbulo, para permitir la adaptación de la agrupación a la variabilidad de las circunstancias económicas. El Reglamento de 1985 prevé la existencia de dos órganos —uno decisorio y otro de gestión—, permitiendo que el contrato cree otros órganos y determine sus funciones (art. 16).

En la denominación del órgano decisorio se ha tratado de eludir la terminología empleada respecto de las sociedades —se habla de órgano colegiado y no de junta general, de *collège* en lugar de *assemblée*, de *Organ* en vez de *Versammlung*...— para que no coincida con el término usado en cada Derecho nacional para designar al órgano que expresa la voluntad general, y evitar así la aplicación supletoria del régimen de aquél en todo lo relativo a su funcionamiento. Se prefiere hablar incluso de «miembros actuando en forma colegiada» (art. 16) para permitir que las decisiones puedan adoptarse sin ningún requisito formal, incluso sin reunirse los miembros, empleando cualquiera de los modernos procedimientos de comunicación (147).

No se prevén reuniones obligatorias, ni requisitos de convocatoria, y se deja a la libre determinación del contrato las condiciones de quórum y de mayorías para adoptar acuerdos (art. 17, 3), con excepción de aquellos para los que se exige unanimidad (art. 17, 2). Se ha puesto

(146) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 652.

(147) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, cit., página 643.

de relieve que para interpretar este concepto de unanimidad empleado por el Reglamento habrá de atenderse a la norma establecida en el Tratado de Roma (art. 148, 3) respecto del Consejo: «Las abstenciones de los miembros presentes o representados no impedirán la adopción de los acuerdos... que requieran unanimidad».

Una flexibilidad semejante puede apreciarse en la regulación del órgano de gestión: puede estar integrado por una o varias personas (artículo 19, 1); su nombramiento puede hacerse en el contrato de agrupación o fuera del mismo (art. 19, 1); pueden ser administrador tanto las personas físicas como las jurídicas, siempre que la normativa interna de desarrollo lo admita expresamente (art. 19, 2); los requisitos de nombramiento y revocación y la extensión de los poderes pueden determinarse libremente por los partícipes (art. 19, 3). Contrasta con esa flexibilidad el riguroso régimen de las facultades representativas del administrador —del único o de cualquiera de ellos, pues se impone la solidaridad (art. 20, 1), aunque puede acordarse la mancomunidad (artículo 20, 2)—, pues trasladando al Reglamento la regla del artículo 9.º de la primera directiva de sociedades, se establece, por una parte, que cada uno de los administradores obliga a la agrupación incluso cuando los actos no forman parte de su objeto, a menos que se pruebe que el tercero conocía la extralimitación, y sin que la publicación registral del objeto sea prueba suficiente; y, por otro, que ninguna limitación de los poderes del administrador, derivada del contrato o del acuerdo de los partícipes, podrá oponerse a los terceros, aunque esté publicada registralmente.

D) PUBLICIDAD REGISTRAL

El Reglamento comunitario de 1985 refleja una sensibilidad registral semejante al que revelan las directivas societarias —tanto aprobadas como proyectadas—. El fundamento es el mismo: la necesidad de proteger a los terceros; lo expresa así, respecto de las sociedades, el artículo 58, 3, g), del Tratado de Roma, considerando una función de las instituciones comunitarias «coordinar en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros... para proteger los intereses... de terceros», y también el considerando 10 del preámbulo del Reglamento sobre agrupaciones europeas, al afirmar que «la protección de los terceros exige una amplia publicidad».

Ya en el artículo 1.º el Reglamento establece la necesidad de inscribir el contrato de agrupación. Son precisamente los negocios que «ordenan el funcionamiento de una persona jurídica» los que «por su

importancia para un amplio e indeterminado círculo de interesados» reclaman una especial «publicidad y seguridad» (148). El Reglamento comunitario dispone que, a partir de la inscripción, nace la capacidad (artículo 1.º, 1) y la personalidad (*ex art. 1.º, 5*) de la agrupación europea. Esta inscripción es, por tanto, constitutiva. El carácter constitutivo de la inscripción no deriva sólo de su eficacia creadora de personalidad jurídica, sino también de que refleja o publica una estructura orgánica, un conjunto organizado de personas sujetas a unas mismas reglas de actividad y responsabilidad. Por esta última razón se ha propugnado en la doctrina alemana, y también en la española (149), la necesidad de inscripción constitutiva de los grupos contractuales de empresas.

En el folio abierto a la agrupación se inscribirán también (art. 7.º): cualquier modificación del contrato, la creación de establecimientos, las decisiones judiciales que declaren la nulidad de la agrupación, el nombramiento de administradores, la cesión de las participaciones, los acuerdos o declaraciones de disolución, el nombramiento de liquidadores, el cierre de la liquidación, el proyecto de traslado de sede y el pacto por el que se exonera a un nuevo miembro del pago de las deudas nacidas con anterioridad a su ingreso en la agrupación. De la consideración conjunta de los artículos 7.º y 10 del Reglamento se desprende que la creación de un establecimiento por la agrupación ha de reflejarse en el Registro correspondiente a la sede, como una inscripción más en el historial jurídico de la agrupación, y, cuando el establecimiento se hubiese constituido en un Estado distinto en el Registro que territorialmente corresponda por razón del domicilio de aquél, a través de la apertura de nuevo folio. En éste deberán consignarse todos los hechos que, hasta el momento de la inmatriculación del establecimiento, figuraban en el folio de la agrupación. No se prevén inscripciones en el folio del establecimiento: el artículo 10 guarda silencio y el artículo 7.º sólo ordena practicar las inscripciones en el Registro de la sede (así debe interpretarse la expresión «este Registro», relacionándolo con el párrafo anterior y con el artículo 6.º). Sin embargo, parece que al menos la declaración judicial de nulidad de la agrupación, la disolución de ésta y la supresión del propio establecimiento deberán hacerse constar en el folio destinado a él.

La exigencia de que la inscripción del establecimiento se realice mediante el depósito de «una copia de los documentos cuyo depósito en

(148) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pág. 50.

(149) J. DUQUE DOMÍNGUEZ: *Los problemas generales planteados por los grupos* ., cit., pág. 52; J. M. EMBID Irujo: *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios* ., cit., pág. 169.

el Registro del Estado miembro de la sede sea obligatorio» parece responder a que el legislador europeo únicamente contempla el sistema registral de archivo —y así lo confirma el artículo 3.º de la primera directiva de sociedades—. Por tanto, si la agrupación tiene su sede en un Estado con un sistema *de inscripción* como el español, bastará con presentar en el Registro competente para inscribir el establecimiento una certificación literal de todas las inscripciones que figuren en el folio de la agrupación.

Por otra parte, la noción de establecimiento, al haber sido concretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en Sentencia de 22 de noviembre de 1978 y tratarse, en el Reglamento de 1985, de un concepto de Derecho comunitario, no puede ser interpretada de manera distinta en los Estados miembros (149 bis).

El Reglamento de 1985 no determina en qué Registro debe practicarse la inscripción de la agrupación europea, dejando libertad a los Estados para determinarlo. Durante la elaboración del Reglamento se pensó crear un Registro comunitario único para las agrupaciones, pero la idea fue abandonada por la dificultad de llevarla a la práctica y por los inconvenientes que tendría el Registro único para los usuarios (150). Se decidió por ello que la inscripción de las agrupaciones se llevara a cabo «según los mecanismos establecidos en la Comunidad por la primera directiva de 9 de marzo de 1968» (151), decisión que no quedó, sin embargo, reflejada explícitamente en el texto del Reglamento. No obstante, la eficacia constitutiva que prevé el artículo 1.º y el efecto de oponibilidad que establece el artículo 9.º —aquí con expresa remisión a la primera directiva de sociedades— revelan que el Registro adecuado es el Mercantil, y así lo han entendido todas las normas de desarrollo elaboradas hasta el momento, desde la *EWIV-Ausführungsgesetz* de 14 de abril de 1988 hasta los proyectos francés, belga y español.

Es indudable que el Registrador Mercantil, al interpretar el Reglamento comunitario de 1985 a efectos de calificación de los documentos presentados, no puede plantear una cuestión prejudicial (152). ¿Puede

(149 bis) Aunque los redactores del Reglamento de 1985 tuvieron presente esta importante sentencia, dictada en el asunto Somafer S.A. c. Saar-Ferngas AG, existen otras muchas, dictadas igualmente en aplicación del Convenio sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales de 27 de septiembre de 1968, que perfilan la noción de establecimiento, como las Sentencias de 3 de abril de 1979 y 18 de marzo de 1981. En la doctrina pueden verse GIDE, LOYRETTE y NOUEL: *Dictionnaire du Marché Commun*, fasc. 3, de 1987, sobre instalación estable y permanente.

(150) K. GLEICHMANN: *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung...*, citado, pág. 641.

(151) S. ISRAËL: *Une avancée du droit communautaire...*, cit., pág. 649.

(152) Se han ocupado de la cuestión prejudicial en relación con las diversas instancias de la función registral, haciendo interesantes apreciaciones, M. CASERO

hacerlo, sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado al resolver un recurso gubernativo que se refiera a materias relacionadas con la agrupación europea? La respuesta no es tan fácil como parece resultar de la simple lectura del artículo 177 del Tratado de Roma, y ello por dos razones: por un lado, la interpretación que el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha hecho de la expresión «órgano jurisdiccional», y por otro, la particular naturaleza de la Dirección de los Registros y del recurso gubernativo. De las tres principales Sentencias dictadas por el Tribunal europeo sobre la cuestión prejudicial —la de 30 de junio de 1966, la de 27 de noviembre de 1973 y la de 6 de octubre de 1981— se desprende la necesidad de que concurren determinados requisitos para que aquélla pueda plantearse, requisitos que concurren en el caso que planteamos: que el órgano decisorio haya sido creado por ley; que tenga carácter permanente y no circunstancial o *ad hoc*; que el procedimiento ante el mismo tenga carácter contradictorio; que exista obligación de las partes de someterse a esta jurisdicción; que la resolución se realice con arreglo a Derecho; que esté motivada y ponga fin al procedimiento; que no quepa plantear la cuestión debatida ante la jurisdicción ordinaria.

Sintetizando la posición del Tribunal de Justicia en orden al concepto de «órgano jurisdiccional» se ha escrito (153) que ha de entenderse en sentido material y no formal: «Es más bien la función que el carácter o la naturaleza del órgano lo que determina la condición de jurisdicción a los efectos de la legitimación para suscitar cuestiones prejudiciales». Lo que singulariza a la Dirección de los Registros de otras unidades administrativas del mismo rango es que, además de órgano administrativo es órgano de la función registral, y esta función «en sentido material es una función jurisdiccional», aunque «en sentido estricto o formal no exactamente jurisdicción» (154). Por otra parte, el hecho de que las resoluciones dictadas en recursos gubernativos no sean recurribles en vía contencioso-administrativa hace que se cumpla el requisito exigido en el párrafo último del artículo 177 del Tratado de Roma —que «las decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial»— para que el planteamiento de la cuestión prejudicial no sea sólo posible, sino también obligatoria.

MEJÍAS: «Comentario a la Resolución de la Dirección General de 31 de marzo de 1986 y otras», en *RCDI*, año 1987, pág. 151, y J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE: «Incidencia del Derecho comunitario en el Derecho registral», en la misma *Revista*, año 1988, pág. 35.

(153) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos», en *Tratado...*, dir. por el mismo y otros, cit., pág. 706.

(154) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, págs. 533 y 526.

Debe tenerse en cuenta, además, que el criterio del Tribunal de Justicia ha ido principalmente dirigido a excluir el planteamiento de cuestiones prejudiciales por árbitros privados (155) o instancias públicas de carácter consultivo (156), manteniendo un criterio amplio respecto de organismos públicos decisorios. Aun en los casos que el Tribunal ha considerado que la cuestión era de planteamiento obligatorio, ha excluido los supuestos de interpretación «evidente» (157).

A la publicación en el Registro añade el Reglamento de 1985 —en armonía con el artículo 3.º, número 4, de la directiva de 1968— la exigencia de publicación en el «boletín oficial adecuado», elemento de publicidad «edictal» más propio de épocas de menor desarrollo técnico, pero a las que nuestro sistema registral mercantil se ha visto obligado a retroceder. El objeto de la inscripción y la publicación en el boletín coinciden, aunque éste puede no reproducir íntegramente el contenido de aquélla (art. 8.º). La eficacia de la publicación es la establecida, con carácter general, en el artículo 3.º, números 5 y 7, de la primera directiva de sociedades.

Publicada la constitución y la extinción de una agrupación europea en el *Boletín del Registro Mercantil*, han de indicarse en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, con expresión de las circunstancias registrales y las circunstancias de publicación en el *Boletín del Registro*. La Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas tiene el propósito (158) de que los hechos relativos a las agrupaciones europeas aparezcan en la serie S del *Diario Oficial*, que tiene la finalidad exclusivamente informativa, sin ningún tipo de eficacia jurídica. Se ha elaborado un modelo uniforme de comunicación, para facilitar el envío que debe realizarse en el breve plazo señalado por el artículo 39 del Reglamento. En la duda de si, en el sistema registral español, habrá de hacer el envío el funcionario, pudiera encargarse el Registro Mercantil Central o los Registradores Mercantiles, me inclino por lo segundo: dado que se trata de una comunicación firmada, resulta más adecuado que la extienda quien tiene conocimiento directo de los datos registrales y quien ostenta, legalmente, la facultad exclusiva de certificar. Esta solución es

(155) M. PASTOR LÓPEZ: «El incidente prejudicial», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, noviembre 1985, pág. 156.

(156) M. A. DAUSES: «Algunos aspectos del incidente prejudicial», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, mayo 1987, pág. 221.

(157) F. HERBERT: «El recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Artículo 177 TCEE», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, octubre 1987, pág. 434, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Las competencias y el funcionamiento...*, cit., pág. 714.

(158) Comisión de las Comunidades Europeas Dirección General de Instituciones Financieras y Derecho de Sociedades: *Acta de la reunión del 21 de octubre de 1987 del Comité de Contacto sobre la Agrupación Europea de Interés Económico*, pág. 10.

también la adoptada por el Derecho alemán (art. 4.º, núm. 2, de la *EWIV-Ausführungsgesetz*) (159).

Los medios de publicidad formal que contempla el artículo 39 del Reglamento comunitario coinciden sustancialmente con los previstos por el ordenamiento español. Tampoco entraña particularidad la obligación que el mismo artículo impone de expedir las certificaciones que se soliciten por correo, pues el artículo 418 del Reglamento Hipotecario —aplicable al Registro Mercantil en virtud de la disposición adicional cuarta de su Reglamento— se refiere únicamente a la presentación de títulos, y la mayor inmediatidad que caracteriza al procedimiento registral frente al administrativo —que pone de relieve la Resolución de 26 de junio de 1986— no tiene aplicación concreta en este caso. No obstante, el Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (*BOCG* de 22 de abril de 1988), incorporando a nuestro ordenamiento la facultad contenida en el inciso inicial del artículo 3.º, número 3, de la primera directiva, modifica el artículo 23 del Código de Comercio, estableciendo en su párrafo 2.º que «tanto la certificación como la simple nota informativa podrán obtenerse por correspondencia». Nada se establece en la Ley de adaptación sobre el precio que haya de satisfacerse por la publicidad formal; tanto el artículo 3.º de la directiva de 1968 como el artículo 39 del Reglamento de 1985 prohíben que aquél pueda exceder del «coste administrativo», concepto que los textos proyectados de desarrollo hacen equivalente a los derechos o precios vigentes en el Derecho interno (así, art. 6.º, párr. 2.º, del Proyecto belga de aplicación del Reglamento comunitario de 1985: «sans autre paiement que celui des droits de greffe»). En los sistemas registrales mercantiles francés, belga, holandés y español equivaldrá a los conceptos arancelariamente previstos para las diversas formas de publicidad (160) y en los demás Estados miembros a los derechos judiciales o administrativos establecidos al mismo efecto.

(159) El Anteproyecto de Ley sobre agrupaciones de interés económico y agrupaciones europeas de interés económico, elaborado por la Comisión de Codificación, prevé, sin embargo, en el artículo 58 —texto de 26 de febrero de 1988— que la comunicación a la Oficina de Publicaciones de Luxemburgo se realice por el Ministerio de Justicia. Sería, a mi juicio, conveniente la modificación —por las razones apuntadas— o al menos la interpretación en el sentido indicado.

(160) Como pone de relieve J. A. GÓMEZ SEGADÉ («La publicidad de las sociedades de capital», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por A. Rojo, Madrid, 1987, pág. 37), «no se dice nada en el Anteproyecto sobre el precio de estos documentos, por contraste con la Directriz, en la que se indica que el costo de la copia no puede ser superior al coste administrativo. Lo más probable es, sin embargo, que, aun respetando las tarifas actuales, se produzca un incremento del costo, debido a la mayor complejidad técnica».

E) FISCALIDAD DE LAS AGRUPACIONES

El régimen fiscal uniforme de la agrupación europea se agota en una única regla, que se limita a imponer el principio de transparencia: «Los resultados de la actividad de la agrupación sólo están sujetos a imposición a nivel de sus miembros» (art. 40). Los impuestos a que la agrupación esté sometida y las numerosas dudas que la escueta regla de transparencia suscita quedan sin concretar. «Se sobreentiende que en lo demás —dice el considerando 14 del preámbulo— se aplica el Derecho fiscal nacional, en particular en lo que se refiere al reparto de beneficios, los procedimientos fiscales y todas las obligaciones que imponen las legislaciones fiscales nacionales». Varios años antes de la aprobación del Reglamento, P. DURAND (161) había puesto de relieve las contradicciones y particularismos que cada sistema fiscal interno imprimiría en una figura de Derecho comunitario como es la agrupación europea, y reclamaba «reglas precisas, aunque fuesen poco numerosas, que permitieran un tratamiento uniforme de los aspectos fiscales».

El primer problema que se suscita para la aplicación del régimen de transparencia es el de la determinación del Estado competente para gravar los rendimientos obtenidos. La disyuntiva se plantea básicamente entre el Estado de la sede y el Estado de la actividad. Cabe, sin embargo, superar esta dualidad de criterios recurriendo al concepto de establecimiento permanente, consagrado en la generalidad de los ordenamientos europeos. La agrupación desarrolla ordinariamente su actividad a través de un establecimiento permanente, y su propia sede —que el Reglamento determina atendiendo a la administración central y la actividad principal (art. 12)— puede ser considerada como tal. En las actas del Consejo puede comprobarse la preferencia que las delegaciones manifiestan por el criterio del establecimiento, que es también el defendido por los autores (162).

Los resultados de la actividad desarrollada por la agrupación tributarán, pues, con independencia del lugar donde tengan su residencia los miembros, en cada uno de los Estados donde aquélla desarrolle su actividad y por el rendimiento que haya obtenido en ellos. Sólo en el caso de que la actividad se realice fuera del ámbito de la Comunidad serán gravados los resultados en el Estado de la residencia, sin perjuicio de los mecanismos que para evitar la doble imposición deban aplicarse.

(161) P. DURAND: «Le groupement d'intérêt économique en droit international et comparé», en *Rev. Soc.*, año 1978, págs. 56 y 60.

(162) E. HAUG-ADRION: *Zur retrograderlichen Behandlung...*, cit.; H. KRABBE: *Steuerliche Behandlung...*, cit.; G. SASS: «Zu den steuerlichen Aspekten der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung», en *Der Betrieb*, año 1985, página 2266.

Quedan en pie numerosos problemas que los redactores del Reglamento comunitario consideraron inútil o imposible (163) regular. Fuera de los mencionados en el considerando 14 del preámbulo cabría citar como problemas subsistentes el de la valoración de los beneficios obtenidos, teniendo en cuenta que los miembros adquieren unos por la vía de la agrupación y otros directamente por su actividad empresarial o profesional; los criterios de valoración de las operaciones vinculadas, tanto las que se desarrollen entre la agrupación y sus miembros como las que se desarrollen entre estos últimos; el régimen de las pérdidas, a las que cabe aplicar los métodos de imputación, de exoneración o de imposición diferida... Al margen del gravamen de los resultados, se plantea la sujeción de la agrupación a otros gravámenes estatales y locales, algunos de los cuales no tienen equivalente en los distintos Estados miembros. Como pone de relieve E. HAUG-ADRION (164), éstos han de procurar un tratamiento fiscal coordinado de la agrupación europea para evitar una excesiva disparidad; «este deber de coordinación es una consecuencia del artículo 5.º del Tratado de Roma, que exige un comportamiento constructivo de los Estados respecto de la Comunidad».

Por lo que se refiere al Derecho español, dada la aplicación supletoria que el anteproyecto de ley de desarrollo elaborado en la Comisión de codificación atribuye a las agrupaciones de interés económico españolas respecto del régimen europeo (art. 39), y la sujeción de aquéllas al régimen tributario de las agrupaciones de empresas (art. 37), cabe hacer las siguientes precisiones en orden al previsible régimen fiscal de las agrupaciones europeas que tengan su sede o un establecimiento permanente en España: estarán sujetas al impuesto de sociedades, salvo en lo dispuesto en el artículo 16, 3, de su Ley reguladora; si las agrupaciones no pudieran determinar beneficios o pérdidas comunes, se imputarán los ingresos y gastos a los miembros según los pactos establecidos al efecto (a falta de ellos se aplicará el artículo 21 del Reglamento comunitario); los miembros podrán imputar los beneficios o pérdidas o, en su caso, los ingresos y gastos que procedan, bien al ejercicio en que se produjeran, bien en el que se hayan aprobado las cuentas —siendo empleado el criterio temporal elegido aplicado a todos los miembros—; las agrupaciones gozarán de bonificación del 90 por 100 en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en las operaciones de constitución, ampliación, reducción, disolución y liquidación, así como los contratos preparatorios y demás documentos

(163) J. GANSKE: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessengemeinschaft...*, citado, pág. 10.

(164) E. HAUG-ADRION: *L'imposition du groupement européen d'intérêt économique*, marzo de 1988 (inédito).

cuya formalización constituya legalmente un presupuesto necesario para la constitución de la agrupación.

F) AGRUPACIONES Y NORMAS COMUNITARIAS SOBRE COMPETENCIA

La actitud del Derecho ante los instrumentos de cooperación empresarial suele ser de favor, en cuanto reconoce la adecuación de las fórmulas asociativas a las modernas circunstancias económicas, y de prevención, en cuanto teme una incidencia negativa de su actuación en las condiciones del mercado. El Ordenamiento comunitario no se sustrae a esta orientación general de los sistemas jurídicos; y así, frente a textos favorables, como la «Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la cooperación entre empresas» (165), en que se afirma que la Comisión «considera favorablemente una cooperación entre pequeñas y medianas empresas, en la medida en que las coloca en situación de trabajar de manera más racional y de aumentar su productividad y competitividad en un mercado ampliado... reconociendo también que la cooperación entre grandes empresas puede ser económicamente deseable...», otros muchos textos, reguladores de la competencia, mantienen criterios restrictivos respecto de los instrumentos de cooperación empresarial.

La aplicación de las normas comunitarias sobre competencia a las agrupaciones europeas resulta indudable desde el preámbulo mismo del Reglamento de 1985. En su considerando 15, y al poner de relieve las materias no reguladas por el Reglamento, que habrían de regirse, por tanto, de manera exclusiva por el Derecho nacional, cita expresamente tres materias —trabajo, competencia y propiedad intelectual— de las que, en mayor o menor medida, existe normativa comunitaria, con el fin de acentuar la aplicabilidad de esa normativa a la agrupación europea.

De los textos básicos que regulan la libre competencia —los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, reguladores, respectivamente, de los acuerdos prohibidos y del abuso de posición dominante—, el primero de ellos puede abarcar a las agrupaciones europeas. Sin embargo, es difícil imaginar que una posición dominante en el mercado pueda derivar de la celebración de un contrato de agrupación. Además, la aplicabilidad del artículo 85 excluye, en la práctica, la incidencia del artículo 86. En el caso de que se obtuviera la autorización del número tercero del artículo 85 —que más adelante examinaremos— no resulta desde luego concebible una explotación abusiva de posición dominante.

(165) De fecha 29 de julio de 1968, publicada en el *DOCE* en la misma fecha, y en la edición especial en español 08/vol. 01, pág. 117.

Concurren en la agrupación europea los requisitos objetivos previstos en el número primero del artículo 85 del Tratado para que puedan aplicarse las prohibiciones que el mismo artículo establece: acuerdo entre empresas, susceptibilidad de producirse una alteración de la competencia en el mercado común y posibilidad de afectar al comercio entre los Estados miembros. Sin embargo, la aplicabilidad de las prohibiciones previstas puede quedar excluida por una doble vía.

La primera es la escasa cuantía del volumen de negocios. La «Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea» (166), después de poner de relieve que «sólo están prohibidos los acuerdos que tengan efectos sensibles sobre las condiciones del mercado o, en otras palabras, que modifiquen de forma sensible la posición en el mercado de las empresas ajenas a los acuerdos y la de los usuarios», excluye de la prohibición del artículo 85 los acuerdos entre empresas respecto de productos que representen menos del 5 por 100 del mercado total de aquéllos y el volumen de negocios anual de las empresas participantes no exceda de 50 millones de ECUs.

La segunda vía de exclusión puede residir en el objeto de la agrupación. Habría que distinguir aquí entre supuestos necesitados de notificación y autorización y supuestos no necesitados de notificación. En el primer caso estarían los contemplados en el número 3.º del artículo 85: acuerdos entre empresas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que, por un lado, impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos, y, por otro lado, ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. En el segundo caso está el supuesto comprendido en el artículo 4.º, número 2.º, del «Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado» (167): acuerdos que tengan por único objeto la investigación en común de mejoras técnicas, siempre que el resultado de la misma sea accesible a todos los participantes y cada uno pueda explotarlas.

(166) De fecha 19 de diciembre de 1977, publicada en el *DOCE* de 29 de diciembre del mismo año, y en la edición especial en español 08/vol. 01, pág. 162.

(167) Conocido como «Reglamento número 17», de fecha 6 de febrero de 1962, publicado en el *DOCE* el 21 de febrero del mismo año, y en la edición especial en español 08/vol. 01, pág. 22. Véase también, entre los llamados Reglamentos «de exención por categorías», el de 19 de diciembre de 1984, sobre acuerdos de investigación y desarrollo, y el de la misma fecha sobre acuerdos de especialización.

La dimensión de los destinatarios naturales del Reglamento comunitario de 1985 —las pequeñas y medianas empresas— y los objetos que habitualmente persigan las agrupaciones, harán que la incidencia en ellas de la normativa europea sobre competencia tenga escasa importancia. La posible aplicación a las agrupaciones del proyectado Reglamento sobre control de concentraciones de empresas —ya en avanzada fase de elaboración— está, además, excluida, si se tiene en cuenta que su artículo 2.º define la concentración sobre la base del control, y este control está expresamente excluido por el artículo 3.º, número 2, a) y b) del Reglamento sobre agrupaciones.

IV. LOS REENVIOS AL DERECHO NACIONAL

La distinción entre aplicabilidad inmediata en sentido material y en sentido formal que suele hacerse en relación a los Reglamentos comunitarios —y que en cierta, inevitable medida desvirtúa la neta diferenciación que entre directivas y reglamentos establece el artículo 189 del Tratado de Roma— tiene particular interés tratándose del Reglamento sobre agrupación europea de interés económico de 1985. No todas sus normas permiten un ejercicio efectivo e inmediato de los derechos que contiene. No todos los ámbitos jurídicos en que incide la agrupación están provistos de normas específicas. De ahí que la aplicabilidad inmediata material esté, si no condicionada al desarrollo interno del Reglamento, sí subordinada a la mayor o menor concreción de sus normas, a la *aptitud* (168) de éstas para engendrar una eficacia directa.

Las instituciones comunitarias, conscientes de la insuficiente precisión del Reglamento en algunas cuestiones, establecen un plazo inhabitual para su aplicación general —cuatro años—, a pesar de que la entrada en vigor se produjera el tercer día siguiente a la publicación en el *Diario Oficial*. No se condiciona la aplicación al desarrollo por las normas internas, pero se concede a los Estados un amplio espacio de tiempo para que las dicten. De no haberse aprobado éstas en tiempo, los problemas sobre aplicabilidad de aspectos concretos del Reglamento estarán sujetos a la decisión del Tribunal de Justicia.

El desarrollo interno de éste, como de otros reglamentos comunitarios, impone mayor responsabilidad a los Estados que el desarrollo interno de las directivas. El régimen uniforme que trata de establecer el Reglamento impide que por disposiciones nacionales puedan desdibujarse no sólo los rasgos o la finalidad de las figuras reguladas, sino

(168) Sentencia de 10 de octubre de 1973, asunto *Variola*.

también el contenido concreto de derechos y obligaciones que constituya su régimen. El sistema uniforme impide también que los Derechos nacionales concreten, como se ha dicho en páginas anteriores, determinados conceptos —el «plazo suficiente», del artículo 24, los períodos de tiempo del artículo 9.º, número 2— cuyo alcance corresponde determinar al Tribunal de las Comunidades. Esos conceptos pertenecen al Derecho comunitario, en mayor medida que, según el mismo Tribunal (169), tienen naturaleza comunitaria *material* las normas internas de desarrollo.

Aunque, según el considerando 17 del preámbulo del Reglamento sobre agrupaciones europeas «los Estados miembros son libres de aplicar o tomar cualquier medida legal, reglamentaria o administrativa, que no se oponga al alcance y los objetivos del presente Reglamento», el Tribunal de Justicia ha convertido esta facultad —que se recoge como cláusula de estilo en la generalidad de los reglamentos— en una obligación, y así señala, en Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (170), que «los Estados miembros están obligados a tomar todas las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar pleno efecto a los reglamentos comunitarios», y concretando la posición de las autoridades nacionales y el fundamento de la misma, añade que «los Estados miembros tienen el derecho y, en virtud de las disposiciones generales del artículo 5.º del Tratado, la obligación de hacer todo lo necesario para asegurar el efecto útil del conjunto de las disposiciones del Reglamento».

La principal remisión al Derecho nacional está contenida en el artículo 39. Así lo ha entendido algún autor (171), y así resulta de que otro precepto —el artículo 40— reitere imperativamente el reenvío del 39 y de que el considerando 18 del preámbulo señale como razón del aplazamiento del artículo 43, 2, el «permitir la aplicación previa por los Estados miembros de los mecanismos necesarios para la inscripción de agrupaciones en su territorio y la publicidad de los actos de éstas».

La remisión del artículo 39 obliga a señalar al Registro competente para la inscripción de las obligaciones; a determinar las normas aplicables a aquél; a garantizar las publicaciones que deban realizarse en el «boletín oficial apropiado»; a garantizar la comunicación con la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades; a determinar las san-

(169) Sentencia de 10 de abril de 1984, Colson y Kamann c. Land Nord-Rhein Westfalen.

(170) Sentencia de 17 de diciembre de 1970, Otto Scheer c. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel.

(171) J. GANSKE: *Die Europäischen Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, citado, pág. 12.

ciones adecuadas para el caso de incumplimiento de las normas sobre publicidad.

Pero si la remisión a la publicidad registral interna es la más importante del Reglamento, existen otras muchas a lo largo de él, que tienen en unos casos carácter imperativo y en otros potestativo. Dentro de los primeros hay que incluir la determinación de si las agrupaciones europeas que se inscriban en los Registros propios han de tener o no personalidad jurídica (art. 1.º, 3) y la indicación de los documentos y circunstancias que deban publicarse de manera íntegra o en extracto en el boletín oficial adecuado (art. 8.º, 3).

En otros casos la remisión tiene carácter potestativo; los Estados miembros pueden determinar si los grupos inscritos en sus Registros pueden tener más de veinte miembros; si cada miembro de una persona jurídica integrada en una agrupación ha de ser considerada como miembro individual de aquélla; si han de excluirse «algunas clases de personas» de participar de una agrupación (art. 4.º, núms. 3 y 4); si el Estado se reserva la facultad de oponerse a un cambio de sede (art. 14, número 4); si una persona jurídica puede ser administrador de una agrupación (art. 19, 2); si la autoridad judicial puede declarar la disolución de una agrupación por oponerse al interés público (art. 32, 2).

De determinar aquí los reenvíos, el problema de la «segunda nacionalidad» de la agrupación, que desvirtúa el régimen uniforme, no sería grave. Pero al margen de esas remisiones concretas —que se hacen a la norma interna de desarrollo— existen otras que se realizan genéricamente al Derecho nacional —en muchos casos desde el preámbulo (172)— y otras que están implícitas en la ausencia de regulación específica de ciertas materias en el Reglamento comunitario.

La remisión genérica se hace en dos cuestiones fundamentales del régimen de la agrupación: el contrato y el funcionamiento interno. Por tanto, todo lo relativo a la generación, perfección y consumación del contrato, y sus elementos, interpretación y revocación, así como su nulidad (ésta por remisión expresa del artículo 15, 1, del Reglamento) y el régimen de la agrupación en formación e irregular —con la salvedad del artículo 9.º, 2—, está sujeto al Derecho interno. Igualmente, la forma concreta de ejercicio de los derechos de voto e información, el cálculo de beneficios, la responsabilidad de los administradores y los demás aspectos de funcionamiento interno de la agrupación están sometidos a las disposiciones de los diversos Estados miembros.

(172) Como pone de relieve S. ISRAËL (*Une avancée du droit communautaire*. .. cit., pág. 647, nota 13), el contenido del preámbulo de este Reglamento tiene una importancia muy particular, pues además de su función habitual de justificar las principales disposiciones del texto, ha sido utilizado para precisar el mecanismo de articulación entre el Reglamento y los Derechos nacionales.

Una remisión implícita existe en todas las cuestiones no reguladas o sólo incidentalmente contempladas por el Reglamento comunitario: el régimen fiscal (173), contable (174), laboral (175) y de competencia (176), así como todas las cuestiones que pueden suscitarse a lo largo de la vida de la agrupación, respecto de las cuales el Reglamento guarda absoluto silencio (177).

De la sola comparación de las regulaciones supletorias elaboradas hasta el momento —la Ley alemana de 14 de abril de 1988 y los anteproyectos francés, belga y español (178)— resultan diferencias sustanciales en el régimen de la agrupación: mientras la ley alemana le niega personalidad y le atribuye necesariamente carácter mercantil, los proyectos francés y belga le reconocen personalidad y no prejuzgan el carácter civil o mercantil, y el proyecto español atribuye personalidad a la agrupación y declara su carácter mercantil; si la ley alemana y el proyecto belga establecen graves penas por el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación de inscribir —que pueden implicar la privación de libertad, hasta de tres años en la ley alemana y hasta un mes en el proyecto belga—, los proyectos francés y español no prevén sanción alguna; mientras el proyecto belga excluye a determinadas personas físicas y jurídicas, los proyectos francés y español y la ley alemana no hacen exclusión alguna; esta última establece como régimen supletorio del dedicado a la agrupación europea el de la sociedad colectiva, mientras que los proyectos francés, belga y español establecen el de la figura

(173) No sólo en cuanto a los impuestos a que la agrupación esté sujeta, sino también, como pone de relieve E. HAUG-ADRION: *L'imposition du groupement d'intérêt économique*, cit. (inédito), en cuanto al reparto de los resultados entre los miembros, las obligaciones fiscales de la agrupación, la responsabilidad fiscal de los miembros, etc.

(174) En las reuniones del grupo de trabajo redactor del Reglamento se acordó no someter a la agrupación a las obligaciones contables que establece la cuarta Directiva (H. GOEDERT: *Un nouvel instrument juridique...*, cit., pág. 216, nota 47). Por otra parte, y dado el propósito generalizado de gravar los rendimientos separadamente por cada establecimiento permanente, parece necesaria la llevanza de una contabilidad separada en cada uno de ellos.

(175) La participación de los trabajadores, recogida en el Proyecto de 1978, a instancia del Parlamento, fue abandonada en el texto definitivo.

(176) La existencia de normativa europea sobre competencia, y la primacía de ésta sobre la normativa interna, no implica que cada Estado miembro no pueda tener una regulación propia protectora de la libre competencia. Sobre la articulación de ambos sistemas legales, véase A. BERCOVITZ: «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, tomo II, pág. 345.

(177) Cuestiones de régimen inmobiliario registral, de Derecho penal, de responsabilidad civil...

(178) Una exposición del contenido de estos textos puede verse en A. PAU PEDRÓN: «El Reglamento comunitario sobre Agrupaciones Europeas de Interés Económico y su desarrollo por los Estados miembros», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, año 1988.

interna de la agrupación de interés económico, ya existente en el Derecho francés, pero aún no vigente en los ordenamientos belga y español.

Una figura que pretende ser única está sujeta, como puede apreciarse, a regímenes jurídicos divergentes. Y más allá de las normas internas específicamente dedicadas a desarrollar el Reglamento comunitario de 1985, las diferencias empiezan a ramificarse y a ahondarse en cada uno de los sectores del Derecho. Si se codificara el régimen europeo de la agrupación —uniendo al Reglamento comunitario las normas de desarrollo de los Estados miembros— quedaría fuera un incontable número de normas que habrán de ser aplicadas a la nueva figura. Como en todo intento de unificación jurídica, pugnan aquí irreconciliablemente el pragmatismo y la tradición. Como en todo intento de construcción europea, se oponen aquí la voluntad de colaborar y el apego irrenunciable a la propia identidad.

ANTONIO PAU PEDRÓN

Abogado del Estado.

Registrador de la Propiedad. Notario.
Subdirector General del Notariado
y de los Registros de la Propiedad
y Mercantiles

BIBLIOGRAFIA MONOGRAFICA SOBRE LA AGRUPACION EUROPEA DE INTERES ECONOMICO

a) *Anterior a la aprobación del Reglamento*

- BONNAISIES. P.: *Les groupements d'intérêt économique, aspects européennes*, París, 1972.
- «Le droit du Marché commun et les groupements d'intérêt économique», en *Travaux et Mémoires de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*, vol. 17, Prís, 1972, pág. 43.
- CHEVILLARD, C., y GUYÉNOT, J.: «Commentaire de la proposition d'un reglement du Conseil relatif à l'institution d'un groupement européen de cooperation», en *Fiscalité Européenne*, año 1979, pág. 39.
- DELMAS, J.: «Un cadre juridique nouveau pour la coopération inter-entreprises: le groupement d'intérêt économique», en *Revue du Marché Commun*, año 1970, página 500.
- DUBOIS, J. P.: «Le projet de groupement d'intérêt économique sur le plan européen», en *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, año 1970, pág. 625.
- DURAND, P.: «Vers un groupement d'intérêt économique», en *Juris Classeur Periodique*, año 1972, II, núm. 10.630.
- DURAND, P., y BOUVIER, R.: «Le projet de groupement européen de cooperation», en *Juris Classeur Periodique*, año 1974, II, núm. 11.297.
- GUYÉNOT, J.: «Un cadre juridique pour la coopération dans le Marché Commun. Les GIE», en *Revue du Marché Commun*, año 1971, pág. 422.
- «La vocation européenne des groupements d'intérêt économique comme instruments de coopération d'entreprises dans le Marché Commun», en *Gazette du Palais*, año 1971, 2, Doctr., núm. 351.
- KITTENER, M.: «Die Europäische Kooperationsvereinigung. Ein taugliches Instru-

- ment zur des europäischen Konzentrationsprozesses?», en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, año 1974, pág. 117.
- LICHTENBERG, H.: «Der Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für die Schaffung einer Europäischen Kooperationsvereinigung», en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, año 1974, página 117.
- MÜLLER-GUGENBERGER, G.: «Die Europäische Wirtschaftliche Interessengemeinschaft», en *AWD*, año 1971, pág. 110.
- PÉTÉLAUD, A.: «Etude Comparé de l'avant-projet d'un règlement portant la création d'un groupement européen d'intérêt économique et de l'ordonnance du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique», en *Revue des Sociétés*, año 1972, pág. 451.
- DE PUIGFERRAT, J.: «Vers l'institution d'un groupement européen de coopération», en *Revue du Marché Commun*, año 1983, pág. 422.
- SCHMEDER, W.: «Un groupement d'intérêt économique européen», en *Droit des affaires*, año 1974, núm. 272, doc. 22/74.
- *Eine Europäische Interessengemeinschaft*, ed. Universität Bielefeld, 1973.
- U.-H., SCHNEIDER: «Über die Notwendigkeit, neben der SE und der internationalen Fusion, weitere gesellschaftsrechtliche Formen zur Zusammenfassung europäischer Unternehmen zu schaffen», en *Die AG*, año 1971, pág. 209.
- WÜLRICH, M.: *Das Groupement d'intérêt économique: Ein deutsch-französisches Kooperationsmodell auf dem Wege zur europäischen Integration im Gesellschaftsrecht?*, Dissertation, Bonn, 1973.

b) Posterior a la aprobación del Reglamento

- AALDERS, C. A. V.: «Europese Economische Samenwerkingsverbanden (EESV)», en *Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen*, año 1986, página 29.
- ABMEIER, K.: «Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 48, año 1986, pág. 2987.
- BLOMEYER, W.: «Neue Impulse für den Genossenschaftsgedanken: die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung», en *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen*, núm. 37, año 1987, pág. 144.
- BOUKRIS, A.: «Le groupement européen d'intérêt économique: ses composantes juridiques», en *Les Petites Affiches*, núms. 93, 94, 95 y 96, año 1987.
- CASTELLI, C., y NAPOLETANO, G.: «Il Gruppo europeo d'interesse economico (GEIE)», en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 213, año 1986, pág. 461.
- GANSKE, J.: «Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) — eine neue 'supranationale' Unternehmensform als Kooperationsinstrument in der Europäischen Gemeinschaft», en *Der Betrieb*, núm. 20, año 1985, pág. 2.
- GIORGIO, A.: «Prime osservazione sui gruppi europei di interesse economico», en *Rassegna Economica*, núm. 2, año 1986, pág. 431.
- GLEICHMANN, K.: «Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung», en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, núm. 6, año 1985, página 633.
- GOEDERT, H.: «Un nouvel instrument juridique: Le groupement d'intérêt économique (GEIE)», en *Diagonales à travers le droit luxembourgeois (Livre jubilaire de la Conférence Saint-Ives: 1946-1986)*, año 1986, pág. 203.
- GUYÉNOT, J., y GALIMARD, M.: «Le groupement européen d'intérêt économique», en *Journal des notaires et des avocats et journal du notariat. Doctrine et pratique notariale*, art. 58416, año 1985, pág. 1401.
- GUYÉNOT, J.: «Le groupement d'intérêt économique, nouvelle institution européenne ouverte aux activités des professions libérales: Le règlement CEE du 25 juillet 1985», en *Fiscalité européenne*, núm. 1, año 1986, pág. 49.
- HAMACHER, R. J.: «Zur ertragsteuerlichen Behandlung einer Europäischen Wirts-

- chaftlichen Interessensvereinigung (EWIV)». Keine Gewerbeertragsteuer», en *Finanzrundschau*, núm. 21, año 1986, pág. 557.
- HAUG-ADRIEN, E.: «Zur ertragsteuerlichen Behandlung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessensvereinigung», en *GmbHHR*, núm. 10, año 1985, pág. 336.
- *L'imposition du groupement européen d'intérêt économique*, 28 de marzo de 1988 (inédito).
- HUNNIGS, M. N.: «Company cooperation: a new framework», en *European Trends* número 2, año 1986, pág. 44.
- ISRAEL, S.: «Una avancée du droit communautaire: Le Groupement européen d'intérêt économique (GEIE)», en *Revue du Marché Commun*, núm. 292, año 1985, pág. 645.
- «The European Economic Interest Grouping— the first legal entity to be based on Community Law», en *Commerce in Belgium*, año 1986, pág. 7.
- «The EEIG —A major step forward for Community Law», en *The Company Lawyer*, núm. 9, año 1988, pág. 14.
- *Les caractéristiques juridiques du GEIE et son avenir économique*, 18 de marzo de 1988 (inédito).
- KEUTGEN, G.: «Le groupement européen d'intérêt économique», en *Cahiers de Droit Européen*, núms. 4-5, año 1987, pág. 492.
- KRABBE, H.: «Steuerliche Behandlung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessensvereinigung aus deutscher Sicht», en *Der Betrieb*, núm. 50, año 1985, página 2585.
- LUNSHOF, J. H.: «Europees Economisch Samenwerkingsverband minder eenvoudig dan het lijkt», en *De Coöperatie*, año 1986, pág. 105.
- MANDRUP, K., y KOERGAARD HANSEN, L.: «Europe oeconomicke firmagrupper», en *Ugeskrift for Retvesen*, año 1986, pág. 57.
- MEYER-LANDRUT, A.: «Europäische Wirtschaftliche Interessensvereinigung (EWIV) —Eine neue Gesellschaftsform europäischen Rechts», en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 2, año 1986, pág. 107.
- PAU PEDRÓN, A.: «La Agrupación Europea de Interés Económico, entre la cooperación y la concentración empresarial», en *Boletín del Círculo de Empresarios*, número 43, año 1988.
- «El reglamento comunitario sobre Agrupaciones Europeas de Interés Económico y su desarrollo por los Estados miembros», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, año 1988.
- «El régimen interno del Derecho alemán sobre la Agrupación Europea de Interés Económico», en *Revista de Derecho Registral*, núm. 16, año 1988.
- PÉTÉLAUD, A.: «La construction de la Communauté européenne et le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)», en *Revue des Sociétés*, año 1986, página 191.
- PETRICCIONE, R. M.: «New legal forms of organised economic activity at Community level: Council Regulation on a European Economic Interest Grouping (EEIG)», en *Legal issues of European Integration*, año 1986, pág. 17.
- PROTO, V.: «Il Gruppo europeo di interesse economico», en *Giurisprudenza commerciale*, núm. 13-2, pág. 294, y en *Quaderni della Giustizia*, núm. 55, año 1986, página 26.
- «Il Gruppo europeo di interesse economico: uno strumento di cooperazione comunitaria», en *Il foro italiano*, año 1987, pág. 273.
- RANUCCI, G.: «Il GEIE. Un nuovo strumento associativo a servizio dell'economia comunitaria», en *Nuovo Diritto Agrario*, núm. 4, año 1985, pág. 591.
- ROMAGNOLI, S.: «Il Gruppo europeo di interesse economico (GEIE)», en *Impresa*, número 9, año 1986, pág. 1119.
- SACRISTÁN REPRESA, M.: «La agrupación europea de interés económico (Antecedentes y caracterización). en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 811.
- SASS, G.: «Zu den steuerlichen Aspekten der 'Europäischen Wirtschaftlichen Interessensvereinigung', en *Der Betrieb*, núm. 44, año 1985, pág. 2266.

- «Tax Aspects of the 'European Economic Interest Grouping'», en *Tax Planning International Review*, vol. 13, núm. 1, año 1986, pág. 3.
- «Les aspects fiscaux du groupement européen d'intérêt économique (GEIE)», en *Fiscalité européenne*, núm. 4, año 1986, pág. 43.
- SCHMIDT, K.: «Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung». en *Gesellschaftsrecht*, año 1986, pág. 1422.
- TAUDIN, L.: «Un prototype, le GEIE», en *Les Petites Affiches*, núms. 150, 151 y 152, año 1987.
- TIMMERMANS, C. W. A.: «Nieuwe Europese rechtsvorm: Europees economisch samenwerkings verband (EESV)», en *Tijdschrift voor vennootschappen verenigingen en stichtingen*, año 1985, pág. 229.
- VAN GERVEN, D.: «Le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)», en *Revue Pratique des Sociétés*, núm. 6.399, año 1986, pág. 181.
- WOODLAND, P.: «Le Groupement européen d'intérêt économique: Le regain du modèle français offre aux entreprises de la CEE un futur instrument de coopération», en *La Semaine Juridique*, Ed. Entreprises (Etudes et Commentaires), número 14.689. año 1986, pág. 281, y en *La Semaine Juridique* (Ed. Générale Doctrine), núm. 3.247, año 1986.

Emisión de obligaciones por una sociedad española en el extranjero y su inscripción en el Registro Mercantil Español

SUMARIO: I. LA EMISION DE OBLIGACIONES POR UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA EN EL EXTRANJERO Y SU SOMETIMIENTO A LA LEY DEL PAIS EN QUE TIENE LUGAR LA EMISION: 1. *Legislación aplicable de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado.* 2. *La reserva de orden público y las normas imperativas.* 3. *El fraude de ley.*—II. INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LA EMISION DE OBLIGACIONES REALIZADA POR UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA EN EL EXTRANJERO: 1. *La emisión de obligaciones como acto inscribible en el Registro Mercantil.* 5. *Disciplina registral aplicable a la emisión de obligaciones realizada en país extranjero.*

I. LA EMISION DE OBLIGACIONES POR UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA EN EL EXTRANJERO Y SU SOMETIMIENTO A LA LEY DEL PAIS EN QUE TIENE LUGAR LA EMISION

1. La cuestión que se plantea en este estudio no es otra que la de saber si la emisión de obligaciones realizada por una sociedad española en país extranjero y con expresa sumisión al ordenamiento de ese país encuentra o no algún obstáculo en el Derecho español. La respuesta es, en principio, simple, porque de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado consagradas en el Título preliminar de nuestro Código Civil resulta evidente que el sometimiento de la emisión a la legislación del país extranjero no sólo es correcta, sino que se presenta como una consecuencia necesaria de la aplicación de las referidas normas.

El número 3 del artículo 10 del Título preliminar del Código Civil establece, en efecto, que «la emisión de los títulos-valores se atenderá a la ley del lugar en que se produzca». En consecuencia, si el propósito de la sociedad española es emitir obligaciones en un país extranjero formalizando en ese país la emisión pierde sentido cualquier discusión acerca del momento en que tiene lugar la creación de las obligaciones, pues ya se siga la tesis que lo concibe como un acto unilateral, ya las muy distintas variantes de las posiciones dualistas, es lo cierto que en nuestro caso la emisión tendrá lugar en una ciudad extranjera, y en esa ciudad se perfeccionará también la adquisición de las obligaciones por las entidades financieras. No parece discutible, por tanto, que de acuerdo con lo que dispone el artículo 10, número 3, de nuestro Código Civil la emisión de las obligaciones ha de sujetarse «a la ley del lugar en que se produzca».

El sometimiento de la emisión a la legislación del país extranjero, excluye, en principio, la aplicación de las normas formales o sustantivas del Derecho español. El tema de la norma aplicable se resuelve con la aplicación de la disciplina de Derecho internacional privado, y no tiene sentido pensar en la aplicación simultánea del ordenamiento español. Las únicas excepciones que en nuestro supuesto pueden jugar frente a esta necesaria conclusión son las derivadas de la reserva de orden público y del fraude de ley establecidas respectivamente en los números 3 y 4 del artículo 12 del Título preliminar del Código Civil.

2. El número 3 del artículo 12 del Código Civil establece que «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». La cuestión que aquí preocupa se concreta entonces en saber si esta reserva de orden público ha de aplicarse a las normas imperativas, y más específicamente a las condiciones necesarias de la emisión (constitución del sindicato de obligacionistas y designación de comisario), previstas en el párrafo segundo del artículo 113 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas. Comencemos por señalar que la confusión entre normas de carácter imperativo (*ius cogens*) y normas de orden público está hoy absolutamente superada. La doctrina señala con acierto que «orden público y derecho imperativo no coinciden ni tienen por qué coincidir; una ley puede ser imperativa sin que afecte para nada el orden público» (*vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1978, pág. 238; DE LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, Madrid, 1976, pág. 202; FRAGUAS MASSIP, *Las excepciones a la aplicación del Derecho material extranjero normalmente reclamado*, en «El Título preliminar del Código Civil». Academia Matritense del Notariado, I, vol. 2, Madrid, 1977, págs. 381 y sig.).

La noción de orden público está ciertamente sujeta a la ambigüedad propia de los conceptos jurídicos indeterminados. No es menos cierto, sin embargo, que el estudio de esa noción ha conducido a unas precisiones suficientes acerca de la significación del llamado «orden público económico», y de la distinción entre orden público interno y orden público internacional.

En relación con la noción de «orden público económico», no parece dudoso que dentro de ella entran, «las directrices básicas con arreglo a las cuales en un momento dado históricamente, se asiente la estructura y el sistema económico de la sociedad» (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1983, pág. 44). Como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, el orden público económico sería, según esto, «una actividad de la Administración dirigida a configurar económicamente a la sociedad». Ahí se insertarán todas las normas de Derecho constitucional económico y el desarrollo de sus principios en el ámbito de la Administración o del Derecho privado, siempre que afecten a la estructura y al sistema económico del país, pero no parece que esa reserva de orden público pueda extenderse a las normas concretas que salvaguardan intereses privados distintos a los propios de un *orden público de protección* y que afectan exclusivamente a la estructura y organización de la empresa mercantil. Esta última es justamente la significación que tienen las normas imperativas recogidas en la disciplina sobre emisión de obligaciones de nuestra Ley de Sociedades Anónimas.

No estará de más recordar que la confusión generada en el Derecho derogado (art. 11, pfo. 3.º, del Código Civil) en relación con el *ius cogens* concerniente a las «personas, sus actos o sus bienes» y las normas que tienen por objeto el orden público, fue precisamente la que determinó el cambio de redacción de la norma en el vigente Título preliminar del Código Civil con el fin de reducir, con toda claridad, a la noción de orden público la excepción de las normas de Derecho internacional privado. En el viejo artículo 11, párrafo 3.º, del Código Civil se establecía, en efecto que «*las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero*». Fue concretamente la necesidad de deslindar la noción de orden público como única excepción frente al *ius cogens* no afectado por esa noción, lo que determinó la formulación más escueta de la excepción en el ya citado artículo 12, número 3, señalando que «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público» (para los antecedentes del precepto y la estimación

de la cláusula de orden público como reserva de aplicación excepcional, *vid.* CARRILLO SALCEDO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBADALEJO, I, Madrid, 1978, páginas 437 y sig.; y en *Comentarios a las reformas del Código Civil, El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, 1977, págs. 638 y sig.).

A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que en el supuesto aquí considerado nos estamos refiriendo a la emisión de obligaciones en país extranjero, supuesto que deberá ser contemplado, no desde el ángulo del llamado orden público económico *interno*, sino más bien desde la perspectiva del orden público económico *internacional*. En este sentido se ha podido afirmar que el orden público internacional es un círculo de radio menor que el orden público interno, en cuanto que sólo limita o excluye la aplicación de una norma extranjera reclamada por regla de conflicto cuando represente un ataque a los principios fundamentales o básicos de la organización y estructura económica de un determinado país. Y siendo esto así sería ciertamente desorbitado pensar que la mera divergencia entre algunas de las normas imperativas sobre emisión de obligaciones de la ley española y de la ley extranjera, desencadena la aplicación de orden público económico internacional, cuando la legislación extranjera reclamada no suponga una lesión de los principios básicos de la estructura económica española.

Como se ha señalado con acierto, «debe excluirse toda actuación de la excepción de orden público, por falta de presupuestos que la justifiquen, cuando la norma extranjera reclamada esté en contradicción, por profunda que ésta sea, con aquellas normas que traducen o incorporan conceptos opinables, aunque esos preceptos en el Derecho interno tengan carácter imperativo y no puedan ser derogados por voluntad de las partes; ejemplo, la mayoría de edad, los plazos de prescripción, la prohibición —hoy derogada— de otorgar capitulaciones matrimoniales, etcétera» (FRAGUAS MASSIP, *ob. cit.*, pág. 392; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, I, 1.º, Madrid, 1984, pág. 672). Ha de advertirse, en efecto, que la razón de ser de las normas de Derecho internacional privado descansa esencialmente en el conflicto entre dos ordenamientos, especialmente en cuanto a las normas de *ius cogens*; y si no se reduce la noción de orden público a sus límites propios, y se pretende extender a toda norma imperativa, aunque no tenga nada que ver con los principios que inspiran la estructura y organización económica de un país, se corre el riesgo de producir una soberanía del ordenamiento interno que olvide el respeto a la legislación extranjera y anule el sentido y la función del Derecho internacional privado. Por todo ello, no ha de sorprender que la jurisprudencia española propugne una inter-

pretación restrictiva de la excepción de orden público, señalando que en el campo internacional esta excepción debe ser interpretada y aplicada restrictivamente por implicar un debilitamiento de las normas de la comunidad jurídica universal (Sentencia de 18 de noviembre de 1977 y Resolución de la DGRN de 6 de abril de 1979).

Añadamos, además, que en el caso de la emisión de obligaciones aquí contemplado, la no aplicación de las normas españolas sobre condiciones necesarias y protección de los obligacionistas no supone que esos intereses dignos de protección no hayan sido contemplados por la legislación extranjera, porque normalmente, aunque sea a través de técnicas diferentes (intervención del *trustee* en unos casos, o de entidades bancarias adquirentes de la totalidad de los títulos, en otros, etc.) se logran resultados sustancialmente análogos a los que resultarían en caso de aplicación en bloque del Derecho interno español.

3. Al lado de la excepción de orden público, el número 4 del artículo 12 del Título preliminar de nuestro Código Civil contempla muy oportunamente el *fraude de ley* como otro límite de aplicación del Derecho material extranjero normalmente aplicable, al señalar que «se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española». Mas para poder hablar de fraude de ley es necesario: *a)* una manipulación del elemento de conexión; *b)* la finalidad de eludir la aplicación de la ley en principio competente; *c)* la pretensión de prevalerse en el propio país de los derechos o del *status* adquiridos al amparo de la ley extranjera aplicable en virtud de la maniobra fraudulenta (*vid.* FRAGUAS MASSIP, *ob. cit.*, págs. 423 y sig.). Es obvio que en el caso de la emisión de obligaciones no se dará normalmente ninguno de estos requisitos, porque: *a)* no se tratará de manipular ningún elemento de conexión, sino de la necesidad de acudir al mercado de otro país para que la sociedad española pueda beneficiarse de las posibilidades y ventajas financieras de ese mercado extranjero, respetando, en consecuencia, la legislación allí aplicable de acuerdo con nuestras propias normas de Derecho internacional privado; *b)* no se tratará tampoco de eludir la aplicación de la ley en principio competente, sino justamente de lo contrario, es decir, de someterse a la ley extranjera por ser la que, de acuerdo con el artículo 10, número 3, del Código Civil, resulta aplicable; *c)* y no se tratará, en fin, de prevalerse en España de los derechos o del *status* adquiridos al amparo de la ley extranjera en beneficio de los intereses particulares del sujeto, porque es evidente que los derechos del obligacionista son ordinariamente semejantes en uno y otro ordenamiento, y no tiene ningún sentido pensar en una maniobra fraudulenta.

Lo realmente peligroso no es la sumisión en bloque a la ley extran-

jera aplicable de acuerdo con la norma de conflicto, sino la búsqueda artificiosa y puramente formal de una acomodación de la emisión de obligaciones a las normas españolas sobre condiciones necesarias (sindicato y comisario de obligacionistas), cuando se sabe que no se van a cumplir en la realidad, y que eso supone una violación frontal de la norma de conflicto que nos remite, como es lógico, a la aplicación de un solo ordenamiento. No se puede ocultar que el juego formal de las normas de uno y otro ordenamiento abre la puerta a una utilización arbitraria de las mismas, que en la práctica podría servir de amparo a la consumación de ciertos fraudes de ley y a una notoria inseguridad en las relaciones jurídicas, siempre grave en toda aplicación de las normas y más aún cuando se trata de relaciones jurídicas con elementos dispersos, por razón de su internacionalidad. Precisamente esta inseguridad es la que se ha tratado de evitar en todo momento con las normas de Derecho internacional privado.

II. INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LA EMISION DE OBLIGACIONES REALIZADA POR UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA EN EL EXTRANJERO

4. La emisión de obligaciones realizada en país extranjero por una sociedad anónima española debe ser inscrita en el Registro Mercantil español correspondiente al lugar de su domicilio. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de su Reglamento: «En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente... 4.º Las emisiones de obligaciones de todas clases...».

La inclusión de la emisión de obligaciones entre los actos inscribibles se justifica por la conveniencia y la necesidad de someter la emisión de tales títulos a los efectos de la publicidad registral mercantil. A través del Registro Mercantil, como institución de terceros, se instrumenta una publicidad formal y material que, por su carácter declarativo y no constitutivo, está pensada de modo primordial para proporcionar a los particulares la certidumbre de los más importantes datos referentes a los empresarios y a su actividad, y a los propios empresarios el amparo de los efectos jurídicos de la publicidad frente a los terceros que pretendieran ignorar los actos inscribibles que hayan sido inscritos. Como ya destacó la Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de diciembre de 1914, y reiteró en esencia la de 8 de julio de 1933, el legislador al crear el Registro Mercantil, dándole el carácter de «institución de terceros», se propuso establecer un poderoso medio de publi-

cidad que sirviera de «garantía» suficiente para todos los que se interesen en las operaciones mercantiles. En atención a estas consideraciones —como ha señalado CAMY (*Derecho mercantil registrable*, Pamplona, 1979, pág. 10)— deberán llevarse a él cuantos datos contribuyan a hacer más clara y diáfana la vida comercial, facilitando la inscripción cuando sea posible dentro del margen legal, a fin de que los terceros puedan apreciar en todo caso las condiciones en que gira una firma y las modificaciones que puedan haber sufrido.

No se puede olvidar tampoco que esta inscripción en el Registro Mercantil actúa a la vez como norma de control a efectos de futuras emisiones de obligaciones, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 del Reglamento: «Si de los documentos presentados en el Registro Mercantil para la inscripción de una emisión de obligaciones resultare que con anterioridad se había hecho por el mismo titular otra emisión no inscrita, se suspenderá la inscripción, tomándose anotación preventiva por sesenta días».

5. Ninguna duda ofrece, pues, el carácter inscribible de la emisión de obligaciones. Sucede, sin embargo, que tratándose de emisión de obligaciones realizada en país extranjero, no encontramos en el Reglamento del Registro Mercantil ninguna norma que contemple de modo específico tal supuesto. Contrasta esta omisión con la previsión de otros supuestos, como el de la sociedades extranjeras que establezcan sucursales en territorio español (arts. 84, núm. 2, y 88 del citado Reglamento), casos en los que se articula un régimen específico para la inscripción correspondiente.

Esta laguna de la disciplina reglamentaria ha de conducirnos a la adecuada integración normativa, acudiendo por vía supletoria —como quiere la disposición adicional cuarta del Reglamento del Registro Mercantil— a las disposiciones del Reglamento Hipotecario. Especial interés ofrece en este sentido el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, no sólo porque se refiere con carácter general a la inscripción de «los documentos otorgados en territorio extranjero», sino también porque ese precepto ha sido objeto de modificación por Real Decreto de 27 de agosto de 1977, precisamente para adaptarlo a las normas de Derecho internacional privado que se recogen en el nuevo Título preliminar del Código Civil. Esta modificación tiene, como veremos, especial interés para nuestro estudio.

Planteadas la cuestión en estos términos, no parece dudoso el régimen normativo aplicable a la inscripción en el Registro Mercantil español de la emisión de obligaciones realizada en país extranjero. Dando por supuesta la formalización solemne ante el Cónsul español de los actos y negocios integrantes del proceso de emisión según la ley extran-

jera, los aspectos a que ha de contraerse la calificación del Registrador Mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil, son, a nuestro juicio, los siguientes:

1.º La competencia y facultades de quien los autorice o suscriba. En este punto ha de darse por descontada la competencia del Cónsul español como funcionario autorizante.

2.º La legalidad de las formas extrínsecas. En este extremo, la norma del artículo 5.º ha de combinarse con la del artículo 44 del propio Reglamento del Registro Mercantil, a cuyo tener «el Registrador considerará faltas de legalidad, en las formas extrínsecas de los títulos inscribibles, las que afecten a su validez, según las leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados». Como se ha señalado con acierto, en este caso el ámbito de la calificación se circunscribe a la que, en rigor, cabe denominar nulidad formal o del instrumento, perfectamente distinta de la que, denominada por algunos «nulidad de fondo», no es sino nulidad del acto o negocio (*vid.* AVILA ALVAREZ, «La calificación mercantil de la representación documental», en *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, Madrid, 1971, pág. 60).

La expresión «leyes que determinan su forma», a que se refiere el citado artículo 44 del Reglamento, ha de ser interpretada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de Título preliminar del Código Civil. Los dos primeros números de este precepto consagran con carácter general la regla *locus regit actum*, es decir, el criterio según el cual las formas y solemnidades de los actos jurídicos «se regirán por la ley del país en que se otorguen».

Aunque no falta en esos números del referido artículo 11 la posibilidad de optar por la «ley personal del disponente», cuando la ley reguladora del contenido del acto no exija una determinada forma para su validez, no parece discutible que el criterio que disipa cualquier duda es «el de la ley del país en que se otorguen». Quiere decirse con ello que, en principio, los actos y negocios integrantes del proceso de emisión de las obligaciones deben someterse a las formas y solemnidades del Derecho extranjero. Otra cosa es que para consolidar o salvaguardar en España el carácter escriturario de los créditos incorporados a los títulos, y para facilitar el acceso de la emisión al Registro Mercantil, los documentos relativos a aquellos actos y negocios sean elevados a escritura pública ante el Cónsul de España en el lugar de la emisión. Es en relación con los requisitos formales de esta escritura cuando podrá entrar en juego el número 3 del citado artículo 11, a cuyo tenor «será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de Es-

paña en el extranjero». Por eso entendemos que si se realiza en la forma indicada la emisión, la calificación de «la legalidad de las formas extrínsecas» por el Registrador español quedará cubierta en base a la escritura otorgada ante el Cónsul de España, siempre que en esa escritura el Cónsul haga constar que la emisión de las obligaciones ha cumplido las formas y solemnidades establecidas en el Derecho extranjero. A esta conclusión se llega también atendiendo al párrafo 2.º del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, aplicable por vía supletoria al Registro Mercantil, a cuyo tenor «la observancia de las formas y solemnidades extranjeras... podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español...».

3.º La capacidad y legitimación de los otorgantes. En este punto, el artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil debe ser puesto en conexión con el artículo 9.º del Código Civil, que tanto para las personas físicas como para las jurídicas (núms. 1 y 11) remite a la ley personal determinada por su nacionalidad. Deberá respetarse, pues, en lo que concierne a la sociedad española emisora, la legalidad española en lo relativo a capacidad y representación en función del acto de que se trata (especialmente, régimen de los acuerdos de la Junta general y, en su caso, autorización al Consejo de Administración para la emisión de obligaciones en los términos del artículo 130 del Reglamento del Registro Mercantil).

4.º La validez del contenido de los documentos, examinando si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo. Este último inciso del párrafo primero del artículo 5.º que venimos examinando, cuya equívoca alusión a las normas imperativas ha sido oportunamente denunciada (así, por ejemplo, AVILA ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 61, manifiesta no comprender «ni esta expresión ni las razones de su inclusión en el artículo»), no puede ser rectamente interpretado, en nuestro caso (emisión de obligaciones en territorio extranjero), sino entendiendo que esa normatividad imperativa va referida a las *normas de Derecho internacional privado*, y no a la norma material de Derecho interno español. Esta norma sólo puede entrar en juego cuando, y en la medida en que, la norma conflictual remita a ella. Si se atiende, como es lo procedente, a las normas de Derecho internacional privado, hoy contenidas en los artículos 8 a 12 del Código Civil, resulta claro —como hemos mostrado anteriormente— que la regulación del contenido del acto queda sustraída a las normas materiales (imperativas o no) del Derecho interno español; justamente porque la norma conflictual (¡desde luego *imperativa!*) del Derecho español que se contiene en el artículo 10, número 3 del Código Civil, remite precisamente —y con carácter previo— a la ley del lugar en que la emisión se produzca. En definitiva, pues, la norma

material interna española (imperativa o no) reguladora del contenido de la emisión de obligaciones, quedará en este caso necesariamente fuera del ámbito en que, de conformidad con el artículo 5.º del Reglamento, se desenvuelve la calificación del Registrador Mercantil; y ello por aplicación de la norma, imperativa y previa, del artículo 10, 3, del Código Civil.

Esta conclusión aparece ahora corroborada por la nueva redacción del párrafo primero del artículo 36 del Reglamento Hipotecario a que anteriormente hemos hecho mención. Establece el referido párrafo que:

«Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los *requisitos exigidos por las normas del Derecho internacional privado*, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.»

Basta comparar este texto con la anterior redacción del referido párrafo primero del artículo 36, que supeditaba la inscripción a «que el asunto material del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España», para comprender que el legislador ha querido y conseguido despejar todo equívoco o confusión entre la noción de orden público (única que, en un caso como el nuestro, entraría eventualmente en juego como excepción a la ley material extranjera reclamada) y la de norma (por imperativa que ésta sea) de Derecho material interno (sólo aplicable cuando la regla conflictual la llama, lo que no es nuestro caso); todo ello de conformidad con los razonamientos que al respecto hemos expuesto en la parte inicial de este estudio, y precisamente en la misma línea inspiradora de la sustitución operada por la reforma del Código Civil de 1974, de la imperfecta y equívoca alusión al orden público del antiguo artículo 11, 3.º, por la actual, más perfecta y rigurosa, del nuevo artículo 12, 3.º, del mencionado Código.

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ
Catedrático de Derecho Mercantil

Ampliación de capital con cargo a cuentas de actualización. Calificación registral

Las operaciones de capitalización del saldo de las cuentas de actualización son relativamente frecuentes y presentan una serie de problemas de calificación que merecen algún estudio.

CONCEPTOS Y FINES

Como es sabido, la actualización o regularización es una operación técnico-contable consistente en revisar los valores de bienes y derechos regularizables, al objeto de adecuarlos a la realidad. Efectivamente, en épocas de inestabilidad, criterios valorativos de los elementos patrimoniales de la empresa fundados en el coste histórico, resultan en estados contables que no reflejan con fidelidad la realidad patrimonial que describen. Si el Plan General Contable basa sus valoraciones en el coste de adquisición de los bienes, es evidente que al ingresar en el patrimonio social en momentos distintos, en ausencia de corrección, el balance será un agregado de partidas heterogéneas y, en definitiva, la contabilidad no reflejará con exactitud la situación patrimonial de la empresa, como exige el artículo 38 del Código de Comercio. Para evitar esto se ha dictado una normativa correctora del coste histórico, considerando fundamentalmente la depreciación monetaria y temporal, en la medida que responde a impulsos coyunturales (1).

(1) A. NOGUERAS SALINAS: «La regularización de balances y el Plan General de Contabilidad», en la obra *Plan General de Contabilidad de la Banca Mas Sardá*, 6.ª edic., Barcelona, pág. 427.

Según C. CUBILLO VALVERDE, la regularización opera en un doble sentido: desde el punto de vista «estático-patrimonial» la regularización actualiza el patrimonio de la empresa; o, lo que es lo mismo, lo valora en unidades monetarias actuales. Pero también, desde el punto de vista «dinámico-patrimonial», en su proyección futura, coloca a la empresa en situación de llevar a cabo una política razonablemente realista para su desarrollo (2).

Junto a esta finalidad, propia o típica de la regularización, no podemos olvidar otros fines que se procuran de modo complementario con las leyes regularizadoras, y que a veces se olvidan. Entre estos están la regularización de la situación fiscal [la del año 1977, la de «Ordóñez», para entendernos, supuso una auténtica amnistía fiscal (3), puesto que permitió aflorar bienes y derechos que hasta entonces permanecían ocultos, *vid.* art. 1.º, 1, c), OM de 14 de enero 1978]. También se ha buscado la armonización contable —el Decreto de 21 de diciembre de 1973 sobre aplicación de la Ley de regularización de balances establecía la obligatoriedad del compromiso de aplicación del Plan General Contable—, además de otros fines de política social. En cuanto a esto último, no debe olvidarse que la vieja Ley de regularización contemplaba, junto a la regla general de voluntariedad, la posibilidad de la actualización obligatoria a instancia del Ministerio de Hacienda (art. 3.º, 1, del Decreto de 2 de julio de 1964). Se trataba de configurar, por medio de la regularización, sistemas de acceso de trabajadores al accionariado mediante la creación de fondos de reserva.

En todo caso, parece conveniente recordar que la Resolución tiene un claro tinte fiscal. No podría ser de otro modo. Difícilmente es pensable que las empresas consientan en aflorar plusvalías sujetas al Impuesto de Renta de Sociedades, como no sea merced a los beneficios de la exención en el impuesto, y de exención también en cuanto al de Operaciones Societarias, por la ulterior capitalización del saldo. Esto podría llevar a pensar que los requisitos de capitalización no son susceptibles de calificación por el Registrador. No creo que esto sea así. Como reza el artículo 6 del Decreto de 29 de diciembre de 1966, «la incorporación que se autoriza habrá de acordarse y llevarse a efecto con arreglo a las disposiciones de la legislación vigente, sin perjuicio de las

(2) C. CUBILLO VALVERDE: *Regularización de balances*, Ed. ICE, Madrid, octubre 1967. *Vid.* también, J. M. FERNÁNDEZ PIRLA: *Comentarios a la Ley de Regularización de balances. Su problemática económica, contable y fiscal*, Ariel, Madrid, 1967.

(3) Así lo cree, por ejemplo, CÉSAR ALBIÑANA en su *Sistema tributario español v comparado*, Ed. ICE, Madrid, 1983, pág. 134. Siempre conveniente la lectura de la ya clásica *Contabilidad de sociedades*, de JOSÉ RIVERO, Ed. ICE, sucesivas ediciones.

especialidades que se establecen en este decreto». Es decir, tratándose de una sociedad anónima, la incorporación del saldo al capital supone un aumento de capital con cargo a plusvalías generadas —art. 88 de la Ley de Sociedades Anónimas, «reserva de revalorización» en el proyecto, art. 102—, que deberá ajustarse a los requisitos legales generales y los especiales de su ley de capitalización. En particular, el saldo sólo se podrá capitalizar si es apto para ello, y no lo es, cuando figurando en el balance de la sociedad pérdidas la cuantía de éstas fuera superior a la de las reservas (fundamento: art. 33 de la Ley de Sociedades Anónimas y numerosos preceptos de las leyes especiales, como veremos). Todo esto puede parecer trivial, pero conviene tenerlo en cuenta para resolver dos problemas que se presentan con alguna frecuencia; el primero es el de la *naturaleza* de las plusvalías que afloran como resultas de la operación de actualización. Reiterados preceptos atribuyen la «consideración fiscal» de fondo de reserva. En mi opinión, también a efectos sustantivos; no en vano de reserva de revalorización califican a la cuenta las directivas comunitarias y el proyecto de anónimas. Reserva, en principio voluntaria, en cuanto a su origen, aunque de disciplina imperativa en lo que hace a su contenido. Esto es tanto como decir que la sociedad es libre de acogerse o no a la actualización, pero una vez que haya acordado hacerlo, su normativa se le impone, y no sólo esto, sino que la ley se cuida de afirmar con carácter terminante, lo irrevocable de la decisión. Por tanto, si la sociedad que voluntariamente se acogió a la regularización no capitalizó el saldo de la cuenta en plazo legal, el saldo pendiente no sólo no gozará de los beneficios fiscales, sino que, por supuesto, habrá de ser aplicado en conformidad con los destinos establecidos en su ley.

Como la cuenta de actualización tiene la naturaleza de reserva voluntaria, el régimen de ésta es el aplicable, en particular en los casos de usufructo de acciones. Y en tanto que voluntaria, habrá de ser acordada por el órgano social correspondiente. Aunque podría sostenerse que los administradores, como órgano encargado de la llevanza de los libros contables, es el idóneo para decidir acogerse o no a una ley de actualización, en mi opinión, dada la trascendencia del acto, y por analogía con lo establecido para las otras reservas (la distribución de beneficios es algo sobre lo que han de resolver las Juntas ordinarias: art. 50 de la Ley), lo razonable es que se acuerde en Junta general. En principio, la ordinaria, pero no habría inconveniente que fuera en Junta distinta y siempre en tiempo legal (las leyes de actualización establecen un plazo que suele ser el que media entre la fecha del cierre del balance a que se refieren las operaciones de actualización y el día en que termine el plazo de la declaración del Impuesto de Sociedades). Esta parece ser

la solución legal que se sigue, por ejemplo, del artículo 2.º, 3.ª, del Real Decreto de 27 de octubre de 1981, que reza: «Si las operaciones no fueran aprobadas por la Junta general de accionistas u órgano competente de la entidad..., no quedarán protegidas por las normas del presente Real Decreto». No creo que haya inconveniente en admitir que la Junta acuerde acogerse a una actualización y delegue en la administración la ejecución del acuerdo. De cualquier modo que sea, no hay duda que la capitalización del saldo exige acuerdo social e inscripción en el Registro (arts. 84 y sigs. de la Ley y 93 del Proyecto, que por cierto establece que cuando el aumento se haga con cargo a reservas, sirva de base a la operación un balance debidamente verificado). Por ello no puede pretenderse, como ha ocurrido en alguna ocasión en el Registro de Barcelona, que la capitalización tuvo lugar cuando se asentó en los libros contables, aunque no se «formalizó el acuerdo», porque a efectos del cómputo del plazo legal se entenderá que ésta se produjo cuando el acuerdo se produjo, sin perjuicio de que no surtirá efecto hasta que se otorgue la correspondiente escritura y se inscriba en el Registro Mercantil. Este es el segundo problema al que antes tuve ocasión de referirme.

REGULACION LEGAL

La normativa base es la Ley de regularización, cuyo texto refundido aprueba el Decreto 64/1985, de 2 de julio. La vigencia parece deducirse, *a contrario*, al establecer las sucesivas leyes de actualización cuáles de sus preceptos no se aplican. Esta Ley sustituye a la anterior, de 23 de diciembre de 1961, y es desarrollada por el Decreto 3155/1966, de 29 de diciembre, que regula la capitalización del saldo de la cuenta; la Orden de 2 de febrero de 1974, que aprueba la instrucción sobre regularización de balances, después de que el Decreto-ley 12/1973, de el Decreto 3431/1973, de 21 de diciembre, regulara su aplicación. In el Decreto 3431/1973, de 21 de diciembre, regulara su aplicación. Interesa destacar el curioso —por calificarlo de algún modo— procedimiento de regulación establecido por el legislador para huir de una actualización automática por medio de revisiones anuales:

1. Algunas leyes, las de presupuesto, por ser leyes marco generales, autorizan en determinados ejercicios la actualización, sin devengo de impuestos de los valores actualizables que figuren en la contabilidad cerrada del ejercicio inmediato precedente. Estas son las Leyes de Presupuestos de 1979, 1981 y 1983. Estas leyes dan lugar a las actualiza-

ciones denominadas según correspondiente ley. Con anterioridad, la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, originó su propia cuenta de actualización.

En estas leyes se encomienda al Gobierno la regulación del destino de los saldos, se contemplan los beneficios fiscales, se determinan los coeficientes de actualización máximos y la normativa aplicable.

2. En desarrollo reglamentario, para cada ley de presupuestos que autoriza la actualización, su Decreto u Orden de desarrollo regulan las condiciones de capitalización y otros extremos: Orden Ministerial de 14 de enero de 1978, Real Decreto de 3 de agosto de 1979, Orden Ministerial de 21 de marzo de 1979, Real Decreto de 27 de marzo de 1981 y el de febrero de 1984.

En resumen, el estatuto de cada cuenta está regulado: a) por su ley de autorización, generalmente una presupuestaria, que da nombre a la cuenta; b) por el reglamento de desarrollo, y c) por las normas de la ley de regularización que resulten de aplicación.

OPERACIONES DE REGULARIZACION

La actualización comprende una serie de operaciones que se suceden cronológicamente. Para evitar posteriores confusiones es preciso distinguir las siguientes fases:

a) La actualización propiamente dicha: es el reflejo contable de la operación. Para ello habrá de hacerse lucir en libros el nuevo valor de los bienes o derechos —y las correlativas partidas compensatorias— susceptibles de ser actualizados. La Ley de regularización determina en cada caso los coeficientes máximos a aplicar, así como la base de actualización. La incorporación goza de exención si se hace a tiempo y en forma y deberá practicarse de una manera global. Como contrapartida de las incorporaciones y eliminaciones autorizadas se emplea una cuenta que habrá de ser correctamente denominada (por ejemplo, «cuenta de regularización, Ley 50/1977, de 14 de noviembre), que recoja el saldo de las mismas y que, cualquiera sea su ubicación contable, según dice la Ley, «figura en los libros de la empresa con un detalle suficiente para permitir su comprobación por la Administración tributaria». En el proyecto de ley integra el saldo de las reservas por revalorización, y, como dijimos, goza de la naturaleza de una reserva voluntaria de aplicación legal (no existe libre disposición del saldo si no es en las condiciones legales). Por ello afirma la Ley el principio de permanencia de la cuenta: «la citada cuenta permanecerá indisponible,

siendo de aplicación a ella las limitaciones y prohibiciones contenidas en el artículo 12 del Texto refundido (...) hasta tanto el Ministerio de Hacienda no autorice la capitalización o destino de la misma» (art. 7.º de la Orden de 14 de enero de 1978). Es requisito inexcusable la presentación dentro de plazo reglamentario de la declaración del impuesto correspondiente al primer ejercicio cerrado, y la actualización en todo caso enlazará con la última autorizada. La operación contable de actualización es la siguiente:

Bienes actualizados	a amortización correspondiente a los bienes amortizados a cuenta de actualización
----------------------------	---

b) Comprobación por la Administración tributaria: La Administración tributaria —la Inspección financiera y tributaria— se reserva el derecho de comprobar las operaciones de actualización y, en su caso, exigir las rectificaciones que procedan. La finalidad, como establece el Decreto de 1981, es la de que la Inspección «pueda comprobar la veracidad y exactitud de las operaciones practicadas» (art. 15, 2). La comprobación se efectúa en unidad de acto con la del Impuesto de Sociedades y, en el acta en que se refleje, se hará constar si la entidad está o no conforme con las rectificaciones propuestas. Comoquiera que hasta que no están comprobadas no pueden ser las cuentas objeto de aplicación, se establece un procedimiento de comprobación preferente a solicitud de la entidad interesada (art. 21, Real Decreto de 1981). Para que la entidad pueda disponer del saldo es preciso:

1. Que las operaciones hayan sido comprobadas positivamente o por silencio administrativo, una vez prescriba el plazo de comprobación establecido por la Ley de regularización.

2. En caso de que aún no haya transcurrido el plazo se debe acreditar ora la comprobación positiva, ora la negativa y la rectificación ulterior conforme a la propuesta de la Inspección. El modo de acreditar este extremo es mediante una certificación expedida por el inspector jefe.

c) La aplicación o disposición del saldo: Cuando el saldo de la cuenta resulta acreedor, y una vez comprobado o transcurrido el plazo de prescripción, podrá aplicarse al destino legal predeterminado. Conviene advertir:

1. Existe una prelación legal de destino, es decir, deberá respetarse el orden de aplicación, lo que, en definitiva, se traduce en la prohibición de capitalización si existen en el activo del balance de la entidad de que se trate, pérdidas acumuladas, y mientras dichas pérdidas no sean eliminadas.

2. La ley, cada ley, establece un plazo de capitalización, transcurrido el cual, los saldos pendientes de incorporar al capital, habrán de aplicarse otra vez conforme a lo que se determina por la Ley.

CALIFICACION REGISTRAL

Debemos contestar cuáles son los requisitos cuya concurrencia debe exigir el Registrador y están sujetos a su calificación. A mi entender, estos son:

Primero.—Los requisitos generales de ampliación de capital con cargo a una cuenta de reservas. Hasta ahora bastaba manifestación en el título de la existencia de las reservas y de su saldo. Como es lógico, una vez entre en vigor la nueva Ley de Sociedades Anónimas y se imponga la obligación del depósito de estados contables, el Registrador, que *ex* artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil califica por lo que resulte de los títulos y de los asientos de sus libros, habrá de comprobar de los documentos depositados la existencia y cuantía del saldo de que se dispone, así como de las pérdidas acumuladas en su caso. De lo contrario, denegará la inscripción, o la suspenderá en tanto no se depositen los documentos que falten, hasta enlazar con el ejercicio en que se acuerda la capitalización.

Segundo.—Deberá comprobar el Registrador la correcta identificación de la cuenta de cuyo saldo se dispone. Esto no es algo baladí. No se trata tan sólo de satisfacer las exigencias del principio de especialidad y el correlativo contable de claridad en la identificación, sino que además permite una primera calificación de la existencia de la cuenta (por ejemplo, si no existe Ley de actualización de 1975, difícilmente puede ampliarse capital a su cargo). Además, y esto es lo más importante, permite al Registrador y a terceros el régimen aplicable determinado por su Ley de actualización: destino, plazos, requisitos...

Tercero.—Comprobación administrativa. Como lo que al Registro llega es la aplicación del saldo de la cuenta, es necesario que conste que antes ha sido comprobada por la Administración Tributaria. Entiéndase que el Registrador no es quién para verificar la exactitud de las operaciones: si se han aplicado los coeficientes legales, si los bienes eran

o no susceptibles de actualización, etc..., porque eso es exclusiva competencia de la Inspección. Lo que sí debe comprobar el Registrador es si ha sido verificada. Esto ahora tiene poca trascendencia práctica, puesto que para todas las leyes de actualización ha transcurrido el plazo de verificación, y, por tanto, se consideran comprobadas por silencio administrativo. Si en lo futuro se autorizan posteriores actualizaciones y alguna sociedad o comerciante pretende capitalizar antes del transcurso del plazo, deberá acreditar, como expusimos, la comprobación positiva o la rectificación, en caso contrario.

Cuarto.—Que hayan sido satisfechas las atenciones preferentes. Todas las leyes de actualización establecen requisitos previos a la capitalización: tomemos, por ejemplo, la Orden Ministerial de 21 de marzo de 1979, que versa sobre el destino de la cuenta de regularización de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre. El artículo 2.º reza:

«La capitalización del saldo de la cuenta, con las condiciones y requisitos señalados en esta Orden Ministerial, podrá llevarse a cabo, de una vez o en varias, en el plazo comprendido entre la fecha en que dicho saldo haya sido comprobado y aceptado por la Inspección de Hacienda y el 31 de diciembre de 1982».

Añade su artículo 5.º:

«La capitalización del saldo de la cuenta quedará sujeta a los siguientes requisitos:

a) Comprobación previa de la cuenta por la Inspección de Hacienda, que deberá llevarse a cabo antes del 31 de diciembre de 1980, considerándose aceptadas las operaciones de regularización que no se hubieran comprobado en dicha fecha (...).

b) No podrá capitalizarse el saldo de la cuenta si en el activo del balance de la empresa de que se trate figuran pérdidas acumuladas que excedan del importe de las reservas que aparecen en el pasivo, y mientras dicho exceso no sea eliminado con cargo a la cuenta ...».

Empecemos por advertir que un tenor muy similar es el de las otras leyes, por lo que me remito a las mismas para ahorrar su cita. Como la capitalización debe cumplir los requisitos generales, es obvio que el Registrador deberá, además, calificar los especiales. A la comprobación administrativa ya me referí. Sólo insistir en que el Registrador sólo debe cerciorarse que ha tenido lugar, o que ha transcurrido el plazo fijado para la comprobación. En cuanto a las pérdidas, es un requisito ineludible la previa eliminación con cargo a la cuenta. Esto sugiere una serie de consideraciones:

EL PROBLEMA DE ACREDITAR LA EXISTENCIA/INEXISTENCIA
DE PÉRDIDAS EN EL ACTIVO DEL BALANCE

Si no se puede capitalizar, cuando las pérdidas no están compensadas con las reservas generadas, se impone la necesidad de determinar el título idóneo para acreditar la existencia de los respectivos saldos en el balance cerrado el ejercicio inmediatamente precedente al acuerdo de capitalización. Por ejemplo, si se acuerda capitalizar la cuenta de 1981 el 29 de septiembre de 1983, deberá acreditarse el estado contable referido al ejercicio de 1982, para lo cual la Junta general ordinaria hubo de reunirse en el primer semestre del año en curso de 1983 (habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de ejercicios anuales que no coincidan con el año natural, por ejemplo, que empiecen el primer día del mes de marzo de cada año). Un modo sencillo, por aplicación analógica del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil —el más socorrido de los artículos del Reglamento, y que «sirve» para casi todo— es acompañar certificación del acta de la Junta general ordinaria, reunida entre el 1 de enero y el 30 de junio del año 1983, en la que, *ex* artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas, se aprobó el balance del ejercicio anterior, 1982. Por supuesto, tratándose de sociedades limitadas u otras sociedades, habrá de estarse a la normativa que sea de aplicación: artículos 26 y siguientes para las limitadas, estatutos para las otras. Si se aprovechó la Junta ordinaria para capitalizar el saldo, servirá el mismo documento en el que resulte el balance del ejercicio aprobado, debiéndose, por supuesto, acreditar que en la convocatoria se anunció que se trataría de la capitalización (art. 84, 1, LSA). Las mayorías son las necesarias para la ampliación de capital. Si se aprobó la capitalización en distinto momento, un modo de acreditar el estado contable es transcribir en el acuerdo el balance de referencia o hacer una manifestación completa. Por manifestación «completa» entiendo la aseveración sobre los saldos de todas las reservas y, por supuesto, el de pérdidas acumuladas de todos los ejercicios, incluido el último de referencia. No estará de más la afirmación de que no hay nada que limite o restrinja o modifique lo expuesto, pero creo que un balance cuadrado es el modo idóneo de acreditar si la compensación *pérdidas-reservas* arroja un saldo negativo (ganancial). Una forma muy cómoda de acreditar estos extremos es acompañar el balance que resulta de los impresos de autoliquidación del impuesto de sociedades del ejercicio de referencia. Entiéndase que habrán de ser los originales o un testimonio suficiente, una fotocopia de los cuales, debidamente compulsada por el Registrador, se archivará en el Registro. Este sencillo procedimiento ha suscitado algunas críticas. Se dice con razón que no es un documento público el impreso de liquida-

ción y, por tanto, violaría lo dispuesto en el artículo 8.º del Reglamento del Registro Mercantil. Por mi parte, aun admitiendo la premisa, no estoy de acuerdo con su consecuencia. Se trataría de un documento privado, pero fehaciente en cuanto a la fecha, que no es otra que el día de entrega al funcionario público, o entidad delegada bancaria, encargado de recibir los impresos de declaración (art. 1.227 CC). Fecha que resulta de la «declaración de los representantes legales de la entidad», en donde lucirá la estampilla correspondiente (*vid.* cuadro).

DECLARACION DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LA ENTIDAD

El (los) abajo firmante(s), como representante(s) legal(es) de la Entidad declarante, manifiesta(n) que todos los datos consignados se corresponden con la información contenida en los libros oficiales exigidos por la legislación mercantil y en los registros auxiliares.

En testimonio de lo cual firma(n) la presente declaración en

....., a de de 198. .
 Por poder, Por poder, Por poder,

Don	Don	Don
.....		
D. N. I.	D. N. I.	D. N. I.
Fecha poder	Fecha poder	Fecha poder
Notaría	Notaría	Notaría

NOTA.—Esta declaración deberá ser cumplimentada por apoderados de la Sociedad, en número y con capacidad suficiente, con indicación de sus datos de identificación y de los relativos al cargo y escritura de apoderamiento.

Es un procedimiento un tanto «casero», pero satisface cumplidamente las exigencias de la calificación, hasta que por aplicación de la nueva regulación de publicidad de las cuentas proporcione al Registrador instrumentos más poderosos. Por supuesto, para los que opinan que la existencia o no de partidas compensatorias es cuestión ajena a la calificación del Registrador, todo lo expuesto, sobra. En mi opinión, se *impone una calificación de estados contables*. Con la nueva Ley en marcha, el Registrador acudirá a las cuentas anuales y a la aplicación del resultado, cuyos documentos habrán de haber sido depositados en el Registro Mercantil dentro del mes siguiente a su aprobación por la Junta general (artículo 110 del Proyecto), en forma íntegra o abreviada. Documentos debidamente verificados, por supuesto (art. 40 C de C., según Proyecto),

que habrán de ajustarse a falta de regulación específica, a los modelos aprobados por el Gobierno (art. 35 C de C, reformado, *in fine*). Si lo que resulta del título contradice los documentos depositados en el Registro, se denegará la inscripción; si lo que ocurre es la falta de depósito previo, procederá la suspensión. Regla esta que entiendo de lógica consecuencia del principio de «continuidad de las cuentas anuales», del depósito obligatorio de las cuentas (en relación con el artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil, que obliga a toda oficina pública a no admitir documento relativo a sociedades que sea de obligatoria inscripción —ahora depósito—, sin que conste su inscripción en el Registro Mercantil), y del principio de las directivas comunitarias de que la falta de depósito de los estados contables no podrá perjudicar a tercero (4), sin perjuicio de que puedan utilizarlos en lo que les favorezca. Sin que haya necesidad de admitir una suerte de «tracto sucesivo contable», construcción dogmática que puede resultar sugestiva, pero problemática. Las partidas a comprobar serán las de reservas, la de reserva de revalorización, resultados de ejercicios anteriores y también la aplicación del resultado del ejercicio. Todo ello sin perjuicio de la sanción que en su caso proceda por incumplimiento de la obligación de depósito [artículo 110, f), 6].

Aunque no resulte con claridad de algunas leyes de actualización, la mera existencia de pérdidas no impide la capitalización, si éstas están suficientemente compensadas con las reservas constituidas a las que habrán de agregarse las dotadas por aplicación de la cuenta de resultados del ejercicio. Ni qué decir tiene que sólo podrá capitalizarse el exceso. No hay que olvidar, por otra parte, que el saldo inicial de la cuenta cuando la sociedad se acogió a la actualización puede haber variado en los ejercicios posteriores —por ejemplo, si se empleó para eliminar pérdidas habidas en los ejercicios intermedios—, por lo que el saldo que interesa es el que resulta del último balance aprobado.

En el ejemplo anterior, si se acredita el estado contable al cierre del ejercicio de 1982 —el inmediato precedente al acuerdo— en su balance de situación se considerarán los resultados negativos de ejercicios anteriores (más en su caso los del ejercicio 1982), se comprobará si basta para cubrirlos el importe de la prima por emisión, más las reservas legales estatutarias y voluntarias asentadas en el balance de situación a 31 de diciembre de 1982 (más en un caso el importe de todas las reservas

(4) Véase, en particular, el libro que publica el Colegio sobre *Reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987. SÁNCHEZ CALERO en *Régimen de cuentas anuales*, págs. 311 y sigs. Aprovecho para advertir que las cuentas de regularización que prevé la normativa comunitaria responden a ajustes por periodificación y no a nuestras leyes de actualización, el saldo de cuyas cuentas se lleva a las reservas de revalorización.

que la Junta acordó dotar en el primer semestre de 1983 con cargo a los beneficios del ejercicio precedente y que lucen en la «distribución de resultados»). Si el importe de las pérdidas totales está cubierto con las reservas totales de capitalización es libre y si sólo parcialmente, el saldo acreedor de la cuenta de actualización sólo podrá capitalizarse en el exceso.

Un ejemplo aclarará las cosas. Imaginemos el balance de situación del ejemplo, a 31 de diciembre de 1982 siguiente:

31 de diciembre de 1982			
100	Activo.		
20	Pérdidas (resultados negativos ejercicios anteriores).		
		a capital social	50
		a reserva legal	3
		a actualización Ley de Presupuestos de 1981	10
		a reserva estatutaria, voluntaria y por prima de emisión.	5
		a beneficios ejercicio	15
		a otras cuentas pasivo	37

Ahora la cuenta de distribución del beneficio del ejercicio:

15	Beneficios del ejercicio.	a reserva legal	7
		a pérdidas	3
		a previsión de impuestos y dividendos	5

Por tanto, la situación final, una vez distribuidos los beneficios, será:

EN EL ACTIVO

- 100 Activo neto.
 17 Pérdidas de ejercicios precedentes [20-3 saneadas en el ejercicio].

117 Total activo.

EN EL PASIVO

- 50 Capital social.
 10 Reserva legal (3 más 7).

- 10 Actualización Ley de Presupuestos de 1981.
 - 5 Reservas voluntaria, estatutaria, prima de emisión.
 - 5 Previsión de impuesto y dividendos.
 - 37 Otras cuentas del pasivo.
-

117 Total del pasivo.

Como se puede ver, ha sido cubierta en su integridad la reserva legal hasta la quinta parte del capital social, se han podido repartir dividendos, puesto que el patrimonio neto (50 de capital más 10 de reserva legal más 10 de actualización más 5 de otras reservas, menos 17 de pérdidas acumuladas, superan, *ex* artículo 107 de la Ley de Sociedades Anónimas, el importe del capital social). ¿Cuánto es el importe del saldo de la cuenta de actualización que se puede capitalizar?:

- 10 Reserva legal.
 - 5 Otras reservas.
 - 10 Actualización.
-

25 Total de reservas.

[17 pérdidas acumuladas (20 — 3)].

- 8 Saldo apto para la capitalización.
 - 2 Saldo pendiente de la cuenta que está compensando pérdidas.
-

10 Saldo total de la cuenta de actualización.

Quinto.—La capitalización del saldo de la cuenta deberá realizarse en el plazo establecido por su Ley de capitalización. Como cada ley establece un plazo distinto, me remito al cuadro de las leyes de actualización que interesan. En todo caso, parece razonable que el *dies ad quem* sea el de la fecha del acuerdo social de capitalización —es decir, de ampliación de capital—. El plazo no acaba ni cuando se asentó en los libros la ampliación de capital ni cuando se elevó a público el acuerdo de ampliación de capital (aunque esto último es dudoso, por lo que parece razonable que las sociedades se apresuren a elevar a público el acuerdo antes de que el plazo finalice). Esto no desdice la obligatoria inscripción de la ampliación de capital en el Registro Mercantil. ¿Qué ocurre con el saldo de la cuenta que no haya sido capitalizado al término del plazo?: En tal caso el destino de la cuenta es el legal predeterminado para los saldos pendientes de aplicación por cada una de las leyes. En

este punto, además de remitirme otra vez al cuadro señalar el cambio de técnica con la última de las leyes de actualización. Con anterioridad a la cuenta creada por la Ley de Presupuestos del año 1983, el saldo pendiente, además de nutrir reserva legal, en cuanto al exceso —por supuesto después de cubrir las eventuales pérdidas que resultaren del activo del balance, aunque la Ley nada diga al respecto— se destinaba a una cuenta de «libre disposición». Con la Ley de 1983, el saldo pendiente de capitalizar se traslada a una cuenta de reserva «no distribuibiles». Novedad esta en nuestro Derecho de sociedades de difícil interpretación. Me inclino a entender que su saldo no puede ni ser distribuido a los accionistas ni dotar otras reservas, sino que se aplicará para sanear pérdidas. No hay duda que podrá, previa eliminación de aquéllas, ser capitalizado, siendo de aplicación lo visto en el punto anterior sobre la cobertura de resultados negativos. Su naturaleza será, pues, similar a la del capital amortizado, aunque sería deseable del legislador que ya que inventa cuentas se ocupara de precisar su estatuto. Queda el problema sin resolver de si para la Ley de 1983 es necesario agotar la reserva legal antes de capitalizar la cuenta o basta cubrir las pérdidas acumuladas. Lo razonable parece lo primero.

Una vez haya transcurrido el plazo de capitalización, si la sociedad desea llevar los saldos pendientes a capital deberán primero cubrirse las pérdidas, y agotar después la reserva legal en su integridad (una quinta parte del capital desembolsado). Para ello, otra vez deberán acompañarse **balances**.

FORMAS DE LLEVAR A EFECTO LA CAPITALIZACION

No es necesaria la aplicación total del saldo de la cuenta. La capitalización fraccionada, en dos o más veces, es algo relativamente frecuente y permitido por la ley. En cada parcial capitalización deberán observarse los requisitos generales. En este caso podrán realizarse incorporaciones anuales o, incluso, no llevar a efecto ninguna durante el año que no lo consideren conveniente las sociedades (art. 3.º, 2, del Decreto de 29 de diciembre de 1966).

En el caso de la capitalización parcial contiene el Decreto de 1966 algunas prudentes previsiones que estimo en vigor. Se prevé que en el acuerdo social de incorporación a capital puedan comprenderse la totalidad de las incorporaciones parciales, o varias de ellas, pero siempre que en uno y otro caso se fijen correctamente el ejercicio o ejercicios económicos en que cada parcial capitalización haya de tener lugar. De esta forma se ahorran acuerdos sociales consecutivos. En el caso de acuer-

do de fraccionamiento deberá expresarse si cada una de las incorporaciones parciales constituye operación independiente o separada o dependiente y continuada. Sólo en el primer caso las acciones que se emitan con cargo a la cuenta participarán en las sucesivas incorporaciones que de la misma se realicen.

Ni qué decir tiene que podrán emitirse nuevos títulos o aumentar el valor nominal de los antiguos. También podrá simultanearse la incorporación de la cuenta con otras ampliaciones de capital, incluso por capitalización de sus reservas, y no hay duda que puede ampliarse el capital de suerte que las acciones que se entreguen estén sólo parcialmente liberadas con cargo al saldo disponible de la cuenta.

El Decreto de 1966 tiene una previsión que no se contempla en los posteriores reglamentos, pero cuya aplicación me parece razonable. Su artículo 6.º, 2.º, permite «incorporar total o parcialmente el saldo de la cuenta en el caso de existir en circulación acciones emitidas con anterioridad y no desembolsadas en su totalidad». Es decir, no se exige el total desembolso de las acciones emitidas con anterioridad.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador Mercantil de Barcelona

Nombre de la cuenta Ley de actualización	Capitalización	Plazo de actualización	Comprobación administrativa	Plazo de capitalización	Destino cuenta	Destino saldos pendientes
Regularización, Ley 76/1961, de 23 de diciembre.	- Decreto 3155/1966, de 29 de diciembre. - Orden de 24 de julio de 1964 - Decreto 2783/1964, de 27 de julio. - Decreto 3836/1965, de 16 de diciembre - Instrucción aprobada por Orden de 2 de febrero de 1974.	Establecido por Ley 76/1961 y el Decreto 1882/1964, de 25 de junio, por el que se establecen nuevos plazos.	Hasta 31 de diciembre de 1967.	Diez años desde 1 de enero de 1988	- Pérdidas. - Capitalización. - Reserva legal hasta una tercera parte de la capitalización total o parcial.	Indisponibles (artículo 12 RD 1985/1964, de 2 de julio)
Regularización, Decreto-ley 12/1973, de 30 de noviembre.	—	Establecido por Decreto 3431/1973, de 21 de diciembre.	—	—	—	—
Cuenta de regularización, Ley 30/1977, de 14 de noviembre	Orden de 21 de marzo de 1979.	Primer trimestre de 1978, según Orden de 14 de enero de 1978.	Hasta 31 de diciembre de 1980, por Orden de 2 de septiembre de 1982.	Entre la comprobación y aceptación de la Inspección y el 31 de diciembre de 1982	- Pérdidas. - Capitalización. - Reserva legal hasta el 20 por 100 de la capitalización	a) Reserva legal hasta la cuantía máxima legal exigida. b) El exceso reserva de libre disposición.
Actualización, Ley de Presupuestos de 1977.	Real Decreto de 3 de agosto de 1979	Desde fecha cierre balance hasta término plazo presentación Impuesto de Sociedades.	Hasta 31 de diciembre de 1982, según Orden de 2 de septiembre de 1982.	» Idem Límite 31 de diciembre de 1984.	» Idem	» Idem »
Actualización activos en el extranjero, Ley de Presupuestos de 1980	Real Decreto de 11 de abril de 1980	Establecido art. 33 Ley 42/1979, de 29 de diciembre.	Hasta 31 de diciembre de 1982.	Idem que Ley de Presupuestos de 1977.	Idem que Ley de Presupuestos de 1977.	Idem que la Ley de Presupuestos de 1977

<i>Nombre de la cuenta Ley de actualización</i>	<i>Capitalización</i>	<i>Plazo de actualización</i>	<i>Comprobación administrativa</i>	<i>Plazo de capitalización</i>	<i>Destino cuenta</i>	<i>Destino saldos pendientes</i>
Actualización, Ley de Presupuestos de 1981.	Real Decreto de 27 de marzo de 1981.	Entre fecha cierre balance y término plazo de presenta- ción del Impuesto de Sociedades	El de prescripción del Impuesto de Sociedades (cinco años).	Entre la fecha de comprobación de aceptación y seis años contados des- de la fecha de pre- sentación del ba- lance cerrado a 31 de diciembre de 1980.	— Pérdidas. — Capitalización — Reserva legal has- ta el 20 por 100 de la capitaliza- ción. — Sancamiento ca- tera de valores (Bancos y Segu- ros).	» Idem.
Actualización, Ley de Presupuestos de 1983.	Real Decreto de 22 de febrero de 1984.	Entre fecha cierre balance y término plazo de presenta- ción del Impuesto de Sociedades.	Tres años, contados desde la fecha del cierre del balance actualizado.	Seis años, contados a partir de la com- probación	— Pérdidas y ganan- cias. — Capitalización — Reserva legal has- ta el 20 por 100 de la capitaliza- ción	Reservas no disponi- bles.

DICTAMENES Y NOTAS

Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad

(CONFERENCIA PRONUNCIADA EL DIA 26 DE ENERO DE 1988
EN EL CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS DE BARCELONA)

A requerimiento del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña abordo una serie de cuestiones provocadas por la posible reforma de la citada Ley cuya sistematización no siempre resulta posible, dada su diversa naturaleza, pero que para una mejor exposición del tema vamos a dividir en cuatro partes. La primera para un estudio somero de algunos preceptos generales del anteproyecto. La segunda para los actos realizados en nombre de la sociedad antes de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Seguirá la correspondiente a aquellas cuestiones que surgen en el momento del otorgamiento de la escritura, para cerrar la última el proceso expositivo con las cuestiones planteadas después de constituida la sociedad, mas en todas ellas, en lo posible, examinando la repercusión que tienen en el Registro de la Propiedad.

A) PRECEPTOS GENERALES DE LA LEY

Lo primero que llama la atención al examinar el anteproyecto es que los artículos van precedidos de un epígrafe referente a su contenido, lo cual es novedad en nuestra legislación, ya que lo tradicional era que los epígrafes apareciesen en los títulos, capítulos y secciones, pero no en cada uno de los artículos, mas no siempre es acertada la

elección del mismo, así ya el artículo 1 nos habla del «concepto de la sociedad anónima», mas es lo cierto que en tal precepto no se contiene ningún concepto de sociedad, ya que aparecen definidas en los artículos 116 del Código de Comercio y 1.665 del Código Civil, sino que, por el contrario, su contenido incluso desvirtúa, en cierto modo, el tradicional concepto de la sociedad anónima, ya que los rasgos que caracterizan a ésta, aparte de la existencia de acciones, que no es privativa de esta forma de sociedad, son el anonimato de los socios (no de la sociedad) y la limitación de responsabilidad a la aportación realizada. Pues bien, en el nuevo precepto este último rasgo fundamental ha quedado desvirtuado con la introducción en el mismo de la frase «salvo en los supuestos previstos por la presente Ley», con lo que la responsabilidad por las deudas sociales puede afectar personalmente a los socios.

Efectivamente, la Ley contempla un supuesto de responsabilidad personal afectante a patrimonio distinto del social en su artículo 13 al disponer que «en cualquier caso el accionista único responderá ilimitadamente de las deudas sociales en la medida en que el patrimonio social sea insuficiente para satisfacerlas». Colocado el referido precepto a continuación del que establece la excepción al número mínimo de tres socios para la constitución de la sociedad en favor de las sociedades estatales, de las Comunidades Autónomas, provincias y municipios y por organismos o entidades de ellos dependientes, así como aquellas en cuya constitución participe como fundador otra sociedad anónima, siempre que ésta asuma la totalidad del capital social, surge la duda de si tal artículo es sólo aplicable a estas sociedades o si, por el contrario, también extiende su aplicación a aquellas otras que, constituidas normalmente, llegan posteriormente a quedar todas las acciones en manos de un solo accionista, dado que la situación de las primeras es de naturaleza permanente, mientras que es transitoria en las segundas. La exposición de motivos no aclara demasiado la cuestión por cuanto se limita a expresar que se establece la norma para protección de los terceros, y a continuación añade: «En relación con esa norma y con el fin de facilitar la constitución de filiales dominadas totalmente se permite la constitución de las mismas siempre que la fundadora única sea una sociedad anónima», lo que más bien parece implicar que se refiere a las primeras, como se deduce de la expresión «en relación con esa norma». Sin embargo, estimamos que el precepto debe ser aplicable tanto a unas como a otras, ya que el supuesto es el mismo, o sea, situación de accionista único, y también avala tal interpretación la expresión utilizada en el precepto de que tal norma regirá «en cualquier caso».

El precepto comentado no nos merece un juicio excesivamente favorable porque consagra como definitiva una situación que debería ser

transitoria, rompiendo en lo esencial el concepto de sociedad como reunión de varias personas, y porque la finalidad que persigue no siempre va a ser la deseada por el legislador por cuanto aplicada a las sociedades estatales, etc., implica que el Estado, la provincia, etc., van a responder ilimitadamente de las obligaciones contraídas por tales sociedades contra la finalidad de su creación que es precisamente desglosar de tales entidades los riesgos de explotación de las empresas a que se aplica tal medida. Y si se trata de las sociedades filiales la extensión de la responsabilidad puede resultar irrisoria por cuanto ello dependerá del patrimonio de la dominante, que tal como aparece regulado el artículo 12, puede ser el mismo que el de la dominada, por cuanto se facilita el que una sociedad pueda a su vez constituir un número ilimitado de sociedades, sin más aportación que la de la sociedad inicial, por cuanto, constituida ésta, el metálico de las aportaciones que integra su patrimonio puede a continuación ser destinado a la constitución de la nueva, recibiendo a cambio las acciones creadas por ésta, y así sucesivamente. Y no sólo en esta línea recta, sino que a su vez cualquiera de las creadas puede aportar a la constitución de otras las acciones recibidas por la constitución de la dominada, con lo que también se amplían por la línea «colateral», y en tales casos la ampliación de responsabilidad que establece el precepto resulta totalmente ilusoria. Lo único que se consigue es la creación de *holdings* totalmente ficticios que favorecen el fraude.

Nuestro legislador, de entre las diversas soluciones que las legislaciones extranjeras han previsto para los supuestos de accionista único, ha optado por la extensión ilimitada de la responsabilidad, pero tal solución, que puede ser acertada para supuestos de accionista único transitorio, no lo es para el caso que establece el artículo 12 con carácter permanente sobrevenido, y ello sin contar con la regulación de las causas de disolución, que hoy no se recogen en el texto propuesto, pero que sí en su día mantiene la causa que recogía el anterior Anteproyecto de 1979, considerando como tal hecho de quedar la sociedad por debajo del número de socios exigible para su constitución si tal situación se mantiene por más de un año, nos llevaría a la consecuencia de que tal precepto sólo serviría para las sociedades de socio único inicial previstas en el artículo 12, para las que, como hemos visto, la utilidad es escasa o incluso perjudicial si se trata de entidades oficiales.

Lo cierto es que la medida, desde el punto de vista de justicia intrínseca, parece acertada por cuanto si la persona individual, por aplicación del artículo 1.911 del Código civil, ha de responder ilimitadamente del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, no existe razón alguna para que cuando dicha persona se reviste

de una apariencia de sociedad no responda de igual modo. Lo que sucede es que con dicha solución se legitima en cierto modo el fraude de ley, ya que se exige por el artículo 12 de la Ley un número mínimo de fundadores y a continuación se permite que éste sea menor, siempre que se responda ilimitadamente, pensando el legislador que de este modo, dada la inutilidad de llegar a la situación de socio único en orden a la extensión de la responsabilidad desaparecerán estas situaciones anormales.

La solución no nos parece acertada. La sociedad es un contrato que exige por definición la concurrencia de varias personas y cuando tal situación desaparece lo correcto es que el contrato se extinga, como sucede, por ejemplo, en la servidumbre que por definición exige la existencia de dos predios pertenecientes a distintas personas, disponiendo el Código Civil (art. 546) que cuando la propiedad de ambos predios se reúnen en la misma persona se produzca su extinción por desaparecer la situación básica necesaria para su existencia, por lo que parece más lógica la solución de configurar tal situación, como causa de disolución, aunque en aras del principio de conservación de la empresa se mitigue su radicalismo, estableciendo un plazo para salir de dicha situación, como hacía el Proyecto de 1979. Confiamos en que cuando se proceda a la redacción del texto total de la Ley se mantenga tal causa de disolución, pero con la redacción actual de reforma parcial de la Ley tal situación puede quedar con carácter permanente.

Por otra parte, configuran como sociedad lo que evidentemente no lo es, pues, como hemos dicho, el concepto de sociedad requiere la concurrencia de dos o más personas que ponen en común bienes para obtener ganancias es una solución antijurídica y hubiese sido más acertado admitir la limitación de responsabilidad en las empresas mercantiles individuales, ya que así el concepto de sociedad queda desvirtuado.

También es criticable la redacción dada al párrafo 2 del artículo 12 cuando dice: «aquellas en cuya constitución *participe* como fundadora otra sociedad anónima, siempre que ésta asume la *totalidad* del capital», dada su evidente contradicción por cuanto participar es tener parte y no el todo, mientras que a continuación se exige que asuma la totalidad del capital.

Otro precepto de tipo general es el del artículo 2, que regula la denominación. El anteproyecto introduce dos novedades con respecto al régimen vigente. La primera, la del reconocimiento de la utilización de las siglas S.A., salvando así la discrepancia que existía entre la Ley y el Reglamento, ya que este último admitió su utilización en el artículo 102, con lo que, de hecho, alteraba en cierto modo la norma legal con una disposición de rango inferior, cuestión que ahora queda sal-

vada. La segunda, la de suprimir el requisito de la identidad absoluta de la denominación para impedir la creación de otra sociedad, que ahora se sustituye por la frase «sustancialmente idéntica». La reforma, en este punto, no hace más que dar entrada a una solución que ya había adoptado la Dirección General en su Resolución de 14 de mayo de 1968, al establecer que se consideraban idénticas (aunque no lo fuesen) ciertas denominaciones. En este punto la reforma es acertada, por cuanto identidad no tiene más que una posible interpretación que es la igualdad, y la Resolución citada forzaba tal interpretación ante los problemas que podía plantear la competencia ilícita con denominaciones similares, como lo eran los supuestos de hecho en ella recogidos. Sin embargo, el Anteproyecto de 1979, a nuestro juicio, estuvo más acertado en su formulación, ya que no admitía las denominaciones *idénticas* o *semejantes*, mientras que el actual nos habla de denominaciones *sustancialmente idénticas*, lo cual resulta de interpretación ciertamente conflictiva, pues, como hemos dicho, la identidad no tiene más que una interpretación, y el añadido del «sustancialmente» no resuelve gran cosa, ya que, necesariamente, nos hemos de mover en el limitado campo de la identidad y no en el de la semejanza, que es cosa diferente. Por otra parte, ¿qué es lo que hemos de entender por sustancial en el nombre?, ¿el tipo de actividad u objeto social? Entendemos que no, entre otras razones porque cuando se solicita la certificación a la Dirección General no se expresa el objeto social de la sociedad a constituir, y, por otra parte, porque en el régimen del Anteproyecto, tal como sucede en el régimen vigente, se admite cualquier tipo de denominación, incluso de fantasía, sin tener que guardar relación alguna con la actividad social, circunstancia que sí exigía el Código de Comercio. Por tal razón nos parece más acertada la solución que adoptaba el Proyecto de 1979, ya que lo que se pretendía, y así lo confirma la Resolución citada, era impedir denominaciones semejantes o parecidas que podrían llevar a la confusión, como lo eran el adoptar el plural, utilizar las mismas palabras por orden diferente, la sustantivación o adjetivación, la misma fonética aún con escritura diferente, etc., mas todos estos supuestos son de semejanza y no de identidad.

Sin embargo, el Proyecto de reforma de las sociedades, a pesar de que reforma también la Ley de Sociedades Limitadas, ha dejado en el aire, respecto de estas sociedades, las dos cuestiones que ahora comentamos respecto a la Ley de Sociedades Anónimas, o sea, si el supuesto de socio único en las sociedades limitadas ha de resolverse en la misma forma que lo hace la Ley de Sociedades Anónimas, y el segundo el de si caben las siglas S.L. en las sociedades limitadas.

Respecto al primero, podemos decir que la cuestión ha sido ya re-

suelta, en principio, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 9 de julio de 1987, al expresar que el privilegio de la limitación de responsabilidad de los socios en compañías limitadas debe serle negado al recurrente que utilizó en su provecho el organismo societario de que era titular único frente a los acreedores de buena fe invocando aquella limitación de responsabilidad inherente a una sociedad mercantil que sólo en apariencia funcionó con independencia de su persona.

En cuanto al segundo, el problema queda en el aire, ya que la vigente Ley de Sociedades Limitadas no sufre alteración alguna por el proyecto en lo relativo a esta materia, y no contempla más que dos posibilidades: o bien expresar en el nombre «sociedad de responsabilidad limitada» o bien la más breve de «sociedad limitada», sin que el Reglamento en su artículo 120 establezca referencia alguna a las siglas, al contrario de lo que sucede con el artículo 102 respecto a la sociedad anónima. En consecuencia, entendemos que el legislador admitió sólo las dos posibilidades reseñadas, una amplia y otra breve, en lugar de la amplia y siglas que establece para las anónimas, por lo que las siglas S.L. son de imposible utilización, y ello aunque en la práctica muchas sociedades las utilicen indebidamente.

En orden a la cifra del capital el artículo 4 señala como capital mínimo 10 millones de pesetas y como nominal mínimo de la acción 500 pesetas. La exigencia de capital mínimo responde a la finalidad de reservar la figura de la sociedad anónima para regir empresas de cierta envergadura económica siguiendo el mismo planteamiento de las directivas comunitarias. En el Anteproyecto de 1979 este mínimo se fijaba en cinco millones, ya superior al equivalente en la moneda comunitaria, lo que ha motivado peticiones en orden a la disminución de la cifra expresada. La nueva cifra en algunos casos puede resultar insuficiente y en otros excesiva, de ahí que el Anteproyecto de 1979 admitiera que determinadas disposiciones especiales pudiesen establecer cifras de capital superiores para determinadas actividades, lo que en la práctica sucede, como se puede comprobar en las sociedades de *leasing*, aseguradoras, de inversión, etc. Sin embargo, el anteproyecto actual ha suprimido este párrafo por innecesario, ya que, como es lógico, la ley especial deroga la general en la materia objeto de su regulación, mas en algunos supuestos la cifra puede resultar excesiva, y el legislador no ha tenido en cuenta la existencia de las sociedades anónimas laborales, cuya legislación especial no ha regulado la cifra de capital, y que, por tanto, se verán sometidas a la reforma, con una situación francamente anormal y difícil, ya que si no pueden alcanzar la nueva cifra de capital (lo cual no resulta nada extraño, dado que tales sociedades sólo son constitui-

das por trabajadores con poca potencialidad económica que se unen para crear una nueva empresa o para salvar la existencia de otras en crisis económica y en muchos casos con los fondos de la indemnización por desempleo), tampoco pueden proceder a la transformación en sociedades limitadas, ya que la Ley impone que necesariamente han de revertir la forma de sociedad anónima, sin que tampoco puedan salvar el escollo de la ampliación mediante la incorporación de socios capitalistas, ya que siempre la participación de los trabajadores ha de ser al menos del 51 por 100, con lo que de hecho se les obliga a la disolución, solución contraria a la voluntad del legislador que trata de potenciar este tipo de sociedades.

El artículo 5 ha abordado el tema de la nacionalidad, carente de regulación en la legislación anterior, optando por el sistema del domicilio social, y así considera española a toda sociedad que tenga su domicilio social en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubiesen constituido.

No tan acertada parece la regulación contenida en el párrafo segundo de dicho artículo cuando, con carácter imperativo, dispone que «*deberán* tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuya explotación principal radique dentro de su territorio», y no la consideramos acertada porque el propio Anteproyecto prevé en el artículo 6 que la sociedad pueda tener varias explotaciones principales, lo que implica que cuando alguna de ellas se encuentra en país extranjero el precepto será imposible de aplicar, y porque una cosa es decir que las sociedades que tengan su explotación principal en territorio español se regirán por la ley española, lo que constituiría una norma de Derecho internacional privado, y otra imponer que tengan domicilio en España sociedades que siendo extranjeras hayan trasladado su explotación principal, o alguna de ellas, a territorio español. Aquí el legislador se ha excedido, habida cuenta del criterio imperante en la actualidad de favorecer las inversiones extranjeras en nuestro país y de que al imponer el domicilio en España, de hecho, por aplicación del párrafo primero, les impone la nacionalidad española.

Tampoco parece excesivamente acertado el artículo 6, regulador del domicilio, cuando, con carácter imperativo, dispone que «la sociedad fijará su domicilio en el lugar en que se halle el centro de su efectiva dirección y administración o donde radique alguna de sus explotaciones principales». En primer lugar, porque, a pesar de su imperatividad, no hay sanción alguna para caso de incumplimiento; en segundo lugar, porque la determinación de lo que constituye explotación principal resulta ardua cuando al objeto social, como es frecuente, incluye múltiples actividades, y en tercer lugar, porque en su relación con el artículo

precedente, si la sociedad fija una de sus explotaciones principales en el extranjero podría quedar sin nacionalidad española, a pesar de estar constituida en España y tener todas las restantes explotaciones principales en territorio español.

Continuando con el examen de los preceptos de tipo general establecidos en el Anteproyecto, nos corresponde examinar el artículo 12 en su párrafo primero, cuando dispone que el número de fundadores no podrá ser inferior a tres. En el Anteproyecto de 1979 tal número se fijaba en cinco, respondiendo al criterio antes expuesto de limitar la forma de la sociedad anónima para las sociedades de gran envergadura económica, con lo que se excluía de tal modalidad a las típicas sociedades familiares que deberían revestir la forma de sociedades limitadas. Sin embargo, las numerosas presiones y críticas hechas a tal norma, así como a la cifra de capital antes expresada, han hecho que la comisión redactora del mismo haya desistido de la exigencia de tal número de fundadores para mantener el señalado por la Ley vigente. Sin embargo, como hemos visto, subsiste la excepción de las sociedades estatales, etc., ahora ampliada a los supuestos de sociedades dominantes, pero lo cierto es que no se comprende (como tampoco en el régimen actual) que el número de socios no se haya reducido a dos. El concepto de sociedad sólo exige el que varias personas se unan para conseguir un fin y éste también se da cuando son dos socios. Todos los restantes tipos de sociedad permiten que sean dos los socios, y la excepción es la sociedad anónima, y si la razón es la reserva de esta forma social a las sociedades de gran envergadura, es claro que tres es una cifra insuficiente, por lo que habríamos de reconocer que el texto de 1979 respondía más a esta finalidad, pero es que además el texto del Anteproyecto está reconociendo la validez de la sociedad de dos socios cuando en su artículo 32, f), nos dice que «la nulidad de la sociedad deberá declararse judicialmente y sólo por las siguientes causas: ... 5.º Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores en el caso de la pluralidad de éstos exigida por el artículo 12, 1, de esta Ley».

Claramente se deduce que la voluntad de dos socios da lugar a una sociedad válida; la exigencia del tercero de poco sirve si su falta de voluntad en constituir la sociedad no produce ningún efecto. Mucho más lógico hubiese sido el que el número se hubiese fijado en dos, con lo que la armonización entre ambos preceptos se habría logrado y no se daría situación tan anómala como la de exigir tres personas para a continuación reconocer que con dos también es válida la sociedad.

Como también resulta anómalo el número 4 del referido artículo 32. f), al disponer que también debe declararse la nulidad «por la incapaci-

cidad de *todos* los socios fundadores», poco consecuente con el antes comentado número 5, ya que impide que sea declarada nula una sociedad en la que todos los fundadores menos uno sean incapaces. Lo cierto es que el texto ha creado una gran confusión en cuanto al número de socios, pues del artículo 12 se deduce la necesidad de tres, del 32, f), 5.º, de dos y del 32, f), 5.º, y del párrafo segundo del 12 de solamente uno. Sería deseable una mejor concordancia entre los preceptos de un mismo texto legal. Y no se diga que en estos supuestos de nulidad existiría una apariencia formal de tres socios, pues si el requisito del artículo 12 en su párrafo primero es un requisito de validez, la comprobación de que no se cumple debe tener como resultado en todo caso la nulidad. Y ello si contar con que el número 4 no hace referencia a si tal incapacidad se refiere a la existente al tiempo del otorgamiento de la escritura, que debe ser la interpretación lógica, o también a la sobrevenida con posterioridad, que también queda dentro del precepto tal como aparece redactado. Con tal redacción, además, la fe notarial, en orden al juicio de capacidad de los otorgantes, queda bastante deteriorada desde el momento en que el legislador juzga posible, como supuesto normal, que el Notario no advierta que ninguno de los comparecientes es capaz. Ello lo que supondría realmente es un Notario incapaz, y ciertamente no es esta la situación real del Notariado español, cuerpo de prestigio y competencia reconocidas.

Y puesto que estamos comentando, aunque sea incidentalmente, lo relativo a las causas de nulidad del artículo 32, f), sería olvido lamentable no hacer referencia a alguna de las causas restantes que el precepto recoge, aunque sólo sea para señalar la total inutilidad de la comprendida en el número 3, por aparecer subsumida en la del número 1, ya que si no se ha otorgado la escritura es claro que no puede expresarse en ella las circunstancias a que hace referencia el número 3, y si se otorgó vuelve a presumir el texto la ignorancia supina del Notario al no constar en la escritura datos tan fundamentales como los que enumera, y si se otorgó e inscribió entonces la presunción de ignorancia alcanza también al Registrador que inscribió con omisiones tan fundamentales, y ello sin olvidar que hace surgir la duda de si sería inscribible una escritura de constitución que contuviese exclusivamente las circunstancias expresadas en dicho número 3, ya que sería válida la constitución. Naturalmente la tesis es insostenible, dado el contenido del artículo 14, tan prolijo en la expresión de los requisitos que ha de contener la escritura, más, como decimos, resulta anormal que sólo la omisión de alguna de las circunstancias comprendidas en el número 3 dé lugar a la nulidad omitiendo por ejemplo la determinación del órgano de administración y representación que es fundamental para el funcionamiento de la socie-

dad, y, en cambio, recoge como tal el no expresar la cuantía del capital que incluso podría deducirse de las aportaciones de los socios. Más adelante nos ocuparemos de la causa del número 1, por venir vinculada al problema relativo al momento en que se entiende constituida la sociedad.

Siguiendo con el comentario que nos merecen estos preceptos generales, hay que señalar la inutilidad del párrafo segundo del artículo 7 cuando dispone que «la inscripción de la escritura de constitución y la todos los demás actos relativos a la sociedad, podrán practicarse previa justificación de que ha sido solicitada la liquidación de los impuestos correspondientes». El precepto nace anacrónico. La norma resultaba útil en el Anteproyecto de 1979, mas hoy carece de sentido. Establecido el régimen de autoliquidación en nuestro Derecho la solicitud de liquidación ya implica el pago, aunque éste sea susceptible de revisión por la oficina liquidadora competente, y ahora, ampliado tal sistema por la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, aún resulta más inútil, incluso para supuestos tan excepcionales como serían las donaciones a sociedades, sin que, por otra parte, el citado precepto deje de plantear algunas dudas interpretativas, como serían si tal solicitud sólo sería suficiente para inscribir en el Registro Mercantil o también valdría para la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues la agilidad que se desea para los actos mercantiles no tiene tanta transcendencia en la inscripción en el Registro de la Propiedad, así como también resalta el hecho de que tal norma se haya establecido sólo para las sociedades anónimas, como si las limitadas no fuesen sociedades, o si la rapidez no fuese necesaria en estas últimas, únicas en que hasta la entrada en vigor del texto de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones se echaba de menos un precepto de tal contenido, pues siendo inscribibles en el Registro Mercantil los actos de transmisión de participaciones sociales la inscripción se demoraba extraordinariamente cuando la transmisión era por causa de sucesión o donación, ya que la comprobación de valores y aprobación del expediente de liquidación dilataban enormemente la fecha del pago del impuesto, con la consiguiente distorsión entre los socios que publicaba el Registro y los existentes en la realidad, mas instaurado el régimen de autoliquidación en tal materia la inutilidad del precepto comentado es total, a lo cual contribuye también el que en la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Limitadas se ha suprimido la necesidad de la inscripción en el Registro Mercantil de las cesiones de participaciones sociales, a nuestro juicio desacertadamente.

Por último, abordamos ahora, dentro de esta primera parte, un tema realmente importante, lamentando que el proyecto de reforma no haya

resuelto claramente el tema que planteamos, que es el de que se entiende por acto constitutivo, o sea, si éste se limita al otorgamiento de la escritura o si, por el contrario, finaliza con la inscripción en el Registro Mercantil, cuestión que ya suscitó posturas contrapuestas en el texto vigente (*vid.* GARRIGUES en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* y CÁMARA en sus *Estudios de Derecho Mercantil*) y que ahora subsiste porque el anteproyecto contiene las mismas imprecisiones que el texto vigente.

Lo primero que salta a la vista es la imprecisión en la terminología empleada, así, el artículo 32, f), 5.º, nos habla de «acto constitutivo; el 7.º, 2; el 8.º; el 14; el 16, 2; el 19, y el 32, f), 1.º, nos hablan de «escritura de constitución», y el artículo 11 nos dice que «la sociedad se *entenderá constituida* cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil»; postura en la que abunda el artículo 18 al hablar de «acciones *antes de la constitución*» para referirse a la emisión de éstas, así como a los pactos de transmisión de las mismas después de la escritura y antes de la inscripción en el Registro Mercantil. La cuestión no es baladí por cuanto los artículos 14, 3.º; 32, d), y 32, e), del propio Anteproyecto establecen unos plazos a computar «desde la constitución», lo que obliga a determinar con exactitud cuándo se produce ésta, y porque es norma general en la mayoría de los Estatutos sociales expresar que «la sociedad dará comienzo a sus operaciones el día de su constitución», lo que deja en nebulosa si tal día es el del otorgamiento de la escritura o el de la inscripción en el Registro Mercantil.

Tres artículos resultan fundamentales para resolver esta cuestión: el artículo 7 en su párrafo primero, al expresar que «la sociedad se constituirá mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil y desde este momento adquirirá personalidad jurídica. Una vez inscrita, no tendrán la consideración de pactos sociales, ni perjudicarán a terceros los que se mantengan reservados entre los socios». El artículo 8, al disponer que «de los actos y contratos celebrados por la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado». Y, por último, el artículo 11, cuando dice que «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».

Lo primero que llama la atención es el hecho de que el legislador habla de «escritura de constitución». Normalmente se habla de escrituras de compraventa, de donación, de hipoteca y, sin embargo, aquí no se habla de escritura de sociedad o escritura social, sino de escritura de constitución. Un examen superficial nos llevaría a afirmar que ello es porque la constitución se realiza simplemente por el otorgamiento de

la escritura y que el segundo requisito, la inscripción, sólo determina el nacimiento de la personalidad jurídica. La cuestión, que ya se planteaba con el texto vigente, no aparece claramente resuelta ni por la doctrina ni por la jurisprudencia y es una pena que el legislador no haya aclarado la cuestión dada la enorme transcendencia de la precisión de tal circunstancia. Por nuestra parte ya abordamos la cuestión en relación con el texto vigente en nuestro trabajo «El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas», en esta misma REVISTA, número de marzo-abril de 1979, y en el libro homenaje a TIRSO CARRETERO, *Los mandatarios verbales en la constitución de sociedades y en la Junta constituyente*, en el sentido de considerar que el acto constitutivo termina con la inscripción y que no es suficiente la escritura por sí sola, mas vamos ahora a contemplar cómo puede resolverse la cuestión a la luz de los preceptos contenidos en el Anteproyecto, antes citado, si bien como del artículo 8 nos ocuparemos ampliamente más adelante, debemos ahora estudiar los otros dos relativos a esta materia.

El artículo 7, en el párrafo primero, recoge literalmente el texto vigente, exigiendo los dos requisitos de escritura e inscripción, ambos en paridad de exigencia y determinando que la personalidad se adquiere en este último momento. La doctrina ya se había pronunciado en el sentido que propugnamos (véanse trabajos citados) y del mismo modo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en reiteradas Sentencias, entre las que son de destacar las de 6 de febrero de 1964, 31 de mayo de 1969, 26 de mayo de 1973, 6 de marzo de 1981 y 13 de marzo de 1985, manifiesta que «la doctrina científica y jurisprudencial conviene en el carácter constitutivo de la inscripción, antes de la cual la sociedad carece de personalidad jurídica a los efectos prevenidos en los artículos 35, número 2; 36 y 38, párrafo 1.º, del Código Civil; luego la sociedad no existe como tal y no se producirán relaciones vinculantes en contratos que a su nombre se realicen, cuya validez se subordina a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que no significa que la imposibilidad de hablar de una sociedad anónima irregular suponga nulidad de la escritura que contiene el negocio plurilateral, sino que la situación de interinidad del ente en vías de formación surte otros efectos, como es la obligación de gestionar la inscripción que se impone a los fundadores en los artículos 13 y 27 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero ese complejo jurídico *inter partes* no puede ser calificado de social en el sentido de que corresponda a una sociedad anónima imperfecta».

Como vemos, la doctrina del Tribunal Supremo es contundente, configurando a la sociedad en esa etapa previa a la inscripción como un ente en vías de formación, sin que el complejo jurídico surgido entre

las partes pueda ser considerado como social, descartando la posibilidad de la sociedad anónima irregular, dado el carácter constitutivo de la inscripción, siendo el efecto fundamental la obligación de los fundadores de gestionar la inscripción.

Esta jurisprudencia es plenamente aplicable al texto del Anteproyecto, dada la identidad de redacción que hemos comprobado. Igualmente confirman la bondad de esta postura el artículo 7, al establecer que del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de la inscripción responderán quienes los hubieren celebrado, precepto que sería ilógico si se reconociese de algún modo la existencia de la sociedad en tal período, y el artículo 11, al disponer que «la sociedad *se entenderá constituida* cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil». En el Anteproyecto, además de los textos citados, otros dos artículos refuerzan la posición apuntada: el artículo 18, al configurar como «acciones antes de la constitución» las que se emitan antes de la inscripción, y el artículo 32, f), en su número 1.º, al considerar como causa de nulidad el no haberse inscrito la sociedad en el Registro Mercantil, por lo que, evidentemente, si la sociedad puede ser declarada nula es que sólo existía una apariencia de sociedad, o, como nos decía el Tribunal Supremo, era una situación de interinidad, o, como dice en otras de las citadas, un estado de presociedad, lo cual no implica que no existan relaciones entre quienes otorgaron la escritura, pero tales relaciones no pueden ser consideradas como relaciones sociales, y así lo confirma el inciso segundo del párrafo primero del artículo 7, cuando señala que «una vez inscrita no tendrán la consideración de pactos sociales, ni perjudicarán a terceros, los que se mantengan reservados entre los socios». Como vemos, el precepto no atiende sólo a los efectos respecto de terceros ocasionados por la publicidad registral, sino que incluso respecto de los propios socios dispone que no tendrán la consideración de pactos sociales, o, lo que es lo mismo, que tanto para socios como para terceros no hay más contenido que el que refleja la inscripción, ya que es en este momento, como dice el artículo 11, cuando se entiende constituida la sociedad.

Recientemente, una resolución motivada por nota del que suscribe, la de 22 de enero de 1988, ha reforzado la tesis que sostenemos determinando que el acto constitutivo termina con la inscripción, lo que implica la imposibilidad de los órganos sociales para actuar como tales antes de la inscripción, salvo aprobación posterior, después de inscrita, por la Junta general, dejando a salvo los actos de naturaleza interna para los cuales ya fue admitida tal posibilidad de actuación en Resolución de 27 de febrero de 1986. Más adelante, al examinar el artículo 8 del Anteproyecto, volveremos sobre dicha Resolución.

Y para terminar con esta primera parte destinada a los preceptos generales sólo nos resta señalar la incorrecta expresión del número 1 del artículo 32, f), relativo a la nulidad, dado que los restantes números han quedado examinados a lo largo de lo expuesto, cuando dispone que la nulidad de la sociedad deberá declararse por no haberse otorgado la escritura de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil, pues hubiese sido suficiente expresar como causa simplemente la falta de inscripción, ya que ésta engloba a la anterior por cuanto si no hay escritura tampoco puede haber inscripción, y, por otra parte, resulta difícil aplicar una causa de nulidad cuando ni tan siquiera existe la apariencia de sociedad que implica la existencia de la escritura. No obstante, el precepto tiene su utilidad al menos como confirmatorio de la tesis que hemos sostenido en orden al acto constitutivo al colocar en situación de paridad (ya que la falta de cualquiera de ellos da lugar a la nulidad), los dos requisitos de escritura e inscripción que exige para la constitución el artículo 7 antes comentado.

**B) ACTOS REALIZADOS EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD
ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS MISMAS
EN EL REGISTRO MERCANTIL.**

Entramos en el estudio de los actos y contratos realizados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, materia con indudable repercusión en los Registros de la Propiedad, por cuanto la Ley y el Anteproyecto prevén la posibilidad de realizar los mismos en este período anterior a la inscripción y, es preciso examinar, cuando se trata de adquisiciones de inmuebles, qué requisitos han de concurrir para que tales adquisiciones tengan acceso al Registro de la Propiedad. Idéntica importancia y repercusión tiene el problema de los poderes otorgados en nombre de la sociedad en tal período y que pueden servir para tales adquisiciones.

La materia aparece regulada en el artículo 8 del Anteproyecto, cuyo contenido es el siguiente:

«1. Del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de su escritura de constitución o antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado.

2. Después de su inscripción la sociedad quedará obligada al cumplimiento de los actos y contratos celebrados con anterioridad, así como al pago de los gastos ocasionados hasta obtenerla, si resultasen indispensables para su constitución, se aceptasen por ella dentro del plazo

de tres meses desde su inscripción o si hubiesen sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas a tal fin designadas por todos los socios. En estos supuestos cesará la responsabilidad solidaria, a que se refiere el apartado anterior, salvo pacto en contrario».

Existen sensibles diferencias entre el artículo 7 de la Ley vigente y el artículo comentado, entre las que podemos destacar las siguientes: a) la Ley vigente sólo se refiere a los contratos, mientras el Anteproyecto engloba también a los actos; b) el texto actual sólo contempla los realizados entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción, mientras el Anteproyecto comprende a los anteriores al otorgamiento de la escritura; c) el artículo 7 actual nos dice que es la «validez del contrato la que queda supeditada a la inscripción y a la aceptación por la sociedad, mientras el Anteproyecto expresa que la sociedad «quedará obligada al cumplimiento» de tales actos y contratos, y d) el texto vigente sólo contempla la aceptación por la sociedad, mientras el Anteproyecto recoge tres supuestos diferentes que obligan a la sociedad, el ser indispensables para su constitución, la aceptación por la sociedad o el que hubiesen sido estipulados dentro de sus facultades por las personas a tal fin designadas por todos los socios.

La primera de las diferencias apuntadas tiene una notoria importancia, especialmente por lo que se refiere a los poderes otorgados por el órgano de administración antes de la inscripción de la sociedad, ya que con el texto vigente era discutida la cuestión de si tales poderes requerían para su validez la aceptación por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción, requisito que sólo sería exigible si se reconocía su carácter de contrato, mientras que no lo precisarían si se configurasen como actos unilaterales. La distinción entre mandato y poder no es clara, dividiéndose las opiniones, pues hay quien sostiene que son cosas distintas y quien afirma que el segundo no es más que la forma del primero, predominando actualmente la teoría de que el poder no es más que el mandato representativo, sin que ello excluya el que pueda existir representación sin mandato, como sucede en los casos de representación legal u orgánica.

En nuestro Código de Comercio ya encontramos el artículo 244 que nos dice que «se reputará comisión mercantil el mandato...». El título de la sección 2.^a del título III nos habla «de otras formas del mandato mercantil», y el artículo 281, que encabeza dicha sección, nos dice que «el comerciante podrá constituir *apoderados* o *mandatarios* generales o singulares», con absoluta equiparación de ambas figuras. El artículo 282 nos dice que el factor habrá de tener «poder» de la persona por cuya cuenta haga el tráfico, y ya hemos visto por el epígrafe de la

sección que el factor no es más que una forma de mandato. Insiste el artículo 290 en el término al hablar de «los poderes conferidos a un factor...» y el 291 nos lo confirma al expresar que «los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos respecto de su *poderdante*». Así pues, para el legislador mercantil es clara la unión entre mandato y poder. El segundo no es más que la expresión formal del primero, o sea, el documento en que se plasma aquél.

En el mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de 31 de marzo de 1979 cuando en su considerando octavo nos dice que «para determinar las facultades que ostenta el *apoderado* habrá que estar a los términos del *mandato* conferido con aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712 y 1.713» (preceptos estos últimos del capítulo del mandato en el Código Civil), y en el mismo considerando, al final, añade: «salvo que se trate del mandato mercantil en donde de conformidad con lo establecido en los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio...», que, como hemos visto, equiparan ambas figuras, máxime por cuanto la citada Resolución se refiere precisamente a un supuesto de apoderamiento mercantil, como resulta de su considerando séptimo, al expresar que «al tratarse de un supuesto de apoderamiento que supone la realización por una tercera persona de las facultades que le ha conferido el órgano social en virtud del poder correspondiente...», con lo que claramente se observa que la Dirección General, tratándose de un supuesto de poder, declara aplicable las normas del mandato civil o la del mercantil, según los casos.

Sentada tal vinculación, de lo que no cabe duda es de que el mandato, tanto civil como mercantil, es contrato por cuanto el Código de Comercio regula la materia en los artículos citados comprendidos en las secciones 1.^a y 2.^a del título III del libro II, que trata «De los *contratos* especiales de comercio», y el Código Civil lo regula en los artículos 1.709 y siguientes contenidos en el libro IV, dedicado a los contratos.

Así pues, la necesidad de aprobación por la sociedad de tales poderes resulta evidente y así lo reconoce expresamente la Sentencia de 9 de marzo de 1981, relativa a un poder para pleitos, al decir que «la sentencia que declara que el apoderamiento conferido para comparecer en juicio se otorgó por persona jurídica inexistente por no estar inscrita todavía la sociedad anónima en el Registro Mercantil, cosa que ocurrió un año después, no interpreta erróneamente los artículos 6 y 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y debe ser sostenido en el recurso porque: a) la falta de inscripción de una sociedad anónima, aunque vincule a los socios y sea válida ante ellos, implica, según el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, la inexistencia de la sociedad para

terceros y carece para éstos de nacionalidad, de domicilio, y no puede demandar ni su demanda en juicio; *b*) el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas permite la ratificación de tales actos, siempre que sean aceptados dentro de los tres meses siguientes a partir de la inscripción, ratificación que no se probó en la instancia se produjera ni de modo expreso ni tácito, y *c*) al no ratificarse el poder a Procurador, la sociedad compareció en la instancia sin poder hacerlo por carecer de personalidad». Posteriormente la Sentencia de 15 de diciembre de 1986 ha refrendado esta doctrina.

Recientísimamente la Dirección General de los Registros, en la Resolución citada de 22 de enero de 1988, ha confirmado la postura ya apuntada en la de 31 de marzo de 1979, al confirmar la necesidad de la aprobación por la sociedad de un poder conferido por el administrador social antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y, tras afirmar que el proceso constitutivo acaba con la inscripción y que antes de ésta la sociedad no está debidamente constituida, confirma que el poder, que generalmente trae su causa del mandato, deviene por la aceptación en un negocio contractual que no puede ser sustraído a la necesidad de la aceptación por la sociedad que exige el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo cual ya había sido reconocido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981, declarando, a su vez, que el poder no constituye acto de naturaleza interna de la sociedad, como lo sería el nombramiento de administradores, sino externo, con lo que desecha los argumentos del Notario recurrente.

Pues bien, con el texto del Anteproyecto estas dudas quedan resueltas por el legislador, ya que éste no se refiere sólo a los contratos, sino también a los actos, con lo que, tanto las actividades de naturaleza contractual como las demás realizadas por determinadas personas antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, quedan sujetas a los requisitos que posteriormente el precepto exige para que la sociedad quede obligada a su cumplimiento.

La segunda diferencia apuntada estriba en que el texto vigente sólo contempla los concluidos antes de la inscripción, mientras el Anteproyecto la amplía a los realizados antes del otorgamiento de la escritura o antes de su inscripción en el Registro Mercantil. La doctrina ya se había manifestado en el sentido de entender aplicable el requisito de la aceptación tanto para unos como para otros, ya que dentro de los concluidos antes de la inscripción caben todos, y la Dirección General en su Resolución de 24 de febrero de 1970, al admitir que la fecha de comienzo de operaciones pueda ser anterior a la del otorgamiento de

la escritura avalaba esta postura que el Proyecto ahora aclara definitivamente sometiendo a igual régimen a unos y otros.

La tercera diferencia parece tener mayor importancia, ya que el texto vigente nos dice que es «la validez» del contrato lo que queda supeeditado a la inscripción y a la aceptación por la sociedad, mientras que el texto del Anteproyecto sólo se refiere a la obligación de la sociedad de cumplir tales actos y contratos después de la inscripción si se dan los requisitos que a continuación establece. A nuestro modesto criterio, es más acertado el texto vigente que el propuesto, pues aparte de que ambos nos llevan a las mismas conclusiones, o sea, a que el pago de los gastos necesarios ocasionados para la inscripción han de ser satisfechos por la sociedad y que el cumplimiento de los demás precisa la aceptación por la Junta general, sin embargo, el texto vigente, al referirse a la validez, es más conforme al artículo 1.259 del Código Civil, que sanciona con nulidad los actos realizados a nombre de otro, sin estar expresamente autorizado o sin tener su representación legal, salvo la ratificación posterior. De este modo ambos preceptos resultan perfectamente concordados, pues si no se da la ratificación tales contratos no son válidos.

¿Por qué se ha cambiado un texto que parecía correcto? Con ello entramos en la última de las diferencias apuntadas. Pues sencillamente porque la Ley vigente sólo contempla como supuesto que convalida tales actos el de aceptación por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción, mientras que el texto del Anteproyecto admite también la obligatoriedad de su cumplimiento, incluso sin la referida aceptación, cuando resultasen indispensables para su constitución o si hubiesen sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas a tal fin designadas por todos los socios, supuestos que, al no darse el requisito de la ratificación, habría que considerar nulos, con la contradicción que supone el que actos nulos hayan de ser de cumplimiento obligatorio.

Sin embargo, no obstante esta loable finalidad, hay que reconocer que este párrafo segundo del artículo 8 no ha estado demasiado afortunado en su redacción y plantea demasiados problemas de interpretación. Así pues, prescindiendo del tema de los gastos necesarios hasta la inscripción que tanto el texto vigente como el Anteproyecto imponen a la sociedad, surgen otros problemas relativos a los actos y contratos realizados en tal período.

La primera cuestión lo es la relativa al diferente tratamiento que se observa según que la fundación sea simultánea o sucesiva, pues mientras en la simultánea la sociedad va a quedar obligada al cumplimiento de tales actos si se da alguno de los tres supuestos que contempla el

artículo 8, sin embargo, el artículo 32, 2, sólo admite el que la sociedad asuma las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores siempre que su gestión haya sido aprobada por la Junta general a que se refiere el artículo 25 o que los gastos (no los contratos) hayan sido necesarios. Si tenemos en cuenta que esta Junta general del artículo 25 es anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil resulta evidente que para tales actos ya no se requiere la concurrencia de ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 8, ya que el 32 impone la obligación de cumplirlos sin más requisito que una aprobación que es anterior a la inscripción. Así pues, el artículo 8 sólo será aplicable para aquellos actos y contratos realizados en nombre de la sociedad después de la Junta constituyente del artículo 25 y anteriores a la inscripción, pero no para los anteriores a tal Junta, para los que, tratándose de fundación sucesiva, no se precisa más requisito que el expresado.

Otro problema grave en relación con el Registro de la Propiedad lo plantea la existencia de los tres casos que contempla el párrafo segundo del artículo 8 comentado. Así, si pensamos en un acto de adquisición de inmuebles realizado en tal período, supuesto relativamente frecuente por cuanto a veces la adquisición de una fábrica cuya explotación va a constituir la actividad social no puede dilatarse hasta concluir todos los trámites necesarios para dejar constituida legalmente la sociedad, surge la duda de cómo puede apreciar el Registrador la concurrencia de alguno de dichos requisitos. No plantea problema alguno el de la aceptación por la sociedad coincidente con el régimen vigente, pero sí, en cambio, el de los dos supuestos restantes. Así, refiriéndonos al primero de ellos, o sea, el de que tales actos sean indispensables para su constitución, ¿cómo puede el Registrador apreciar si tal adquisición es o no indispensable para su constitución? ¿Qué sucederá si las personas que lo realizan consideran que es indispensable y el Registrador opina que no lo es? ¿Cuáles son los actos indispensables para la constitución? Verdaderamente actos indispensables para la constitución no lo son más que la voluntad de constituir la sociedad, el otorgamiento de la escritura, la aportación y la inscripción, pero ninguno de ellos supone actos y contratos realizados en nombre de la sociedad, sino para constituir la sociedad, y a lo más supondrán gastos necesarios, pero la adquisición de un inmueble, incluso cuando éste vaya a ser el objeto de la actividad social podrá suponer un contrato necesario para la explotación social, pero no para la constitución. Con ello queda vacío de contenido el término «contratos» utilizado en el precepto. Mas aún admitido el que tales actos o contratos sean indispensables para la constitución. ¿puede el Registrador de la Propiedad inscribirlos sin que

recaiga una declaración de la sociedad de concurrir tal circunstancia? Mucho nos tememos que en relación con el Registro de la Propiedad el precepto sea letra muerta, pues los Registradores exigiremos la aceptación por la sociedad, única forma de que la actuación sea correcta ante la imposibilidad de calificar la necesidad de la adquisición y formalmente para que aparezca cumplido el artículo 1.259 del Código Civil.

No menos complicado resulta la aplicación del restante supuesto contemplado en el citado artículo, o sea, el de que hubiesen sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas a tal fin designadas por todos los socios. En este supuesto debemos distinguir dos etapas diferentes. La primera, la de actos o contratos realizados antes del otorgamiento de la escritura, y la segunda, los realizados entre la escritura y la inscripción. En la primera etapa la cuestión es complicadísima, pues tales personas necesariamente habrán de coincidir con las que después aparezcan como socios, lo que implicará la aportación de la escritura de constitución de la sociedad para comprobar su identidad. Mas ¿en qué forma habrán de ser designadas tales personas y cómo ha de formalizarse la concesión de tales facultades? No parece posible otra solución que la del poder notarial. Pero aún dándose estas circunstancias ¿serán inscribibles tales actos de adquisición en el Registro de la Propiedad sin la aprobación por la sociedad? Entiendo que no.

No podemos olvidar que los socios, personas físicas, son entes jurídicos distintos de la sociedad. El poder conferido por los socios no es un poder conferido por la sociedad y, por consiguiente, los actos realizados con tal poder sólo obligan al poderdante como persona individual, pero en modo alguno puedan obligar a persona distinta como es la sociedad, y, por tanto, en la realización de tales actos el apoderado no podrá alegar que actúa en nombre de la sociedad como exige el párrafo primero del artículo 8.º sino en nombre de la persona física que le confirió el poder, con lo que en este supuesto el precepto carecerá de aplicación, y, sin embargo, el artículo dispone que la sociedad vendrá obligada al cumplimiento de los actos así realizados. Jurídicamente la tesis es insostenible por infracción manifiesta del artículo 1.259 del Código Civil, mas lo que sucede es que este tercer supuesto no está pensado para la etapa (añadida hoy en el Anteproyecto), anterior al otorgamiento de la escritura de constitución, sino para la segunda, o sea, la que media entre la escritura y la inscripción, y responde al cambio de criterio que en lo relativo a la designación de los primeros administradores contempla el Anteproyecto. El legislador impone ahora que en la escritura de constitución aparezcan designados los administradores sociales, como claramente expresa el número 6 del artículo 14 y el artículo 19, mientras

el texto vigente se limitaba a exigir la designación del órgano u órganos encargados de la administración, aunque no se designasen las personas que los integrasen. Tal situación con el nuevo texto ya no es posible, como claramente resulta de los textos citados al disponer que en la *escritura* se expresarán las *personas* que inicialmente se encarguen de la administración y representación social, y esas personas, según el artículo 19, son los primeros administradores que deben ser designados en la escritura de constitución y que someterán su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre.

Desaparecen, por tanto, las dudas que en orden al nombramiento de administradores surgían con el texto vigente motivadas por la defectuosísima redacción del artículo 72, cuando habla de administradores designados en el acto constitutivo, ya que ahora no se habla de tal, sino de la escritura, y, consecuentemente, se elimina también la corruptela tan extendida de nombrar a los administradores fuera del acto constitutivo, pero dentro de la propia escritura social, para soslayar el plazo del nombramiento y la necesidad de la aprobación por la primera Junta general que imponen los artículos 15 y 32 de la Ley vigente; corruptela duramente criticada por F. VICENT CHULIÁ en su *Compendio crítico de Derecho mercantil* (primera edición, tomo I, pág. 22), pero que *obiter dicta* había sido reconocida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974 y posteriormente por la Resolución de la Dirección General de 13 de julio de 1984, cuyo comentario ya hicimos en el trabajo citado contenido en el libro homenaje a TIRSO CARRETERO al que nos remitimos (págs. 1244 y sigs.).

Limitada, pues, la aplicación de la norma del artículo 8 a esta segunda etapa, el precepto, como decimos, cobra sentido, aunque sea criticable la forma de que se expresa, ya que en vez de decir «por las personas a tal fin designadas por todos los socios» debió expresar «por las personas designadas administradores en la escritura social». De este modo la obligatoriedad del cumplimiento de lo realizado por tales personas resulta lógica, ya que las mismas serán los representantes legales de la sociedad y su actuación dentro de las facultades conferidas, pero la actuación se realizaría en representación de la sociedad y no de los socios, acomodándose a lo dispuesto en el párrafo primero del propio artículo 8 cuando se refiere a actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad.

Corroborar la opinión que sostenemos el artículo 9 del Anteproyecto cuando, al regular los efectos de la falta de inscripción, sujeta los bienes aportados a la sociedad y sus frutos al cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de las personas a que se refiere el artículo ante-

rior, de donde resulta evidente por la expresión inicial del mismo precepto al decir «cuando la escritura de constitución no se inscribiese en el Registro Mercantil dentro del año de su otorgamiento...» que la base para su aplicación es la existencia previa de la escritura, y, además, porque lo sujeto son los bienes aportados a la sociedad y mal pueden conocerse los bienes aportados sin la escritura en que consten tales bienes.

C) CUESTIONES QUE PLANTEA EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA

Pasamos ahora al estudio de la tercera fase, o sea, las cuestiones que plantea el otorgamiento de la escritura en orden a la inscripción en los Registros de la Propiedad, en la que examinaremos las dos cuestiones siguientes:

- a) Aportación de bienes inmuebles en el acto del otorgamiento de la escritura social.
- b) Los derechos de tanteo y retracto respecto de los inmuebles aportados a la sociedad.

Respecto al primer punto, el problema se plantea en orden a la esfera de *calificación* del Registrador de la Propiedad. Resulta evidente, y así lo ha sancionado repetidamente la Dirección General (Resoluciones de 9 de febrero de 1943 y 2 de abril de 1986), que existen materias que calificadas por el Registrador Mercantil no pueden ser abordadas nuevamente en la calificación del Registrador de la Propiedad, sino que éste ha de aceptarlas necesariamente.

La aportación es un elemento esencial en el contrato de sociedad y la Dirección General, en Resolución de 23 de mayo de 1952, ya estableció que los Registradores Mercantiles han de extremar el celo en la comprobación de la realidad de las aportaciones. Ciertamente que esta recomendación era inoperante en la mayoría de los casos por cuanto las aportaciones dinerarias en ningún caso recibían control alguno. El Anteproyecto, como ya hemos apuntado, subsana esta falta exigiendo se acrediten ante el Notario (ver art. 14, 3.º), y en cuanto a los inmuebles se estableció en el texto vigente, y subsiste en el Anteproyecto, la obligatoriedad de un informe, valoración y comprobación por los administradores, sin que se entreguen títulos definitivos hasta que ésta se haya realizado, aunque la Resolución de 5 de julio de 1982 minimizó este requisito. Mas el problema estriba especialmente en si el Registrador de la Propiedad debe calificar la capacidad y representación del

aportante cuando este requisito ya ha sido calificado por el Registrador Mercantil, o si, por el contrario, debe limitarse a comprobar los obstáculos que surjan del Registro.

Creemos que en tal materia que va suponer atribuir efectos respecto a tercero de titularidades dominicales distintas de la creación del ente social la calificación en materia de capacidad del aportante ha de ser total, y para ello nos basamos en algo tan fundamental como es la distinta esfera de actuación del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad en lo que es el objeto de la inscripción. En el Mercantil se inscribe la sociedad, o sea, la persona jurídica, en el de la Propiedad lo único que se inscribe es la titularidad de los bienes. El error en la calificación del Registrador Mercantil no puede propiciar la inscripción del bien en el Registro de la Propiedad cuando el defecto es detectado por éste. Ciertamente que la mayoría de los efectos de esta naturaleza se advierten precisamente por el contenido del Registro, así, por ejemplo, finca aportada por quien en el Registro no aparece como titular, aportación de bien ganancial sin consentimiento del cónyuge, aportación por quien tiene limitada la capacidad por suspensión de pagos, concurso, quiebra, interdicción, etc. (no olvidemos que en el Registro Mercantil no existe el libro de incapacitados y que la inscripción de los comerciantes individuales es voluntaria). En todos estos casos el Registrador Mercantil puede no tener los elementos suficientes para calificar acertadamente y es lógico que el de la Propiedad pueda denegar o suspender la inscripción, lo cual no comporta necesariamente la inexistencia ni nulidad del contrato social por cuanto la Ley prevé elementos sustitutivos cuando falta la aportación o ésta es de menor valor que lo señalado (ver art. 32 LSA), más aún en aquellos casos en que tal circunstancia no surge del Registro, creemos que el Registrador puede calificar subsanando el error del titular mercantil, así, por ejemplo, menor emancipado sin el complemento de capacidad o sujeto a tutela indebidamente representado, aportación por representante de sociedad sin facultades suficientes, etc.

Es demasiado transcendente la materia como para que el Registrador de la Propiedad pueda, a sabiendas, inscribir no obstante haber observado el defecto. En el Registro Mercantil ello puede suponer la anulación de la aportación de un socio, su complemento o la reducción del capital, pero en el de la Propiedad nacería una titularidad viciada de cuya responsabilidad difícilmente escaparía el Registrador. Las Resoluciones de 21 de mayo de 1935 y 24 de diciembre de 1948 confirman el criterio expresado.

En este punto cobra especial relieve el artículo 14 del Anteproyecto en su número 3.º, cuando en su párrafo segundo dispone que «cuando

el desembolso se efectúe total o parcialmente, mediante aportaciones no dinerarias, deberá expresarse, además, su valor y si los futuros desembolsos se harán en metálico o en nuevas aportaciones *in natura*». Como de los desembolsos pendientes de tales bienes nos ocuparemos más adelante, hemos de examinar aquí exclusivamente lo relativo al valor del bien. El Anteproyecto pone especial énfasis en garantizar la realidad de las aportaciones, como lo prueba el artículo 32, c), tanto respecto a las aportaciones dinerarias como a las no dinerarias. Sin embargo, respecto a estas últimas el procedimiento arbitrado resulta excesivamente complicado y dilatará enormemente el otorgamiento de la escritura contra el principio de agilidad para la creación de sociedades, dado que exige que se incorpore a la escritura un informe «elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Juez que, bajo su responsabilidad, identificarán el bien o bienes objeto de la aportación, sus características, su valor y los criterios utilizados para obtenerla». Habida cuenta de la acumulación de trabajo que hoy pesa sobre los organismos judiciales la necesidad de acudir al Juzgado para que éste designe uno o varios expertos que identifiquen y valoren los bienes, como decimos, dilatará enormemente la constitución, lo cual se agravará si en vez de un solo experto el Juez designa varios, y aún más si éstos no se ponen de acuerdo en orden a su valoración, ya que, al tratarse de un solo informe, pero hecho por varios expertos no se establecen normas para la resolución de discrepancias ni plazo alguno para su elaboración.

A nuestro juicio, la exigencia es excesiva y hubiere sido suficiente acompañar el informe elaborado por un experto designado por los propios otorgantes, ya que la garantía de la valoración radica en la competencia del experto y no en la forma de la designación, y además porque esta valoración es meramente provisional y revisable, según dispone el artículo 32, d), que establece dos posibilidades de revisión: la realizada por los administradores dentro de los cuatro meses a contar desde la constitución, y la que compete al Juez a petición de cualquier accionista que previa designación judicial de un perito que revise la realizada por los administradores o la asignada para tales bienes en la escritura de constitución decidirá cuál de las dos valoraciones es la justa.

Resulta, pues, anómalo que se exija *a priori* la intervención judicial para la designación de expertos cuando existen las dos revisiones a que hemos hecho referencia que acaban con resolución judicial, máxime cuando, al no excluir una a la otra, puede resultar que el experto designado por el Juez *ab initio* sea el mismo que designe para la revisión, con lo que ambos informes coincidirán necesariamente y no se habrá conseguido más que entorpecer la constitución de la sociedad.

Es de resaltar en esta materia el número 4.º del artículo 32, *d*), al disponer que «hasta que esta revisión no se realice o transcurra el plazo en que pueda solicitarse, los accionistas aportantes no podrán obtener los títulos definitivos de las acciones». Lo primero que se observa al leer tal apartado es que hace referencia a «esta revisión», sin concretar a cuál de ellas se refiere, ya que el precepto contiene dos, mas con sentido lógico debe referirse a la segunda, ya que ésta sólo puede solicitarse después de transcurridos los cuatro meses señalados para la primera, y, de admitirse que se refiriese también a la de los administradores, se podrían entregar los títulos definitivos de las acciones, con su posibilidad de transmisión, a pesar de que tales acciones podrían quedar anuladas si en el segundo plazo los accionistas ejercitan su derecho a revisar la valoración. Con esta postura el legislador se ajusta a la posición del Registrador en la Resolución de 5 de julio de 1982, que, siguiendo la doctrina de la Resolución de 8 de abril de 1981, exigió la determinación de las acciones entregadas en pago de las aportaciones no dinerarias y que fue revocada por la Dirección General, mas nos parece más acertada, y así parece confirmarlo la redacción del Anteproyecto, la tesis que sostuvimos en tal recurso por cuanto «esta revisión», al expresarse en singular, sólo puede referirse a una y el demostrativo «ésta» se refiere al antecedente más próximo que es la judicial a que se refiere el apartado 3 precedente, con lo que hasta que tal revisión judicial no se realice o transcurra el plazo para solicitarla no se podrán entregar los títulos definitivos y habrá que determinar las acciones que correspondan en pago de tales aportaciones, sin que nos parezca acertada la tesis mantenida en la citada Resolución de que la aprobación de la valoración realizada por los administradores en la propia escritura de constitución facultase para la adjudicación de los títulos definitivos, y, por ende, desapareciese la obligación de determinar las acciones correspondientes a tales aportaciones, por cuanto en el texto del Anteproyecto se concede la facultad de revisión «haya o no verificado los administradores la revisión citada en el apartado anterior».

Por último, hay que apuntar que conforme al número 6 del artículo 32, *d*), si de la revisión resulta que el valor de los bienes aportados es inferior a la cifra inicialmente asignada a las aportaciones, de entre las opciones que el precepto contiene interesa, a los efectos del Registro de la Propiedad, la que se concede al socio de separarse de la sociedad, en cuyo caso la sociedad reducirá su capital en la medida correspondiente, con lo que será la escritura de reducción de capital con restitución del bien aportado al socio que se separa el título adecuado para

la inscripción en el Registro de la Propiedad del bien aportado a favor del aportante.

Queda sin resolver el problema, ya planteado en el régimen actual, de qué sucederá si en la Junta que haya de acordar la reducción no se reúnen los quórum necesarios para su constitución válida o el acuerdo no obtiene la mayoría precisa, así como también el de si una vez adoptado, y dada la necesidad de cumplir lo dispuesto en el artículo 101, a), 2; en orden a la protección de los acreedores, alguno de éstos se opone a la ejecución del acuerdo de reducción, y es que resulta difícilmente armonizable el *derecho* de separarse con el *derecho* de la sociedad a acordar la reducción y con el *derecho* de los acreedores a oponerse a la reducción. Es una pena que el Anteproyecto no haya resuelto una cuestión que ya se da en el régimen actual, y la verdad es que no consideramos demasiado acertada la facultad de separarse que concede el precepto, máxime por cuanto con la intervención de peritos y la resolución judicial existen garantías suficientes de una correcta valoración sin lesión ni para el aportante ni para la sociedad, admitir tal derecho supone o bien la necesidad de aceptar una valoración superior a la real, determinada por el aportante, o bien colocar a la sociedad en una situación que, como vemos, puede ser insoluble ante la necesidad de reducir el capital y la imposibilidad de tomar tal acuerdo o de llevarlo a efecto una vez acordado, con lo que se da el contrasentido de que o se vulnera el derecho de separación o se produce un desequilibrio en el patrimonio social.

En cuanto al *tanteo y retracto* arrendaticio urbano en los supuestos de aportación de bienes inmuebles de tal naturaleza a la constitución de sociedades parece en principio no aplicable el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a la aportación a sociedad, por cuanto ésta no puede equipararse al concepto de venta o cesión solutoria de que habla la Ley, y así lo corroboró la Sentencia de 12 de marzo de 1964, sin embargo, la de 30 de noviembre de 1973, en un supuesto de aportación en un caso de aumento de capital, lo consideró aplicable basándose en que el negocio de aportación no es una permuta *porque este negocio jurídico consiste en el cambio de cosa por cosa y aquí lo verdaderamente transmitido fueron las acciones que es un signo que representa al dinero y se halla incluido en el artículo 1.445 del Código Civil*. Esta sentencia es criticada por la doctrina (véase, CÁMARA, en *Estudios...* tomo I, pág. 285) no sólo por la indebida equiparación entre aportación y compraventa, sino porque en determinados casos la aportación inmobiliaria puede ser la razón determinante de la propia ampliación de capital por necesidades de la sociedad, con lo que el ejercicio del retracto, aunque se sustituya el bien por el valor, deja a la sociedad sin el

inmueble que precisaba. Añade la sentencia «que de negarse el retracto en caso de aportación de una finca arrendada, al ampliarse el capital en una sociedad anónima se burlarían por tales sociedades las disposiciones sobre el retracto sustituyéndose el sistema de venta por el de aportación de fincas, lo que supondría la utilización, prohibida por el artículo 9 de la Ley, de un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa en fraude de la misma». Nos encontramos ante un supuesto que tendrá que ser resuelto por nuevas sentencias o resoluciones, dada la discrepancia entre ambas sentencias, si bien el propio Tribunal marcó en la última el que habría que diferenciar los supuestos de constitución y los de aumento, lo cual no parece demasiado lógico, y posiblemente la idea del fraude no sea suficiente para justificar la negativa a la inscripción, ya que éste sólo puede ser apreciado por los Tribunales y no por el Registrador. Lo que desde luego no puede ser argumento para dispensar del requisito es el hecho de que el Registrador Mercantil no haya exigido la notificación al arrendatario, pues el requisito, si es aplicable, lo es para inscribir en el Registro de la Propiedad y no en el Mercantil.

Cuando se trata de fincas rústicas, el problema aparece resuelto, por cuanto el nuevo Reglamento, en su artículo 89, contempla específicamente el supuesto de aportación a sociedad y ya no caben paliativos, hay que exigir su cumplimiento, así como la manifestación de no haber hecho uso en los últimos seis años de la facultad de recuperar la finca.

D) ACTOS REALIZADOS DESPUÉS DE CONSTITUIDA LA SOCIEDAD

Entrando en el estudio de los actos realizados durante la vida de la sociedad, contemplaremos los siguientes supuestos:

1. *Administradores sociales: sus facultades*

En este punto hay que señalar que el anterior anteproyecto, que constituía una reforma total de la Ley de Sociedades Anónimas, regulaba esta materia con mayor amplitud que la Ley vigente; sin embargo, la falta de desarrollo de la Directiva quinta, que afecta a esta materia, ha hecho que el legislador español reduzca el anteproyecto a las materias ya resueltas en la CEE, por lo que tales cuestiones quedan relegadas a una reforma posterior. Por consiguiente, sólo dedica un artículo, el 76, a regular esta materia. Sin embargo, como este anteproyecto parcial recoge literalmente al anterior en las materias reguladas, debemos mencionar al menos que las formas previstas, según el artículo 88 del Anteproyecto de 1979, y que posiblemente estarán en la reforma

futura, son: Administrador único, dos o más administradores solidarios, dos o tres administradores con facultades conjuntas, Consejo de administración con mínimo de tres y máximo de once miembros y un Consejo de vigilancia y una dirección unipersonal o colegiada.

Las novedades que presenta esta regulación podemos resumirlas así: Se reconoce la posibilidad de la administración mancomunada sin formar Consejo con tres administradores, posibilidad que estaba vedada en la legislación vigente, según claramente reconoce unánimemente la doctrina y el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas y en el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil, y aunque la Dirección General la admitió en Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1983, con una argumentación poco convincente, como ya expuse en mi comentario a tales Resoluciones en el *Boletín del Colegio de Registradores* de diciembre de 1982, sólo podía admitirse en los supuestos de hecho contemplados en las mismas, o sea, el de dos administradores, con lo que ahora la posibilidad alcanza el supuesto de tres. Se impone el mínimo lógico para actuación colegiada de tres miembros, contra la Resolución de 9 de mayo de 1978, que admitió el Consejo de dos miembros, y se limita el máximo de consejeros a once, eliminando la libertad de regulación que en este aspecto establece el artículo 71 de la Ley vigente, e instaura el sistema de Consejo de vigilancia y dirección unipersonal o colegiada, previsto en las legislaciones extranjeras, y que resulta útil en sociedades de gran envergadura. Por último, establece que los Estatutos han de optar por *una* de las expresadas formas de administración, con lo que rechaza la postura sostenida por la Resolución de 26 de noviembre de 1981, al admitir que en los Estatutos se establecieran distintas formas de administración en forma alternativa, doctrina que, en su día, ya juzgamos errónea, como expusimos en el citado trabajo y en el recurso que motivó la citada resolución.

El texto del Anteproyecto, como decimos, sólo recoge para la inmediata reforma un artículo, el 76, que resulta de un contenido interesantísimo: «La representación de la sociedad en juicio o fuera de él corresponde a los administradores y se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social determinado en los Estatutos». Comparando este precepto con el artículo 76 actual observamos lo siguiente:

1.º Que la representación social siempre está atribuida a los administradores, cualquiera que sea la forma de administración elegida, y ello para resolver las dudas planteadas en el régimen vigente que atribuye la representación al Consejo y, en defecto de éste, establece que la representación se regirá por lo dispuesto en los Estatutos y en los

acuerdos de la Junta general, con lo que se planteaban una serie de problemas, unos resueltos y otros no, dada su deficiente redacción, como lo eran si las palabras «en defecto de éste» (el Consejo) se referían a los supuestos en que existiendo Consejo y designado éste no podía actuar, bien por no reunir el número mínimo previsto en los Estatutos, por caducidad, etc., o si, por el contrario, tales palabras se referían al supuesto en que se hubiese optado por un órgano de administración distinto del Consejo. Si se sostiene lo primero, resulta absurda la remisión que se hace a los Estatutos, ya que éstos regularán el Consejo y no los casos de no existencia, y si se sostiene lo segundo, resulta también absurda la remisión a los acuerdos de la Junta general, ya que dejaría en manos de la Junta no sólo la designación de un órgano distinto al estatutario, a pesar de hallarse reunida la Junta, sino también la extensión de las facultades en una materia que es de regulación estatutaria.

El texto propuesto resuelve estos problemas al atribuir la representación en todo caso a los administradores genéricamente, sin distinguir la clase de órgano establecido.

Y en cuanto a la extensión del ámbito de la representación, lo es en cuanto a todos los *actos comprendidos en el objeto social determinado en los Estatutos*. Aquí la reforma cambia el texto vigente, que se refiere a los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la empresa por el de actos comprendidos en el objeto social, a nuestro juicio mucho más precisa, ya que la regulación actual ha motivado una serie de fluctuaciones en la interpretación de lo que se entiende por giro y tráfico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General no siempre concordantes y en muchos casos contradictorias, como vamos a tener ocasión de examinar someramente.

Sin embargo, previamente debemos delimitar qué se entiende por actos comprendidos en el objeto social y el alcance representativo de los administradores según los propios Estatutos sociales, y aquí la doctrina y la jurisprudencia marchan de acuerdo cuando se trata de conceptos generales, lo cual ya no sucede cuando se trata de actos concretos y así como principios generales son comúnmente admitidos:

a) Que el contenido mínimo de las facultades representativas son los actos relativos al giro y tráfico, u objeto social, según el Anteproyecto, por lo que cualquier limitación respecto a éstos es nula.

b) Que ello no limita la facultad de la sociedad para realizar cualquier tipo de actos o contratos, sino la competencia del órgano a realizarlos, que en los casos en que excede de los de giro y tráfico será la Junta general y no el órgano de administración.

c) Que el contenido de las facultades de los administradores pue-

de ser ampliado en los Estatutos sociales, por lo que siempre habrá que estar a éstos (ver Resolución de 2 de octubre de 1981).

A pesar de la claridad de las premisas sentadas, sin embargo, cuando se descende a los supuestos de hecho, la cuestión se complica enormemente. La primera duda surge por lo que hemos de entender por giro y tráfico social. La Dirección General de los Registros, en Resoluciones de 17, 25 y 26 de abril de 1972, parece equiparar giro y tráfico a objeto social cuando en el segundo considerando de la primera, reiterado por las otras, nos dice «que una de las finalidades que cumple la necesidad de determinar el objeto social en los Estatutos de la sociedad anónima, es precisamente la de que dicho objeto social concrete el límite de las facultades de representación de los administradores, al establecer el artículo 76 de la citada Ley que la representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración» y que «en todo caso la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa», *expresión esta última que debe entenderse sustancialmente equiparada a la de objeto social*.

En el mismo sentido podemos señalar la de 13 de abril de 1981, en la que, atribuida al órgano administrador la facultad de participar en otras empresas o sociedades, la considera admisible al disponer que «la facultad reconocida al Consejo de Administración en el artículo 23, e), de los Estatutos sociales es perfectamente posible, ya que, como es obvio, hay que entenderla —al igual que el resto de actos que se contienen en el mismo apartado e)— dentro de los límites del objeto social establecido en el artículo 4 de los Estatutos».

Sin embargo, la Resolución de 2 de octubre de 1981 parece apuntar conclusiones diferentes y más radicales, aunque resuelve la cuestión, a nuestro modesto juicio, desafortunadamente, pues, tras recoger en los considerandos séptimo, octavo, noveno y décimo la doctrina general que antes hemos resumido (especialmente en el noveno), sin embargo, en el undécimo nos dice «considerando que los criterios que se han pretendido observar para determinar de una manera objetiva si el acto se encuentra o no comprendido dentro del objeto social —como podría ser la concreción de dichos actos en los Estatutos sociales, y entender que sólo los allí enumerados serían los únicos que pueden llevar a cabo los administradores o el criterio de la exorbitancia del acto en relación a su capital social— no puede ser tenido en cuenta de una manera absoluta por el Registrador, sino como un indicio o factor más a tener presente en la calificación, ya que por anticipado es imposible prevenir en unos Estatutos todos los actos que pueden ser necesarios para el logro del objeto social, y tampoco el criterio cuantitativo delimita en tér-

minos absolutos esta cuestión, por lo cual, y teniendo en cuenta además (artículo 3, 1.º, CC) que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad y que esta realidad nos muestra una universal tendencia a proteger el tráfico mercantil, lo que, unido a que, como ya se ha indicado, «no es la clase de acto en sí mismo lo que ha de tenerse en cuenta para saber si está o no comprendido dentro del ámbito del giro o tráfico de la empresa, hay que concluir que ponderados todos los factores y que salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social habrá en principio de procederse a su inscripción».

Aquí ya se nos dice que no hemos de contemplar la clase de acto realizado, sino si éste está en *clara contradicción con el objeto social*, lo cual resulta tan difícil como comprobar si está dentro del giro y tráfico, la cuestión se vuelve de positiva en negativa, pero estamos en el mismo punto, y para mayor confusión la resolución declara no inscribible la hipoteca a que se refiere el recurso, a pesar de que el objeto social era «la adquisición o construcción de fincas urbanas para su explotación en forma de arriendo, sin perjuicio de que conforme a las disposiciones legales que establecen y regulan las exenciones y bonificaciones fiscales aplicables a la sociedades cuya actividad sea la indicada, pueda *accidentalmente enajenar fincas que formen parte de su patrimonio o realizar eventualmente otras operaciones* o actividades siempre que no se desvirtúe el objeto social justificativo de dichas exenciones o bonificaciones».

Verdaderamente resulta difícil comprender que constituir una hipoteca sobre una finca en una empresa dedicada a la construcción sea un acto claramente contrario al objeto social, pues lo normal es que una constructora recabe préstamos para la construcción que satisfará con el importe de los arrendamientos concertados, lo cual facilita las adquisiciones futuras y las propias realizaciones de obras, sin olvidar además que el artículo 20 de los Estatutos atribuía al Consejo la facultad de *prestar las garantías, afianzamientos o avales* que puedan ser necesarios para *el cumplimiento del objeto social*, y, además, en el apartado g) la de «vender o enajenar, *hipotecar y contratar en general sobre toda clase de bienes, muebles o inmuebles*».

La Dirección no captó la verdadera cuestión de fondo del problema, excelentemente apuntada por el Registrador, ya que la hipoteca se constituía por la sociedad no en garantía de una deuda de la sociedad, sino de una deuda ajena, lo cual, de hecho, implicaba un acto a título gratuito a favor de la sociedad garantizada que naturalmente no podía estar comprendida dentro del giro y tráfico de la hipotecante con lo que desvirtuaba el objeto social, pero la resolución, en

vez de acudir a este claro defecto, apela a un argumento totalmente insostenible, recogido en el considerando decimosegundo, al decirnos que «aún cuando está autorizado a hipotecar, según el apartado g) del mismo artículo, tal facultad hay que relacionarla con el más singular precepto estatutario del artículo 2, en el que, tras establecer que el objeto exclusivo de la sociedad es la adquisición o construcción de fincas urbanas, se indica que *accidentalmente pueda la sociedad enajenar inmuebles sin modificar los Estatutos y por simple acuerdo de la Junta general*, por lo que al envolver la hipoteca una posible enajenación forzosa del inmueble haya que entenderla incluida dentro de los actos que necesitan este previo acuerdo social en tanto no se modifiquen los Estatutos para adecuarlos a la nueva realidad surgida tras la entrada en vigor del Real Decreto de 25 de febrero de 1977».

Curiosa la interpretación que el Centro Directivo da al artículo 2 de los Estatutos, relativo al objeto social, mezclando frases que están en párrafos diferentes para que sea precisa la actuación de la Junta en las enajenaciones de inmuebles. Nada más lejos del texto estatutario. El párrafo que habla de las enajenaciones sólo exige, como hemos visto por su transcripción literal antes efectuada, «que no se desvirtúe el objeto social justificativo de las exenciones o bonificaciones». La intervención de la Junta no está en tal párrafo, sino en el siguiente, relativo a materia distinta, cuando nos dice tras el punto: «Mediante justificación de no haber sido obtenida la necesaria concesión por el Ministerio de Hacienda, o previa renuncia de los beneficios fiscales obtenidos la sociedad podrá también dedicarse, sin modificación de sus Estatutos y *por simple acuerdo de la Junta general*, a la *compraventa de fincas rústicas* o urbanas y a la explotación de las mismas bajo cualquier modalidad jurídica».

El artículo es claro; el objeto social señalado en el primer párrafo se establece para la obtención de los beneficios fiscales concedidos para tal actividad, mas si tales beneficios fiscales no se obtienen o bien renunciando a ellos la actividad social será, además de la expresada, la compraventa y explotación de fincas rústicas y urbanas, y ello por simple acuerdo de la Junta general, sin modificación estatutaria que ya está prevista. Como vemos, este acuerdo de la Junta es de ampliación de objeto y genérico para todos los actos de tal naturaleza no para un acto concreto —la hipoteca— que contempla el supuesto de hecho. La mezcla de los dos párrafos, hecha en el considerando de la Dirección, da un resultado que en nada se parece a lo que establece el precepto estatutario.

La resolución comentada contiene unas contradicciones palpables y evidentes. ¿Cómo se puede sostener que para cualquier enajenación se

requiere acuerdo de la Junta cuando el artículo relativo a las facultades de los administradores autoriza en el apartado e) para prestar garantías, fianzamientos y avales, y el g) para vender o enajenar, hipotecar, etc.? Lo único que puede impedir que el administrador realice estos actos es que sean contrarios al objeto social, mas entonces la contradicción con el objeto no está en el hecho de la posible enajenación, sino en que ésta lo sería en garantía de una deuda ajena. Y aún así chocaría con el apartado e), antes expresado.

Así pues, una resolución que según su considerando octavo afirma que las facultades del órgano de administración puedan ser ampliadas bien en los Estatutos o por la Junta, y que en el décimo afirma que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social existente al tiempo de su aplicación, y esa realidad «nos muestra una universal tendencia a la protección del tráfico mercantil», acaba cayendo en la más estricta realización del simple objeto social, a pesar de que las facultades de los administradores están ampliadas, según hemos visto, y no obstante el estar la facultad de hipotecar inscrita no admite su actuación, y ello en base al artículo del objeto social desvirtuado en su interpretación, como hemos visto.

Mas pronto la Dirección General va a cambiar de criterio, pues si examinamos la Resolución de 11 de febrero de 1983 nos encontramos con un poder concedido por un administrador que otorga al apoderado la facultad de afianzar y dar garantías por otros y dar y tomar dinero a préstamo con o sin interés, actos que no estaban específicamente enumerados entre sus facultades estatutarias. El Registrador señaló como defecto el que tales actos eran *contrarios al giro y tráfico social*, ya que envolvían la posibilidad de actos gratuitos y como tales no mercantiles, y el afianzamiento de deudas ajenas y los préstamos sin interés eran actividades que nada tenían que ver con el objeto social y que, según la Resolución de 2 de octubre de 1981, excedían del ámbito en el que el administrador tenía que actuar.

Pues bien, la Resolución dio un paso más hacia adelante al expresar en su último considerando que «no es *la clase de acto en sí mismo* lo que ha de tenerse en cuenta, sino si con ellos *se alcanza la finalidad del objeto social*». Es claro y evidente que en ningún acto ni contrato se expresa la finalidad que se persigue con él, así nadie expresa en la escritura que compra por qué va a dedicar el local a gimnasio o qué dona para anticipar la herencia. La finalidad perseguida queda en la mente de los contratantes, pero normalmente no aparece recogida en el contrato, por lo que si esa finalidad es la que ha de servir como determinante para decidir si se ajusta o no al giro y tráfico será imposible al Registrador calificar tal materia, ya que éste podrá comprobar si la

naturaleza objetiva del acto se acomoda al objeto social, mas no si la finalidad subjetiva tiende a realizar actos conducentes a su consecución.

Sin embargo, no parece ser ésta la postura más reciente del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 10 de julio de 1987, con ocasión de un aval prestado por una sociedad en favor de otra en su Fundamento de Derecho tercero nos dice que «en el caso de la demanda quiso establecerse un órgano de administración provisto de los poderes más amplios (todo cuanto no esté atribuido a la Junta general por los Estatutos o por mandato de la ley). Con todo la representación *no puede desconectarse de ese giro y tráfico dentro del objeto social*», y añade, «sus administradores, conjuntamente sólo están facultados para esas operaciones y las que con ellas se relacionan, *pero no para afianzar operaciones cuyo interés es ajeno a la sociedad*». Era necesario para la validez del aval el que en los Estatutos figurara *la concreta facultad de avalar o la de afianzar en términos generales lo que no ocurre*».

Marcada discrepancia entre ambas doctrinas: la Dirección General, admitiendo la facultad de avalar, aunque no esté especificada en los Estatutos. El Tribunal Supremo, por el contrario, no la admite y exige que conste en ellos. Resulta evidente que no hay más jurisprudencia, según el Código Civil, que la del Tribunal Supremo, pero las Resoluciones obligan a los Registradores. Difícil solución a adoptar en cada caso ante tal discrepancia, que no es la única vez que sucede, colocando a los Registradores en difícil postura, dada la posible responsabilidad.

No obstante, en esta materia podemos señalar que la postura más prudente será no admitir la actuación cuando la facultad no aparezca expresada entre las del órgano administrador, salvo que objetivamente, y dada la naturaleza del objeto social los actos realizados encajen dentro de la actividad social. Esto nos lleva como consecuencia a exigir en las escrituras cuando se actúa en representación de sociedades la expresión del objeto social, circunstancia que ya ha corroborado la Dirección General en Resolución de 31 de marzo de 1986, aunque como veremos también con cierta confusión.

En el caso contemplado en la citada resolución se trata de una compraventa de inmuebles entre dos sociedades y en ambos Estatutos aparecen los órganos de administración investidos de las facultades de adquirir y enajenar inmuebles. En la vendedora, por mención expresa entre las facultades del administrador, y en la compradora, por ser su objeto la actividad inmobiliaria. El Registrador suspende la inscripción por falta de expresión del objeto social que permita determinar el ámbito de actuación de sus representantes. El Presidente de la Audiencia revocó la nota de calificación y declaró inscribible la escritura una vez efectuada la acreditación de las facultades del administrador de la com-

pañía vendedora y el objeto social de ambas compañías y la Dirección General revoca el auto apelado. Así en términos tan simplistas como se expresa la Resolución da la sensación de que da la razón al Registrador, pues si el Presidente revocó la nota del Registrador y la Dirección General revoca el auto del Presidente parece que deba valer la nota. Sin embargo, no es así; se trata simplemente, como se deduce de los considerandos de la misma, de una defectuosa expresión del auto de la Dirección General que debió expresar que revoca el auto del Presidente sólo en cuanto a la necesidad de acreditar las facultades del administrador y objeto social y lo confirma en cuanto al carácter de inscribible de la escritura, mas lo importante es examinar la doctrina recogida en ella y destaca el considerando tercero que se acerca a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987 al expresar «que la necesidad de hacer constar el objeto social es inevitable en todos aquellos supuestos en que el administrador actúa en nombre de una sociedad, pues sus facultades, salvo que estén ampliadas, se concretan como mínimo a los actos que estén comprendidos dentro del giro y tráfico de la empresa y, por ello, el Registrador ha de tener a la vista esta importante circunstancia...», y añade en el cuarto «que estas facultades mínimas e ilimitadas de los administradores, comprendidas dentro del objeto social (art. 76, 2.º, LSA) no impiden que puedan serles ampliadas a otros actos que excedan del giro y tráfico de la empresa, *bien por tenerlas conferidas en los Estatutos* o bien porque lo autorice la Junta general, y esto es lo que sucede en el presente caso, «en donde se advierte en los Estatutos de la sociedad vendedora que el administrador se encuentra facultado para comprar, vender, gravar, dividir y realizar cualquier acto de riguroso dominio sobre toda clase de bienes de la sociedad y lo mismo en cuanto a la entidad compradora. ».

Por último, hay que citar la Resolución de 18 de mayo de 1986, relativa a esta materia. Nos encontramos nuevamente con un supuesto de constitución de sociedad en la que interviene el órgano de gestión de otra sociedad con objeto distinto, si bien de los Estatutos resulta que tal órgano tiene facultades para «adquirir, comprar y disponer por cualquier título de toda clase de bienes de la sociedad, *suscribir contratos* o convenios de cualquier naturaleza».

La sociedad ya constituida que interviene como socio se dedica a «*la administración de patrimonios propios o ajenos, la asesoría de empresas, la auditoría de estados financieros y demás actividades análogas*». La que se constituye dedicada «*al alquiler de fincas urbanas, construcción de edificios y operaciones con ello relacionadas, como adquisición de terrenos, urbanización, parcelación uso, arrendamiento y venta de aquéllos en su conjunto o por departamentos*», y la Dirección

General en su considerando cuarto nos dice que esta cuestión «pone de relieve una vez más la importancia del objeto social dentro del campo societario, ya que a través de la suscripción de acciones en el momento fundacional por una sociedad o su participación mediante compra de otras sociedades puede llegarse a modificar indirectamente el objeto social de la sociedad operante, cuando la nueva creada en que se participe tiene un objeto social distinto o extraño al de la primera, con vulneración del principio según el cual toda modificación del objeto social debe ser acordada en Junta general (art. 84 LSA) y sobre todo porque se privaría al socio disidente de ejercitar el derecho de separación (artículo 85, 4.º) que la misma Ley le reconoce».

Sin embargo, en el caso concreto la Resolución admite tal constitución de sociedades no basándose en las facultades del administrador de «suscribir contratos de cualquier naturaleza» que ostenta en los Estatutos y que podrían englobar a la constitución de sociedad como tal contrato que es, aunque la importancia que supone la creación de una personalidad jurídica distinta, como es la sociedad, haga aceptar con cierto recelo el que se considere comprendido dentro de una mención tan genérica como la que resulta de la escritura, sino en la circunstancia de ser la inversión en una cantidad poco importante en relación con el capital social y en el hecho más importante, a nuestro modesto juicio, *de que la que se crea tiende a conseguir fines análogos a los de la propia sociedad*, con lo que la Dirección General vuelve en cierto modo a la postura de la Resolución de 13 de abril de 1981, antes citada, en la que el objeto social vuelve a revestir especial importancia, y así lo pone de manifiesto la propia Resolución en su considerando octavo cuando expresa que «el objeto de una sociedad constituye su razón de ser y delimita las atribuciones del órgano representativo, pero no puede calificarse con criterio estrecho, que impediría a una sociedad sin tener que modificar sus Estatutos, a través de una nueva que a *tales fines se crea, obtener logros análogos a sus fines —en este caso concreto, relacionados con la administración del patrimonio propio o ajeno—* decididos por el órgano de gestión, todo lo cual no ha de confundirse con la ampliación de operaciones reguladas en el artículo 86, y en el presente caso sigue inalterado el objeto o fin primordial de la sociedad fundadora y no es importante su aportación —80.000 pesetas— en relación con el volumen de capital con que cuenta para sus fines...».

Podrá parecernos o no acertada la interpretación que la Dirección General da a la expresión «administración de patrimonios propios o ajenos», que está dentro del objeto de la fundadora para entender que ella posibilita al órgano de gestión y representación para constituir otra sociedad, con lo que la inversión realizada pasa a ser administrada como

patrimonio propio por la fundadora y, por tanto, comprendida dentro del giro y tráfico, interpretación que, personalmente, nos parece muy forzada y fuera de contexto, ya que nos llevaría a la posibilidad de constituir sociedades de cualquier objeto, más el hecho de que la Dirección General trate de incardinar la nueva en el objeto de la existente, en vez de acudir a las facultades expresas del órgano de administración da un mayor realce a la postura de que el objeto social es no sólo importante en los supuestos en que las facultades del administrador son genéricas, sino incluso en aquellos en que aparecen enumeradas, pero sin que el acto concreto se concrete específicamente, como sucede en este caso.

Ello nos lleva, tratando de armonizar la jurisprudencia expresada, a las siguientes conclusiones en esta materia:

1.^a Que cuando los Estatutos guardan silencio respecto a las facultades del órgano de gestión y representación o simplemente les atribuyen las facultades de giro y tráfico es preciso exigir expresamente la consignación del objeto social en la escritura, pues es el único elemento con que cuenta el Registrador de la Propiedad para calificar si entra dentro de sus facultades la del acto que realiza.

2.^a Que cuando los Estatutos enumeran las facultades del administrador y la que éste realiza está específicamente concretada tal mención no es necesaria, aunque parezca contraria a esta tesis la Resolución de 2 de agosto de 1981.

3.^a Que cuando el acto no está específicamente señalado, pero puede entenderse comprendido dentro de una expresión genérica como «contrato», «gravamen» u otra similar debe, por prudencia, exigirse igualmente la expresión del objeto.

4.^a Que no se puede prescindir en estos casos dudosos de la importancia de la inversión, aunque este elemento resultará difícilmente calificable, habida cuenta de que si normalmente no se expresa el objeto, mucho menos se hace respecto a la cifra del capital social, aunque esta mención resulte obligatoria para las adquisiciones onerosas realizadas durante el primer año de vida social si exceden de la décima parte del capital social.

5.^a Que cuando se trate de constitución de sociedades, dado que en éstas cabe que la aportación sea de inmuebles cobra especial importancia la mención del objeto social, pues aún comprendida esta facultad entre las específicamente atribuidas al órgano de representación, la conexión entre el objeto o fines de la antigua y la nueva parecen elemento importante, según la interpretación de la Dirección General en las comentadas resoluciones.

Por último, cabe resaltar que lo expuesto es aplicable cuando actúan los órganos legales de representación de la sociedad, mas cuando se trate de representantes voluntarios hay que estar a los términos del poder concedido, por lo que si específicamente no aparece la facultad ejercitada no procede la admisión de su actuación, aunque pudiese entenderse comprendida dentro del objeto social o con finalidad tendente a la consecución de los fines sociales, ya que hay que estar al documento del que resulte tal representación, si bien en los supuestos en que el poder se limita a expresar que se confiesen al apoderado las mismas facultades que al administrador, salvo las indelegables, la interpretación ha de ser idéntica al supuesto del propio administrador (ver Resoluciones de 29 de noviembre y 11 de octubre de 1983).

Con el nuevo texto del artículo 76 vuelve a ser determinante el objeto social por cuanto se ha eliminado la referencia al giro y tráfico para referirse al objeto, mas, sin embargo, como veremos más adelante, la limitación sólo actúa en la esfera interna.

Veamos ahora las modificaciones introducidas en estas cuestiones por la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas.

Aparece regulada la materia en el nuevo artículo 76, como hemos visto, cuyo primer párrafo hemos examinado en relación con la jurisprudencia, pero es interesante el párrafo segundo, que dice: «En sus relaciones con terceros, será ineficaz cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores y la sociedad quedará obligada por los actos realizados por ellos, *incluso cuando tales actos sean ajenos al objeto social*. No obstante, la sociedad no quedará obligada en este último caso, si prueba que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social, o que dadas las circunstancias no podían ignorarlo. La publicación de los Estatutos no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba». Se recoge aquí la orientación del artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas y la Resolución de 16 de diciembre de 1981.

Lo primero que salta a la vista de esta redacción es la diferencia con el anterior anteproyecto total de la ley que regulaba la materia en el artículo 99, y que decía: «Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores.

«También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que sin estar comprendidos en el objeto social sean realizados por los administradores dentro del giro o tráfico que de hecho realice la sociedad.»

Notorias son las diferencias entre ambos textos, ya que el anterior obligaba a la sociedad por los actos realizados fuera del objeto social, pero dentro del giro y tráfico que de hecho realizaba la sociedad. Aquí la prueba para que la sociedad quedase obligada consistía en justificar

que la sociedad realizaba actividades distintas de las que estatutariamente constituirían su objeto, y justificada tal circunstancia se producía su responsabilidad.

En el texto del Anteproyecto actual la norma general es más extensa aparentemente, pues se refiere a los actos realizados incluso cuando sean ajenos al objeto social (tanto de derecho como de hecho), mas las excepciones condicionan mucho tal principio, que parecía querer acoger la doctrina de la protección del tráfico mercantil frente a terceros a que ya aludía la Resolución de 2 de octubre de 1981, antes examinada, pues permite que la sociedad pueda probar que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que dadas las circunstancias no podían ignorarlo.

Ciertamente que el tráfico mercantil queda notablemente protegido por cuanto el simple hecho del traslado de la prueba a cargo de la sociedad ya supone un gran fortalecimiento de la posición del tercero. En principio todo acto realizado por los administradores obliga a la sociedad, y probar que los terceros sabían o que no podía ignorar la extralimitación del administrador puede resultar prueba notoriamente dificultosa, tal como lo plantea el Anteproyecto, por mor de lo dispuesto en el último inciso, al expresar que: «La publicación de los Estatutos no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba».

Este inciso es francamente criticable, y lo es más en el contexto de la propia redacción del Anteproyecto. La publicidad en los actos mercantiles es algo importantísimo, en la que descansa la seguridad del tráfico mercantil, y tanto el Código de Comercio como el Anteproyecto, al regular la materia del Registro Mercantil y lo relativo al *Boletín del Registro Mercantil* dan grandes efectos a esta publicidad (véanse los artículos 16, 21, 24, 26 y 30 del Código de Comercio, tal como los regula el Anteproyecto de reforma parcial de la legislación mercantil, del que forma parte el de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo artículo 76 comentamos), y resulta anómalo que la seguridad que implica la publicidad quede ahora totalmente desvirtuada por este inciso al disponer que la *publicación* del objeto social (publicación que constará no sólo en el Registro Mercantil, sino también en el *Boletín del Registro Mercantil*) no supone presunción del conocimiento del objeto social por parte de los terceros que contratan con la sociedad y precisa, además, de otra prueba específica de que conocían la extralimitación de los administradores. Queda sin sentido el artículo 24 del *Código de Comercio en la redacción contenida en el propio Anteproyecto cuando nos dice que* «las escrituras y demás actos y documentos de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, sólo serán oponibles por la sociedad a los terceros de buena fe después de la

publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*». La contradicción resulta palpable, ya que este precepto dispone el que sean oponibles los actos realizados por la sociedad frente a terceros de buena fe por la publicación en el *Boletín del Registro Mercantil*, mientras que el 76 sostiene que la publicación de los Estatutos no tiene tal efecto, exigiendo una prueba, como vemos, distinta y harto difícil, cuando de no existir tal inciso final en el precepto la publicación en el *Boletín* quedaría incluida en el hecho de que dadas las circunstancias los terceros no podrían desconocer tal extralimitación. El Registro Mercantil queda menoscabado en su función de seguridad; el artículo 76 con tal redacción favorece a los terceros de mala fe y ningún beneficio produce al tráfico mercantil, que debe resultar amparado por la única institución destinada a su protección.

También resulta criticable que los efectos de publicidad frente a terceros deriven del hecho de la publicación en el *Boletín* y no de la inscripción en el Registro Mercantil, que ve minimizados sus efectos en favor de la publicación, que, necesariamente, será de un contenido más somero e incompleto que el asiento registral. La única justificación que tiene tal norma es el hecho de su mayor difusión, más aún esto es hoy menos importante, dada la posibilidad de manifestaciones o certificaciones solicitadas por correo que proporcionan un contenido más completo y exacto del que puede proporcionar el extracto publicado, por lo que no dudamos en pedir ya la supresión del expresado párrafo.

Otra cuestión a resaltar es el diferente sentido que tiene la norma del Anteproyecto con relación a la de la legislación actual, pues mientras ésta lo que trata de garantizar es el contenido mínimo inderogable de las facultades de giro y tráfico en los administradores sociales, las dos redacciones de los proyectos de reforma se ven claramente dirigidas a la protección del tráfico mercantil, y con mucho más vigor la última, por cuanto el de 1979 lo único que garantizaba eran las actuaciones del giro y tráfico social bien el de derecho que constaba en los Estatutos, bien el de hecho que efectivamente realizase la sociedad, pero en ningún caso quedaba obligada la sociedad por los actos ajenos al objeto social, con lo que la publicación de éste recibía una importancia extraordinaria. El Anteproyecto actual extiende esta obligación incluso a tales actos, sin más posibilidad de excluirllos que la prueba del efectivo conocimiento de la extralimitación por los administradores.

La medida, no obstante, resulta tímida, pues si lo que prima es la protección al tercero, en el tráfico mercantil la sociedad debería quedar obligada por los actos de los administradores en todo caso, sin necesidad de prueba alguna, y ello por una razón de principio, que es la de que el órgano de administración es la propia sociedad. Aquí parece latir

en el fondo la idea, ya anticuada, de que el órgano de representación es un mandatario de la sociedad, por lo que en determinados supuestos de extralimitación del mandatario el mandante no debe quedar obligado, mas en la posición actual, tanto de las leyes como de la jurisprudencia y la doctrina, esta tesis está superada, los administradores son órganos sociales, no apoderados de ésta, y, por tanto, todo lo que realizan lo hace la sociedad, y si la Junta general (no la sociedad) estima que la actuación de ese órgano es incorrecta, facultades tiene para sustituirlo, pero nada le exime de su culpa *in eligendo*, por lo que debe responder de lo realizado por aquéllos. Lo contrario supondría algo así como si la persona física no respondiese de lo que hace su brazo como órgano de aquélla.

No obstante, el paso dado, aunque insuficiente, hemos de considerarlo loable por cuanto favorece a los terceros que contratan con la sociedad y simplifica enormemente la función calificadora del Registrador, ya que, en principio, hemos de partir del supuesto general de que todo lo hecho por los administradores obliga a la sociedad, por cuanto la posible impugnación por extralimitación conocida del uso de las facultades de aquéllos es cuestión que ha de resolverse judicialmente y, por tanto, escapa de la esfera de actuación del Registrador.

2. Adquisiciones onerosas realizadas durante los dos primeros años siguientes a la constitución:

Otra cuestión importante dentro de esta esfera de actuaciones sociales durante la vida de la sociedad es la reforma del artículo 32 de la vigente Ley en orden a las adquisiciones onerosas. El nuevo precepto que aparece bajo el número 32, e), dispone lo siguiente: «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 deberán ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por expertos independientes y otro por los administradores.

No será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, ni a las que se verifiquen en Bolsa o en subasta pública.»

Bastantes novedades introduce el nuevo precepto. La primera de ellas es la ampliación del plazo dentro del cual actúa, que en la legislación vigente es de un año, mientras el Anteproyecto lo fija en dos. La segunda, que tal aprobación ha de ser previa, requisito que no exige el texto vigente, lo que en la práctica se traducía en aprobación posterior.

La tercera, la de que además del informe de los administradores se exige otro de expertos independientes, informes que han de ponerse a disposición de los socios con la convocatoria. Y, por último, que tales requisitos no son aplicables a las adquisiciones realizadas en Bolsa o subasta pública, ni cuando se trate de adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad.

La crítica que merece el proyecto no puede ser demasiado favorable. Ya su finalidad resulta poco clara, por cuanto presumir el fraude en la valoración de los bienes adquiridos en los dos primeros años siguientes a la constitución es anómalo, aunque el precepto guarde similitud con el de alguna legislación extranjera, incluso en el plazo. Las leyes no han de presumir el fraude, esto es una cuestión a resolver en los Tribunales, aunque nuestro legislador sea bastante aficionado a estas soluciones, pero es que la medida adoptada es de tan poca efectividad que la norma prácticamente no sirve para nada más que para entorpecer el tráfico mercantil, aparte de que la redacción, como ya sucedía con su antecesor, no es demasiado afortunada.

Veamos su contenido. Nos dice como el anterior: «Las adquisiciones de bienes a título oneroso *realizadas por la sociedad...*». Ya es criticable el hablar de *realizadas* en participio pasivo, pues ello implica que la adquisición ya ha sido hecha, pero a nadie se le oculta que ello es incorrecto, incluso con el texto vigente, pues si la adquisición ya ha sido hecha y después la Junta general no la aprueba habría que llegar a la conclusión de que tal adquisición no la realiza la sociedad, sino los administradores que otorgan el contrato, pero es que además en el texto propuesto se dice que esta aprobación ha de ser *previa*, lo cual concierne muy mal con él «realizadas». Una cosa es que la adquisición haya de ser «autorizada» o «acordada» por la Junta general, lo cual se traduce necesariamente en un acto previo a realizar por la Junta general, y otra que haya de ser «aprobada», pues en puridad terminológica aprobar supone dar el asentimiento a algo ya hecho. Si la Junta previamente aprueba la adquisición, lo que hace realmente es acordar la adquisición del bien y resulta anómalo hablar de aprobación.

Mas esta aprobación previa ¿elimina la posibilidad del fraude? Evidentemente, no. Salvo supuestos excepcionadísimos, los administradores sociales se eligen entre los socios constituyentes, y de ahí que si el fraude se podía dar en el acto del otorgamiento igual se daría en la Junta de aprobación que podía realizarse al día siguiente, e incluso diríamos que en el mismo acto, siguiendo la, a nuestro juicio, errónea doctrina de la Dirección General de que en la propia escritura de constitución se puede distinguir por los otorgantes entre lo que es acto constitutivo y la Junta general que procede a nombrar administradores y a aprobar la

valoración de las aportaciones no dinerarias. Ya la Resolución de 8 de abril de 1981 admite que no es preciso diferenciar las acciones que se entregan en pago de acciones suscritas en virtud de aportaciones no dinerarias cuando en la escritura de constitución se aprueban las valoraciones, con lo que el aportante de tal naturaleza recibe títulos definitivos desde el otorgamiento de la escritura. El fraude, si lo hay, se consuma exactamente igual que si el precepto no existiese.

Pero es que además la norma entorpece la actuación social, ya que el hecho de que se realice una adquisición de inmuebles recién constituida la sociedad es algo normal y lógico. Cuando se constituye una sociedad, salvo otras finalidades no confesables, lo es porque una persona sola no puede afrontar el coste de una actividad o no quiere por sí sola asumir el riesgo que la misma supone. En estos casos lo primero es reunir el dinero necesario para emprenderla y lo inmediato adquirir los bienes necesarios para su desarrollo, bien sean locales, fábricas, maquinaria, etc. Paralizar la actividad hasta que se reúna la Junta general que «apruebe» la adquisición no es más que dilatar su puesta en marcha, aumentar los gastos que la inactividad supone, agotar la paciencia del posible vendedor o incluso perder la oportunidad surgida, y todo ello en aras de eliminar un posible fraude en la valoración que igualmente puede darse en las adquisiciones realizadas transcurridos los dos años y que por otra parte tienen su protección adecuada en la responsabilidad de los administradores actuantes y en las garantías que exige la ley para su valoración.

Subsiste igualmente en el texto propuesto que el plazo se computa «desde su constitución», con lo que sigue quedando en nebulosa, que es lo que entiende por constitución, o sea, si se refiere a la escritura o a la inscripción en el Registro Mercantil, lo que ya con el texto vigente creó discrepancia entre CÁMARA y GARRIGUES, que sostienen posturas contrapuestas. Nos inclinamos por la tesis de la inscripción, como ya hemos expuesto anteriormente, avalada por copiosa jurisprudencia recentísima del Tribunal Supremo que manifiesta que en ese estadio previo a la inscripción hay «presociedad» y que la principal obligación que surge es la de obtener la inscripción, sin que pueda hablarse de sociedad anónima irregular.

También se pone de manifiesto la falta de cuidado en la redacción del precepto en el hecho de que habiéndose corregido esta defectuosa redacción en otros artículos del Anteproyecto no se corrige en éste.

Así, el polémico artículo 72, relativo a los administradores nombrados en el acto constitutivo ha quedado eliminado por cuanto el artículo 14, 6.º, del Anteproyecto exige, además, de los órganos de administración que resultan del artículo 5.º, *h*), «las personas que inicial-

der las acciones se anule la acción y se reduzca el capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya percibidas.

4. Por último, aunque el Anteproyecto contiene muchos más supuestos que abordar en relación con el Registro de la Propiedad, vamos a terminar examinando el problema que plantean las ampliaciones de capital con aportaciones no dinerarias, entre las que entran las de aportación de inmuebles y para cuyo estudio son importantes los artículos 84, 90, 91 y 99 del Anteproyecto.

El primero de los citados preceptos se refiere a los requisitos generales para la modificación de Estatutos, que en su número 4 expresa que «en todo caso el acuerdo se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil...». El artículo 90, en su número 1, declara aplicable a los aumentos los requisitos antes expresados. El artículo 91 dispone que:

1. Cuando para el aumento hayan de realizarse aportaciones no dinerarias será preciso que al tiempo de la convocatoria de la Junta se pongan a disposición de los accionistas en la forma prevista en el artículo 84, apartado 1, número 3.º, una Memoria de los administradores en la que se describan con detalle las aportaciones proyectadas, el nombre del aportante, el número y el valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en la que la aportación consista, y un informe en que se describan y valoren las aportaciones proyectadas, elaborado bajo su propia responsabilidad por un experto independiente con título que le habilite al efecto.

2. A esta clase de aportaciones se aplicará lo dispuesto en los artículos 14, párrafo 3.º; 32, c), y 32, d).

Por último, el artículo 99, bajo el epígrafe «Inscripción en el Registro Mercantil de la ejecución del aumento de capital», dispone:

1. Será aplicable a los aumentos de capital lo dispuesto en el artículo 14, 3.º, de la presente Ley, debiendo inscribirse en el Registro Mercantil la ejecución de dicho acuerdo.

2. Los suscriptores quedan obligados a hacer su aportación desde el momento mismo de la suscripción, pero pueden pedir la resolución de dicha obligación y exigir la restitución de las aportaciones realizadas si, transcurridos seis meses desde que se abrió el plazo de suscripción, no se hubiesen presentado para su inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento de capital. Si la falta de presentación de los documentos a la inscripción fuere imputable a la sociedad podrá exigirse también el interés legal.

3. Sólo a partir de la inscripción de la ejecución del acuerdo del aumento podrá hacerse constar la nueva cifra de capital social en los documentos de la sociedad».

No dudamos en calificar de torturante para la sociedad la regulación de los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias establecida en el Anteproyecto, que dificultará gravemente su posibilidad, a pesar de que el artículo 96, 2.º, parece propiciar su realización al excluir el derecho de suscripción preferente cuando se trate de tal tipo de aportaciones, mas la regulación es tan confusa, complicada, reiterante, contradictoria y en algunos casos con soluciones tan desorbitadas, que, como decimos, va a desembocar en su eliminación.

Nada hay que oponer a lo dispuesto en los artículos 84 y 90, que se limitan a exigir escritura e inscripción para tales acuerdos, mas los problemas surgen cuando entramos en los dos preceptos restantes. El artículo 91 para los acuerdos de aumento y el 99 para la ejecución de tales acuerdos.

Respecto al primero de ellos, independientemente de algún defecto de redacción, como el de hablar de garantías *adoptadas*, en vez de garantías *a adoptar*, ya que antes del acuerdo ningún derecho ostenta la sociedad sobre los bienes de nadie, pues se ignora si el aumento va a ser acordado por la Junta, salta a la vista como primer problema el derivado de las mutuas remisiones entre los preceptos implicados, a veces con regulaciones no concordantes. Así, el artículo 91 exige una Memoria de los administradores en que se describan detalladamente los bienes, el nombre del aportante, el número y el valor nominal de las acciones a entregar y las garantías adoptadas, así como un informe en que se describan y valoren elaborado por un experto independiente, con título que le habilite. Mas el número 2 de dicho precepto expresamente dispone que a estas aportaciones se aplicará lo dispuesto en los artículos 14, 3.º, y 32, c) y d). La remisión al artículo 14, 3.º, ya resulta de poca utilidad, por cuanto la exigencia del valor ya consta también en el artículo 91 y el resto de la regulación o se refiere a las dinerarias o a los desembolsos futuros. Pero es que además el artículo 14, 3.º, se remite al número 1 del 32, c), mientras el 91 se remite a todo el 32, c). Claro que en este caso parece que el error deriva del artículo 14 y no del 91, pues tal como aparece redactado no sería aplicable a las aportaciones no dinerarias en el momento de la constitución lo dispuesto en el número 2 en orden a la evicción y saneamiento, lo que evidentemente es absurdo, mas con relación al informe ya surgen contradicciones, pues el 32, c), habla de uno o varios expertos, mientras el 91 sólo de uno: el 32 dice que habrán de ser designados por el Juez, cir-

cunstancia que no aparece en el 91; el 32 exige que consten los criterios utilizados para obtener la valoración que no aparece en el 91; el 32 no exige título adecuado, circunstancia que sí recoge el 91, y, por último, el 32 ordena que el informe se incorpore a la escritura, mientras el 91 silencia tal requisito.

La más grave de las discordancias será la de la designación del experto, ya que las restantes parecen ser fácilmente soslayables, bien por su exigencia cumulativa, bien mediante la designación de un solo experto; mas la determinación de si la designación del experto la debe realizar el Juez o los administradores convocantes es más conflictiva, aunque si algún sentido ha de tener la remisión del número 2 del artículo 91 no habrá más remedio que acudir de nuevo al Juzgado y realizar una tramitación dilatoria para un supuesto de hecho que puede no llegar a acaecer si la Junta no adopta el acuerdo, con los consiguientes gastos y demoras, y ello a pesar de que el propio artículo 91 declara también aplicable el 32, *d*), con todo el cúmulo de revisiones y garantías en él establecidas que hacen innecesarias las previas que el 91 establece.

Más preocupante resulta el contenido del artículo 99, el cual no contento con las remisiones que resultan de los artículos antes citados reitera de nuevo, que será aplicable a los aumentos de capital lo dispuesto en el artículo 14, 3.º, sin tener en cuenta que el propio artículo 99 no se refiere al aumento de capital propiamente dicho, sino a la ejecución del acuerdo, como claramente se deduce del epígrafe del precepto, y de su propio contenido, al disponer en su número 1 que debe inscribirse en el Registro Mercantil la *ejecución* de dicho acuerdo. Aquí se consolida una práctica tradicional en los Registros Mercantiles, que venía propiciada por el artículo 89 de la Ley vigente y el artículo 116 del Reglamento Mercantil, de inscribir tanto el acuerdo de aumento como la ejecución del mismo, si bien modalizando tales inscripciones, cuando se referían sólo al aumento, haciendo constar que la nueva cifra de capital no surtiría efecto hasta que se hiciese constar el desembolso del mismo, práctica que ahora sanciona explícitamente el número 3 del precepto comentado. Mas el verdaderamente conflictivo es el número 2 del artículo, y especialmente en sus relaciones con el Registro de la Propiedad cuando se trate de inmuebles, ya que quedando obligados los suscriptores a hacer su aportación *desde el momento mismo de la suscripción* surge el problema de cuál será el título para inscribir tal aportación a nombre de la sociedad, lo cual queda resuelto si la suscripción se produce en el mismo acto de la Junta, que acuerda el aumento, ya que entonces, al elevar a escritura pública la certificación del acuerdo de aumento aparecerá también la aportación del bien, sin más que exigir como requisito adicional la comparecencia en la escritura del aportante,

ya que el juicio de capacidad, fe de conocimiento, etc., no pueden quedar sometidos exclusivamente al arbitrio de la Junta, sino a la intervención del Notario y calificación del Registrador, mas el supuesto se complica cuando la suscripción y correlativa aportación se realiza con posterioridad, para lo cual será precisa una nueva escritura con comparecencia del aportante y transcripción del acuerdo social.

Mas no acaban con ello los problemas, pues surge el de si tales aportaciones, que pueden ser varias, con diferentes aportantes, pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la ejecución del acuerdo de ampliación. Entra en juego aquí la posible aplicación del artículo 383 del Reglamento Hipotecario. Sabido es que la mayoría de la doctrina ha interpretado este precepto en el sentido de que la frase «sin haberse practicado la que corresponda en el Registro Mercantil» se refiere a la escritura de constitución de sociedad, pero sin que sea necesario, una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, esperar para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos posteriores, a la inscripción previa de los mismos en el Mercantil, e incluso en algún caso concreto como el de emisiones de obligaciones con garantía hipotecaria ha de inscribirse previamente en el Registro de la Propiedad la hipoteca, dado que sus datos han de hacerse constar en los títulos de la emisión, mas esta interpretación no deja de plantear cuestiones en el caso que nos ocupa, por consecuencia de la redacción del precepto comentado. Veámoslas:

1.^a Partiendo del supuesto de que la aportación se inscribió en el Registro de la Propiedad antes del otorgamiento de la escritura de ejecución del acuerdo de ampliación de capital, por existir varios aportantes de esta naturaleza o por tratarse de ampliación acordada en parte con aportación dineraria y en parte con aportación inmobiliaria, constando sólo la de uno o varios, pero no la total ejecución, lo que impide otorgar esta última escritura. ¿Cuál será el título para inscribir a nombre del aportante el bien transmitido a la sociedad transcurridos los seis meses desde que se abrió el período de suscripción? Resulta evidente en tal supuesto que no puede haberse presentado en el Registro Mercantil la escritura de ejecución del acuerdo, por lo que el aportante puede exigir, según dispone el artículo 99, 2, la restitución de las aportaciones realizadas, con lo que se precisará al menos una certificación del órgano de administración social acreditativa de no haberse completado el desembolso del aumento ni su presentación al Registro, y de su comparecencia en escritura pública para formalizar la restitución a favor del aportante.

2.^a ¿En qué situación queda el aumento de capital si se procede a

tal restitución? El acuerdo de aumento fue correcto y legal, y la sociedad, de acuerdo con el artículo 32, c), número 2, tiene derecho a exigir la entrega a los restantes obligados a realizar las aportaciones derivadas de la suscripción; mas, sin embargo, mientras se tramitan los procedimientos oportunos se ve obligada a restituir, con lo que cuando las restantes aportaciones se produzcan faltará la del primer aportante. ¿Se puede obligar a éste que cumplió totalmente sus obligaciones a que nuevamente aporte, o, por el contrario, debe quedar reducido el capital en la cuantía restituida?

Téngase en cuenta que en este supuesto no parece aplicable el artículo 98 del Anteproyecto, que permite fijar el aumento en la cantidad efectivamente suscrita si así se hubiese previsto, ya que en el supuesto que comentamos partimos del supuesto de que la suscripción total sí ha existido.

3.^a La facultad de exigir la restitución se concede aun cuando se hubiese verificado íntegramente la suscripción y desembolso, siempre que los documentos acreditativos de la ejecución del acuerdo no se presenten para su inscripción en el Registro dentro de los seis meses desde que se abrió el plazo de suscripción. Aparte del problema que plantea el hecho de que el plazo de suscripción puede ser, de conformidad con el artículo 95, 1, del Anteproyecto, el que los administradores concedan sin más cortapisa que la de que no podrá ser inferior a un mes, lo que supone que puede ser superior a los seis meses de que habla el artículo 99, con lo que dado que estos seis meses se computan desde que se abrió el período de suscripción puede suceder que resulte imposible, dentro de los límites del propio acuerdo, el que se formalicen tales documentos en tal período, surge igualmente el problema de en qué situación queda el aumento de capital. El acuerdo fue válido, los socios suscribieron y desembolsaron, no se presentan los documentos en plazo y los suscriptores, todos o algunos, reclaman la restitución, ¿queda sin efecto el aumento acordado? Esto deja en manos de los administradores la viabilidad de los aumentos de capital, ya que les bastaría con no realizar la presentación en el Registro Mercantil para que el acuerdo de la Junta se venga abajo. Ciertamente que se podrá exigir su responsabilidad, pero ello no salva la necesidad de la sociedad de llevar a cabo el aumento y, por otra parte, su efectividad dependerá de la situación patrimonial de los administradores.

4.^a Se exige la simple presentación de los documentos en el Registro Mercantil, no la inscripción de los mismos, con lo que la posible calificación denegatoria no concede la posibilidad de exigir la restitución, ya que la presentación sí tuvo lugar, con lo que se obliga al recurso o a instar la nulidad de los acuerdos para obtenerla, y, por otra parte,

resulta contradictorio tal precepto con el artículo 97, g), del propio texto que se refiere a la fecha en que haya sido *inscrita* en el Registro Mercantil la ejecución del acuerdo de aumento de capital, como igualmente resulta contradictorio el que el artículo 97, g), permita fijar el plazo para exigir la restitución libremente, mientras que el 99, sin tener en cuenta esa libertad, señala los seis meses referidos.

Ante tal cúmulo de problemas, que pueden verse agravados en los supuestos de desembolsos parciales, creemos que la aplicación del artículo 383 del Reglamento Hipotecario debe sustraerse a la interpretación tradicional y optar por la tesis contraria, o sea, que sea requisito previo la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de ejecución del acuerdo de aumento de capital para poder inscribir en el Registro de la Propiedad la aportación de los bienes a favor de la sociedad, aunque ello comporte el riesgo de que aparezcan embargos sobre los mismos en tanto no accedan al Registro tales documentos, riesgo que igualmente existe en la actualidad, dado que entre el acuerdo de ampliación y la formalización documental del mismo siempre existe un período en el que tal situación puede producirse, aunque lo que quizá fuese deseable sería una redacción más afortunada del precepto comentado. Esperamos que en la discusión del Anteproyecto realizada en las Cortes se dé solución a los múltiples problemas planteados.

* * *

Después de pronunciada esta conferencia, el proyecto de reforma de la legislación mercantil, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, de 5 de octubre de 1987, ha sufrido algunas alteraciones en el texto definitivamente presentado a las Cortes Generales de fecha 22 de abril de 1988, que afectan a algunas de las cuestiones expuestas en la misma, por lo que quedaría incompleto este modesto trabajo si no hiciésemos referencia a las mismas, aunque lo sea brevisimamente y al solo efecto de no inducir a confusión al lector.

La primera, y muy importante, a nuestro juicio, ha sido la supresión en el artículo 1.º de la frase «salvo en los supuestos previstos por la presente Ley», que conlleva lógicamente la del inciso final de los artículos 12 y 13 que regulaban el supuesto de accionista único. Los redactores del proyecto al fin se han dado cuenta de que el supuesto de accionista único es contradictorio con el concepto de sociedad, aparte de que cuando se trataba de sociedades dominantes provocaba unos supuestos de posibles fraudes verdaderamente graves, por lo que ha optado por su supresión, volviendo a la redacción original de la Ley de Sociedades Anónimas, así pues, el supuesto de accionista único vol-

surdo que los administradores pudiesen revisar tales valoraciones sin título alguno de capacidad y más aún que cualquier accionista pudiese pedir también la revisión, para lo que nuevamente el Juez habría de designar un perito, que perfectamente podía ser el designado anteriormente a la constitución, con la consiguiente reproducción del informe anterior, que volviese a revisar la valoración. La precaución era lógica en el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas vigente, por cuanto ninguna garantía se exigía al tiempo de la constitución en orden a la realidad y valoración de las aportaciones, pero resulta innecesaria y reiterativa en el régimen del Proyecto.

Igualmente se han introducido en el Proyecto artículos relativos a la impugnación de acuerdos sociales, disolución, etc., pero debemos resaltar, por su importancia, dado que viene a resolver los numerosísimos problemas y discusiones que había planteado su predecesor, la del artículo 72 de la Ley, que no aparecía en el Anteproyecto anterior, aunque sí en el del año 1979. Y tiene especial importancia la regulación introducida para los Registradores Mercantiles, dado que, como ya reconocía nuestro subdirector general, ANTONIO PAU, en su conferencia «La Dirección General de los Registros y del Notariado y la Jurisprudencia Registral», pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores el día 13 de diciembre de 1985, publicada por el mismo Colegio en 1986 bajo el título de *Propiedad, urbanismo, Derecho comunitario europeo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (página 335), colocaba a los Registradores en el difícil dilema de inscribir actos nulos, según reconocía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la consiguiente responsabilidad del Registrador, o no seguir la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General, manteniendo cada vez un recurso a fin de quedar exento de responsabilidad por tal actuación.

En el Proyecto actual el artículo 72 dispone:

«1. Los administradores no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años y podrán, sin embargo, ser reelegidos por períodos de igual duración máxima.

»2. El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar el nombre o denominación social, la edad, el domicilio y la nacionalidad.»

Dada la importancia que para los Registradores de la Propiedad tiene en orden a los actos sobre inmuebles, la circunstancia de la vigen-

cia del cargo de tales administradores nos creemos obligados a realizar un breve estudio del referido precepto, ya que de haber existido en el Anteproyecto también hubiese sido materia de la conferencia.

Los redactores del Proyecto han tratado de resolver las dudas que planteaba la interpretación del actual artículo 72 y las han resuelto en el sentido que manifestaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 10 de junio de 1978 y 30 de junio de 1981, frente a la doctrina de la Dirección General, manifestada en las Resoluciones de 9, 11 y 13 de junio de 1980; 15 de septiembre y 24 y 26 de noviembre de 1981, y 25 de febrero y 1 de marzo de 1983. Nuestra opinión en tal materia es sobradamente conocida y no vamos ahora a insistir en la bondad de los argumentos que defendía la tesis ahora refrendada por el Proyecto, pero sí vamos a comentar brevemente el texto propuesto en orden a su aplicación a los Registros de la Propiedad.

En primer lugar debemos resaltar, como ya lo hicimos en los acuerdos que motivaron las Resoluciones de 24 y 26 de noviembre de 1981, que el precepto no fija un plazo de duración a los nombramientos de administradores, sino simplemente una prohibición de que los nombramientos excedan del máximo señalado. Ello implica necesariamente el que los Estatutos o el nombramiento han de señalar el plazo de duración (Resolución de 23 de julio de 1984) y, conforme a la doctrina que se deduce de la Resolución de 24 de noviembre de 1981, los Estatutos, en cumplimiento de la letra h) del artículo 13 del Proyecto (concordante con el mismo apartado del artículo 11 vigente), al exigir que conste «el modo de proveer las vacantes que se produzcan», y del artículo 73 del texto vigente, han de establecer el sistema de renovación parcial cuando el órgano administrador sea el Consejo de administración, y ello porque, como ya sosteníamos en el acuerdo citado, y confirmó la Dirección General, la frase no puede referirse a otra materia, por cuanto es evidente que las vacantes que se produzcan sólo pueden proveerse por nombramiento de la Junta general (art. 71 de la Ley) o por el Consejo de modo provisional (art. 73) y sería absurdo que el legislador exigiese la constancia en los Estatutos de lo que ya dice la Ley, por lo que tal frase se está refiriendo claramente al modo de proveer las vacantes en el sistema de renovación parcial, que sí es de libre establecimiento en cada sociedad, tanto en orden al número de consejeros a renovar como en los plazos, uno o varios, parciales de renovación. Esta es materia sujeta al principio dispositivo de libertad de pacto y los Estatutos quedan en libertad para su regulación.

Por consiguiente, los Registradores de la Propiedad hemos de cuidar, cuando intervienen los administradores sociales, no sólo el hecho de que se nos exprese la fecha del nombramiento, sino también la duración

prevista para el cargo, circunstancia que pocas veces aparece en las escrituras, ya que la presunción de que dura cinco años no existe, dado que los Estatutos pueden haber establecido un plazo menor, sin que tampoco, respecto a tales cargos, sirva la presunción de vigencia que se da respecto a los apoderados cuando éstos exhiben el poder, ya que al contrario de lo que sucede con los apoderados a los administradores no se les puede retirar la copia en virtud de la cual actúan como órganos sociales, tal como prevé el artículo 1.733 del Código Civil para los apoderados, por cuanto su nombramiento puede resultar de la propia escritura de constitución social, o de testimonio del acuerdo de nombramiento o de simple certificación del mismo, pues todos estos documentos son hábiles para ello, según el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil. En cambio, queda ya perfectamente claro que si la fecha de un nombramiento es anterior en más de cinco años al momento de la actuación, ésta es inadmisibile.

Otra cuestión a aclarar es que el plazo del nombramiento ha de computarse desde el momento en que la Junta lo acuerda y no desde la fecha de la aceptación, a pesar de que el precepto disponga, como ya lo hace el texto actual, que el nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación. pues una cosa es que el administrador puede actuar desde el momento en que acepta, y no antes, y otra que se cuente su duración desde este momento. De aceptarse este segundo momento como inicio del cómputo el sistema de renovación parcial que han de prever los Estatutos quedaría totalmente inoperante, ya que si un consejero dilata su aceptación, y dado que el cómputo, según la Resolución de 21 de mayo de 1986, es de fecha a fecha, y no hasta la primera Junta general, su retraso motivaría la alteración del sistema de renovación estatutario, por lo que los plazos son los mismos para todos los consejeros que integran cada grupo, independientemente de que hayan aceptado en fechas diferentes.

Cuestión importante también es que no obstante la aceptación, a los efectos de otorgar documentos a inscribir en el Registro de la Propiedad han de acreditar la inscripción de su nombramiento en el Registro Mercantil, ya que la falta de este requisito, según la doctrina de la Dirección General, constituye defecto subsanable (Resolución de 3 de marzo de 1986).

Conviene resaltar que el hecho de que la presentación del nombramiento en el Registro Mercantil se realice después de los diez días a que se refiere el apartado 2 del artículo comentado, no afecta para nada a la validez de sus actuaciones, ello podrá suponer una responsabilidad para los administradores que incumplan tal mandato, pero en

nada obsta a la validez del nombramiento ni de la actuación derivada del mismo.

Sin embargo, es criticable la redacción dada a la parte final del apartado 1 del citado artículo, cuando nos dice que podrán ser reelegidos «por períodos de igual duración máxima». A nuestro juicio, al precepto le sobra la palabra «máxima», pues si los Estatutos han establecido el período de duración, lo cual es obligatorio, ya que, como decimos, el artículo 72 sólo establece una prohibición y no un plazo, las reelecciones lo serán por períodos iguales al inicial y no por el máximo de cinco años, lo cual sólo sucederá cuando los Estatutos hayan señalado como plazo el de cinco años.

También es de resaltar que entre las circunstancias ha de consignarse la edad, lo cual ya lo exigía el artículo 108 del Reglamento, surgiendo la duda de si tal expresión implica expresar el número de años o basta simplemente con manifestar que es mayor de edad, como se deduce del artículo 158 del Reglamento Notarial, si bien este último precepto ya deja a salvo la necesidad de expresar el número de años cuando fuese indispensable para el acto o contrato, lo cual parece excesivo en el caso que nos ocupa, máxime por cuanto el propio Proyecto, al regular la materia en sociedades limitadas, omite la expresión de tal circunstancia, con lo que queda en contradicción con el Reglamento, que la exige en el artículo 121.

Por último, hay que tener en cuenta la alteración de la numeración de los artículos en el Proyecto actual, ya que la conferencia responde al texto publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* de octubre de 1987.

Barcelona, 12 de junio de 1988.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad de Barcelona 14

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) ACUERDOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Convenio sobre capacidad matrimonial.*—El *Boletín Oficial del Estado* del 16 de mayo publica el Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980.

Los Estados signatarios del Convenio, miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil, queriendo establecer normas comunes relativas a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial a sus nacionales para la celebración del matrimonio en el extranjero, teniendo en cuenta la Recomendación relativa al Derecho matrimonial adoptada por la Asamblea General de la Comisión Internacional del Estado Civil en Viena el 8 de septiembre de 1976, convienen en su artículo 1 que cada Estado contratante se obliga a expedir un certificado de capacidad matrimonial conforme al modelo anejo al presente Convenio, cuando uno de sus nacionales lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna, con respecto a la ley del Estado que expida el certificado, las condiciones necesarias para contraer dicho matrimonio.

En la ratificación, fechada el 10 de febrero pasado, España declara que las autoridades competentes para expedir los certificados son los Cónsules o Jueces encargados de los Registros Civiles y, por delegación de estos últimos, los Jueces de Paz.

2. *Convenio sobre diversidad de apellidos.*—Se ratifica, con fecha 16 de marzo pasado, el Convenio relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos hecho en la Haya el 8 de septiembre de 1982. Su texto lo publica el *Boletín Oficial del Estado* del 10 de junio último y según él, los Estados signatarios del Convenio, miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil, deseosos de atenuar las dificultades encontradas por ciertas personas a las que, según la ley de un Estado, se les atribuye un apellido distinto de aquel que les reconoce otro Estado, convienen en el artículo 1 que el certificado de diversidad de apellidos establecido en el presente Convenio estará destinado a fa-

cilitar la prueba de su identidad a las personas que, a consecuencia de las diferencias existentes entre las legislaciones de ciertos Estados, especialmente en lo referente a matrimonio, filiación o adopción, no son designados por un mismo apellido.

Dicho certificado tendrá como único objeto hacer constar que los diversos apellidos que en él figuran, designan, según legislaciones diferentes, a una persona. No podrá tener como objeto afectar a las disposiciones legales vigentes que rigen en materia de apellidos.

En el artículo 2 se dice que el certificado deberá ser expedido a cualquier interesado, previa muestra de los documentos justificativos, bien por las autoridades competentes del Estado contratante del que es nacional, o bien por las autoridades competentes del Estado contratante por cuyas leyes se le atribuye, aunque sea nacional de otro Estado, un apellido diferente del que resulta de la aplicación de su ley nacional.

Y en el artículo 3 se ordena que el certificado expedido de conformidad con el Convenio será admitido en cada uno de los Estados firmantes como fehaciente, salvo prueba en contrario, de la exactitud de los datos relativos a los distintos apellidos de la persona designada.

España designa como autoridad competente para expedir el certificado al Juez encargado del Registro Civil correspondiente.

3. *Modificación de Reglamentos de la CEE sobre estructuras agrarias.*—Con fecha 15 de junio de 1987 se ha adoptado en Luxemburgo el Reglamento (CEE) número 1760/87, del Consejo, de 15 de junio de 1987, por el que se modifican los Reglamentos (CEE) números 797/85, 270/79, 1360/78 y 355/77 en lo relativo a las estructuras agrarias y la adaptación de la agricultura a la nueva situación de los mercados y conservación del espacio rural.

En su artículo 1 se dispone que el Reglamento (CEE) número 797/85 queda modificado en los términos siguientes:

1) El artículo 1 se sustituye por el texto siguiente:

«Artículo 1

1. Con el fin de ayudar a la adaptación y orientación de la agricultura en la Comunidad, y permitir así su continuo desarrollo, se establece una acción común con arreglo al apartado 1 del artículo 6 del Reglamento (CEE) número 729/70, que los Estados miembros deberán aplicar y cuyos objetivos son los siguientes:

- i) contribuir a restablecer el equilibrio entre la producción y la capacidad del mercado;
- ii) contribuir a la mejora de la eficacia de las explotaciones mediante una evolución y una reorganización de sus estructuras;

- iii) mantener una Comunidad agrícola viable, inclusive en las zonas de montaña y en las zonas desfavorecidas;
- iv) contribuir a la protección del medio ambiente y a la conservación duradera de los recursos naturales de la agricultura.

2. De acuerdo con el título VIII, la participación del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, Sección Orientación, denominado en lo sucesivo «Fondo», en la acción mencionada en el apartado 1 se refiere a las medidas relacionadas con:

- a) los regímenes destinados a estimular la reconversión y la extensificación de la producción;
- b) las inversiones en las explotaciones agrícolas y la instalación de jóvenes agricultores;
- c) otras medidas en favor de las explotaciones agrícolas relativas a la introducción de una contabilidad, así como el establecimiento y funcionamiento de agrupaciones, servicios y otras acciones destinadas a varias explotaciones;
- d) las medidas específicas en favor de la agricultura de montaña y de ciertas zonas desfavorecidas;
- e) las medidas específicas tendentes a la protección del medio ambiente y a la conservación del espacio natural;
- f) las medidas forestales en favor de las explotaciones agrícolas;
- g) la adaptación de la formación profesional a las necesidades de una agricultura moderna.»

2. Se entenderá por extensificación con arreglo a la letra *h)* del apartado 1, la disminución de la producción del producto de que se trate en al menos 30 por 100, sin que aumenten las capacidades de las otras producciones excedentarias tal como se definen en el apartado 1. No obstante, se admitirá dicho aumento a prorrata de un posible aumento de la superficie agrícola útil de la explotación. Cuando la disminución de la producción se realice mediante la sustracción de superficies agrícolas a la producción agrícola, dichas superficies podrán dejarse en barbecho con posibilidad de rotación, repoblarse forestalmente o utilizarse con fines no agrícolas.

3. A petición justificada, y con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 25, la Comisión podrá autorizar que un Estado miembro no aplique el régimen en las regiones o zonas en las que las condiciones naturales o el riesgo de despoblación desaconsejen una reducción de la producción.

La Comisión adoptará, según el procedimiento del artículo 25, las

normas de desarrollo y, en particular, los criterios para la delimitación de las regiones o zonas contempladas en el párrafo primero.

4. Se autoriza a Portugal para que no aplique el régimen contemplado en el apartado 1 durante la primera etapa de la adhesión.

Artículo 1 ter

1. Por lo que respecta a la ayuda en favor de la extensificación de la producción, los Estados miembros determinarán:

a) las condiciones de la concesión de la ayuda; éstas deberán incluir la condición de que, de conformidad con el apartado 2 del artículo 1 bis y al menos por un período de cinco años:

- en lo que se refiere a los cereales, la superficie dedicada a dicha producción disminuirá por lo menos un 20 por 100;
- en lo que se refiere a la producción de la carne de vacuno, el número de unidades de ganado disminuirá en un 20 por 100;
- en lo que se refiere a la producción de vino, el rendimiento por hectárea disminuirá el 20 por 100.

La Comisión podrá autorizar a un Estado miembro a aplicar otras modalidades de disminución de la producción, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 1 bis.

- b) llegado el caso, las modalidades de disminución para los demás productos;
- c) el período de referencia según la producción afectada para el cálculo de la disminución;
- d) el compromiso que deberá suscribir el beneficiario, en especial con miras a una verificación de que se ha reducido, efectivamente, la producción;
- e) la forma y el importe de la ayuda financiera en función del compromiso suscrito por el beneficiario y en función de las pérdidas de ingresos.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Tribunal Constitucional.*—La Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, reforma determinados preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, regulando los supuestos de inadmisión de recursos de

amparo, que requerirá la unanimidad de los miembros de la Sección correspondiente, revistiendo el acuerdo la forma de providencia. Contra esta providencia sólo puede recurrir el Ministerio Fiscal (BOE de 11 junio).

2. *Beneficios fiscales para 1992.*—La Ley 12/1988, de 25 de mayo, establece beneficios fiscales respecto a determinados actos relacionados con la Exposición Universal de Sevilla, V Centenario del Descubrimiento de América y Juegos Olímpicos de Barcelona, del año 1992. Dichos beneficios se extienden a los Impuestos sobre Sociedades, Renta de las Personas Físicas, IVA y tributos locales.

En cuanto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, los artículos 11 y 26 establecen una bonificación del 95 por 100 de la cuota cuando los bienes y derechos adquiridos se destinen a la realización de las inversiones a que se refiere esta Ley.

3. *Impuesto de Sucesiones y Donaciones.*—El Real Decreto 422/1988, de 29 de abril (BOE, 5 de mayo), dicta normas provisionales para la gestión y liquidación de este Impuesto, que compete a las Delegaciones y Administraciones de Hacienda o, en su caso, a las oficinas de las Comunidades Autónomas que tengan cedido el tributo. Se regulan la presentación de documentos, con sus plazos, y prórrogas, la competencia territorial, las liquidaciones parciales y la autoliquidación cuando proceda.

La disposición adicional primera autoriza a las Comunidades Autónomas para encomendar a las Oficinas a cargo de Registradores de la Propiedad las funciones de gestión y liquidación de este Impuesto. Ya lo han hecho expresamente Andalucía, Aragón, Asturias, Cataluña, Castilla y León, Galicia, Murcia y Valencia. Además existe igualmente en Navarra en virtud de su régimen especial.

Es de interés general el artículo 6 de este Real Decreto, donde se dispone que los Registros no admitirán ningún documento sujeto al Impuesto sin que se justifique el pago, la declaración de exención o no sujeción, mediante la presentación a la oficina competente. En los casos de autoliquidación o de liquidación pendiente, el Registrador pondrá nota marginal de afección, expresando el importe de lo satisfecho; la nota se extenderá de oficio y sólo se cancelará por la presentación de la carta de pago o por caducidad a los cinco años de su fecha.

Igualmente es interesante para las Oficinas Liquidadoras del Impuesto de Sucesiones y Donaciones la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de junio de 1988, aprobando los modelos de autoliquidación y señalando la forma de presentar e ingresar, para el caso de que los sujetos pasivos opten por este procedimiento, de acuerdo

con lo dispuesto en el artículo 34, 2, de la Ley correspondiente. (BOE, 29 de junio.)

C) NORMAS AUTONÓMICAS

1. *Aragón*.—La Ley de 25 de abril de 1988 establece que los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza.

2. *Cataluña*.—La Ley Forestal de Cataluña, de 13 de marzo de 1988, regula el ordenamiento de los terrenos forestales de esta región para asegurar su conservación y garantizar la producción de materias primas, aprovechar los recursos naturales renovables y mantener las condiciones para el uso de estos terrenos. Distingue terrenos forestales de naturaleza pública y protectores y terrenos forestales de naturaleza privada. La gestión de estos últimos corresponderá a sus titulares, pero con las limitaciones y condiciones establecidos en la misma Ley.

3. *Galicia*.—La Ley de 27 de abril crea el Instituto Gallego de la Vivienda y el Suelo, al cual corresponde la realización de la política de la Junta de Galicia en estas esferas. Para ello se concede a este organismo personalidad jurídica y patrimonio propio, gozando de plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus finalidades.

El Decreto de 7 de abril de 1988 regula la concentración parcelaria de carácter privado, desarrollando los artículos 57 a 60 de la Ley gallega sobre la materia de 14 de agosto de 1985.

4. *País Vasco*.—La Ley de 15 de abril de 1988 concede a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco los derechos de tanteo y retracto sobre todas las transmisiones a título oneroso de viviendas de protección oficial, en las condiciones que se señalan en su articulado.

Por Decreto legislativo de 17 de mayo se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

También en el País Vasco, el Decreto de 17 de mayo, señala medidas financieras y régimen de venta y renta de las viviendas de protección oficial de promoción privada.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Curso de conferencias del Colegio de Registradores*.—Ha comenzado, en el salón de actos del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el curso de conferencias de

este año que está dedicado al tema general «Centenario de la Ley de Bases del Código Civil y sus relaciones con la legislación hipotecaria».

El día 6 de junio, don GERMÁN GALLEGU DEL CAMPO, Registrador de la Propiedad de Avilés, expuso su conferencia sobre «El espíritu de creación de la legislación hipotecaria como independiente y su problemática en la Ley de Bases», haciendo una acabada panorámica de la cuestión.

El día 13 del mismo mes, don PABLO CASADO BURBANO, Registrador de Lérida, habló sobre «Marco histórico y dimensión hipotecaria de la Ley de Bases del Código Civil», donde distinguió las dos facetas con gran maestría, recalcando el aspecto profesional del Registrador a la hora de aplicar el Derecho vigente.

Por último, don ANTONIO MANZANO SOLANO, también Registrador, de Córdoba, habló del «Objeto de la inscripción: Artículo 605», pero no se limitó a examinar este precepto, de todos conocido, sino más bien a desentrañar el sentido y contenido de los asientos y su efectividad.

Las tres conferencias tuvieron gran altura doctrinal y fueron expuestas con gran brillantez.

El resto del programa, hasta doce conferencias que integran el temario, será completado una vez pase el descanso estival.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—En primer lugar debemos destacar entre las actividades de esta docta Corporación el discurso de ingreso como Académico de Número del Excelentísimo señor don AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho Mercantil y distinguido miembro del Consejo de Redacción de esta *Revista*. El discurso, que tuvo lugar el 16 de mayo, versó sobre el tema «La competencia desleal», magistralmente desarrollado por el recipiendario, a quien felicitamos afectuosamente por su ingreso, que nos honra.

Sigue en dicha Real Academia el desarrollo del primer ciclo de conferencias en conmemoración del Centenario del Código Civil, del que ya dábamos cuenta en nuestro número anterior. Ultimamente se han pronunciado otras cuatro conferencias, que son las siguientes:

- «La polémica de la libertad de testar en el proceso de codificación», por don MIGUEL CASALS COLLDECARRERA.
- «El Congreso Jurídico Español de 1986 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», por don ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL Y ALVAREZ CIENFUEGOS.
- «Alonso Martínez y la Codificación Civil», por doña VALENTINA GÓMEZ MAMPASO.
- Y «La Ley de Bases del Código Civil», por don FRANCISCO BONET RAMÓN.

3. *Jornadas de Estudio en Mataró.*—Organizadas por el Instituto de Estudios Metropolitanos de Barcelona, en el mes de mayo se han celebrado en el Ayuntamiento de Mataró estas jornadas de estudio y debate sobre el tema «La interrelación entre Registro de la Propiedad, Catastro y Administración Urbanística: Informatización e implantación de base gráfica».

La necesidad de establecer tal interrelación eficaz se ha constatado últimamente desde los diferentes ámbitos de actuación pública que inciden sobre el territorio y aquí se ha estudiado la aplicación de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de agosto de 1987 sobre informatización e implantación de una base gráfica en los Registros de la Propiedad.

La ponencia sobre «Ordenación urbanística y Registro de la Propiedad y su coordinación: aspectos históricos y jurídicos, consideraciones y propuestas», corrió a cargo de don Luciano Parejo Alfonso, Director de Estudios de Administración Local.

Los Registradores de la Propiedad de Mataró y Burgos, respectivamente, don MARIANO VA AGUAVIVA y don GABRIEL GRAGERA IBÁÑEZ desarrollaron la ponencia sobre «Informatización y base gráfica en los Registros de la Propiedad; interconexión con el Catastro y la Gestión Urbanística. Reflexiones teóricas, programas y experiencias prácticas de informatización e implantación de base gráfica en los Registros de la Propiedad; mecanismos de interconexión».

Doña ANGELA ACIN FERRER y don GUILLERMO-JOSÉ BAUZÁ CARDONA, Gerentes de los Centros de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de Barcelona y Burgos, respectivamente, expusieron el tema: «Experiencias, posibilidades y proyectos en ejecución para la coordinación y tratamiento informático de los datos catastrales».

4. *Academia Matritense del Notariado.*—En los dos meses anteriores han tenido lugar tres conferencias en el salón de actos del Ilustre Colegio Notarial de Madrid:

- «El artículo 464 del Código Civil y las cosas furtivas», por don FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, Catedrático de Derecho Civil.
- «Novedades en la Legislación Civil de Cataluña», por don ROBERTO FOLLÍA CAMPS, Notario.
- Y «La falsedad en el documento público», por don ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Vocal del Consejo del Poder Judicial.

5. *Curso de Derecho Agrario.*—En el salón de Actos del Instituto Superior de Investigaciones Científicas se ha celebrado la clausura del

XXIV curso que patrocina la Asociación Española de Derecho Agrario y entrega de diplomas a los alumnos que han asistido y superado las pruebas.

El Director del Curso, don JUAN JOSÉ JARQUE, Catedrático de Derecho Agrario de la Universidad Politécnica de Madrid, hizo una exposición de los trabajos realizados y el acto se cerró con unas palabras del Presidente de la Asociación, don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, quien anunció para el próximo curso la exposición de las materias referentes al Derecho comunitario europeo.

6. *Jornadas sobre sociedades de capital*.—Organizadas por el Instituto Regional de Cooperación Europea de la Universidad de Murcia se han celebrado estas «Jornadas sobre la reforma del régimen español de las sociedades de capital», con el siguiente programa:

- «Constitución de la sociedad», a cargo de don FRANCISCO VICENT CHULIÁ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.
- «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», a cargo de don ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, Catedrático de Derecho Internacional privado de la Universidad de Murcia.
- «Régimen de capital», a cargo de don RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense.
- «Régimen sobre órganos sociales», a cargo de don GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, Director del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense.
- «Régimen de las fusiones y de los grupos de sociedades», a cargo de don JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, Subdirector del Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares.
- «Régimen de la sociedad de responsabilidad limitada y de la comanditaria por acciones», a cargo de don LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Decano de la Facultad de Derecho y Catedrático de la Universidad de Alicante.
- Mesa redonda «Resumen sobre las consecuencias prácticas de la materia de las jornadas».

Han intervenido también:

- Don GASPAR DE LA PEÑA VELASCO, Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad de Murcia.
- Don ENRIQUE MARTÍNEZ ABARCA, Registrador Mercantil.

- Don FRANCISCO CORONADO FERNÁNDEZ, Notario.
- Don JUAN ANTONIO GARCÍA LÓPEZ, Economista.
- Don ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, Catedrático de Derecho Interacional Privado de la Universidad de Murcia.

JURISPRUDENCIA

I Sentencias del Tribunal Constitucional.

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 23 de febrero de 1988.*—CUANTIA DE LA LITIS A EFECTOS DE CASACION.—En el caso de cuantía indeterminada, debe resolverse en el sentido más adecuado para asegurar la tutela judicial efectiva.—Sala 1.ª—Ponente: Sr. Díaz Eimil.—Voto particular del Sr. Díez-Picazo (BOE, 18 de marzo).

Hechos.—1. Por escrito que tuvo entrada en el Tribunal Constitucional el 7 de agosto de 1986, don Carlos Ibáñez de la Cadiniere, Procurador de los Tribunales, interpone recurso de amparo constitucional en nombre y representación de la Entidad Mercantil «R. Beca y Cía., Industrias Agrícolas, Sociedad Anónima», contra Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1986 que denegó el recurso de queja presentado contra otro Auto de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla de 22 de abril del mismo año, por el que se declaró no haber lugar a tener por preparado recurso de casación contra Sentencia del día 4 de abril de 1986.

Pide que, previa declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas, se ordene a la Sala Primera del Tribunal Supremo admitir el recurso de casación interpuesto por la solicitante de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 4 de abril de 1986.

2. La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

El 10 de febrero de 1985, la Entidad solicitante de amparo formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don Ignacio Rivero Ondovilla y otros. A los efectos procesales pertinentes, se declaró que la cuantía del pleito no podía ser determinada por las reglas del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, se decía, no podía entenderse como precio de las cosas cuya entrega se solicitaba la cantidad simbólica que figuraba en las escrituras públicas de compra-venta.

El pleito se tramitó como de cuantía indeterminada, dentro de los trámites de juicio declarativo de mayor cuantía. Los demandados no se opusieron al valor dado a la cosa litigiosa por la parte actora, o la clase de juicio que ésta propuso. Quedó así fijado, por consenso unánime entre la actora, el Juzgado y las partes, que la cuantía del pleito no podía determinarse por las reglas del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

y que debió tramitarse por ello por las reglas del juicio declarativo de mayor cuantía.

Una vez terminado el juicio de Primera Instancia, el 4 de noviembre de 1983, el Secretario inició el procedimiento administrativo de exacción de las tasas parafiscales judiciales, girando simplemente una liquidación, en la cual aplicó como base la cuantía de 500.001 pesetas. Lo mismo que ocurrió en la liquidación de costas practicadas después de terminar la Primera Instancia, se produjo en la liquidación practicada por el Secretario de la Audiencia. Conociendo del recurso, cuando todavía no había aparecido la modificación de la Ley rituarial de agosto de 1984, practicó una liquidación similar a la que venía unida con los autos de Primera Instancia. En este caso, la liquidación se realizó con algún formalismo superior, ya que en lugar de practicarla simplemente, sin ningún tipo de resolución procesal que lo ordenara o que demostrara haberse dado de ella vista a las partes, y una vez acabado el juicio, se dictaron en este caso dos providencias, una de 8 de febrero de 1984 y otra de 14 de mayo de 1985, donde, respectivamente, se dice:

«Dése vista a dichos Procuradores de la clasificación del procedimiento, a efectos de tasas y Mutualidad Judicial», y «practíquense las correspondientes liquidaciones de tasas y de pólizas de la Mutualidad Judicial y dése vista de aquéllas a sus efectos».

De la sentencia de Segunda Instancia cabe destacar, a efectos de recurso de amparo, que tanto la Sala Primera del Tribunal Supremo como la de la Audiencia Territorial conocían perfectamente que la cosa litigiosa ostentaba un valor muy elevado, ya que se trataba de tierras dedicadas al cultivo de arroz. El valor del mercado de las hectáreas de tierras dedicadas a ese cultivo aparece acreditado en autos y de él resulta que el valor de la cosa litigiosa supera ampliamente el límite establecido para la admisión del recurso de casación, por cuanto que llegaría a alcanzar una cifra entre 43.750.000 pesetas y 68.750.000 pesetas.

El Auto de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla de 22 de abril de 1986 declaró no haber lugar a tener por preparado recurso de casación por razón de la cuantía. Contra dicho auto se formuló recurso de queja, que fue desestimado por la Sala Primera del Tribunal Supremo por considerar que la cuantía de 500.001 pesetas por la que se siguió el pleito, había sido aceptada por la parte recurrente en cuanto que se acordó mediante resolución contra la que no opuso objeción alguna. Al no haberse acreditado fehacientemente que la cuantía litigiosa fuese de 3.000.000 de pesetas, ni que fuese inestimable, era procedente desestimar el recurso de queja.

3. Los fundamentos jurídicos de la demanda son que las resoluciones impugnadas han causado indefensión a la Entidad recurrente en cuanto dan por cierto un hecho falso —el haberse dictado una resolución judicial determinando la cuantía del pleito—, por la simple imposibilidad absoluta en que se encuentra aquél de probar que no ha sucedido tal hecho, pero acreditando todos los que racionalmente demuestran su falsedad.

Cuando la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla dice que «al presente procedimiento... se fijó la (cuantía) de 500.001 pesetas, de lo que se dio vista a las partes y por cuya cantidad se han girado las liquidaciones de tasas», obviamente se está refiriendo a las liquidaciones de tasas, aun-

que las magnifique y solemnice, haciendo figurar la fijación de la base de tasas parafiscales como separada del propio acto de liquidación, lo que no es cierto.

Por último, se ha privado de garantías y se ha producido indefensión al recurrente, infringiendo los artículos 24, 1.º, y 24, 2.º, de la CE, al negarle el derecho a formular un recurso de casación por causas no legales.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por «R. Beca y Cía., Industrias Agrícolas, Sociedad Anónima», y en su consecuencia:

1.º Reconocerle su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.º Anular el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1986 y el de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla de 22 de abril de 1986, confirmado por el anterior.

3.º Retrotraer las actuaciones en el recurso de apelación tramitado ante dicha Sala de la Audiencia Territorial al momento procesal inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de 22 de abril de 1986.

Fundamentos jurídicos.—1. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24, 1.º, de la Constitución, cuyo restablecimiento se pide en este recurso de amparo, viene imputada en la demanda de amparo a la resolución del Tribunal Supremo, que, en aplicación del artículo 1.687, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confirmó la declaración de la Audiencia Territorial de no haber lugar a tener por preparado recurso de casación contra sentencia dictada en juicio de mayor cuantía.

Considera la demandante que esa vulneración se ha producido al no tener en cuenta ambos Tribunales que la demanda civil señaló cuantía indeterminada, no contradicha por los demandados, y que el Juez, aceptándola, ordenó la tramitación del juicio de mayor cuantía, y en vez de reconocerle, en virtud de ello, el derecho a recurrir en casación se le deniega de manera arbitraria y errónea al tomar como cuantía litigiosa la de 500.001 pesetas señalada por las Secretarías del Juzgado y de la Audiencia a efectos de exacción de tasas judiciales y, por tanto, en actuaciones que no guardan relación alguna con la determinación de la clase de juicio, no susceptible de ser modificada sin las garantías del procedimiento previsto en los artículos 492 y siguientes.

2. La demandante de amparo y el Ministerio Fiscal citan la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1987, de 29 de enero, según la cual «es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24, 1.º, de la Constitución comprende, en los casos y con los requisitos que la Ley establezca, la utilización de los recursos legalmente previstos contra las resoluciones de los órganos judiciales, incluido el recurso de casación, y que, por tanto, infringe aquel derecho fundamental cualquier decisión de inadmisión de un recurso que no se funde en la aplicación razonada y razonable de una causa legal de inadmisibilidad, porque si bien es cierto que corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo la última decisión sobre la admisión de los recursos de casación ante ella interpuestos y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que el mismo está sujeto, también lo es que si no está justificada o debidamente motivada la decisión, se funda en un error, en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la

interpretación de los requisitos formales, puede el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, restablecer el derecho vulnerado y hacer efectiva la tutela judicial que garantiza el artículo 24, 1.º, de la Constitución».

En aplicación de esta doctrina, dicha sentencia otorga el amparo en un supuesto de inadmisión del recurso de casación que, aun siendo muy similar al aquí planteado, no autoriza a resolver éste con la simple traslación de su fundamentación jurídica, pues entre ambos supuestos existe la diferencia relevante de que en aquella sentencia se apreció que la decisión judicial de señalar la cuantía litigiosa en 600.000 pesetas, a pesar de haberse tramitado el pleito como de cuantía indeterminada, incurría en error o en omisión de fundamentación, mientras que en el caso de este recurso las resoluciones judiciales recurridas obtienen la cuantía mediante la valoración de unas actuaciones obrantes en el proceso, que considera acreditativas de que la demandante aceptó la de 500.001 pesetas, la cual no alcanza el límite establecido en el artículo 1.687, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Existe, por tanto, decisión judicial en la que no es apreciable error ni falta de fundamentación jurídica, y esto conduce a que el problema aquí debatido, una vez excluidas las causas del otorgamiento del amparo acogidas en la mencionada sentencia, quede reducido a examinar si el rechazo del recurso de casación intentado por la demandante de amparo es o no calificable de jurídicamente irrazonable, ya que tampoco es apreciable ausencia de causa legal en cuanto la apreciada por las resoluciones recurridas viene prevista en el artículo 1.867, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni interpretación formalista de este precepto contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, dado que los Tribunales que dictaron dichas resoluciones no realizaron interpretación alguna del mismo, sino que se limitaron a subsumir en él una de las dos cuantías que constaban en las actuaciones judiciales.

3. Los artículos 483 a 496 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen un sistema de determinación del juicio correspondiente basado, salvo casos especiales, en el valor de la cosa litigiosa, que se calcula a tenor de las reglas establecidas en el artículo 489, disponiendo el siguiente que «cuando no pueda determinarse por ellas se expresará en la misma demanda la clase de juicio en que haya de ventilarse». Señalada por el actor en su demanda la cuantía objeto del pleito o, en su defecto, la clase de juicio, el demandado, cuando el indicado es el de mayor cuantía, puede expresar su disconformidad, promoviendo el incidente que regulan los artículos 492 a 495 y que resuelve el Juez por medio de auto.

Una vez determinada la cuantía y la clase de juicio de acuerdo con dicho sistema, los recursos utilizables por las partes contra la sentencia que se dicte vienen predeterminados legalmente.

De distinta naturaleza y efectos es la cuantía que, al final de cada fase procesal, se señala inicialmente por el Secretario a efectos de liquidación de tasas judiciales con fines exclusivamente recaudatorios, y por ello carente de incidencia procesal alguna en la determinación de la cuantía, clase de juicio y recursos procedentes, como así reconoce el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de octubre de 1961 (art. 3.621) al declarar preclusiva la determinación hecha en la demanda, que no ha sido contradicha por el demandado en el procedimiento especialmente esta-

blecido a tal efecto en los artículos 492 a 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esas dos cuantías, de distinta naturaleza y efectos, son coincidentes cuando la primera de ellas se concreta en una determinada cantidad dineraria, siendo discordantes cuando se señala cuantía indeterminada, pues en tal caso, al no existir para esta cuantía una tarifa específica para la liquidación de las tasas judiciales, se gira ésta sobre la cuantía concreta que corresponda, dando ello lugar a que en las actuaciones judiciales consten dos cuantías diferentes: en el orden procesal, la indeterminada, y en el orden parafiscal, la concreta que se haya señalado.

Esto es lo que ha ocurrido en el caso presente, que ofreció a la Audiencia Territorial y al Tribunal Supremo una demanda con cuantía indeterminada tramitada por las reglas del juicio de mayor cuantía, que confería a las partes el derecho a interponer, en su momento, recurso de casación y una liquidación de tasas parafiscales girada sobre la base de 500.001 pesetas, que no alcanzaba el límite mínimo que permite la interposición del citado recurso.

La alternativa entre esas dos cuantías fue decidida por dichos Tribunales a favor de la efectuada con fines parafiscales, que conllevaba la improcedencia de la casación, desechando la cuantía inestimada que, habiendo sido establecida según las reglas y garantías legalmente establecidas, conducía a la solución contraria favorable a la admisión del recurso.

Dicha decisión supone incumplimiento del deber judicial de resolver, en el marco del ordenamiento jurídico positivo, en el sentido que resulte más adecuado a la efectividad de los derechos fundamentales, en este caso, al de tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 de la Constitución, en el que se incluye el derecho a acceder a los recursos previstos en la Ley incidiendo por ello en una vulneración constitucional, que debió evitarse con la admisión del recurso de casación a que el demandante tenía derecho en virtud de la cuantía inestimable de su demanda.

Procede por ello otorgar el amparo solicitado, debiendo explicarse que este otorgamiento no desconoce ni cuestiona en modo alguno la potestad exclusiva de juzgar que el artículo 117, 3.º, de la CE atribuye a la jurisdicción ordinaria, ni incumple la prohibición de sustituir la valoración judicial de los hechos o conductas procesales que el artículo 44, 1.º, b), de la LOTC impone a este Tribunal Constitucional, pues nuestra decisión, respetando íntegramente la apreciación judicial de que el demandante aceptó la cuantía de 500.001 pesetas señalada en la liquidación de tasas, se fundamenta en la consideración de que conceder preferencia a una cuantía señalada y aceptada exclusivamente a efectos de devengo de tasas parafiscales sobre la fijada de manera preclusiva e inexcusable a los específicos fines procesales de determinación de la clase de juicio en el procedimiento y con las garantías especialmente previstas para ello carece de justificación razonable desde la perspectiva de la protección que merece el derecho fundamental de acceder a los recursos previstos en las Leyes procesales, a cuyos efectos la jurisdicción ordinaria debió, además, tener en cuenta que en la propia sentencia contra la cual se intentó el recurso de casación se contienen declaraciones que acreditan fehacientemente un valor de la cosa litigiosa muy superior al límite de 3.000.000 establecido en el artículo 1.687, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en su tercer considerando, después de admitir como notorio el elevado valor de las tierras dedicadas al cultivo arrozero, se señala que la obligación cuyo

cumplimiento se pretende en la demanda consiste en la transmisión por parte de los demandados de «nada menos que 125 hectáreas largas en total de tierras para el cultivo de arroz», reconociéndose de esa manera por la jurisdicción, y con la solemnidad propia de la sentencia judicial, que la cuantía del juicio, de no aceptarse su condición de inestimable, si ello fuese legalmente posible, alcanzaba un valor que, en los términos de dicho artículo 1.687, 1.º, permitía a las partes interponer el recurso de casación, cuya inaceptación por las resoluciones recurridas se evidencia, también por esta razón, carente de la razonable fundamentación en Derecho que es exigible y obligada desde la mencionada perspectiva constitucional.

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—He disentido, en este asunto, del parecer de la mayoría de la Sala y he votado en contra de la estimación de este amparo. Me parece claro que, en materia civil, no constituye una exigencia del artículo 24 de la Constitución la existencia de recursos contra las resoluciones judiciales, y así ha sido reconocido por una extensa doctrina del Tribunal. Ello significa, por tanto, la libertad del legislador para organizar los recursos que pueden proceder y los requisitos para entablarlos. Lo dicho, que es aplicable a los recursos en general, resulta todavía de más notoria aplicación a un recurso extraordinario, como en materia civil es el de casación que se produce cuando ya han recaído dos resoluciones judiciales en dos instancias. De aquí deriva, necesariamente, la posibilidad de que el legislador establezca una cuantía mínima para la viabilidad del recurso de casación civil y que la determinación de cuál es la cuantía de un pleito, en orden a la procedencia del mentado recurso, sea materia de mera legalidad, en la cual, siempre que la resolución judicial que se dicte se encuentre jurídicamente fundada, no compete a este Tribunal realizar ningún tipo de control. Menos todavía le compete en la aplicación del artículo 24 de la Constitución, llevar a cabo la fijación de la referida cuantía o la decisión de si ésta, en el caso particular, se encuentra a un lado o al otro del límite legal. A mi juicio, al adoptar la decisión que en este caso se toma, se está yendo más allá de lo que es el límite de la justicia constitucional. Es verdad que el artículo 24 de la Constitución impone la interpretación de las normas legales que sea más favorable para el acceso a la justicia y, en el plano que ahora nos ocupa, para el acceso a los recursos; pero una cosa me parece que es la interpretación de las normas legales sobre los requisitos para recurrir y otra distinta la determinación de cuál sea en cada caso la cuantía concreta de un pleito.

Madrid, a 23 de febrero de 1988.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Firmado y rubricado.

2. *Sentencia de 1 de marzo de 1988.*—EXPROPIACION FORZOSA.—El justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación debe notificarse personalmente al afectado, no bastando hacerlo por edictos.—Sala 2.ª Ponente: Sr. De la Vega Benayas (BOE, 18 de marzo).

Hechos.—Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 13 de abril de 1987, procedente del Juzgado de Guardia, donde fue presentado el día 11 anterior, el Procurador don Eduardo Morales Price, en nombre de la Entidad Local Menor de Valldoreix, interpuso recurso de amparo contra

la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 5 de febrero de 1987.

La demanda se funda en los siguientes hechos: En expediente de expropiación de terrenos propiedad de «Previsión Regional, Sociedad Anónima», en favor de la Entidad Local Menor de Valldoreix (Barcelona), el Jurado Provincial de Expropiación fijó el justiprecio en 1.152.877 pesetas. Recurrida esta decisión por la Entidad expropiada en vía contenciosa, la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial no emplazó personalmente a la Entidad hoy recurrente, sino que se limitó al emplazamiento por edictos. El proceso se siguió entre la demandante y el Abogado del Estado, en defensa este último del Jurado Provincial de Expropiación, y sin intervención alguna de la Entidad Local Menor, y concluyó por Sentencia de 5 de febrero de 1987, que elevó el justiprecio a 6.533.009 pesetas.

El único fundamento jurídico de la demanda de amparo consiste en la violación producida en el proceso *a quo* del derecho fundamental de la Entidad recurrente a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión (art. 24 de la CE), violación derivada de la falta de emplazamiento personal de aquella que no pudo defender en el proceso sus derechos afectados por el mismo.

Se solicita que se anule la sentencia impugnada y se retrotraigan las actuaciones procesales a que puso fin al momento del emplazamiento para que la Entidad Local Menor de Valldoreix sea citada personalmente. En escrito adjunto se solicita también que se suspenda cautelarmente la ejecución de la sentencia recurrida.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar el recurso de amparo interpuesto por la Entidad Local Menor de Valldoreix, y en su virtud:

1.º Reconocer a dicha Entidad el derecho a la tutela judicial efectiva.

2.º Anular la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 5 de febrero de 1987, dictada en el recurso número 1.246/1985, así como las actuaciones anteriores.

3.º Retrotraer dichas actuaciones al momento procesal de proveer sobre el emplazamiento personal de las partes o interesados, aquí la Entidad Local Menor citada, quedando así ésta restablecida en su derecho.

Fundamentos jurídicos.—El Tribunal Constitucional, desechando la alegación del Ministerio Fiscal sobre extemporaneidad, se basa en los siguientes:

2. La queja de la Entidad Local Menor recurrente reside en haber sufrido indefensión, contra la garantía constitucional consagrada en el artículo 24, 1.º, de la CE —violado por ello—, al no haber sido citada o emplazada personalmente en el proceso contencioso-administrativo seguido ante la Audiencia Territorial de Barcelona a instancia de la otra parte aquí también comparecida, «Previsión Regional, Sociedad Anónima», contra la decisión del Jurado Provincial de Expropiación de Barcelona, fijando el justiprecio de los terrenos expropiados a dicha Sociedad por la citada Entidad Local Menor de Valldoreix. Dado que los datos más precisos son proporcionados por las actuaciones remitidas por el Jurado y por la Audiencia, conviene, a renglón seguido, puntualizarlos.

3. La Sociedad «Previsión Regional, Sociedad Anónima», instó a la Entidad Local Menor de Valldoreix para que, en el adecuado expediente, le fueran expropiados unos terrenos sitos en el territorio de dicha Entidad, por hallarse calificados como zona verde por el Plan General Metropolitano de Barcelona de 1976 y haber transcurrido cinco años sin hacerse la expropiación. Adoptada una actitud pasiva por la Entidad, se le tuvo por renunciado su derecho a formular hoja de aprecio (9 de julio de 1984), invitándole a que propusiera Técnico superior para que pudiera formar parte del Jurado, lo que hizo en la persona del Arquitecto municipal, cuyo informe sobre justiprecio fue el que luego, precisamente, aceptaría el Jurado.

No conforme con ello, la Sociedad expropiada interpuso recurso de reposición contra el Acuerdo del Jurado, quien lo desestimó por Resolución de 4 de octubre de 1985, que fue comunicada a los interesados para su conocimiento y efectos, advirtiéndole que contra tal Acuerdo podía interponerse recurso contencioso-administrativo durante dos meses, contados desde el siguiente al de la notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Barcelona. Esta notificación se expidió el 9 de octubre y fue entregada al Alcalde pedáneo de la Entidad Local Menor de Valldoreix por el servicio de Correos al día siguiente.

No recurrió esta Entidad, sino la Sociedad expropiada, disconforme con la cuantía del justiprecio (1.152.877 pesetas). El recurso contencioso se tramitó con el Abogado del Estado, publicándose en el *Boletín Oficial de la Provincia* el anuncio que ordena el artículo 60, a los efectos del artículo 64, ambos de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La Sala estimó el recurso, declaró nulos los actos administrativos impugnados y fijó como justiprecio el de 6.533.009 pesetas. La sentencia fue notificada al recurrente y al Abogado del Estado, y a solicitud de la primera, también a la Entidad Local para su cumplimiento.

La Entidad dicha interpuso el presente recurso de amparo y solicita a este Tribunal la anulación de la sentencia de la Audiencia y que se retrotraigan las actuaciones procesales al tiempo del emplazamiento, debiéndolo ser personalmente y no por edictos, como se hizo, según acredita mediante certificación de la Secretaría de la Sala sentenciadora. Alega asimismo que no se le puede exigir el deber de suscripción y lectura del *Boletín Oficial de la Provincia*, por tratarse de una entidad menor, con pocos medios personales y económicos.

4. A propósito de la valoración constitucional de la citación o emplazamiento por edictos en el proceso contencioso-administrativo, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la jurisprudencia de este Tribunal, ya desde su Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1981, de 31 de marzo, seguida por otras muchas, ha establecido la existencia de un deber en todos los Jueces y Tribunales de promover las posibilidades de defensa de todos aquellos que pudieran ser afectados en sus derechos e intereses legítimos por la decisión de un proceso contencioso-administrativo, emplazándolos personalmente siempre que ello fuera posible, porque dichos interesados sean identificados por los datos que constan en la demanda o en el expediente administrativo, para que puedan comparecer como demandados o coadyuvantes, sin que sea suficiente el emplazamiento por edictos previsto en el artículo 64 de la Ley.

Cierto que esta doctrina, que puede calificarse de general, ha tenido, como es lógico, sucesivas matizaciones nacidas de los distintos casos y así

expuestas en sucesivas resoluciones. En principio, ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1986, de 29 de octubre, se hacen los necesarios distinguos, partiendo de la consideración de que aquel deber judicial de emplazamiento directo es un deber que tiene su origen en la Constitución misma, no en la Ley, que no obliga a tanto, no siendo por ello un deber absoluto o incondicionado. Por eso se ha sentado que ese deber de notificación personal para garantizar el acceso a la justicia tiene su correspondencia no sólo con la actitud diligente de la parte o ciudadano, sino con la efectiva indefensión que se pueda causar. Sólo en este supuesto, es decir, la indefensión, puede hablarse de lesión constitucional, ya que, en otro caso (Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1985 y 150/1986, de 27 de noviembre), la protección ilimitada del derecho del no emplazado conllevaría, en su automatismo, el sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva de quien, actuando de buena fe, fue parte en el proceso contencioso-administrativo y se creía protegido por la paz y seguridad jurídica que implica la institución de la cosa juzgada.

Pero desde la perspectiva de los interesados y de su posible indefensión, también se ha matizado aquella doctrina general en el sentido de declarar que no se daría esa indefensión real en el supuesto de que se tuviera plena certeza de que los afectados por el acto administrativo impugnado tuvieron conocimiento oportuno del proceso contencioso-administrativo, de modo tal que hubieran podido comparecer y ser oídos por él (Sentencias del Tribunal Constitucional 117/1983, 119/1984 y 2/1985), bien que constando aquella certeza, suficientemente acreditada, de ese conocimiento extraprocesal del aludido proceso contencioso, ya que en ese supuesto no sería admisible valerse de la omisión del órgano judicial para no comparecer en el proceso e invocarla posteriormente como causa de indefensión (Sentencia del Tribunal Constitucional 188/1987, de 27 de noviembre).

5. Pues bien, del examen de los antecedentes del caso, no puede deducirse ni afirmarse que la Entidad recurrente tuviere conocimiento de la existencia del proceso contencioso-administrativo, y sí sólo que hubo un emplazamiento edictal, notificando su incoación.

Como se dijo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/1983, el derecho fundamental al proceso debido significa, entre otros aspectos, la necesidad de llamar directamente al proceso judicial a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos y pueda ser parte procesal, so pena de conculcar el principio de contradicción y las posibilidades de defensa de la parte o interesados.

En el presente supuesto es claro que el Tribunal Contencioso-Administrativo tenía conocimiento de la condición de interesado de la Entidad Local Menor recurrente, dada su condición de expropiante, y por ello afectada en su esfera jurídica patrimonial por la decisión del Jurado de expropiación en torno al justiprecio. Su interés y su identidad constaban en el expediente. La circunstancia de que en el proceso interviniera el Letrado del Estado en defensa del Jurado no le eximía —al Tribunal— de ese emplazamiento directo a la Entidad Local Menor, porque, tal como consta en el encabezamiento de la sentencia del Tribunal, dicho Letrado sólo representaba al Jurado, pero o al interés de la Entidad, quien —como análogamente resolvió la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 82/1983— al no estar comparecida ni representada no pudo ejercer su propia defensa.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por PEDRO ÁVILA ALVAREZ
y JOSÉ MARÍA QUINTANA PETRUS

RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 4 DE FEBRERO DE 1988 («BOE» DE 29 DE FEBRERO).

- EN CASO DE RESOLUCION DE COMPRAVENTA POR IMPAGO DEL PRECIO, HA DE CONSIGNARSE A FAVOR DEL COMPRADOR O SU SUCESOR Y DE LOS TITULARES DE GRAVAMENES QUE TRAIGAN CAUSA DEL COMPRADOR, LA PARTE PAGADA DEL PRECIO, SIN QUE EL COMPRADOR, HABIENDO TERCEROS, PUEDA DISPENSAR AL VENDEDOR DE LA CONSIGNACION, SI BIEN CABE QUE VENDEDOR Y COMPRADOR PACTEN EN ESCRITURA PUBLICA LA RETRASMISION DE OTRA FORMA, DEJANDO A SALVO LOS DERECHOS DE LOS TERCEROS.
- LA CONSIGNACION DEBE COMPRENDER INCLUSO LA PARTE DEL PRECIO QUE PUEDA CORRESPONDER AL VENDEDOR POR LA CLAUSULA PENAL PACTADA PARA CASO DE IMPAGO.
- AUNQUE EL UNICO TERCERO SEA EL ACREEDOR QUE ANOTO EL EMBARGO SOBRE EL DERECHO DEL COMPRADOR (CON POSTERIORIDAD AL ACTA NOTARIAL DE REQUERIMIENTO, PERO ANTES DE LA REINSCRIPCION A FAVOR DEL VENDEDOR), Y EL COMPRADOR HAYA MANIFESTADO SU CONFORMIDAD CON LA RESOLUCION, ES EXIGIBLE LA CONSIGNACION PARA LA CANCELACION DE LA ANOTACION.

I. *Hechos.*—A) *Antecedentes.*—En la escritura de venta de un piso por una sociedad a un particular, se aplazó parte del precio y se garantizó el pago de esta parte con condición resolutoria, estipulándose que la falta de pago de dos letras de cambio de las representativas del precio aplazado daría lugar a la resolución de la compraventa con pérdida por el comprador de lo entregado hasta el 25 por 100 del precio.

Inscrita dicha escritura en el Registro de la Propiedad, se presentó en el mismo, con fecha 3 de febrero de 1986, mandamiento expedido por el Recaudador del Ayuntamiento el 31 de enero de 1986 contra el comprador, ordenando la anotación del embargo sobre dicho piso a favor del Ayuntamiento, mediante diligencia de 31 de octubre de 1985, para responder de débitos a la Hacienda Municipal (arbitrio de plusvalía).

El 7 de noviembre de 1985, por acta notarial, la Sociedad vendedora requirió al comprador para hacerle saber que como consecuencia de la falta de pago de las letras que se reflejaban en el acta, se procedía a ejercitar la acción resolutoria pactada, quedando, en consecuencia, resuelto el contrato de compraventa y reteniendo la sociedad todo lo recibido por no exceder del tope pactado. Y el mismo día, el comprador se personó en la Notaría y en contestación al requerimiento manifestó que estaba de acuerdo con la resolución, que no tenía nada que reclamar a la vendedora y que se habían puesto a su disposición las letras vencidas e impagadas y las pendientes de vencimiento.

B) *Nota del Registrador*.—Presentado el día 2 de febrero de 1986 en el Registro de la Propiedad el documento expresado, con la escritura de división horizontal del edificio, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del anterior documento porque sobre las fincas 47.958 y 47.795 existe una anotación de embargo de fecha legal 3 de febrero de 1986 a favor del Ayuntamiento de Madrid por débitos a la Hacienda Municipal —plusvalía, 1.027.385 pesetas de principal, 205.477 pesetas recargo del 20 por 100 y 8.500 pesetas por costas—, sin que se haya cumplido la consignación prevista en la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario y artículo 180 del mismo Reglamento. Esta calificación podrá ser recurrida ante el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid dentro del plazo de cuatro meses (art. 113 del Reglamento Hipotecario).—Madrid, 23 de abril de 1986.—El Registrador.

C) *Recurso*.—La Sociedad vendedora interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación (y en su día apelación contra el auto presidencial que confirmó la nota) alegando en sustancia lo siguiente:

1) La doctrina registral considera interpretando *a sensu contrario* la Resolución de dicha Dirección General de 3 de junio de 1961, que cuando no proceda reintegro del precio, se puede efectuar la cancelación de cargas sin cumplir el artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario. Y éste es el caso contemplado en el acta de requerimiento cuya inscripción se ha denegado.

2) En la fecha de la Resolución de la compraventa, 7 de noviembre de 1985, no había constancia alguna en el Registro de la Propiedad de la anotación de embargo, que es de fecha 3 de febrero de 1986, a favor del Ayuntamiento de Madrid, y de haberse dado cumplimiento a lo que dispone el artículo 180 del Reglamento Hipotecario, en la forma que indica el artículo 1.180 del Código Civil, la posible consignación hubiese sido admitida y percibida por el comprador requerido, sin intervención alguna por parte del Ayuntamiento de Madrid, ante la falta de constancia del embargo producido con posterioridad.

3) Es aplicable al supuesto contemplado en este recurso el espíritu o criterio del artículo 107, 10, de la Ley Hipotecaria y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 1961.

D) *Informe del Registrador*.—Este aduce en defensa de su nota, sustancialmente, lo siguiente: Existiendo la anotación de embargo, lo que pacten comprador y vendedor sobre resolución afecta de inmediato al titular de dicha anotación. De ahí la necesidad de consignar para obtener la cancelación del dominio resoluble, inscrito a favor del comprador, y la consiguiente reinscripción a favor de la vendedora, con independencia del

valor de la anotación de embargo frente a la resolución de la compraventa aceptada por el comprador, cuestión ésta que compete a los Tribunales y no al Registrador. Esta consignación de lo que el comprador debe recibir en la resolución, exigida por la regla 6.ª del citado artículo 175, evita que el acreedor anotante pueda verse burlado por los pactos que en su perjuicio pudieran estipular comprador y vendedor al resolver la venta, siendo el Juez el que debe estimar si procede o no tal consignación.

E) *Auto presidencial*.—El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que al existir una anotación de embargo sobre el dominio resoluble, los pactos resolutivos entre comprador y vendedor afectan a tercero, y en este supuesto no se da la libertad en el comprador y vendedor para acordar la resolución, en la forma como aparece en el acta de requerimiento, en la que ni siquiera consta la cantidad realmente recibida por el vendedor, que podría quedar deducida a su favor.

II. *Doctrina de la Dirección General*.—Vistos los artículos 1.124, 1.152-2.º, 1.154, 1.295, 1.504 y 1.923 del Código Civil; 1, 44, 107-7.º y 131-2.º-17 de la Ley Hipotecaria; 175 del Reglamento Hipotecario, y la Resolución de 29 de diciembre de 1982.

1. En el supuesto del presente recurso se pretende la reinscripción a favor del transmitente de una finca vendida bajo condición resolutoria explícita, en virtud de acta notarial, por la que se notifica al comprador la rescisión del contrato ante la falta de pago del precio en los términos convenidos y en la que este último se manifiesta de acuerdo con la resolución y declara que nada tiene que reclamar de la Sociedad vendedora por haberle devuelto ésta las letras vencidas e impagadas y las pendientes de vencimiento, y quedando las cantidades ya abonadas afectas a una cláusula penal estipulada. El Registrador suspende la inscripción por constar sobre la finca una anotación de embargo y no haberse verificado la consignación prevista en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario.

2. La resolución exige que simultáneamente se proceda a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato —sin carga o hipoteca impuesta por el comprador— y del precio o prestaciones recibidas por el vendedor (cf. arts. 1.124 y 1.295 del Código Civil). Aunque el artículo 175, 6.º, apartado segundo, del Reglamento Hipotecario, al exigir la consignación de las cantidades que hayan de devolverse por efecto de la resolución de la venta para la cancelación de los asientos de cargas y gravámenes que queden por esa razón extinguidos, no precisa literalmente a favor de quién deba verificarse aquélla, es evidente que la interpretación lógica del precepto, así como su armonización con el tratamiento jurídico dado a hipótesis similares (arts. 107, 7.º, y 131, 2.º, 17, de la Ley Hipotecaria, y 175, 2.º, 3.º y 4.º del Reglamento Hipotecario), obliga a entender que cuando el bien sujeto a condición resolutoria se haya gravado con posterioridad, la resolución comporta que los derechos que antes convergían sobre el bien rescatado pasan a recaer ahora, por subrogación real u objetiva, sobre las cantidades adeudadas y que, por tanto, su consignación debe hacerse en favor de todos los titulares implicados: tanto el comprador, o quien hubiera asumido su posición, como los titulares de esos gravámenes, de modo que la declaración unilateral del primero de hallarse plenamente reintegrado de cuanto pudiera corresponderle carece de virtualidad para eximir al vendedor de tal garantía (aun cuando cada uno

unilateralmente podría eximir al vendedor, por su parte, de la obligada consignación).

3. En tanto no conste tal consignación en los términos antes indicados ni puede practicarse la reinscripción en favor del vendedor ni pueden cancelarse los derechos que traigan causa del comprador. Pues la resolución en cuanto acto unilateral está sujeta, en sus requisitos (la exigida consignación), forma (basta el acta notarial) y efectos a un régimen rígido. Lo que no significa que entre vendedor y comprador no sean posibles otros pactos conducentes a una retransmisión que deje a salvo los derechos de terceros, pero entonces habrían de cumplirse los correspondientes requisitos de constitución y constar, para su inscripción en el Registro, en escritura pública.

4. Por otra parte, y como ya declara la Resolución de 29 de diciembre de 1982, si bien al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, la resolución prevista para el caso de impago del precio estipulado en la venta puede operarse de modo automático y extrajudicial por voluntad unilateral del vendedor, dicho automatismo y extrajudicialidad no puede predicarse totalmente respecto de las consecuencias accesorias estipuladas, como es la efectividad de la cláusula penal prevista, cuya exigibilidad debe ajustarse a las disposiciones del Código Civil que prevén la posibilidad de su corrección judicial en caso de incumplimiento parcial o irregular (arts. 1.152, 2.º, y 1.154).

5. Por ello, la devolución de las prestaciones que fueron objeto del contrato resuelto deberá comprender también aquellas cantidades abonadas por el comprador y afectadas por la cláusula penal estipulada, las cuales también quedarán alcanzadas por el efecto subrogatorio anteriormente aludido, si bien de una forma provisoria en tanto no se declare judicialmente la plena exigibilidad de aquella cláusula penal.

6. No cabe admitir la alegación del recurrente en el sentido de que al operarse la resolución, la anotación del embargo, ordenada en 31 de octubre de 1985, no estaba aún practicada y que, por tanto, al declararse reintegrado el comprador en el acta de requerimiento de Resolución de 7 de noviembre de 1985 carecía de sentido la consignación exigida para la reinscripción; sin prejuzgar ahora si tiene o no preferencia sustantiva el derecho del vendedor sobre el del anotante (arts. 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria), es lo cierto que el principio de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales (art. 1.º de la Ley Hipotecaria) impide, en este caso, al Registrador desconocer los efectos legales derivados de dicha anotación, y entre ellos, el de su no cancelación, en tanto no se acredite la oportuna consignación o se ordene judicialmente la cancelación.

Resolución.—La Dirección General resuelve:

Desestimar el recurso interpuesto por la Sociedad vendedora y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

III. COMENTARIO.—Dos cuestiones principales se plantean en este recurso: una relacionada con el principio de prioridad y otra con los requisitos del procedimiento de autotutela regulado en los artículos 1.504 del Código Civil y concordantes del Reglamento Hipotecario.

A) Afortunadamente, en la Resolución o en su transcripción en el

Boletín Oficial del Estado se ha cometido un error, mejor dicho, la fortuna consiste en que es errónea la fecha (2 de febrero de 1986) señalada como de presentación del que llamaremos documento resolutorio, que, según mis indagaciones, fue la de 10 del mismo mes y año citados, es decir, siete días posterior a la de presentación del mandamiento de embargo. Y digo esto porque si en realidad la fecha hubiera sido la primera, la solución dada sería más que discutible.

El embargo estaba ya anotado cuando llegó el momento de la calificación (que fue negativa, de suspensión de inscripción), luego recurrida, del documento resolutorio, por lo que la Resolución (que escribo con mayúscula para distinguir la decisión de la Dirección General) tuvo que detenerse prudentemente ante la autoridad de cosa .. registrada. Pero como ambos documentos (mandamiento y acta de resolución) coincidieron un momento (o muchos momentos) en el Registro, hallándose ambos presentados y pendientes de despacho, el comentarista puede «hurgar» en lo antecedente:

El Registrador con ambos títulos contradictorios en la mano y dado que el título anterior (quiero decir anteriormente presentado) había de producir una anotación de embargo y el posterior contenía un acto de disposición (de readquisición por cumplimiento de condición resolutoria) anterior a la presentación del primero, ¿pudo o debió proceder de otra forma?

El entendió que debía hacer caso omiso del título (acta) presentado posteriormente: Lo que no está en el Registro en la fecha de presentación de un título, no está en el mundo a efectos de calificación de aquél, y aunque con ello puede suceder que se practiquen inscripciones que deban cancelarse seguidamente (como dice la Resolución de 22 de octubre de 1922), este daño es menor que el que puede producirse si se rompe el automatismo y se depende en cada caso de la discreción... o indiscreción del calificador. Y siempre hubiera podido invocar en su favor la Resolución de 5 de septiembre de 1893, que declara que el que acogiéndose al principio *prior tempore, potior jure*, logra la preferencia en el Registro, «ejerce un derecho que nadie, y menos el Registrador, puede disputarle, siendo de la exclusiva competencia de los Tribunales el dirimir el litigio que ulteriormente puede suscitarse».

Es cierto que la Resolución citada de 1922 declara que «la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de examinar el Registrador, en funciones de calificación registral, los documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca, aun presentados posteriormente». Pero hay que tener en cuenta que la repetida Resolución no autoriza a despachar el título posterior y que si se aceptara con generosidad esa posición, sobre que las calificaciones adolecerían siempre de provisionalidad por ese supuesto deber de examen, dependiendo de cualesquiera títulos que vayan presentándose, habría que precisar cuándo ese examen de títulos posteriores conduce a una mejor calificación y cuándo implica un juicio sobre la preferencia entre dos derechos, y con esto quiero decir que sin estas precisiones (bien difíciles de hacer, por cierto) el procedimiento registral perdería en automatismo y «ganaría» en inseguridad.

Pero es que, además, no sólo no es clara la preferencia sustantiva del vendedor sobre el embargante, sino que en el caso presente concurren algunas circunstancias especiales que vienen a complicar el problema.

En efecto: cuando el vendedor devuelve la parte percibida del precio, debe tener en cuenta a los terceros (llámense adquirentes o acreedores) de que tenga noticia por el Registro. Si éste no publica ninguno parece que aquél podrá devolver el precio, es decir, la parte recibida, directamente al comprador (porque —como dice el recurrente— carecería de sentido la consignación), y si posteriormente aparece algún tercero que descuidó la protección de su derecho (es decir, que no acudió al «reparto» oportunamente, antes del momento en que el derecho del comprador se «transformó» en una cantidad) no puede obligarse al vendedor a pagar otra vez por consignación (ni aun a reserva de su reclamación al comprador). Pero es que en el caso presente, en que el acreedor acudió al Registro antes que llegara a éste la noticia de la Resolución y consiguiente transformación antes aludida, el vendedor no ha verificado pago alguno, ya que la cantidad percibida (y retenida) le corresponde supuestamente como sanción pactada por el incumplimiento del comprador, y como es posible la corrección judicial de esa sanción, será preciso esperar a la decisión judicial para saber qué parte de lo percibido se atribuirá, en definitiva, al vendedor y qué parte (por la corrección dicha) corresponderá al comprador (y quedará, por tanto, expuesta a la acción de los terceros), procediendo entre tanto la consignación del total percibido por el vendedor y, repito, retenido por él.

Ante esto no cabe duda que hubiera sido temeraria cualquier decisión del Registrador que no fuera la de abstenerse de entrar a juzgar en este campo sin medios ni facultades para ello y aplicar «rígidamente» el principio *prior tempore, potior jure*. Y una vez aplicado y practicada, en consecuencia, la anotación del embargo, no cabía otra cosa que exigir la consignación para la reinscripción de favor del vendedor.

B) La autotutela concedida al vendedor para obtener la resolución de la compraventa de inmueble por falta de pago del precio, tiene en nuestros textos legales una raquítica regulación. Por ello, la Dirección General ha tenido que ir perfilando el procedimiento a golpe de Resoluciones en los recursos gubernativos.

En la que nos ocupa sienta (fundamento 2) una base firme en la que apoyarse: la subrogación real u objetiva por la que en cierto modo puede aplicarse aquí lo de que *pretium succedit loco rei*. El comprador pierde la cosa, pero pasa a su patrimonio la parte de precio que en cumplimiento parcial del contrato había pagado al vendedor, y esta parte ha de quedar afecta a la satisfacción de los que hayan acudido al Registro confiando en su protección.

Pero, además, esta Resolución viene a sentar unas normas, que llamaríamos procedimentales, muy aprovechables y a aclarar algunos de los extremos (o, al menos, a exponerlos más claramente) de la Resolución de 29 de diciembre de 1982, que cita en los vistos. Y apoyándome en la que comento y en otras, me atrevo a formular el siguiente esquema del *modus procedendi* para obtener la resolución de la compraventa, distinguiendo un procedimiento unilateral y otro bilateral, a saber:

a) Procedimiento unilateral (que llamamos así por instarse por una sola de las partes).

Comprende varias fases (por lo que preferimos hablar de procedimiento en lugar de acto unilateral, como hace la Resolución), a saber:

1.º Fase previa, que, a su vez, comprende:

a') Decisión unilateral del vendedor de resolver el contrato y requerir la finca y consignación de su voluntad en acta notarial de requerimiento al comprador. Y aquí hay que traer a colación la Resolución de 29 de diciembre de 1982 (de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1979), según la cual este procedimiento unilateral y extrajudicial queda obstaculizado «si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido al mismo, sino que se opone categóricamente a él».

b') Consignación por el vendedor de la parte de precio recibida. Y en esta consignación hay que precisar los siguientes detalles:

1) Favorecidos. Produciéndose la subrogación de que habla la Resolución, apenas hay necesidad de indicar que la consignación ha de hacerse en favor de todos los que tengan interés en la cosa o, como dice aquella, «en favor de todos los titulares implicados: tanto el comprador o quien hubiera asumido su posición, como los titulares» de los gravámenes que traigan causa del comprador (la hipoteca constituida por él, el embargo decretado contra el mismo, etc.).

2) Renuncia. En el caso que nos ocupa «se personó el comprador (requerido) en la Notaría y por diligencia en el acta (de requerimiento del vendedor) manifiesta que está de acuerdo con la Resolución y que no tiene nada que reclamar» al vendedor. Pero como dicho comprador no es el único a quien favorecería la consignación (dado que ya existe la anotación de embargo), con razón la Resolución afirma que «la declaración unilateral (del comprador) de hallarse plenamente reintegrado de cuanto pudiera corresponderle (a la que habrá que asimilar —digo yo— la renuncia al reintegro) carece de virtualidad para eximir al vendedor de» la consignación.

3) Extensión. La doctrina jurisprudencial sobre este particular mejora aquí en su formulación respecto a Resoluciones anteriores. Como la exigibilidad de la cláusula penal, por lo dispuesto en los artículos 1.152, 2.º, y 1.154 del Código Civil —viene a decirse—, se halla en tela de juicio (y no se trata de una metáfora.), ha de consignarse la totalidad de lo recibido por el vendedor, incluso «aquellas cantidades abonadas por el comprador y afectadas por la cláusula penal estipulada» (en su caso). La autotutela concedida al vendedor para su derecho no alcanza —como es lógico— a decidir por sí, si la equidad exige o no la corrección de la cláusula penal por las circunstancias del caso.

Y decimos que ha mejorado la formulación porque el considerando tercero de la Resolución del 82, copiado en las posteriores (pero mejorada en la de 19 de enero último), no era un modelo de claridad quizá porque se copió en él alguna expresión, aquí improcedente, del artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario. En efecto, allí se decía que el Registrador ha de tener en cuenta si se ha realizado «en su caso la consignación, de acuerdo con el artículo 175, 6.º, del Reglamento, del valor del bien vendido o del importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula

penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el artículo 1.154 del Código Civil». Y cabe preguntar: ¿por qué se habla del valor del bien vendido? En alguna de las condiciones a que se refiere el citado precepto reglamentario puede ser procedente la devolución del total valor de los bienes, pero como aquí, por definición, no se ha entregado el total valor (precio) del bien vendido, porque si se hubiera entregado no habría lugar a la resolución de la compraventa, no cabe que en ningún caso haya de devolverse la totalidad.

Por otra parte, al alterarse en la copia del precepto reglamentario la expresión «con las deducciones que en su caso procedan» parece que las deducciones han de sumarse, en lugar de restarse, a los plazos a efectos de devolución.

Y, por último, parece que la imposibilidad de disminución se da solamente cuando pueda tener aplicación la corrección judicial, cosa que, como es natural, no se sabrá hasta que el Juez decida. Quizá por este contrasentido, la Resolución de 19 de enero último suprimió en su fundamento 3 el final («cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el art. 1.154 del Código Civil») del considerando 3 de la de 1982, antes transcrito.

Volviendo a nuestra Resolución, entiendo que su doctrina es aplicable también cuando en lugar de cláusula penal se habla de indemnización de daños y perjuicios, contraprestación del uso y disfrute, etc., porque la fijación anticipada de daños y perjuicios equivale a una cláusula penal. Como ha dicho el Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de mayo de 1949), «el artículo 1.101 del Código Civil exige, para que la indemnización proceda, que los perjuicios se hayan efectivamente causado, porque de no interpretarse así dicho precepto perdería la indemnización su carácter natural para adquirir el de una sanción penal».

Y antes de abandonar este punto de la consignación me atrevería a corregir la redacción del fundamento 5. Tal como aparece redactado en su parte final parece que el efecto subrogatorio, que es provisional, se hará definitivo cuando se declare judicialmente la plena exigibilidad de la cláusula penal, siendo así que lo que, a mi juicio, quiere decirse es que las cantidades quedan alcanzadas por el efecto subrogatorio hasta que se declare judicialmente la exigibilidad de aquella cláusula, exigibilidad plena... o menos plena.

2.ª Fase que podemos llamar registral y que comprende la solicitud de cancelación de los derechos que traen causa del comprador y de reinscripción de la finca a favor del vendedor y la práctica de los asientos registrales solicitados.

Aquí, la Resolución que nos ocupa hace una declaración que acaso sea demasiado general (fundamento 3): «En tanto no conste tal consignación..., ni puede practicarse la reinscripción en favor del vendedor ni pueden cancelarse los derechos que traigan causa del comprador». Pero aunque haya terceros interesados, ¿no podría practicarse la reinscripción sin cancelar los aludidos derechos? La Resolución parece entender que la salvaguarda de los derechos de los terceros exige el otorgamiento de la escritura bilateral. De todos modos, no creo que sean argumento en contra las Resoluciones de 12 de septiembre de 1983 y 3 de octubre de

1985, que cita el Registrador en su informe (1). Y, por otra parte, si no existen terceros que traigan causa del comprador y éste en la contestación al acta de requerimiento hace constar que está conforme con la Resolución y que ha recibido devuelta la parte de precio pagada o que renuncia a ella, ¿podría practicarse la reinscripción con el acta (sin consignación) o habría que acudir a la escritura bilateral a que se refiere en su segunda parte el fundamento 3? En puridad debiera contestarse negativamente (insuficiencia del acta) porque la confesión de la devolución del precio o la renuncia a ella y la conformidad con la Resolución son materia más bien de escritura que de acta, con arreglo al artículo 144 del Reglamento Notarial; pero la práctica se inclina por admitir en este caso el acta (en la que, sin duda, el Notario habrá de emitir sus juicios de capacidad e identidad del frustrado comprador) y de la misma Resolución (fundamento 2) se deduce su admisibilidad por la posibilidad (que admite) de que cada interesado (y, por tanto, el comprador) exima, por su parte (que aquí sería el todo), unilateralmente al vendedor de la consignación.

3.ª Fase judicial, que comprende la decisión judicial sobre la cláusula penal, en su caso, y la percepción de la parte de precio a la que no afecte la cláusula penal por los interesados (comprador, sucesor, en su caso, y titulares de los derechos que traigan causa del comprador).

Aquí ha de intervenir la autoridad judicial porque aunque el artículo 1.504 y concordantes han introducido un procedimiento automático y extrajudicial, «dicho automatismo y extrajudicialidad no puede predicarse respecto de las consecuencias accesorias estipuladas, como es la efectividad de la cláusula penal prevista, cuya exigibilidad debe ajustarse a las disposiciones del Código Civil que prevén la posibilidad de su corrección judicial en caso de incumplimiento parcial o irregular» (fundamento 4).

b) Procedimiento bilateral.

Las Resoluciones anteriores no se habían referido a este procedimiento. La que comentamos se ocupa de él escuetamente en el segundo apartado de su fundamento 3, y desarrollando éste podemos decir que tal procedimiento comprende:

1.º Otorgamiento de escritura pública en que conste:

1) El consentimiento del comprador de retransmitir la finca al vendedor, y el de éste de readquirirla.

2) La declaración del comprador sobre la recuperación de las cantidades entregadas en pago parcial del precio convenido.

3) El consentimiento de los titulares de las cargas o derechos que traigan causa del comprador (v.gr., por haber recibido su importe), o la asunción por el vendedor de tales cargas o derechos a los que continuará afecta la finca.

2.º Inscripción de la escritura en el Registro.

(1) La Resolución de 3 de junio de 1961 parece separar ambas cuestiones (reinscripción y cancelación) «Es necesario —dice— para llevar a cabo la nueva inscripción a favor del vendedor, que éste presente su título y que se haga constar la notificación judicial o notarial, y además para poder cancelar las cargas y gravámenes constituidos por éste se deberá consignar el importe de los bienes, siempre que proceda el reintegro del precio».

Con esto termino mi comentario, pero temo que, al menos en su segunda parte, más que comentario sea un aprovechamiento por mi parte de la doctrina jurisprudencial para apoyar mis propias elucubraciones sobre el particular, como el poeta aprovechó la orden de la dama para el soneto que «me manda hacer Violante». Pero tampoco sería mala compañía la de Lope...

PEDRO AVILA ALVAREZ

REPRESENTACION PARA INTERPONER RECURSO GUBERNATIVO. EMBARGO DE BIENES ADQUIRIDOS CON PACTO DE SOBREVIVENCIA.

EL RECURSO GUBERNATIVO PUEDE INTERPONERSE POR PERSONA QUE OSTENTE NOTORIAMENTE O ACREDITE LA REPRESENTACION DEL INTERESADO; EN ESTE CASO, EL REPRESENTANTE ES UN VOCAL DEL COLEGIO DE ARQUITECTOS DE CATALUÑA, CUYA REPRESENTACION ORGANICA NO CONSTA Y CUYA REPRESENTACION VOLUNTARIA, CONFERIDA EN ESCRITURA DE PODER, ES INSUFICIENTE, PORQUE SE LIMITA A UN DETERMINADO RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y AL OTORGAMIENTO DE PODERES A TAL EFECTO, SIN QUE PUEDA ESTA SEGUNDA PARTE (OTORGAMIENTO DE PODERES) INDEPENDIZARSE DE LA PRIMERA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO). NO ENTRA, POR TANTO, EN EL FONDO DEL ASUNTO: EMBARGO DE BIENES CON PACTO DE SOBREVIVENCIA (RESOLUCIÓN DE 26 DE ENERO DE 1988. «BOE» DE 9 DE FEBRERO DE 1988).

A) *Antecedentes de hecho.*—En la ejecución de sentencia dictada en los autos de juicio ordinario de menor cuantía ante el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona, promovido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, se libró exhorto al Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal para que mediante mandamiento al Registrador de la Propiedad de dicha localidad se practicara la anotación preventiva de embargo acordado sobre una finca edificable, perteneciente al demandado don Martín Pla Rovira y a su esposa, por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia.

Presentado dicho mandamiento judicial en el Registro, fue calificado con la siguiente nota:

«Suspendida la anotación preventiva de embargo que se interesa en el precedente mandamiento por observarse en el mismo los defectos subsanables siguientes:

1) No constar las circunstancias personales del demandado, conforme al artículo 51, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario.

2) No constar haberse dirigido el procedimiento contra la esposa del demandado, que adquirió con él la finca referenciada con pacto de sobrevivencia y, por tanto, interesada en el 'problema, ya que un día puede ser propietaria única y, por tanto, le afectarán las declaraciones interesadas de adverso sin haber sido parte en el procedimiento, y podría haber sido

vencida sin ser oída', como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1972 (1), de acuerdo con los artículos 61 y 62 de la Compilación vigente del Derecho catalán. Y en su lugar, conforme a lo solicitado en la adjunta instancia, se ha tomado anotación preventiva de suspensión —de la anotación de embargo—, por término de sesenta días, en el tomo 2.295 del archivo, libro 36 de Cruilles, folio 239, finca número 1.384, anotación letra A; pero tan sólo sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado don Martín Pla Rovira, con sujeción a los efectos que pudieran derivarse del citado pacto de sobrevivencia, denegándose tal anotación sobre la restante mitad indivisa por constar inscrita a favor de doña Amalia Matés López, persona distinta del demandado, conforme a lo dispuesto en los artículos 20, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, y 140, regla primera, de su Reglamento.

La Bisbal, 17 de abril de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible.»

El Procurador don Jorge Solá Serra interpuso recurso gubernativo, en representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, contra la suspensión de la anotación preventiva de embargo de la mitad indivisa de la finca, perteneciente al demandado, considerando procedente la denegación de la anotación de la restante mitad indivisa perteneciente a su esposa; dicha representación la ostentaba en virtud del poder general para pleitos conferido en nombre del Colegio por don Enrique Xutglà Ruiz, en escritura otorgada ante el Notario de Gerona don Antonio Palos el día 30 de mayo de 1980, facultado para el otorgamiento en virtud de los acuerdos de dicho Colegio, que según certificación librada con fecha 27 de mayo de 1980, por el Secretario del mismo, don Miguel Donada Gaja, con el visto bueno de su Presidente, don Jorge Vilardaga Roig, son los siguientes: Primero: Que en la reunión de la Junta de Gobierno de este Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña se acordó lo siguiente: Se acuerda imponer recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Olot de 4 de febrero de 1980, por el que se concedió licencia de obras para una nave industrial sobre base de proyecto técnico suscrito por Perito industrial, y facultar al Vocal de la Junta de Gobierno del COAC y Presidente de la Delegación de Gerona, don Enrique Xutglà Ruiz, para que, en nombre y representación de este Colegio, otorgue poderes notariales para pleitos en favor de los Procuradores de los Tribunales de Barcelona y Madrid que estime oportunos. Segundo: Que celebradas elecciones para proveer cargos de la Junta de Gobierno de la Delegación de Gerona de este Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, las cuales tuvieron lugar el día 15 de mayo de 1980, el Arquitecto don Enrique Xutglà Ruiz fue elegido y proclamado para el cargo de Presidente de dicha Delegación, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de los citados Estatutos de los Colegios de Arquitectos, cargo que ejerce en el día de la fecha. Y alegó:

Primero. En cuanto al primer motivo de la suspensión: Que los requisitos de la regla novena del artículo 51 del Reglamento Hipotecario se exigen para las inscripciones extensas, a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, y no para las anotaciones preventivas; por otro lado, se puede observar que la citada regla está redactada pensando en inscripciones de transmisión de dominio, al aludir a las personas de las que proceden los bienes y a los adquirentes. Que para las anotaciones preventivas rige el artículo 72 de la Ley Hipotecaria, jerárquicamente superior al Re-

(1) Debe decir 23 de febrero de 1971.

glamento, y más concretamente, tratándose de anotaciones preventivas de embargo, el párrafo segundo del citado artículo indica cuáles son las circunstancias a cumplir, que se han cumplido plenamente en el mandamiento para la anotación de embargo, a cuyo respecto parte de la doctrina considera esta regla poco feliz, ya que concede cierta laxitud formal al asiento de anotación, que puede carecer de alguna de las circunstancias requeridas para la inscripción, si tales circunstancias no se contienen en el título generador de la anotación.

Segundo. En cuanto al segundo motivo de la suspensión: Que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 1972, que exactamente es del año 1971, no es aplicable a este caso, ya que el actor no pretendió declaraciones que afectaran a todos los propietarios de la finca, sino solamente respecto al demandado. Que no es obstáculo a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil el que exista pacto de sobrevivencia y, en consecuencia, tal pacto no debe ser tampoco obstáculo a la anotación de embargo en el Registro sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado, aunque no se haya demandado a la esposa, la cual no es responsable de las deudas del marido, de acuerdo con el citado artículo 1.911 y el artículo 7 de la Compilación catalana al regular el régimen económico conyugal de separación de bienes, y ésta es la interpretación recogida en la Sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona de fecha 5 de abril de 1974, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de diciembre de 1977.

El Registrador de la Propiedad de La Bisbal, en defensa de su nota, alegó:

Que el poder otorgado por don Enrique Xutglà Ruiz, en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, lo fue para interponer solamente recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo del Ayuntamiento de Olot, según se deduce de la certificación que se acompaña del citado Colegio Oficial, debiendo, en consecuencia, ser desestimado el Procurador nombrado por falta de legitimación.

Que la interpretación dada por el recurrente al artículo 72 de la Ley Hipotecaria no es la correcta, como se deduce de los artículos 73, 74 y 75 de la citada Ley.

Que la cita doctrinal transcrita por el recurrente en apoyo de su argumentación no es completa ni exacto el sentido dado, ya que la misma doctrina dice que tratándose de anotaciones de origen judicial es mayor el grado de tolerancia legal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Hipotecaria, pero en el artículo 74 de la misma Ley se evita el que los documentos que ordenen la anotación se presenten desprovistos de los más esenciales requisitos, pues al Registrador no se le puede obligar a extender asientos nulos, y si aquellos requisitos se omiten, deberá suspender o denegar, según los casos, la anotación, y los interesados subsanar la omisión mediante escrito presentado al Juzgado, al que corresponde la definitiva resolución.

Que el mandamiento ordena el embargo de la totalidad de la finca, y aun habiéndose pretendido la anotación de sólo la mitad perteneciente al marido deudor, tenía que haberse dirigido el procedimiento también contra la esposa del demandado, en virtud de pacto de sobrevivencia, según doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero

de 1971, y, en todo caso, haberle sido notificado, como declara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de diciembre de 1977.

El ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona informó que no se pueden considerar defectos los observados por el señor Registrador, y debió de haberse practicado la anotación preventiva suspendida sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado, y en apoyo de su postura citó los artículos 72 de la Ley Hipotecaria; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 1912 y de 26 de marzo de 1909; los artículos 7, 61 y 62 de la Compilación catalana, y los artículos 1.440 y 1.911 del Código Civil.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la nota del Registrador y ordenó la anotación preventiva suspendida, en base a razones análogas a las aducidas por el recurrente, considerando suficiente y bastante el poder con el que comparece el Procurador instante del recurso.

Apelado el auto presidencial por el Registrador de la Propiedad de La Bisbal e insistiendo éste en la falta de legitimación del Procurador, así como en sus argumentos reflejados en el escrito de defensa de la nota, y después de aducir a mayor abundamiento las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero y 19 de mayo de 1917, de 24 de abril de 1918, de 5 de mayo de 1932 y de 29 de diciembre de 1977, la Dirección General acordó revocar el auto apelado y declarar inadmisibile el recurso interpuesto por falta de legitimidad del recurrente, sin entrar en el fondo del asunto debatido.

B) COMENTARIO.—Aun cuando la resolución recaída sólo aborda el problema de la legitimación del Procurador recurrente, cuestión ésta que se considera previa y, por tanto, determinante de la procedencia del recurso, y única en realidad sobre la que la Dirección General acaba pronunciándose, el recurso planteado aborda cuestiones diversas que deberán ser objeto de nuestro comentario, aun a riesgo de no tener el soporte que implica un pronunciamiento sobre las mismas por parte del Centro Directivo. Tales cuestiones son, básicamente, las siguientes:

1.ª Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso, cuál deba ser la vinculación entre representante y representado para que aquél pueda interponer el recurso en nombre de éste.

2.ª Respecto del embargo de la finca adquirida con pacto de sobrevivencia:

a) Si el hecho de no haberse dirigido la demanda contra el cónyuge del demandado (y titular según el Registro de una mitad de la finca) es causa suficiente para denegar la anotación ordenada sobre dicha mitad.

b) Si el hecho de haber adquirido cada uno de los cónyuges (el demandado y su consorte) una finca con pacto de sobrevivencia implica, para poder practicarse una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de aquél, que se haya dirigido también la demanda contra su consorte, que simplemente se haya notificado al cónyuge del demandado la existencia del procedimiento o si, por el contrario, la anotación puede

practicarse sin necesidad de que se demande o, en su caso, notifique el procedimiento al cónyuge del demandado.

3.ª Respecto de los requisitos que debe contener el mandamiento: si el hecho de no constar en el mismo las circunstancias personales del demandado es causa para suspender la práctica de la anotación de embargo que se ordena.

Veamos todas estas cuestiones:

1.ª *Requisitos de legitimación para interponer el recurso gubernativo: ¿Basta para legitimar la actuación del representante la existencia de un poder otorgado para la interposición de otro recurso (en este caso, un recurso contencioso-administrativo) que nada tiene que ver con el asunto que ha provocado posteriormente la decisión de recurrir gubernativamente contra la calificación del Registrador?*

La última cuestión que debe señalarse en el comentario a esta resolución, y única en realidad abordada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, es la que afecta a la legitimación activa para interponer el recurso gubernativo, cuestión ésta que, al ser previa a todas las demás, impide entrar en el fondo del asunto (art. 119 del Reglamento Hipotecario). La resolución comentada alude al artículo 112 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual el recurso gubernativo puede ser interpuesto, además de por el Fiscal y el Notario en los casos respectivos, por la persona individual o jurídica interesada en el asiento, si bien cuando se actúa a través de representante es preciso que éste ostente notoriamente o acredite «en forma auténtica la representación legal o voluntaria» para este objeto. Tratándose de Corporaciones públicas, el recurso debe ser interpuesto por sus correspondientes órganos o representantes, que deberán, en este último caso, tener poder especial al efecto.

En el caso que provocó el recurso que comentamos, el Procurador recurrente actuaba con poderes otorgados por el Vocal de la Junta de Gobierno del COAC y Presidente de la Delegación de Gerona, que, a su vez, los había otorgado como consecuencia de haber acordado la Junta del COAC interponer un recurso contencioso-administrativo contra una determinada licencia municipal que nada tenía que ver con el asunto que posteriormente provocó el recurso gubernativo. Ciertamente es que en el citado poder se comprendía la facultad de interponer, en su caso, recursos gubernativos, pero la Dirección General ha apreciado con acierto que dicho poder se había otorgado para un caso concreto (la interposición del recurso contencioso-administrativo) y, por tanto, en este caso, la representación voluntaria que acreditaba el Procurador recurrente no era suficiente en modo alguno, ya que se limitaba a un determinado recurso contencioso-administrativo y al otorgamiento de poderes a tal efecto, sin que pueda esta segunda parte (otorgamiento de poderes) independizarse de la primera (recurso contencioso-administrativo).

Lo que no sabemos es qué hubiera resuelto la Dirección General en el caso de que el Procurador recurrente hubiera sido el presentante del documento cuya anotación se solicitaba. Como sea que el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, al enumerar las personas que pueden interponer el recurso, se refiere «a quien ostente notoriamente o acredite en forma

auténtica la representación legal o voluntaria» de la persona individual o jurídica a cuyo favor se hubiera de practicar el asiento o de quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de éste, es muy probable, a nuestro juicio, que esa representación que al presentante concede el artículo 6, d), del Reglamento Hipotecario, que asume el artículo 39 del mismo, fuera suficiente para recurrir en calidad de representación «ostentada notoriamente».

2.ª Posibilidad de embargo de una finca adquirida por los cónyuges con pacto de sobrevivencia.

Cualquier comentario que verse sobre la problemática que presenta la institución catalana de la compraventa con pacto de sobrevivencia suele destacar la limitación de los estudios sobre dicha institución, regulada hoy en los artículos 61 y 62 de la Compilación (2), a pesar de la raigambre que ésta tiene en Cataluña (3).

Sin lugar a dudas, uno de los puntos más vidriosos que presenta la

(2) La bibliografía es bastante extensa al respecto. Además de las obras generales de Derecho catalán, como bibliografía específica más importante puede citarse la siguiente:

CABRERA HERNÁNDEZ. «El contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, págs. 37 y sigs.

CALVO SORIANO «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», en *Revista de Derecho Privado*, 1952, páginas 361 a 392.

CARRILERO GARCÍA. «Comentario a la Resolución de 29 de diciembre de 1977», en *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado publicados en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» durante los años 1969 a 1982*, Madrid, 1987, págs. 937 y sigs.

— «Encuesta sobre el llamado pacto o cláusula de sobrevivencia», en *La Notaria*, 1967, págs. 11 y 12, y «Resultado de una encuesta», en la misma *Revista*, 1968, págs. 1 a 10.

LALINDE ABADIA «Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, pág. 347.

O'CALLAGHAN MUÑOZ. «La compraventa con pacto de sobrevivencia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, páginas 155 y sigs., y «De las compras con pacto de sobrevivencia», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVII vol 2.

PORCIOLES COLOMER: «Régim econòmic-familiar al Baix Lligell i Segrià», en *Conferències sobre varietats del Dret civil català*, Barcelona, 1934.

PUIG FERRIOL «Cómputo de la legítima», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971, págs. 535 y sigs.

VALLET DE GÖYTISOLO «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 708 a 727; «Teología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia», en *La Notaria*, 1946, págs. 362 a 393, y «Las compraventas con pacto de sobrevivencia en el Derecho catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1955, págs. 291 a 314.

VIRGILI SORRIBES «Problemas que suscita la compraventa con pacto de supervivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores», en *La Notaria*, LXXX, pág. 333.

(3) Esta institución catalana ha sido calificada de viva y frecuente por la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado de ella, básicamente en el Ampurdán y, en general, en la provincia de Gerona, según se dedujo de una encuesta publicada en la revista *La Notaria* (cf. bibliografía publicada en la nota 2). Más recientemente, con motivo del «Simposi de Dret Civil de Catalunya», celebrado en 1985 al cumplirse el veinticinco aniversario de la Compilación (cf. los trabajos publicados por la Conselleria de Justicia, Barcelona, 1985), el Colegio de Abogados de Barcelona emitió un informe según el cual el pacto de sobrevivencia «es una de las instituciones más vivas de la Compilación», que en algunas comarcas —como Osona— «se ha convertido en una cláusula habitual de las compraventas», constatándose que se usa «especialmente por los miembros de las capas sociales con pocos recursos». En opinión de algunos letrados —según constata el informe—, dicha figura debería tener una más extensa regulación, siendo conveniente que se extendiera a la mayor parte de las compras de bienes familiares así, el automóvil, las obras de arte, el domicilio de la familia, etc. Constan, además, los Abogados la necesidad de regular más exhaustivamente algunas cuestiones, como la posibilidad de embargo de los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia (tema éste objeto de la resolución que nos ocupa), así como la renuncia del pacto en vida de los otorgantes, de la misma manera que convendría clarificar la incidencia de los pactos de sobrevivencia sobre la herencia.

En el informe emitido por los Registradores de la Propiedad de Cataluña sobre dicha institución puede constatarse una vigencia nítida de este tipo de compras con pacto de sobrevivencia, por más que el 55,2 por 100 de los encuestados las considera como poco frecuentes (así se pronunciaron básicamente los Registradores con ejercicio en Barcelona, Mataró, Manresa, Cerdanyola del Vallés, Montblanc Sant Feliu del Llobregat, Sort i Terrassa), frente a un 39,6 por 100 que las consideran frecuentes, llegando a afirmar algunos que en ciertas comarcas ésta es la manera más frecuente de adquirir los cónyuges si bien unos u otros reconocen que se trata de una «institución viva y aceptada, de impulso generalmente notarial». El 5,2 por 100 no contestaron la pregunta y ninguno constató que tales compras fueran desconocidas.

regulación legal de la institución que nos ocupa es el que hace referencia a las cuestiones de responsabilidad que puedan afectar a la cosa comprada por deudas contraídas por uno de los cónyuges (sean éstas privativas o familiares —que también las hay en el régimen de separación de bienes—) y, por consiguiente, a las cuestiones derivadas de una posible actuación judicial contra dicho bien. Cabe, por tanto, preguntarse varias cosas: ¿Debe ordenarse el embargo sobre toda la finca o sólo sobre la porción indivisa del deudor? ¿Debe dirigirse la demanda contra el deudor solamente, contra éste notificándose el procedimiento a su consorte o, por contra, debe dirigirse contra ambos? Porque si no hay duda respecto de la prohibición que afecta a ambos cónyuges de enajenar o gravar unilateralmente su derecho (art. 62, 1.º), mucho más dudoso es que tal prohibición se extienda a las ventas forzosas, ya que, sin duda, no habrá querido el legislador que dicha institución implique un seguro refugio para las actuaciones en fraude de acreedores.

La compraventa con pacto de sobrevivencia es un contrato de compraventa por el cual los compradores, pagando por mitad, adquieren un bien conjuntamente, pactando que a la muerte de uno de ellos quede en propiedad exclusiva del sobreviviente (O'CALLAGHAN). Dicha institución sólo puede darse entre cónyuges que estén casados en régimen de separación de bienes, que no hayan otorgado heredamiento a favor de los contrayentes o heredamiento puro a favor de sus hijos nacederos y ha de practicarse en el propio título de adquisición (art. 61).

Quizá nos sea imprescindible para encontrar una solución a los problemas presentados observar primero cuál sea la naturaleza jurídica de dicha institución catalana. Frente a ciertas opiniones que la configuraban como una donación *mortis causa* (SAGUER y OLIVERT), una donación entre esposos (PORCILES), un supuesto de sucesión contractual (LALINDE) o un pacto capitular (CALVO SORIANO), VALLET DE GOYTISOLO llegó a la conclusión de que estábamos ante un negocio inescindible y único a través del cual los compradores adquieren una *propietas at tempus* sometida a una condición de juego a la vez suspensivo y resolutorio: cada uno de los cónyuges adquiere una mitad indivisa bajo la condición resolutoria de premorir, y la otra mitad pendiente de condición suspensiva de sobrevivir. La Resolución de 29 de diciembre de 1977, en el considerando segundo alude a esta tesis, si bien cita también muchas otras, básicamente la que ve en dicho pacto una institución sucesoria semejante a un heredamiento mutuo que estuviese limitado tan sólo al inmueble o inmuebles comprendidos en el pacto, o las que lo conceptúan como donación, aduciendo el tratamiento que, como tal, tiene en la legislación fiscal entonces (y ahora) vigente.

O'CALLAGHAN entiende que estamos ante dos negocios jurídicos independientes que dan lugar a una comunidad, única en nuestro Derecho, con especialísimos efectos jurídicos. Para dicho autor, la naturaleza del pacto de sobrevivencia que —como negocio independiente— se adjunta al de la compraventa, es la de un negocio jurídico oneroso (puesto que las declaraciones de ambos cónyuges implican una evidente contraprestación entre sí) y aleatorio (puesto que el riesgo de morir o de sobrevivir es bilateral) que da lugar a una comunidad especial respecto del bien adquirido entre los cónyuges. Dicha comunidad la califica de germánica en mano común (*zur gesammte Hand*), puesto que, sin perjuicio de que el bien se adquiere por mitades («por cuotas iguales» —dice el art. 61—), en realidad dicha

cuota no se corresponde exactamente a la romana, ya que más que una cuota propiamente dicha, lo que cada cónyuge adquiere es una participación igual en la propiedad. Ciertamente es que a pesar de la terminología ordinariamente empleada en el pacto (la más común es la que se refiere a la adquisición «por mitades indivisas y para el sobreviviente de los dos a solas»), lo cierto es que ninguno de los cónyuges puede por sí solo y por separado disponer del bien (art. 62, 1.º) ni de su cuota (art. 62, 2.º), ni pedir la división (art. 62, 3.º), ni renunciar a los derechos (párrafo final), sino, en todo caso, conjuntamente, en mano común, los dos cónyuges.

A partir de ahí parece claro que al fallecimiento de uno de los cónyuges su propiedad no se transmite en realidad al otro, sino que —como apunta O'CALLAGHAN—, «por razón del pacto de sobrevivencia, la titularidad compartida del derecho de propiedad se convierte en titularidad exclusiva». El cónyuge sobreviviente simplemente amplía su titularidad —hasta entonces compartida— para hacerla exclusiva.

La tesis de O'CALLAGHAN podría reforzarse, además, por el hecho de que el artículo 61 de la Compilación exija la compartición «conjuntamente y por cuotas iguales», como ya se ha dicho, a diferencia de la pertenencia «por mitad», a que hace referencia el último párrafo del artículo 49; y por lo dispuesto en el artículo 62, final, para el caso de nulidad, separación o divorcio, en que los bienes «serán titularidad de ambos por mitades indivisas», dando a entender que antes no lo eran; y por su regulación en el capítulo XII, en el régimen conyugal (no sucesorio), a continuación de otros sistemas de comunidad.

Un solo problema —aunque grave— parece afectar a esta tesis: el derivado del último párrafo del artículo 61, que afecta los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia a la herencia del premuerto para el pago de las legítimas. En efecto, la tesis sostenida por VALLET señalando que la parte del precio pagada por el cónyuge premuerto había de ser tomada en cuenta para computar la legítima que afectara a su herencia, fue recogida por el texto de la Compilación al objeto de que dicho pacto no burlase el juego de la Ley *Hac edictali* o que se perjudicaran los derechos legitimarios de los hijos (CONDOMINES I FAUS). A pesar de ello, la doctrina actual se muestra muy en contra de esa decisión del legislador de afectar tales bienes al pago de legítimas. Así, PUIG FERRIOL ha señalado que la decisión de computar la adquisición del premuerto en su herencia para los efectos del cálculo de legítima no constituye acierto alguno. Para el citado profesor catalán, tal afectación ha desnaturalizado una institución que —ligada indisolublemente al sistema de separación de bienes— «debía de configurarse como un beneficio viudal derivado de la organización económica de la familia catalana», adquisición que «no debe asimilarse sin más a las donaciones porque en aquellas adquisiciones no aparece clara la causa gratuita», y según el artículo 129, 1.º, de la Compilación, sólo han de computarse para el cálculo en la legítima las donaciones otorgadas por el causante. Y concluye indicando PUIG FERRIOL que «el designio tan claramente expresado en el artículo 61, 1.º, de mitigar con este pacto las consecuencias del régimen de separación de bienes debería ser argumento suficiente para excluir la participación del premuerto de toda computación de su herencia para el cálculo de la legítima, puesto que tal participación en ningún momento llega a formar parte del *relictum* si por el solo hecho de abrirse la sucesión tal participación la adquiere automáticamente el sobreviviente; ni,

por otra parte, existe base alguna para sostener que haya de agregarse al *relictum* como si se tratara de una donación, pues lo que habría, en todo caso, es una adquisición derivada del régimen económico conyugal de separación de bienes o un beneficio proveniente de un contrato aleatorio en el que ambas partes habían corrido parecido riesgo y por ello con una causa asimilada a la onerosa».

A pesar de tales opiniones —suficientes para mantener la vigencia de la tesis antes defendida respecto de la naturaleza jurídica de la institución, lo cierto es que, de *lege data*, el párrafo final del artículo 61 es claro y hay que afectar los bienes a la legítima como formando parte del *donatum*, ya que —aun cuando ello repugna jurídicamente— a estos efectos debe conceptuarse como donación. Donación que, en su caso, podrá reducirse por inoficiosa (4).

Pues bien, aun aceptando que los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia quedan afectados al pago de las legítimas, entendemos que tales bienes se adquieren por ambos cónyuges en el momento de la compraventa seguida de la tradición, real o ficticia, del bien, determinando tan sólo el pacto una comunidad especial entre ellos, que debe configurarse como germánica, puesto que si bien se habla de cuotas (y en la práctica se inscribe «por mitades indivisas»), la cláusula del pacto («...y para el sobreviviente de los dos a solas» u otra parecida) desnaturaliza lo que podría ser una comunidad romana, ya que no hay en realidad una adquisición posterior de la otra mitad por el sobreviviente, sino una simple ampliación de su titularidad anterior y, además, cada uno de los cónyuges en vida del otro estará desprovisto de todo lo que configura el núcleo de facultades inherentes a la copropiedad romana: en efecto, no podrá ejercitar la *actio communi dividundo* ni tendrá tampoco la facultad de disponer libremente de su propia mitad, ni tan sólo de renunciar al pacto (5).

Así las cosas, cabe abordar ya las dos cuestiones que afectan a la problemática suscitada (y no resuelta) en el recurso acerca de las resoluciones judiciales que ordenen la anotación preventiva de embargo sobre un bien adquirido con pacto de sobrevivencia, y básicamente las dos siguientes:

1.º Si el hecho de no haberse dirigido la demanda contra el cónyuge del demandado (y titular según el Registro de una mitad de la finca adquirida con dicho pacto) es causa suficiente para denegar la anotación ordenada sobre dicha mitad.

2.º Si el hecho de haber adquirido cada uno de los cónyuges (el demandado y su consorte) una finca con pacto de sobrevivencia implica, para poder practicar una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de aquél, que se haya dirigido la demanda contra su consorte, que simplemente se le haya notificado la existencia del procedimiento,

(4) Una de las cuestiones que se proponían en la encuesta a los Registradores catalanes era la de si en la práctica registral se afectaba o no a los derechos legítimos la mitad del bien adquirido como consecuencia del pacto de sobrevivencia. El 36 por 100 de los encuestados consideró que sí debía afectarse registralmente la adquisición de la indicada mitad indivisa a los derechos legítimos de los hijos, pero un 19 por 100 entendió que ello no era procedente, ya que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria se refiere tan sólo a los bienes hereditarios, y estos bienes adquiridos por pacto no lo son, sino que deben considerarse como parte del *donatum*. Un 19 por 100 contestó a la pregunta formulada.

(5) La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971, tratando este problema dejó claro que «los bienes así adquiridos no pueden ser enajenados ni gravados sino por acuerdo de ambos cónyuges, y ninguno de ellos podrá transmitir a tercera persona su derecho sobre la cosa comprada y deberá mantener necesariamente la indivisión de lo adquirido, aparte lo establecido en el párrafo final de dicho artículo 62 sobre la renuncia». Concreta dicho párrafo final que la renuncia a los derechos que sobre la cosa comprada puedan corresponder al sobreviviente sólo será eficaz si hubiera sido convenida por ambos cónyuges recíprocamente, o cuando, premuerto uno de ellos, renuncie el que sobreviva.

o si, por el contrario, la anotación puede practicarse sin necesidad de que se demande ni, en su caso, notifique el procedimiento al cónyuge del demandado.

La respuesta a la primera cuestión parece no ofrecer duda alguna. El principio de tracto sucesivo, recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ordena, en efecto, a los Registradores, con carácter general, denegar la inscripción de aquellos títulos en los que resulte inscrito el derecho a favor de persona distinta de aquella contra la que otorgue la transmisión o gravamen, y en el mismo sentido se muestra el artículo 38 de la Ley, al recoger uno de los aspectos del principio de legitimación en sus dos primeros apartados y establecer en el tercero el sobreseimiento de todo procedimiento de apremio sobre aquellos bienes que consten inscritos a favor de persona distinta de la que se decretó el embargo, salvo que se hubiere dirigido la acción contra ella en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro, concretando el artículo 140, 1.º, del Reglamento Hipotecario la actuación denegatoria o suspensiva del Registrador en el supuesto concreto de que el asiento solicitado sea una anotación preventiva de embargo.

Dicha doctrina, reiteradamente expuesta por la Dirección General de los Registros y del Notariado (cf., entre otras, las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981), no ofrece dudas y así fue entendido por el recurrente en el caso que nos ocupa, el cual, en la interposición del recurso gubernativo, consideró procedente la denegación de la anotación sobre la mitad indivisa perteneciente a la esposa del demandado, denegación que sería procedente tanto si consideráramos que el cónyuge del demandado carece de derecho alguno sobre la mitad de su consorte en vida de éste (postura extrema que no creemos defiende nadie), como en el caso más radicalmente contrario (el que ve en la compraventa con pacto de sobrevivencia una dualidad de negocios que configuran una comunidad germánica o en mano común), ya que siendo cada cónyuge, en este caso, cotitular de una participación igual a la de su consorte (*quotenteilung*), ésta no puede serle embargada sin que el procedimiento se dirija también contra él.

Pero el problema surge cuando se trata de dilucidar si la cuota del cónyuge deudor puede ser embargada sin dirigir el procedimiento también contra su consorte, titular de la otra mitad de la finca.

Parece claro que dada la especial naturaleza de comunidad que, desde el momento de la adquisición del bien, se produce entre ambos cónyuges, prescindir en absoluto del no deudor y, por tanto, no demandarle o no notificarle, como mínimo, la existencia del procedimiento produciría una indefensión que no puede aceptarse, máxime cuando adjudicada la finca a un tercero, el pacto va a desaparecer y, por tanto, la expectativa de adquirir (o consumir la adquisición de) la otra mitad de la finca.

En la Resolución de 29 de diciembre de 1977, la Dirección, dando por supuesto el silencio de la Compilación y la insuficiencia de la doctrina y la jurisprudencia para enfocar el caso, y dando también por supuesto que la Compilación no ha podido querer sustraer las fincas compradas con pacto de sobrevivencia a la acción de los acreedores impagados, encontró una solución adecuada en la dada por la jurisprudencia registral al supuesto de la ejecución de bienes gananciales, considerando que en estos supuestos «se produce una situación paralela a la existente en la sociedad de gananciales, en donde tal cuestión suscitó numerosas polémicas, dio lugar a una copiosa jurisprudencia que terminó por aclarar que el ar-

título 1413 del Código Civil se refería sólo a las enajenaciones voluntarias, y que en las forzosas como consecuencia de obligaciones contraídas por el cónyuge administrador en uso de sus facultades legales, bastaba la notificación del procedimiento al otro en base a la interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, solución que es la más adecuada y que tiene todavía un mayor fundamento, si cabe, en esta institución típicamente catalana, dado el carácter privativo de los bienes adquiridos, en el que cada titular tiene el disfrute y administración con total independencia del otro, por lo que deben responder de las obligaciones que han contraído sus propietarios» (6).

Es evidente, pues, que no puede despreciarse en modo alguno la tesis de que el pacto no sustrae los bienes así adquiridos a la acción de los acreedores y que, por tanto: 1.º La mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de sobrevivencia entre esposos puede ser objeto de embargo y, en su caso, de adjudicación a un extraño por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario. 2.º Que caso de consumarse la adquisición, se extingue el pacto de sobrevivencia, como establece la Resolución de 29 de diciembre de 1977.

Pero ello no es todo. Una Resolución mucho más antigua, la de 24 de diciembre de 1918, versó sobre un caso de interés para el tema que nos ocupa. Dos cónyuges compraron entonces una casa en Figueras por mitad y *pro indiviso* entre ellos y para el sobreviviente de los dos por entero. El marido había sido anteriormente declarado insolvente a efecto de las responsabilidades pecuniarias dimanantes de un procedimiento penal en el que resultó procesado. Llegada la compra a conocimiento de la Audiencia de Gerona, ésta remitió al Juzgado de Instrucción de Figueras, ramo de responsabilidades pecuniarias dimanantes de aquel procedimiento, para que trabase embargo sobre «todos los derechos que tuviese sobre la finca comprada» el procesado, más tarde marido comprador. El Registrador denegó la anotación del embargo porque estando inscrita la finca a nombre del embargado y de su mujer con la condición de que pertenezca totalmente y en definitiva al sobreviviente, no puede, hasta la muerte de cualquiera de ellos, afirmarse a cuál de los dos pertenece ni por mitad ni por entero.

La Dirección, en tres considerandos, resolvió entonces en favor de la práctica de la anotación solicitada sobre la mitad indivisa perteneciente al marido en la actualidad, «aunque sujeta a la condición resolutoria resultante del pacto y sobre la mitad correspondiente a su mujer en cuanto la misma condición funciona como suspensiva a favor del ejecutado», porque los derechos pertenecientes al marido sobre ambas mitades de la finca, cualquiera que sean las limitaciones y ampliaciones producidas por la existencia de la condición resolutoria, forman parte del patrimonio del ejecutado y están afectas al pago de sus obligaciones particulares, pudiendo, en consecuencia, embargarse.

Dicha resolución deja clara, pues, no sólo la posibilidad de trabar embargo sobre la mitad indivisa del cónyuge deudor, sino también la manera de configurarse éste. Pero nos queda sin resolver si la demanda debe

(6) En la encuesta a que nos hemos referido, se preguntaba a los Registradores catalanes si se admitía y de qué manera el embargo de la mitad de la finca adquirida con pacto de sobrevivencia por deudas de un solo consorte. La cuestión es, por lo visto, difícil porque un 25 por 100 de los encuestados deja de responderla, y frente a un 6,9 por 100 que manifiestan oponerse a la práctica de tales anotaciones, el 67,2 por 100 declararían practicarlas afirmando que, como norma general, exigen, de acuerdo con la jurisprudencia, la notificación del procedimiento al otro consorte.

dirigirse contra ambos cónyuges (aun cuando lo que se pretende sea embargar la mitad indivisa de la mitad de la finca perteneciente al demandado).

TIRSO CARRETERO criticó ya con dureza la tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado que justificaba la práctica de la anotación cuando se hubiese notificado el procedimiento al cónyuge del demandado, por cuanto daba la sensación de sentar una doctrina unitaria y general aplicable a todos los supuestos de ejecución judicial contra bienes comprados por cónyuges catalanes conjuntamente y con pacto de sobrevivencia. Y es que, en efecto, las deudas pueden implicar situaciones muy diversas: «Unas veces —decía TIRSO CARRETERO— el acreedor será anterior a la compra y otras posterior; unas veces reclamará deudas familiares o conyugales, que también existen en el régimen de separación, y otras privativas; unas veces puede interesarle ocasionar la ruptura del pacto de sobrevivencia para ejecutar la mitad indivisa ordinaria o incondicionada, y otras, dadas las circunstancias de edad o salud de los cónyuges, puede encontrar más beneficioso el embargo y ejecución de los derechos condicionales del cónyuge deudor, probable supérstite».

Hemos visto, en efecto, que sería absurdo pretender que, amparándose en el pacto, se burlaran derechos de acreedores, pero podría muy bien darse la situación contraria, a saber, la del cónyuge que fraudulentamente quiere resolver el pacto y, confabulándose con un tercero, se allana a una demanda efectuada por éste en base a una deuda en realidad inexistente. Y es que, como señalara ya TIRSO CARRETERO, el cónyuge beneficiario del derecho de acrecer por sobrevivencia, acaso no deba ser de peor condición que la otorgada al heredatario frente a los actos de disposición del heredante en fraude del heredamiento, conforme al último apartado del artículo 75 de la Compilación, y no es seguro que la notificación del embargo sea solución oportuna y no ya demasiado tardía.

Creemos, por ello, que la solución adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 29 de diciembre de 1977 no puede generalizarse como definitiva, ya que el pacto de sobrevivencia representa muy posiblemente uno de los claros supuestos de litisconsorcio pasivo necesario entre los dos cónyuges. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 (invocada por el Registrador en el dictamen emitido en defensa de su nota) nos parece decisiva al respecto. Dicha sentencia versó sobre un caso de demanda contra dos hermanos entablada por otro en petición de rendición de cuentas de un negocio y de rentas de un piso. Uno de los hermanos demandados lo era como titular de una mitad del piso y del negocio, pero dándose además la circunstancia de que el mismo había adquirido por compra con pacto de sobrevivencia con su esposa la totalidad del inmueble en el que estaba el negocio y el piso. El Juzgado estimó excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda; la Audiencia revocó la sentencia de Primera Instancia, estimando en parte la demanda; pero el Tribunal Supremo advirtió la infracción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la esposa, que un día puede llegar a ser propietaria única, afirmando que los artículos 61 y 62 de la Compilación deben tener una más rigurosa defensa procesal en favor de la mujer que dentro del Derecho común, cual se deduce del seguro de ellos, que está indicando la necesidad de una defensa autónoma en el proceso por parte de los cónyuges.

Por ello, concluimos con O'CALLAGHAN, que «la comunidad germana que ambos cónyuges tienen sobre el bien, en virtud de la cual han de actuar jurídicamente en común, hace necesario que un proceso que a ella se refiere (es decir, a la comunidad, al bien, o a efectos jurídicos de uno y otro) debe tener como partes a ambos cónyuges, y si bien en casos de comunidad (incluso la de coherederos, que también se considera germana) el Tribunal Supremo admite que uno solo de los comuneros ejercite acciones favorables a la comunidad, lo cual se refiere al litisconsorcio activo, en cuanto a la parte demandada (litisconsorcio pasivo) es absolutamente necesario que toda acción dirigida contra la comunidad, sobre el bien adquirido por compraventa con pacto de sobrevivencia o sobre alguno de los aspectos jurídicos de la misma, sea formulada contra todos los miembros de la comunidad, es decir, contra los dos cónyuges, pues cualquier resolución que recayera en el proceso afectaría a ambos por la naturaleza de dicha comunidad, y no cabe pensar en esta comunidad germana en una resolución que afectara a uno sin alcanzar al otro de los cónyuges» (7).

3.º Requisitos que debe contener el mandamiento: ¿Cabe suspender la práctica del asiento de anotación preventiva de embargo por no constar en el mandamiento las circunstancias personales del demandado?

El artículo 30 de la Ley Hipotecaria declara nulas las inscripciones de los títulos inscribibles si en ellas se omite o se expresa con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9, sin perjuicio de lo establecido en la Ley sobre la rectificación de errores. Y el artículo 51, 9.º, del Reglamento Hipotecario exige hacer constar en la inscripción la persona «de quien procedan los bienes y derechos que se inscriban», especificando «su nombre y apellidos, estado civil y lugar de que sea vecino, así como su mayoría de edad o el número de años si no hubiera alcanzado aquélla». Ello con carácter obligatorio, puesto que el mentado artículo 51, 9.º, añade que «también se hará constar la profesión, domicilio y número del documento nacional de identidad, si constaren del título...», artículo que debe su redacción actual a la reforma efectuada mediante el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, el cual —cuando menos, en el artículo que nos ocupa— ha venido a reforzar los «detalles personales» que las inscripciones deben contener. Ocurre, no obstante, que el artículo 72 de la Ley Hipotecaria, después de exigir que las anotaciones preventivas contengan las circunstancias que se exigen para las inscripciones, añade que ello será «en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados», lo que parece dar cierta laxitud formal al asiento de anotación, laxitud que corroboran algunas resoluciones: así, la de 26 de marzo de 1909, según la cual «no constituye defecto hipotecario la falta de expresión de la vecindad de las personas a quienes haya de afectar la anotación», o la de 8 de enero de 1912, en la que se declara anotable un mandamiento de embargo por débitos de contribuciones, aunque no se exprese en aquél el estado civil del deudor. La Resolución de 28 de marzo de 1969, en cuyo considerando sexto se aduce precisamente esta

(7) No hay duda de que la jurisprudencia registral ha adoptado, como se ha visto, este último criterio de notificar al cónyuge del demandado para poder practicar la anotación de embargo ordenada. Aun así, la verdad es que nos quedamos con la duda de que ésa sea una decisión acertada, puesto que el régimen de disposición conjunta (sea de bienes gananciales o con pacto de sobrevivencia) parece que exige asimismo una demanda conjunta contra los titulares del mismo.

flexibilidad que comentamos, concluye que parece de trascendencia la no constancia de la profesión del demandado en el mandamiento, así como tampoco de su estado civil, que ya aparecían en los libros registrales, tesis que sustenta igualmente la de 13 de julio de 1971, por más que en el supuesto considerado por esta última advierte la Dirección General que la demanda se había dirigido contra la única persona legitimada para ser demandado, lo que atenúa considerablemente el alcance de la tesis de la flexibilidad y el objetivo que, con la constancia de las circunstancias personales, persiguen la Ley y el Reglamento Hipotecarios.

Aun así, es dudoso que el Registrador no pueda suspender la práctica de la anotación por defecto subsanable cuando, a su juicio, no consten en el mandamiento las circunstancias personales que permitan identificar al demandado, e incluso aquellas otras que, aun cuando no sean esenciales para su identificación, coadyuvan a perfilar la identidad de su persona y que puedan ser de utilidad en algún momento. Y ello por varias razones: 1.ª Porque la última reforma del Reglamento Hipotecario ha tendido a reforzar —como ya se ha dicho— el conjunto de circunstancias que, respecto de la persona del titular del derecho inscrito, han de hacerse constar en el asiento correspondiente. 2.ª Por cuanto, si bien es cierto que para las anotaciones de tipo judicial, el grado de tolerancia legal es mayor, no puede obligarse al Registrador a extender asientos sobre los que pueda pender un posible vicio de nulidad, y el artículo 75 de la Ley deja claro que la anotación preventiva será nula cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca, del derecho anotado, de la persona a quien afecte la anotación o de la fecha de ésta», arbitrándose en el artículo 74 un procedimiento sencillo para que se consignen las circunstancias esenciales para provocar la validez de la anotación cuando éstas no estén recogidas en el título destinado a provocarla. Corresponde, pues, al Registrador, en el ejercicio de su función calificadora, señalar si el mandamiento contiene o no todas las circunstancias personales necesarias para la futura validez del asiento (que son, en principio, las del art. 9 de la Ley y del artículo 51, 9.º, del Reglamento Hipotecario), debiendo suspender la práctica del mismo para su subsanación cuando falten algunas de ellas, si se consideran esenciales para la identificación del demandado, subsanación que es lo suficientemente sencilla como para poderse practicar dentro de la vigencia del asiento de presentación sin que el título presentado pierda su rango registral.

JOSÉ M.ª QUINTANA PETRUS
Registrador de la Propiedad. Barcelona

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: RECLAMACION CIVIL POSTERIOR A JUICIO DE FALTAS. EL PADRE NO ES RESPONSABLE SUBSIDIARIO. CONDENA A LA COMPAÑIA ASEGURADORA POR EL SEGURO VOLUNTARIO (SENTENCIA DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Carretero Pérez.

Los actores en este proceso, mujer e hijo de persona muerta en accidente de circulación, en el que un juicio de faltas condenó penalmente al conductor del vehículo en el que viajaba la víctima y absolvió al padre del conductor, dueño de dicho vehículo, como responsable civil subsidiario, demandan en este proceso al conductor, insolvente; al padre, propietario, y a la Compañía aseguradora, especificando en el fundamento III de la demanda que, frente a la Compañía de seguros, ejercitan la acción derivada del artículo 1.111 del Código Civil, en tanto en cuanto el conductor estaba asegurado en su posible responsabilidad civil, mediante contrato de seguro voluntario que obliga a la Compañía al pago del total de indemnización que señaló el Juzgado penal, más allá de los estrictos términos del seguro obligatorio.

Doctrina de la Sala.—El Juez de Primera Instancia dio lugar a la demanda, pero la sentencia de la Sala de Apelación, aplicando, respecto del conductor y el dueño del vehículo, la doctrina de la cosa juzgada, absolvió a dichos demandados de la acción civil; al conductor, por haber sido condenado en la jurisdicción penal, y al propietario, por haber sido absuelto como responsable civil subsidiario. En cuanto a la Compañía de seguros, fue condenada en la sentencia impugnada al pago a la víctima de la cantidad correspondiente al seguro obligatorio, pero fue absuelta

en el resto de la cantidad atribuible al seguro voluntario, al entender que el pago de este último concepto estaba subordinado a que el asegurado, propietario del vehículo y padre del conductor, hubiere sido condenado, en la sentencia penal, como responsable civil subsidiario.

En este caso, debe partirse de la afirmación de que la sentencia firme penal, según reiterada jurisprudencia, recogida de modo sistemático en la Sentencia de esta Sala de fecha 4 de noviembre de 1986, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 111 a 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de respetarse en todo lo que atañe a sus pronunciamientos relacionados con la persecución del delito y la congruente fijación de los responsables penales y civiles cuando es condenatoria, por lo cual, en este caso, debe respetarse íntegramente, tanto la condena del conductor como la no apreciación de la responsabilidad civil subsidiaria del dueño del vehículo, al entender que no concurrían los presupuestos de aplicación del artículo 22 del Código Penal en el hecho de que el dueño de un automóvil lo preste para su uso, sin interés propio directo ni indirecto. Pero la cosa juzgada no puede operar en cuanto la demanda se dirige a la Compañía aseguradora, no para que pague a consecuencia de que el asegurado haya sido declarado responsable civil subsidiario, sino porque el contrato de seguro concertado por el propietario cubría también la responsabilidad civil del conductor autorizado, lo que hace, a su vez, nacer en la Compañía aseguradora una responsabilidad derivada de contrato, que le obliga a asumir los riesgos cubiertos (Sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 1983 y 4 de noviembre de 1986, que citan abundante jurisprudencia, entre otras). Como puede apreciarse, no se da el supuesto de las identidades de cosas, causas y personas seguidas por el artículo 1.252 del Código Civil para aplicar la cosa juzgada, en evitación de repetir cuestiones ya decididas (Sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 1986, entre otras), puesto que la cuestión de obligación contractual de pago de la Compañía de seguros no ha sido resuelta. Por ello debe estimarse el tercero de los motivos, basado en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.252 del Código Civil.

Los motivos 1.º y 2.º, que se apoyan en la misma norma procesal, por infracción del artículo 1.252 del Código Civil y doctrina legal aplicable (motivo 1.º) y del artículo 1.111 del Código Civil (motivo 2.º), también deben ser estimados, en cuanto ponen de manifiesto el derecho innegable del tercero perjudicado en un accidente de circulación, en quien se concreta la persona del beneficiario en la modalidad de seguros que cubre este riesgo, a reclamar contra el asegurador, por subrogación en los derechos del asegurado, hoy día innecesaria, por tener acción directa, según dispone el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Este derecho se concreta en el contenido del contrato de seguro voluntario de riesgos de la circulación, previsto en la Orden ministerial del Ministerio de Hacienda de 31 de marzo de 1977, al que se ajustaba la póliza, en este caso, que establece en su anexo el concepto de «conductor», referido no sólo al asegurado, sino a la persona autorizada por éste, de tal modo que comprende su responsabilidad civil por daños corporales y que cubre la parte no atendida por el seguro obligatorio, tal como se deduce, en el anexo citado, del artículo preliminar y los artículos 34 y 36 de la citada Orden. Como en este caso el hijo del asegurado, conductor autorizado e incluso habitual del vehículo, incurrió en

responsabilidad civil derivada del artículo 1.092 del Código Civil, es claro que el asegurador ha de cubrir dicha responsabilidad, aun cuando no sea el asegurado el responsable civil subsidiario.

El motivo 4.º, con el mismo apoyo procesal, por infracción del artículo 1.144 del Código Civil, es la consecuencia de la estimación de los anteriores, puesto que, como se ha dicho, la doctrina legal, recogida en la Sentencia de esta Sala de fecha 15 de noviembre de 1986, coincidente con la actual Ley de Contrato de Seguro, venía reconociendo la responsabilidad directa del asegurado frente al perjudicado por la realización de un riesgo cubierto por la póliza correspondiente, lo que se traduce en la cualidad de deudor solidario del asegurador en orden a la responsabilidad, en relación con el causante del accidente, aunque las fuentes de su obligación sean diferentes.

En consecuencia, debe estimarse parcialmente el recurso, en cuanto procede la condena de la aseguradora demandada al pago de la cantidad señalada por la sentencia de Primera Instancia, con intereses legales desde la fecha de dicha sentencia, y, por el contrario, debe mantenerse la absolución de los otros dos demandados, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este recurso ni de las causadas en ninguna de las instancias.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: CRITERIO CULPABILIDAD DEL CODIGO CIVIL. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (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 Antonio Sánchez Jáuregui.

La indemnización de daños y perjuicios que se postula en la demanda inicial de las presentes actuaciones, lo es con fundamento en las lesiones que sufrió el demandante con motivo de accidente de circulación viario, atribuyendo al demandado, en su calidad de conductor de un vehículo de motor, responsabilidad al atropellarle circulando por una calle, lo que, en tesis del actor y perjudicado referido, determinaba la pertinente aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 1.902 del Código Civil. Tanto la sentencia recaída en primer grado jurisdiccional como la de la Audiencia, aquí recurrida, absolvieron de la demanda al demandado y a la Entidad «X., Sociedad Anónima Española de Seguros y Reaseguros», que, juntamente con aquél, había sido también demandada.

Doctrina de la Sala.—En el único motivo del recurso, con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia por el demandante-recurrente la infracción por la resolución impugnada de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia de esta Sala, interpretativa de su alcance, contenida en las sentencias que cita, propugnándose, en definitiva, que el motivo, según resulta de los alegatos que le sirven de desarrollo, una aplicación del precepto que se supone vulnerado con criterios exclusivamente objetivos, atribuyendo al agente causante «material» del daño la obligación de in-

demnizar, con abstracción de si en su conducta medió o no culpa o negligencia, que le fuera imputable, en la causación del evento dañoso.

No es cierto que la jurisprudencia de esta Sala haya sancionado en los términos absolutos pretendidos por el recurrente, en los supuestos que sea pertinente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, la atribución de la responsabilidad de indemnizar a que dicho precepto se contrae al causante material del daño, y, en este sentido, la Sentencia de 2 de abril de 1986, reiterando en lo esencial lo consignado en las de 21 de junio y 1 de octubre de 1985 y 24 y 31 de enero de 1986, ha establecido que «la doctrina jurisprudencial advirtió con insistencia que si bien el artículo 1.902 descansa en un básico principio culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación a resarcir».

La aplicación de la doctrina a que se ha hecho mérito en el fundamento de Derecho que antecede hace decaer el único motivo del recurso, por cuanto la sentencia recurrida interpretó rectamente el alcance del precepto, artículo 1.902 del Código Civil, cuya vulneración se acusa, pues, en primer lugar, la absolución de los demandados no la fundamentó en falta de pruebas demostrativas de la culpabilidad del agente, causante material del evento dañoso atribuible al perjudicado, sino en que las existentes habían acreditado que aquél actuó en la ocasión de autos con la diligencia debida y que le era exigible conforme a una estricta interpretación de la preceptiva contenida en el artículo 1.104 del Código Civil, quedando, por ende, la presunción *iuris tantum* de culpabilidad y consiguiente carga probatoria que se atribuye en determinados supuestos al agente productor del daño desvirtuada; en segundo lugar, porque la resolución impugnada analiza la actuación de la víctima en el momento de producirse el accidente y llega a la conclusión de que el mismo se originó por culpa exclusivamente atribuible a su conducta, y en tercer lugar, porque dicha resolución califica de «imprevisible» para el conductor del automóvil la conducta de la víctima y de pertinente aplicación la preceptiva contenida en el artículo 1.105 del Código Civil, en orden a la actuación del agente.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: POR ACTOS MEDICOS. COMPUTO DE LA PRESCRIPCION: DESDE EL ALTA MEDICA. ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA (DOCUMENTOS) (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO 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 Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Por doña Carmen M. P. se presentó demanda de juicio ordinario decla-

rativo de mayor cuantía contra don Rafael M. R. y el Hospital «X.», sobre reclamación de daños y perjuicios, con base en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, solicitando se les condenase solidariamente al pago de 4.259.500 pesetas. La sentencia recurrida sienta, como hechos probados, que el día 4 de diciembre de 1975 se le practican por el demandado y en el Hospital dicho unas flebogrfías superficiales y profundas, con rotura de la aguja utilizada a tal fin, de la que queda un fragmento en el interior de los tejidos, diagnosticándosele, después de varias vicisitudes, una «osteomielitis de calcáneo», de la que es intervenida en 25 de marzo de 1976 y, por persistir la supuración, en 1 de julio del propio año, extra-yéndosele un fragmento de aguja hipodérmica que se hallaba en el hueso legrado, quedándole a la enferma, como secuela residual de la rotura de la aguja utilizada en la práctica de la flebogrfía, una «fascia plantar retráctil», que hace necesaria la utilización de calzado ortopédico, siendo dada de alta el día 31 de enero de 1980. Para una mejor comprensión de los hechos, ha de tenerse en cuenta la siguiente cronología: a primeros de diciembre de 1975, el doctor M. R., en el Hospital codemandado, practica la flebogrfía, con sucesivas asistencias e intervenciones hasta el 25 de marzo de 1976; el 1 de julio del propio año se extrae el fragmento de aguja; el 23 de junio de 1977 se intenta conciliación sin efecto; el 24 de noviembre de dicho año 1977 solicita la actora declaración de pobreza, recae Sentencia el 21 de marzo de 1978 y se declara la firmeza el día 30 de los propios mes y año; el 31 de octubre de 1978 emite informe el doctor F. R., determinando la causa del daño; el 7 de mayo de 1979 se celebra nueva conciliación sin avenencia; el 31 de enero de 1980 la enferma es dada de alta (documento 24 de la demanda —folio 74—), y en 26 de abril de 1980 se presenta la demanda de mayor cuantía. El Juzgado de Primera Instancia la desestima, pero la Audiencia la acoge de modo parcial y condena solidariamente a los demandados al pago de 2.000.000 de pesetas. Recurre en casación el Hospital «X.».

Doctrina de la Sala.—De los tres motivos formulados, al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su nueva redacción (la referencia al art. 1.691 se estima mero error material), se examina con prelación el último, por la influencia que pudiera tener en los demás; con base en el apartado 4.º, acusa «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que no resultan contradi-chos por otros elementos probatorios». Se pretende que la actora conocía el daño desde el día 1 de julio de 1976 y que, no obstante admitirlo así la sentencia recurrida, no le concede relevancia alguna. Dentro del propio motivo se afirma estar acreditado documentalmente y de forma indubitada que una aguja hipodérmica no se utiliza nunca en unas pruebas flebogrficas, por lo que se concluye que el daño hubo de producirse por alguna otra inyección o prueba efectuada, sin que se sepa cómo ni cuándo. Con independencia de que en un solo motivo se incluyen hechos diferentes; con independencia de que el primero es reconocido por el juzgador de Instancia, careciendo de influencia en su resolución, cual se analizará en otro fundamento; y con independencia de que trata de realizarse una valoración, lo que constituye *quaestio iuris*, pero sin citar precepto infringido que así lo establezca, aun prescindiendo de si ha de incardinarse todo en el número 4.º o lo último en el número 5.º, el perecimiento se produce porque es doctrina reiterada y constante que dicho número 4.º obliga a señalar de manera precisa y concreta el documento o documentos

cuyo contenido ha sido desconocido por la sentencia impugnada para que puedan ser identificados y, por el contrario, se centra la atención en términos generales, en «documentos que obran en autos», sin especificar cuáles, lo que provoca *per se* el aludido perecimiento, conforme al artículo 1.707, párrafo 2.º, de la Ley procesal (Sentencias, entre muchas otras, de 20 de septiembre de 1985, 7 de octubre de 1985, 28 de octubre de 1985, 18 de noviembre de 1985, 22 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1985, 11 de febrero de 1986, 21 de enero de 1986, 7 de febrero de 1986, 17 de marzo de 1986, 7 de mayo de 1986, 17 de junio de 1986, 3 de junio de 1986 y 3 de julio de 1986).

El primer motivo, incardinado en el apartado 5.º del artículo 1.692, denuncia «infracción del artículo 1.968, apartado 2.º, del Código Civil, infringido por el concepto de violación por aplicación indebida e inaplicación». Aun haciendo caso omiso de la contradicción que entraña esa dualidad de conceptos (aplicación indebida-inaplicación), el señalar que el precepto dispone la prescripción por el transcurso de un año «desde que lo supo el agraviado», cosa que se produjo, según el recurrente, en 1 de julio de 1976, fecha de la operación en que se encontró el fragmento de la aguja, sin que ejercite conciliación hasta el 23 de junio de 1977, no presentando incidente de pobreza hasta el 24 de noviembre del propio año, conociendo el informe del doctor F. R. desde 13 de octubre de 1978, etcétera... (ver cronología del primer fundamento de esta resolución), significa prescindir tanto de que hasta el 31 de enero de 1980 no se produjo el alta, como de que, según reiterada y constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976, 3 de junio y 19 de noviembre de 1981, 8 de julio de 1983, 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985), tratándose de lesiones, para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año, a los efectos del número 2.º del artículo 1.968 del Código Civil («desde que lo supo el agraviado») y del artículo 1.969 del propio texto legal («desde el día en que pudieron ejercitarse»), hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica, pues sólo entonces está el interesado en condiciones de ejercitar la acción, valorando el alcance efectivo y total del daño y del importe de la adecuada indemnización, por todo lo cual procede la desestimación.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION: MAQUINACION FRAUDULENTE EN LA DESIGNACION DEL DOMICILIO DE LA DEMANDADA. ERROR JUDICIAL: NO EXISTE (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso de revisión, de carácter extraordinario y excepcional, se interpone contra Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Barcelona, dictada el 4 de septiembre de 1984 en juicio ejecutivo instado por «H. F. E., S. A.», libradora de una letra de cambio y tenedora legítima de la misma, contra «C., S. A.», librada-aceptante, siendo de destacar que en dicho título-valor se señala

como domicilio para el pago la avenida , que es el que figura en el Registro Mercantil como de dicha Entidad; no obstante lo cual, por interesarse así en la demanda, el requerimiento de pago, el embargo de bienes y la citación de remate se llevaron a cabo en . (provincia de Lérida), Apartamentos ., mediante el correspondiente exhorto, entendiéndose las diligencias, en 16 de julio de 1984, con don José Luis J. R., representante legal de la Empresa de viviendas «X.», quien manifestó en el acto, por no hallarse persona alguna de «C., S. A.», en ., que esta Entidad tenía su domicilio social en el que ha quedado consignado de Madrid, proporcionando incluso como su teléfono el número..; previa declaración de rebeldía, la sentencia mandó seguir la ejecución adelante, interesándose la notificación personal igualmente en..., donde se llevó a cabo por lectura y entrega de copia al «Administrador de la misma, Abogado don José Ramón V. G.», de quien la hoy recurrente, «C., S. A.», afirma ignorar si era administrador de la propia demandante o se hizo pasar por serlo suyo. Ya en vía de apremio, se libró nuevo exhorto a... para que se requiriese a la deudora en los Apartamentos..., a fin de que en el plazo de seis días presentase los títulos de propiedad de las fincas embargadas, y no encontrándose persona que la representase, don Rafael V. B., con quien se entendió el requerimiento, manifestó que «C., S. A.», radicaba en Madrid y que los gastos de comunidad los llevaba «un tal don Jaime R. A., que reside en Zaragoza, calle. .»; por nuevo despacho, en la carretera de..., constituido el Secretario en los Apartamentos, «presente el señor Administrador de la misma, el Abogado don José Ramón V. G.», se le hizo saber que la actora había designado perito para el avalúo de los bienes, pudiendo nombrar otro por su parte en término de dos días; sacados parte de los bienes a pública subasta, se publicaron edictos en *El Correo Catalán* y en el propio Juzgado se aprobó el remate de un garaje a favor de don Antonio A. G. y para ceder a tercero, declarándose desierta respecto a la finca número.. también del Registro de ., lo que volvió a incurrir en segunda subasta, acudiendo a la tercera únicamente el Procurador de «H. F. E.», que ofreció 5.000 pesetas, acordándose hacerlo saber a la parte demandada, a los fines del artículo 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Acreditado en autos cuanto antecede, no constando que ninguna de las personas con las que se entendió el Juzgado de... representase a la Sociedad recurrente en revisión (obra certificación del Registro Mercantil), teniendo «C., S. A.», su domicilio en Madrid (idéntica certificación) y presentándose el escrito de iniciación ante esta Sala, con base en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los quince días de conocido el fraude que se alega (art. 1.798 del mismo texto legal), sin que este último extremo se contradiga por la parte contraria ni por prueba alguna (hecho negativo), procede el acogimiento de la revisión que se solicita, pues es constante la doctrina de esta Sala que considera maquinación fraudulenta, a los efectos pretendidos, la designación en la demanda, como domicilio social de la Entidad demandada, de un lugar que no se corresponde con el que figura en la inscripción registral, con efecto de conocimiento *erga omnes*, según el artículo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil, 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), con mayor razón en el caso presente, en el que aparecen incumplidos el artículo 1.443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción, que era la aplicable en 16 de julio de 1984, al no buscarse por dos veces al deudor en su domicilio con intervalo de seis horas, y el 264 del propio texto legal, que ya exigía que el domicilio del demandado se designase en el primer escrito que se presentase, a efectos de notificaciones personales o por cédula, lo que quiere decir que no puede señalarse uno que no le corresponda; por último, con la indefensión creada se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución Española.

En cuanto a la petición, contenida en el suplico del escrito de interposición del recurso, de que se declare «que 'C., S. A.', ha sido víctima de error judicial por inobservancia inexcusable por parte del Juzgado sentenciador de lo dispuesto en los artículos 1.439 y 1.440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su actual redacción...» —a cuyos efectos se cita el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, su improcedencia es incuestionable, ya que la modificación por Ley 34/1984, de 6 de agosto, sobre reforma urgente de la de Enjuiciamiento Civil, entró en vigor el 1 de septiembre del propio año, siendo así que la demanda de juicio ejecutivo se había presentado a reparto en 22 de junio, sin que se pueda dar a dicha modificación efecto retroactivo; el actor tenía facultades para elegir en materia de competencia territorial el órgano jurisdiccional que estimase procedente, el planteamiento de las cuestiones de competencia correspondía al demandado y el Juez no podía apreciarla de oficio, a diferencia de lo que señala el hoy vigente artículo 1.440, en relación con los fueros recogidos en el artículo 1.439, también modificado.

En virtud de cuanto se lleva expuesto y conforme en todo con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, al haber sido dictada injustamente la sentencia recurrida, procede su rescisión total, la devolución del depósito constituido, expedir certificación del fallo y devolver los autos al Tribunal de que proceden para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente (arts. 1.799, 1.806 y 1.807), debiendo tenerse en cuenta, respecto a los derechos adquiridos, lo dispuesto en el artículo 1.808 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

RICARDO DE ANGEL

**ASOCIACION: IMPUGNACION DE ACUERDO DE ASAMBLEA GENERAL.
INTERRUPCION DEL PLAZO POR ACTO DE CONCILIACION (ANTES
DE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1984)
(SENTENCIA DE 26 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 Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo, formulado al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia

«aplicación indebida del artículo 19, apartado 2, del Real Decreto 177/1981, de 16 de enero, que desarrolla la Ley de la Cultura Física y el Deporte, con inaplicación del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e interpretación errónea del artículo 1.973 del Código Civil». Y, en efecto, como aducen los recurrentes, éstos «impugnaron el acuerdo adoptado en 30 de junio de 1984 por la Asamblea General del Club de Tenis de Cullera (aprobandone un apartado 3 del artículo 35 de los Estatutos) mediante la presentación de demanda de conciliación ante el Juzgado de Distrito de Cullera en 6 de agosto de 1984, es decir, cuando habían transcurrido treinta y siete días desde el acuerdo y, por tanto, dentro del plazo. Con este acto estaba cumplido lo establecido en el referido artículo 19, puesto que la impugnación la estaban ejercitando a través del acto de conciliación, conforme a lo establecido en el artículo 460, en la redacción entonces vigente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual el acto de conciliación era necesario para iniciar cualquier juicio declarativo. Frente a esta postura procesal, la Entidad demandada alega la excepción perentoria de prescripción por haber transcurrido cuarenta días desde la fecha de la celebración del acto conciliatorio hasta la presentación de la demanda, tesis que es admitida por la Audiencia al estimar que el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable por no sustituir a la norma sustantiva que establece el plazo de prescripción». Criterio que esta Sala considera desacertado por no tener en cuenta la reiterada doctrina de la misma, que repetidamente ha sancionado, en interpretación de la preceptiva contenida en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la reforma (y que es el de aplicación al presente supuesto), que la interrupción de la prescripción extintiva que la demanda de conciliación produce, tiene plena virtualidad a los meritados efectos interruptivos cuando la demanda iniciadora del pertinente litigio se plantea dentro de los dos meses siguientes a la celebración del acto conciliatorio, porque con la papeleta de conciliación se ejercita un derecho que posteriormente se ratifica con la demanda inicial del procedimiento propiamente dicho.

RICARDO DE ANGEL.

SUSPENSION DE PAGOS: ACREEDORA POR CREDITO HIPOTECARIO Y POR CREDITO COMUN. TRATAMIENTO DIFERENTE. RECURSO DE CASACION «DIRECTO» (SENTENCIA DE 23 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 José Luis Albácar López.

Promovida por la Cooperativa B., ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra la Caja de Ahorros «X.», con fecha 7 de mayo de 1985 recayó sentencia del referido Juzgado, contra la que, por la vía directa del artículo 1.688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley, y en la que, entre otras, se sentaban las siguientes conclusiones: A) Que no puede declararse la inexigibilidad de un crédito hipotecario sobre la base de no haber sido incluido

en la lista definitiva de acreedores en el procedimiento de suspensión de pagos de la Entidad deudora por la razón de que los créditos que disfrutaban de garantía hipotecaria pueden ser ejecutados al margen del expediente de suspensión de pagos. B) Que la demandada concurrió a la Junta de Acreedores en su calidad de acreedor ordinario por un crédito personal de 25.000.000 de pesetas, y ostentando la misma dos créditos, uno común y otro hipotecario, su asistencia a la Junta en representación exclusivamente del primero no afecta en absoluto al segundo.

Doctrina de la Sala.—El motivo primero del recurso se formula al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del artículo 12 de la Ley de Suspensión de Pagos, al considerar como acreedor a la Caja de Ahorros «X.» por un crédito no incluido en la relación de acreedores, y debe ser rechazado toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9, 12, 15 y 22 de la aludida Ley de Suspensiones de Pagos, pudiéndose abstener de concurrir a la Junta los acreedores que, como la demandada, ostentaban el carácter de hipotecarios, sin que, respecto de los mismos, surta efectos el convenio, es obvio que el hecho de que su crédito hipotecario no figurara entre los especialmente señalados con el derecho de abstención, a que se refiere el apartado F) del artículo 12 de la misma Ley, en modo alguno puede implicar la extinción del crédito, ya que ni ello puede privar al acreedor hipotecario de perseguir los bienes que garantizan su crédito, ni tal omisión figura entre las causas que provocan la extinción de las obligaciones en general, y menos aún de las hipotecarias en particular, por lo que al no haber sido infringido el precepto que se cita por el recurrente, procede la desestimación de este primer motivo.

No mejor suerte alcanzará el segundo, al amparo también del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos, tantas veces citada, y en el que se alega que al haber concurrido la demandada a la Junta de Acreedores debe quedar obligada al convenio citado como todos los demás, motivo que se formula sin tener en cuenta la declaración fáctica que se hace en la resolución recurrida de que ostentando la demandada dos créditos distintos, uno común y otro hipotecario, asistió a la Junta de Acreedores en representación exclusivamente del primero, declaración fáctica ésta no combatida en casación al amparo de la vía adecuada para ello, la del número 4.º del artículo 1.692, y que en modo alguno podía ser planteada al tratarse de un recurso de casación directa, en el que el párrafo 1.º del artículo 1.688 reduce la cuestión a resolver a la estrictamente jurídica, por lo que debe ser respetada en este momento, y que hace ineficaz la alegación del motivo, que resulta así improsperable, por lo que debe ser expresamente rechazado.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: PAGO DE HONORARIOS AL ARQUITECTO. RETIRADA DEL ENCARGO PROFESIONAL (SENTENCIA DE 23 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 Mariano Martín-Granizo Fernández.

Aparece este recurso integrado por una sola motivación, en la cual se denuncia la infracción del artículo 1.544 del Código Civil en relación con el Decreto 2512/1977, de 17 de junio, del Ministerio de la Vivienda, así como el Real Decreto de 1 de diciembre de 1922, aún vigente. Se centra este motivo en que la sentencia impugnada, al estimar, lo mismo que la de primera instancia, que el señor G. N. y sus otros dos compañeros arquitectos realizarían el proyecto definitivo de ejecución y dirección de la obra, condena a la recurrente al abono del 50 por 100 de los honorarios devengados por los profesionales intervinientes, que se fijan en 6.068.978 pesetas, lo que supone infracción del artículo 1.544 en relación con el Real Decreto de 1922 citado y el de 17 de junio de 1977. Se procede en el motivo a hacer un examen de los considerandos de la resolución combatida y, con base en que las partidas correspondientes a los estudios previos, anteproyecto y proyecto básico habían sido abonados, quedaba únicamente pendiente el proyecto de ejecución, respecto del cual se dice que «... como se reconoce en las propias resoluciones la ejecución de la obra jamás fue llevada por el señor G. N.», razón por la cual, en opinión de quien impugna, «si la sentencia recurrida condena a mi mandante al pago de la totalidad de los honorarios debidos al señor G. N., olvida lo ya pagado...».

Doctrina de la Sala.—Antes de iniciar el estudio de esta única motivación debe hacerse una especial alusión a un defecto observado cada vez con más frecuencia en los recursos de casación que se interponen a partir de la reforma en él introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, y es que no obstante lo dispuesto en el artículo 1.694, en relación con el 1.692, y en ciertos casos, en el 1.710, 2.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vienen adquiriendo el carácter de endémicos los escritos de preparación y de interposición, cuando no ambos a la vez, que silencian el ordinal del artículo 1.692 en que el mismo pretende apoyarse, proyectando así sobre esta Sala, como tarea primaria, la función de inquirir en cuál de los cinco números del citado precepto ha intentado incluir el recurrente los motivos que en el mismo desarrolla, olvidando con ello el contenido de la casación, recurso extraordinario, que ni es una tercera instancia ni, no obstante la reforma que en ella introdujo la citada Ley, ha quedado totalmente desprovista de indispensables formalismos inherentes a su carácter y finalidad. Y expuesto lo que antecede, introduciéndose en la exégesis de los problemas en el motivo planteados, deben ponerse de relieve, como punto de partida, los postulados fácticos de que ha de partirse, al no estar combatidos en forma por el cauce casacional adecuado. Dichos presupuestos son: a) Que existe un proyecto básico de 380 viviendas, locales comerciales, garajes, etc., de protección oficial, confeccionado el 6 de mayo de 1981 por los arquitectos señores G. N. —aquí recurrido—, M. y Z., en el cual los honorarios se distribuirían a razón del 50 por 100 para el primero y el 25 por 100 para cada uno de los otros dos. Dicho proyecto fue abonado;. b) Que el 22 de diciembre de 1981 se presenta en el Colegio de Arquitectos un proyecto de ejecución, también redactado por los tres citados arquitectos, y que constituía el desarrollo del básico antes citado. En dicho trabajo los honorarios que correspondían percibir al citado señor G. N. eran de 6.344.462 pesetas, correspondientes al 50 por 100 del total, que ascendía a 12.688.925 pesetas; referida cantidad no ha sido satisfecha por

la comunidad recurrente y es en torno a la cual gira esta impugnación.

De lo hasta ahora expuesto resulta evidente el perecimiento de la única motivación formulada, dado que en ella se está haciendo constantemente supuesto de la cuestión, al intentar ofrecer a esta Sala una versión de los hechos diferente de la que aparece en los fundamentos de la sentencia impugnada. Así, se declara terminantemente en el cuarto de sus considerandos «que si bien es cierto que el día 11 de enero de 1982 se comunica al accionado la resolución unilateral del contrato de arrendamiento de servicios existente entre las partes, que, posteriormente, viene a aceptar incluso con renuncia a la dirección técnica de la obra, no lo es menos que, hasta esa fecha, el contrato desplegó todos sus efectos jurídicos, derivados de las obligaciones recíprocas de las partes, de suerte que a los servicios prestados por el accionado hasta ese momento corresponde el abono de los honorarios procedentes, a cargo de la entidad accionante, que vienen postulados por la cantidad postulada de 6.068.978 pesetas».

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE SEGURO: APLICABILIDAD DE LA LEY ESPECIAL DE 1980 (NO CONCURRE). PAGO DE LA PRIMA Y COBERTURA DEL SEGURO. CUANTIA DE LOS INTERESES POR RETRASO EN EL PAGO DE LA INDEMNIZACION (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: don Alfonso Barcala Trillo-Figuroa.

Como consecuencia de la póliza de seguro de incendios que, con el número 08.893.503.289 y desde la fecha del 1 de marzo de 1979, tenían suscrita don Amardo R. C. y don José Lorenzo G. B. con la Entidad mercantil «X., S. A.», para cubrir el riesgo de la discoteca denominada «M.», y del incendio acaecido en el local asegurado en la madrugada del 29 de marzo de 1982, los citados asegurados promovieron juicio de mayor cuantía contra la expresada compañía aseguradora, en reclamación del pago de la indemnización correspondiente a los daños derivados del siniestro, con el incremento del 20 por 100 anual a computar desde los tres meses de su fecha, cuyo conocimiento fue turnado al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, el que, por Sentencia de 12 de noviembre de 1984, estimó la demanda en el sentido de declarar que la entidad aseguradora adeudaba a los asegurados la cantidad de 8.897.206 pesetas y de condenar a la misma al abono de dicha suma, así como al del porcentaje de su 20 por 100 anual, a partir de los tres meses del siniestro y en concepto de intereses. La referida sentencia fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Canarias, y contra esta segunda resolución se interpuso por la representación procesal de «X., S. A.», el presente recurso de casación, por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con formulación de cuatro motivos, al amparo de su ordinal quinto.

Doctrina de la Sala.—Por razones de técnica procesal, debe comenzarse el estudio de los motivos del recurso, concediendo preferencia al segundo de ellos, que, por vía del ordinal quinto, denuncia infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y, concretamente, de la disposición transitoria de la Ley de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro. La adecuada resolución al problema planteado precisa de la puesta en relación de los siguientes factores: contenido de la precitada disposición y del de la final de esa Ley, y fechas de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, de la contratación de la póliza y del siniestro de autos. Pues bien, atendiendo a que la Ley de Contrato de Seguro entró en vigor a los seis meses de su publicación (disposición final) y ésta se produjo el 17 de octubre de 1980, la fecha inicial de su vigencia sería la de 17 de abril de 1981, y atendiendo, asimismo, a que los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor tendrían que adaptarse a la Ley en el plazo máximo de dos años, quedando sometidos desde su adaptación, o desde el momento en que transcurran dichos años, a sus preceptos (disposición transitoria), es evidente que la plenitud de efectos del nuevo texto legal a los contratos celebrados con anterioridad, se produciría el 17 de abril de 1983, y de aquí que tales efectos no podrían alcanzar a la póliza y al siniestro litigioso, en cuanto que las respectivas fechas de la contratación y del incendio, tuvieron lugar en 1 de marzo de 1979 y 29 de abril de 1982. Esta conclusión lleva, inevitablemente, a esta otra: que la inaplicación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, no supone, de por sí, casar la sentencia impugnada, sino, únicamente, en aquellos aspectos y consecuencias basados en exclusiva en sus preceptos, sin perder validez, por tanto, aquellos otros que tengan distinta fundamentación legal o se apoyen en el clausulado de la póliza. La precedente conclusión no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que la parte recurrente no hubiera expuesto, en el escrito de contestación a la demanda, la tesis hecha valer, después, en el recurso, llegando, incluso, a citar artículos de la Ley 50/1980, pues sostener lo contrario supondría desconocer el clásico principio *iura novit curia*.

Por los efectos globales que, en orden a la suerte del recurso, pudieran derivarse del motivo cuarto, acogido también al ordinal quinto e invocando infracción, por inaplicación, del artículo 1.170 del Código Civil, en su párrafo segundo, es conveniente analizarlo con prioridad a sus precedentes primero y tercero. Como puntualización previa, es oportuno destacar que si los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y las dudas que surjan en la interpretación de los contratos onerosos, se resolverán en favor de la mayor reciprocidad de intereses (arts. 7 y 1.289 CC), ello es aún más aconsejable en esta litis, debido a determinados datos fácticos manifestados en la Sentencia del Juez de Instancia, como: tratarse de una tercera renovación de la póliza y existencia de la peculiar forma de ejecución del pago, mutua y reiteradamente aceptada por los contratantes, expresiva de las relaciones del agente de la compañía aseguradora con los asegurados; y, por otro lado, no cabe olvidar la demás resultancia fáctica establecida en ambas sentencias de instancia y no combatida por vía casacional: *que* no existe constancia de ninguna fehaciente reclamación o expreso requerimiento de la compañía a los asegurados, entre el 1 de marzo y 29

de abril de 1982; *que* los asegurados, a la fecha del siniestro, estaban en poder del recibo importe de la póliza correspondiente al período comprendido entre los días 1 de los meses de marzo de 1982 y 1983; *que* la entrega del segundo talón, el fechado en 29 de abril de 1982, se hizo sobre las 24 horas del anterior día 28; *que* el incendio se produjo sobre las 5 de la madrugada del día 29, y *que* el expresado talón no fue realizado por no convenir a sus tenedores.

La base fáctica acabada de exponer debe ponerse en relación con la legal del artículo 389 del Código de Comercio, que al tratar del seguro contra incendios, dispone: «Si el asegurado demorase el pago de la prima, el asegurador podrá rescindir el contrato dentro de las primeras cuarenta y ocho horas, comunicando inmediatamente su resolución al asegurado, y si no hiciese uso de este derecho, se entenderá subsistente el contrato, teniendo acción ejecutiva para exigir el pago de la prima o primas vencidas, sin otro requisito que el reconocimiento de las firmas de la póliza», así como con la contractual de las cláusulas de la póliza, en sus artículos 9, 3.º; 10, 1.º, y 11, 2.º; que vienen a establecer: «El pago de las primas de anulidades sucesivas deben satisfacerse en el día y mes de su vencimiento o, lo más tarde, dentro de los treinta días siguientes»; «si el asegurado demorase el pago de la prima, la compañía podrá rescindir el contrato dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de la misma, comunicando su resolución al asegurado»; «por falta de pago de la prima a su vencimiento o dentro del término expresado de los treinta días, cesa la responsabilidad de la compañía y el asegurado no tendrá derecho, en caso de siniestro, a la indemnización del seguro», y «el seguro queda en suspenso, aun durante las diligencias judiciales que practique la compañía para el cobro de las primas vencidas y no satisfechas, y no recobrará su fuerza hasta las doce de la noche del día en que se efectúe el pago de las primas pendientes y de los desembolsos y demás gastos causados con motivo de la reclamación». Pues bien, conjugando todo ello y dado que la cobertura del seguro renació, como bien dijo el Tribunal *a quo*, desde las veinticuatro horas del día 28 de abril y que el talón cuestionado no se realizó por conveniencia de la compañía, es de concluir la imposibilidad de apreciar en el meritado Tribunal la infracción, por inaplicación, del artículo 1.170, párrafo segundo, del Código Civil, máxime al preceptuar el párrafo segundo de su artículo 1.110 que «el recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor tampoco hiciera reservas, extinguirá la obligación en cuanto a los plazos anteriores», lo que conlleva, en definitiva, al perecimiento del motivo estudiado.

Se entra, por último, a debatir los motivos primero y tercero, complementarios entre sí, que se amparan, al igual que los otros, en el ordinal quinto y alegan, de modo respectivo, infracción, por aplicación indebida, del artículo 20 de la Ley de 8 de octubre de 1980, e infracción del artículo 1.108 del Código Civil. Por lo argumentado en el segundo fundamento de Derecho de esta resolución aparece indiscutible que la condena de la entidad demandada-recurrente a abonar, en concepto de intereses, el 20 por 100 anual del principal declarado, a partir de los tres meses del siniestro, carece de apoyatura legal al aplicar una disposición sin vigencia al tiempo de suscripción de la póliza y producción del siniestro, cuya condena, en el aspecto indicado y en virtud de lo previsto en los

artículos 1.108 y 409 de los Códigos Civil y de Comercio, respectivamente, y 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la redacción dada por la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, tendría que haberse limitado al pago del interés básico del Banco de España, incrementado hasta dos puntos, y el devengo por intereses, se iniciaría a partir de la fecha de la primera sentencia, lo que determina, por tanto, que proceda estimar los meritados motivos del recurso, con la consecuente casación de la sentencia objeto de impugnación.

Por los propios fundamentos que anteceden, resulta procedente en Derecho revocar la sentencia dictada por el señor Juez de Primera Instancia número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el solo y único sentido de entenderse que el pronunciamiento cuarto de la misma se limitará al abono del interés antes señalado, correspondiente a la cantidad declarada en favor de los actores señores R. C. y G. B., computados desde la fecha de dicha sentencia, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en Primera y Segunda Instancia y disponiendo que cada parte satisfaga las suyas que se hubiesen originado en el recurso, con devolución del depósito constituido por la entidad recurrente.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE SEGURO: INICIO DEL COMPUTO DEL PLAZO DE DOS AÑOS. TOMADOR DE SEGURO POR CUENTA PROPIA Y POR CUENTA AJENA: NEGOCIO Y EDIFICIO CONTINENTE. AGRAVACION DEL RIESGO: ACTIVIDAD INMORAL. CAUSA ILICITA. VALOR INFERIOR AL CONTRATADO. DEBER DE INFORMACION DEL ASEGURADO. PERITO DIRIMIENTE (SENTENCIA DE 14 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 Matías Malpica González Elipe.

La reclamación de cantidad que se formuló en la demanda contra la compañía aseguradora hoy recurrente, lo era en pago de la indemnización de los daños sufridos a consecuencia del incendio producido en el local objeto de la póliza de seguros concertada el 4 de diciembre de 1981, número 17218268, sito en la ciudad de Arrecife, calle , en el que se hallaba instalado un bar-restaurant y en el que el riesgo asegurado afectaba tanto al edificio continente como a la instalación del negocio referido que en aquél se ubicaba. Como quiera que se instruyeron diligencias de orden penal que fueron ultimadas por auto de sobreseimiento de 18 de marzo de 1982 —toda vez que según la sentencia recurrida la consignación de la fecha del auto reseñado de 16 de marzo estaba equivocada, puesto que se practicaron diligencias el mismo día 18—, no podían iniciarse acciones de carácter civil sino a partir, cuando más, del día 19 de marzo del año meritado. La sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda, sin entrar a enjuiciar el fondo del tema debatido al aceptar la existencia de la excepción dilatoria segunda del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue revocada en ape-

lación en cuya sentencia aquí impugnada se da lugar a la demanda fijando la cantidad a abonar en 2.017.086 pesetas por los daños en el contenido, es decir, del negocio de restaurante, y en 555.436 pesetas por los acaecidos en el edificio, haciendo beneficiario de la primera al demandante como titular del negocio que figura en la póliza como tomador del seguro y al propietario del edificio don C. M. M. o sus herederos, consignando en dicha sentencia que caso de no ser aceptada habría de ingresarse en la Caja General de Depósitos a disposición del propietario del edificio mencionado.

Doctrina de la Sala.—No es ocioso constatar que al no encauzarse ninguno de los motivos formulados en el recurso por la vía del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan las declaraciones fácticas de las sentencias inmovibles y consecuentemente como premisas de las que forzosamente ha de partirse para enjuiciar la idoneidad del ordenamiento jurídico aplicado y del que se estima por la recurrente como infringido por cualquier concepto.

El primer motivo denuncia, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 en relación con el artículo 5.º del Código Civil y artículos 50, 60 y 944 del Código de Comercio y doctrina de esta Sala a cuyo fin sólo invoca la Sentencia de 16 de enero de 1968. Todo ello va encaminado a establecer que la demanda presentada el 15 de marzo de 1984, habida cuenta de que el riesgo asegurado tuvo lugar el 15 de marzo de 1982, lo fue en ejercicio de una acción prescrita conforme a los preceptos citados, tesis que no puede prosperar, pues es constante la mantenida en todas las jurisdicciones, que, conforme al artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no podrá seguirse pleito alguno hasta que recaiga resolución en el procedimiento criminal promovido en averiguación de un delito o falta, con lo que se veda a la jurisdicción civil entrar a enjuiciar hechos o actos, que, como en el caso presente, condicionan sustancialmente la pertinencia de la reclamación, como se infiere del artículo 48 de la Ley de 1980, cuyas declaraciones al efecto operan con carácter prejudicial penal de la que son exclusivamente competentes los órganos de dicha jurisdicción, a tenor de los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta inteligencia entra en juego el artículo 1.969 del Código Civil, según el cual el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, es decir, desde el siguiente día del auto de sobreseimiento por la jurisdicción penal, dejando expedita la civil, o sea, desde el 19 de marzo de 1982, cuya data expresamente declarada por la sentencia recurrida no ha sido impugnada por la vía casacional adecuada, por lo que, tanto por aplicación del artículo 5.º del Código Civil como del artículo 60 del Código de Comercio, es obvio que no habían transcurrido los dos años establecidos en el artículo 23 de la Ley de 1980 la prescripción de esta clase de acciones.

El segundo motivo, también residenciado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción de los artículos 1.º y 7, 3.º, de la Ley de 1980, en relación con el artículo 533, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo fracasa a la sola consideración de que el precepto procesal se refiere más a la falta de legi-

timación *ad procesum* que *ad causam*, pero es lo cierto que, siendo el actor tomador del seguro según consta en la póliza, tanto por cuenta propia o de quien corresponda, es decir, por el concepto de cuenta ajena, según la designación dada comúnmente por la doctrina científica, ha de precisarse que, inteligentemente, la sentencia recurrida ha señalado con distinción el destino que las dos cantidades concedidas por vía de indemnización han de tener, porque en la nueva técnica del seguro, lo esencial para la determinación legitimadora no es otro factor que el del interés en la obtención de la indemnización del daño, sin que pueda ser motivo u ocasión de enriquecimiento injusto, según preceptúan los artículos 25 y 26 de la Ley especial que regula el tema debatido. Por ello, el tomador del seguro, en cuanto lo hace en este caso «por cuenta propia», se le concede la correspondiente al daño sufrido en la instalación del negocio de bar-restaurant del que es propietario, según afirmación fáctica manifestada en la sentencia recurrida y no combatida, que le confiere obviamente el interés a que se refiere el texto legal y que le inviste de plena legitimación *ad causam* para propugnar el reconocimiento de su derecho a ser indemnizado; y en lo concerniente a su cualidad de tomador del seguro por cuenta de quien corresponde en lo relativo al edificio continente, igualmente está legitimado para reclamar la indemnización correspondiente por cuanto el factor ya aludido, del interés en la indemnización surge legalmente de su carácter de arrendatario del edificio, igualmente reconocido en la sentencia impugnada y no objetado en casación, dado que como tal arrendatario le incumbe la obligación de conservar la cosa arrendada frente al arrendador, con la especial significación que eventualmente pueda derivarse de una conducta más o menos negligente, cuyo riesgo perfectamente asegurable (art. 4 de la Ley especial) le confiere el derecho a la reclamación indemnizatoria, cuya contraprestación contractual es la prima satisfecha, como pago de la cobertura del *aleas*; en definitiva, que la «toma del seguro» por cuenta de quien corresponda cuando no se haga por el propietario personalmente, puede hacerse por quien como el arrendatario tiene contraída una obligación, tasada legalmente con aquél y que para cuya efectividad de presente o potencial se cubre este último, concretándose en su persona y a estos fines el elemento personal hábil para el ejercicio de la acción correspondiente, con la que queda dibujada su conducta diligente en punto al cumplimiento de su obligación de conservar la cosa misma o por sustitución (subrogación real) del valor de los deterioros sufridos por ella.

El tercer motivo, también al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proclama la infracción de los artículos 11 y 12 de la Ley de 1980, en relación con el artículo 1.255 del Código Civil y artículos 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El motivo ha de perecer por cuanto sienta como hecho constitutivo de la agravación del riesgo la circunstancia posterior a la conclusión del contrato de haber sido clausurado por la Autoridad gubernativa por tratarse de una casa de citas el negocio que funcionaba en el bar-restaurant y como quiera que tal hecho ha sido expresamente denegado en el sexto considerando, sin impugnación en este recurso, se evidencia que el alegato del motivo está haciendo supuesto de la cuestión que lo descalifica procesalmente, aparte de que las Leyes administrativas no son aptas

para fundamentar un recurso de esta naturaleza, dado que no hay incidencia concreta en derechos de índole civil.

El cuarto motivo, que amparado en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 53 del Código de Comercio y 1.275 del Código Civil, ha de seguir el mismo resultado negativo del motivo anterior al hacer premisa de su razonamiento la existencia de actividades inmorales en el local de autos, lo que negado por la Sala de instancia no puede redargüirse por la recurrente sin previa impugnación por la vía adecuada, por lo que haciendo una petición de principio lo invalida a efectos del recurso.

El quinto motivo, con sede en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala la infracción del artículo 31 de la Ley de 1980 y para ello se funda en que si hubo destrucción total de los bienes asegurados y su valor fijado en la sentencia, es inferior al contratado, por lo que ha de entenderse hay mala fe manifiesta y el contrato es ineficaz. La tesis de la recurrente no se sostiene, pues, repitamos, que el factor objetivo a tener en cuenta en el seguro es el interés —que precisamente inviste de legitimación a quien lo ostente—, y por ello tanto el artículo 31 como los 25, 26 y 27 no indican la nulidad del contrato, sino su mantenimiento, con reducción en las cifras tanto de indemnización como en la prima que constituye su contraprestación, de suerte que nunca haya enriquecimiento injusto ni se extalimite la cifra asegurada, pero permaneciendo el contrato con el nuevo nivel crematístico equilibrador, salvo que lo fuere por mala fe del asegurado o tomador, circunstancia ésta que requiere previa declaración del Tribunal de Instancia como elemento de hecho, que aquí no se expresa en la sentencia recurrida.

El sexto motivo, con igual residencia casacional que los precedentes, denuncia la infracción del artículo 16, 3.º, de la Ley especial, en relación con el 1.255 del Código Civil y artículo 13, 5.º, de las Condiciones Generales de la Póliza. Tampoco puede prosperar el motivo porque hace supuesto de la cuestión del hecho, que propugna la recurrente, de que negó el derecho de información que se debe por el asegurado o tomador a la aseguradora, lo cual está explícitamente contradicho en el cuarto considerando de la Sentencia de la Sala *a quo* que permanece incólume al no haber sido atacada adecuadamente.

El séptimo motivo denuncia —con base en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— la infracción del artículo 38 de la Ley especial en relación con el artículo 1.255 del Código Civil y los artículos 19 y 20 de las Condiciones Generales de la Póliza pactada, que ha de fracasar, a la sola lectura del artículo 38 invocado en su párrafo sexto en el que se dispone que es el Juez de Primera Instancia el que designará el tercer perito dirimente cuando los inicialmente nombrados por ambas partes hayan dictaminado en disconformidad, y se tramitará por medio de actuaciones de jurisdicción voluntaria, es decir, a instancia de las partes interesadas, puesto que es de carácter rogado, no incumbiendo al Órgano jurisdiccional ni de Primera ni Segunda Instancia promoverlas de oficio.

El octavo motivo, de idéntica factura procesal que el precedente, insiste en la infracción supuesta del artículo 38, 4.º, de la Ley de 1980, en relación con el artículo 1.255 del Código Civil y el 20 de las Condiciones Generales del Contrato de Seguro y ha de seguir la misma descalificación

que el anterior, por cuanto: a) Hace supuesto de la cuestión de la valoración de los daños, cuya fijación como elemento fáctico es de libre y soberana apreciación de la Sala *a quo* sólo atacable por la vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y b) la pretendida primacía, ajuste e idoneidad del informe del perito señor Rivero olvida que, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y constante doctrina de esta Sala, la prueba pericial, por no estar sujeta a reglas tasadas de valoración, es de la libre apreciación del Tribunal, salvo que incida en ilogicidad o irracionalidad su ponderación.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: COMPENSACION DE CULPAS. RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA, NO SOLIDARIA (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL 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.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en su redacción vigente al tiempo de interponer el recurso— denuncia infracción, por indebida aplicación respecto al recurrente, del artículo 1.902 del Código Civil, tratando de evidenciar que su conducta fue correcta, por lo que no les es atribuida la causa productora del daño; motivo que necesariamente ha de perecer al ser doctrina constante de esta Sala la que proclama que si bien la calificación como culposa es una cuestión jurídica y por ello atacable por la vía que el recurrente utiliza, sin embargo, los hechos que sirven de punto de partida para llegar a tal calificación han de denunciarse por el cauce del número 7, ya que en casación es norma indeclinable el respeto a los hechos que como probados contenga la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, salvo que éstos sean impugnados por el citado cauce, denunciando error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba (Sentencias de 27 de noviembre de 1981, 7 y 28 de febrero y 31 de mayo de 1983, 28 de mayo de 1984 y 25 de mayo de 1985).

Idéntico rechazo merece el segundo motivo, también formulado por la vía del número 1, y en el que se acusa errónea interpretación del ya citado artículo 1.902 del Código Civil, argumentando que «la culpa principal del evento dañoso fue la del conductor del camión cisterna y no puede aminorarse imputando en proporción similar (50 por 100 a cada uno) la responsabilidad a ambos demandados». Pero al razonar así, se olvida que tal estimación por la Sala de instancia, como cuestión fáctica, es de su exclusiva competencia, debiendo respetarse en casación en tanto no se pruebe adecuadamente haber incurrido en error de hecho o de Derecho, lo que sólo es posible intentar por la vía del número 7 del repetido artículo 1.692 de la Ley procesal.

Fundado también en el artículo 1.692, 1, de la Ley procesal, en el ter-

cer motivo se denuncia interpretación errónea del artículo 1.902 del Código Civil, argumentando que «si uno y otro conductor son culpables, la responsabilidad deberá serle atribuida cuantitativamente a su culpa, nunca en forma solidaria para que cualquiera de ellos tenga que arrostrar las consecuencias de la culpa ajena, sino que cada cual deberá responder de los daños ocasionados por su propia actuación, criterio autorizado por este Alto Tribunal en Sentencias de 30 de septiembre de 1958, 8 de junio de 1962, 20 de mayo de 1976 y 22 de diciembre de 1978».

Y, en efecto, si bien es cierto que esta Sala ha reiterado que se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, *cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos, ni establecer las distintas responsabilidades* (Sentencias de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982: 2 de febrero, 31 de octubre y 14 de noviembre de 1984, y 13 de noviembre de 1985), no lo es menos que en el caso de autos la sentencia recurrida expresa literalmente que «son acciones concurrentes con un tanto por ciento idéntico, que nos hace especifiquemos el grado de participación de ambos por partes iguales», y por ello, precisamente, ha de prosperar este motivo, ya que al estimar la Sala de instancia la participación concreta de responsabilidad de cada uno, no procede imponer la solidaridad en la obligación de reparar el daño causado.

Al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el cuarto y último motivo error de Derecho en la apreciación de la prueba, al haberse concedido plena eficacia a documentos privados que no han sido adverados, como exige el artículo 1.225 y concordantes del Código Civil. Al margen de la falta de precisión y claridad con que se formula el motivo, con infracción de lo preceptuado en el artículo 1.720 de la Ley procesal, ha de tenerse en todo caso presente que el artículo 1.225 del Código Civil no guarda relación con la cuestión debatida, ya que el citado precepto se limita a expresar que «el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes». De otra parte, no es el artículo 602, sino el 604, de la Ley de Enjuiciamiento Civil el que preceptúa que los documentos privados y la correspondencia serán reconocidos bajo juramento a la presencia judicial por la parte a quien perjudiquen si lo solicitare la contraria, y como tiene declarada esta Sala se trata de un precepto de procedimiento, ineficaz para fundar un recurso de casación por infracción de ley. En el segundo considerando de la sentencia de Primera Instancia (aceptado por la recurrida) se expresa «que de las diligencias periciales incoadas en su día a causa del accidente, de la manifestación de ambos conductores, de la valoración hecha en el atestado y de las diligencias de reconocimiento judicial practicado, se deduce, como hecho probado, que... se ocasionaron desperfectos en la cisterna por importe de 558.829 pesetas, en el camión por valor de 340.000 pesetas, en la pérdida de la mercancía por valor de 22.365 pesetas y como daños secundarios por la retirada del camión por valor de 31.620 pesetas», y, por tanto, no es admisible en casación el intentar destruir las deducciones que el juzgador de instancia haya extraído del conjunto de los elementos probatorios apor-

tados al juicio, desarticulando su contenido e imprimiendo a uno de ellos una fuerza preponderante de la que carece.

RICARDO DE ANGEL

PERSONA JURIDICA: ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA. «LEVANTAMIENTO DEL VELO». ACTOS PROPIOS (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 Antonio Carretero Pérez.

La sentencia impugnada condena a la Caja Rural «C.» a que reintegre al actor la cantidad que consta, como saldo favorable a dicho actor, en la cartilla 314, correspondiente a la «Caja Rural de J.», puesto que entiende que, aunque ambas entidades están diferenciadas a efectos fiscales y administrativos, con distintos números de identificación fiscal y del Ministerio de Trabajo, actúan, de hecho, con una misma personalidad, de modo que la llamada «Caja Rural de J.» viene a ser una sección de la demandada, que es una cooperativa del campo, cuyas decisiones y, en particular, la de congelación del saldo del actor, son las que se imponen a la «Caja Rural de J.» que funciona, según se ha dicho, como una sección de crédito de la única personalidad actuante, por lo que rechaza su oposición, basada en falta de legitimación pasiva, al calificar tal oposición de contraria a los actos propios y en claro abuso de la personalidad jurídica, con fines fraudulentos.

Doctrina de la Sala.—El motivo primero del recurso se ampara en el artículo 1.692, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba, que resulta de documentos no contradichos por otros. Estos documentos son los que manifiestan la existencia oficial de dos cooperativas, una de crédito, no demandada, y otra agrícola, la demandada, con personalidad jurídica diferenciada, de donde deduce el desvío procesal de la acción. Sin embargo, ha de hacerse constar que los documentos señalados como reveladores del error han sido examinados y no contradichos por el juzgador en cuanto a su texto. Este texto fue confrontado con otras pruebas, como son la de confesión, testifical y pericial caligráfica y especialmente la documental, en la que aparece la certificación que obra al folio 1 con membrete y sello de la Caja Rural (Cooperativa de Crédito) y encabezada por el apoderado de la Cooperativa Agrícola «C.», (del campo), en la que se hace constar que el actor es titular de la cartilla número 314 como impositor de la sección de crédito y cuyo saldo fue congelado por decisión de dicha Cooperativa Agrícola. Esta constatación y el hecho indiscutido de que ambas cooperativas están regidas por las mismas personas, lleva a la Sala de la Audiencia Territorial a la convicción de que la apariencia oficial de dos personalidades jurídicas, no es cierta, sino que la realidad es la de única personalidad actuante de la demandada, productora del acto que al demandante atañe, en cuanto a la devolución de su saldo y esta apreciación, resultante de un ponderado, nada arbitrario análisis del conjunto de la

prueba, no la pueden contradecir los documentos señalados por el recurrente, por lo cual el motivo primero debe ser rechazado.

Partiendo del supuesto de una sola personalidad actuante, que corresponde a la demanda, deben, a continuación, analizarse los motivos tercero y cuarto, basado en el artículo 1.692, 5°, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el primero entiende mal aplicada la doctrina de los actos propios y, el segundo, también desajustada la aplicación de la doctrina del abuso de Derecho. En este caso los actos de la demandada, en relación con la imposición hecha por el actor, en su cartilla de ahorro, consisten en la denegación de la devolución de su saldo acreedor, la comunicación al actor y certificación del acuerdo y de la cuantía del saldo. Estos actos inciden directamente en la relación de cuenta de ahorro enablada, para modificar, de modo inequívoco, sus naturales consecuencias, con una decisión que revela facultades para adoptarla, directa sobre el objeto del contrato y que, en el proceso, se trata de contradecir, alegando que el poder de decisión correspondía a una entidad oficialmente distinta. Se cumplen así todos los requisitos que la doctrina legal exige para la aplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. La aplicación del principio de respeto a los propios actos se relaciona con el de buena fe como límite del ejercicio de los derechos, proclamado, con carácter general, por el artículo 7, 1, del Código Civil. Con independencia de este principio, pero sobre semejante base ética, el citado artículo, en su apartado 2, manifiesta que no se puede amparar el abuso del Derecho, en este caso apreciable en la pretensión de llevar a sus últimas consecuencias la personalidad jurídica, cuando esa personalidad oficial no responde a la realidad, pretensión de apariencia legal correcta, pero social y éticamente insostenible y que, en el caso presente, ha producido daño, lo que hace aplicable la doctrina legal que sobre el abuso del derecho tiene establecida este Tribunal en general (Sentencias de 5 de abril de 1986 y 14 de febrero de 1986, entre otras) y, en particular, sobre el abuso de la personalidad jurídica (Sentencia de 28 de mayo de 1984, que mantiene la necesidad de desvelar las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas) en evitación de que la confusión sembrada por sociedades que actúan en régimen de subordinación, puedan perjudicar intereses de los acreedores de la subordinada, lo que lleva incluso a la orientación doctrinal de la responsabilidad solidaria, cuando no exista norma legal expresa. Como conclusión, la demandada ha realizado actos propios de decisivo contenido contractual en la situación de depositario y contrariamente a la buena fe, ha tratado de contradecirlos para imponer, con abuso, una personalidad existente, pero no actuante, lo que obliga a desechar los motivos del recurso estudiado en este apartado.

RICARDO DE ANGEL.

CONTRATO DE COMPRAVENTA: RESOLUCION. NO PROCEDE CUANDO SE HA PACTADO OTRA SOLUCION PARA CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO (SENTENCIA DE 27 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 Antonio Carretero Pérez.

La sentencia recurrida establece una interpretación del contrato de compraventa de terreno, de fecha 18 de diciembre de 1981, y, específicamente, de su cláusula 12, que, para el caso de incumplimiento, por parte de los compradores, de su esencial deber del pago del precio, prevé una distinta situación, para el caso en el cual no se hubieran iniciado obras en la parcela (resolución, con devolución de terreno y retención del 20 por 100 de lo pagado) y para el caso de que las obras se hubieran iniciado (exigir el cumplimiento o cobrar el triple de lo debido, en obras). Como en la fecha en la cual la entidad actora realizó notarialmente el requerimiento resolutorio, la demandada compradora ya había iniciado obras, la sentencia recurrida desestima la posibilidad de resolución del contrato, según la primera de las opciones expuestas, que fue la elegida por el actor.

Doctrina de la Sala.—La apreciación del Tribunal, que conduce a la interpretación del contrato, en su conjunto, se basa en la diferenciación de consecuencias del incumplimiento por parte del comprador, para el caso de que las obras en la parcela no se hubieran comenzado y para el caso en el que ya estuvieran iniciadas, en ninguno de los cuales niega los efectos de la resolución, por aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, matizado por la cláusula contractual 12, diferenciación que obedece a distintos supuestos en la realidad, que hacen variar la situación, en orden a la resolución, de modo que no se puede estimar ilegal o ilógico, pues el primer caso plantea una restitución sencilla y, el segundo, la posibilidad de instar el pago del precio o la de resarcirse el vendedor con la obra realizada por un valor que puede llegar al triple del precio debido, lo cual, evidentemente, no deja al arbitrio del comprador, los efectos de su incumplimiento, sino que vienen limitados por el propio comprador ante el hecho de la realización de obras que plantea, en todo caso, una correlación del valor de las prestaciones incrementado por la plusvalía que adquieren los bienes vendidos y que había de resultar de la actividad conjunta de las partes encaminada a ejercitar la urbanización general y edificación de las parcelas en las condiciones previstas, por lo que se ha de concluir que dar eficacia a esta cláusula 12, según sus términos literales y su intención, en el conjunto del contrato, como se ha dicho, no es arbitria, ilógica, ni ilegal, lo que hace decaer los cuatro motivos del recurso que, con apoyo en el artículo 1.692 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, alegan la infracción de las normas interpretativas contenidas en los artículos del Código Civil 1.281, 28; 1.285 y 1.284, así como la doctrina legal en orden a la resolución de los contratos (motivo cuarto), en orden a la legitimidad y sentido de la cláusula.

Existe otro aspecto del recurso, a lo largo de su fundamentación, que consiste en afirmar que, como las obras realizadas en la parcela, lo fueron, en principio, sin licencia municipal, no se pueden tener como comenzadas a efectos de la aplicabilidad de la cláusula 12, pero no debe olvidarse que la legalización posterior de las obras convalidó sus posibles defectos desde el punto de vista jurídico-urbanístico, tal como se prevé en el artículo 184 de la vigente Ley del Suelo, que respeta lo construido sin licencia, si puede ser legalizado, por el cual tampoco puede apreciarse

el aspecto de la fundamentación de los motivos que se basa en la no ejecución eficaz de obras.

RICARDO DE ANGEL.

VICIOS DE CONSENTIMIENTO: DOLO. DOLO POR OMISION. DOLO GRAVE PRECIO IRRISORIO (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

La parte recurrente de este singular recurso consagra los dos primeros motivos del mismo a combatir la valoración de la prueba hecha por el Tribunal *a quo* (el Juzgado, al estimar expeditivamente la excepción procesal de falta de arraigo en juicio, dada la nacionalidad portuguesa de la actora, no entró en el fondo del asunto) y amparando sus alegaciones en los números 4 y 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa a la sentencia recurrida de error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos y que la recurrente oportunamente cita (motivo primero) y de violación de los artículos 1.214, 1.232, 1.239, 1.243, 1.249 y 1.253 y doctrina legal de la Sala contenida en las sentencias que recoge y menciona. Y ciertamente hay que convenir que el Tribunal *a quo* ha incurrido en algunos errores denunciados por la parte, al minimizar hechos y elementos de prueba que, a juicio de esta Sala, tienen la suficiente y necesaria trascendencia y significación para permitir, alterando la fijación de aquéllos y reconociéndole a los mismos la relevancia debida, una nueva valoración probatoria con el carácter excepcional que la casación consiente por el cauce restrictivo de los alegados ordinales 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el presente litigio concurren efectivamente unos hechos y actuaciones concretas que denotan conductas y comportamientos que, en opinión de la Sala, han tenido como fin primordial y decisivo ganarse la voluntad de la actora para obtener de ésta, con su consentimiento viciado, beneficios y transmisiones formalmente documentadas que encubren y son precisamente el resultado de las argucias y maquinaciones puestas en práctica por el matrimonio demandado para obtener de la actora, a cambio de unas cantidades ciertamente parcas y significativamente desproporcionadas, un piso en Madrid y una importante finca, de más de 156 áreas, en Almería. En tal sentido resultan claros y patentes en el caso de autos los siguientes extremos básicos: 1. La actora y hoy recurrente, doña Isabel P. V., de nacionalidad portuguesa, es mujer de avanzada edad y viuda desde hace muchos años. Vive sola y carente de ambiente y afecto familiares en la ciudad de Almería, donde consagra su vida e inquietudes al cuidado y atención de los animales, especialmente los perros, siendo al efecto la promotora y patrocinadora de la Sociedad Protectora de Animales que oficialmente se constituyó en la citada ciudad de Almería en 1974. 2. Movida por ese «desmesurado amor hacia los animales», la citada señora puso a disposición de dicha Sociedad protectora la mencionada finca «X», donde

han tenido alojamiento y comida simultáneamente hasta 140 perros y docenas de gatos. 3. En 1976 entraron en contacto con la citada doña Isabel P. V. los demandados, don Juan José D. M. y su esposa, doña María Dolores B., quienes, coincidentes con aquélla en «su amor entrañable a los animales», se ganaron plena y absolutamente su confianza, convirtiéndose en personajes imprescindibles y cotidianos en la vida de aquélla, asumiendo y compartiendo con ella el cuidado y atención de los animales. 4. En un corto lapso de tiempo y coincidiendo con este afán común en el cuidado de los perros se produce un importante y significativo desplazamiento patrimonial de bienes de la actora y hoy recurrente (antes titular de un saneado patrimonio y hoy en situación precaria) en favor del matrimonio demandado y ahora recurrido, que ven incrementado el suyo con sendas escrituras de venta de un piso en Madrid y de la repetida finca denominada «X.», y todo ello con la excusa de que con tal proceder el matrimonio podría mejor llevar la administración y cuidado de los intereses de la actora, encaminados y consagrados al cuidado de los animales, evitando así posibles embargos, como el relacionado en procedimiento ejecutivo instado por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Almería, por cuantía de 30.000 pesetas. 5. Sin desconocer el desembolso de ciento y pico mil pesetas realizado por el matrimonio como pago del supuesto «precio» del piso de Madrid y la subrogación en la hipoteca por importe de un millón de pesetas por la «venta» de la repetida finca de Almería, de valor espectacularmente superior (actualmente finca de reserva urbana) y al margen del alcance y trascendencia que pueda darse a la carta de doña María Dolores B., que ésta niega, de 4 de marzo de 1977 («en caso de que a mí me ocurra alguna desgracia en este viaje usted puede actuar como propietaria de la finca. Los documentos que tengo en mi poder están en mi casa; si los necesita, están en una carpeta que se la darán»), es de notar también que el presente procedimiento civil, en el que se pide la declaración de nulidad de aquellas ventas, con las oportunas cancelaciones de las inscripciones del Registro de la Propiedad y la obligada devolución a la actora de las fincas objeto de aquellas ventas con consentimiento viciado, ha estado precedido (este procedimiento) por querella por estafa ante el Juzgado de Instrucción número 2 de Almería, en la que el Ministerio Fiscal solicitó el procesamiento del matrimonio querellado, que no prosperó, estimando el Juzgado al efecto, aunque ello no afecte ni vincule para nada al presente procedimiento, que «es tan abundante la prueba testifical sobre posibles maquinaciones o artificios empleados por los querellados para ganarse el ánimo de la querellante y tan contradictorias las declaraciones de aquéllos —aquejados de graves lagunas— que existen indicios de dolo empleado para conseguir el otorgamiento, sobre todo de la escritura de la finca «X.», pero que pese a lo antes relatado, los indicios de existencia de dolo lo conducen más a la existencia de un dolo civil que a la existencia de un dolo penal integrante de un delito de estafa.

Doctrina de la Sala.—Fijados así los hechos básicos más significativos en la órbita de aquéllos y reconociéndole a los mismos la relevancia debida, con alteración de la valoración hecha en instancia, la Sala entiende que, si bien es cierto que nuestro Código Civil (a diferencia de lo que ocurría en el Derecho histórico) exige sólo que el precio sea «cierto» (art. 1.445) y no necesariamente justo, proporcionado o adecuado

a la transmisión efectuada, no lo es menos que en el supuesto contemplado en el presente litigio concurren, en opinión de la Sala, los dos elementos, el subjetivo o ánimo de perjuicio y el objetivo o acto o medio externo, que caracterizan el dolo civil, con el consiguiente aprovechamiento para los autores de las argucias y maquinaciones insidiosas en base a las cuales la contraparte presta su consentimiento gravemente viciado que anula los contratos formalmente suscritos, debiendo recordarse al efecto que el dolo abarca y comprende no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, aprovechándose de ello, de igual forma que no elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o buena fe de la otra. Declarada la existencia de dolo causante y grave, entendido como acto o serie de actos y actuaciones antijurídicas utilizadas por los demandados y ahora recurridos, para obtener como resultado que la actora y recurrente emitiera el consentimiento necesario para la formación de los contratos de compraventa, formalizados el 6 de octubre de 1976 y 11 de enero de 1977, procede la admisión del tercer motivo del recurso en el que, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos 1.265, 1.269 y 1.300 del Código Civil, procediendo en consecuencia la declaración de nulidad de aquellas ventas, con cancelación de las correspondientes inscripciones registrales y obligada devolución a la actora de las dos fincas objeto de aquéllas.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: APRECIACION DE LA PRUEBA PERICIAL. PELIGROSIDAD Y PREVISIBILIDAD. CUANTIA DE LA INDEMNIZACION (SENTENCIA DE 9 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 Rafael Casares Córdoba.

La impugnación de la Sentencia dictada el día 12 de marzo de 1985 por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos que, al confirmar la apelada procedente del Juzgado de Primera Instancia de Miranda de Ebro, condenó a los demandados a abonar solidariamente a la demandante, por sí y en representación de su menor hijo, la suma de 2.500.000 pesetas, se lleva a cabo por la codemandada mercantil «M. H.», S. A., articulando un primer motivo básico en el que, al amparo del apartado 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba que al evidenciar, según la tesis de la entidad recurrente, que en la operación de desmontaje industrial en el curso de la cual se produjo la explosión que determinó el fallecimiento del operario que la realizaba, se tomaron por parte de la empresa «todas y cada una de las medidas de seguridad necesarias», excluye la objeción de negligencia en que se basa la aplicación al caso del artículo 1.902 del Código Civil, el cual resulta, por tanto,

indebidamente invocado por la del juzgador para apoyar la sentencia condenatoria, según el texto del segundo de los motivos de casación que tomando pie del error previamente acusado denuncia al amparo del número 5.º del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción de esta normativa civil —artículo 1.902 del Código— aplicada en la instancia.

Doctrina de la Sala.—Que el primero y fundamental motivo de casación, aquel relativo al error en la apreciación de la prueba cuyo éxito condiciona inexcusablemente el otro tema de casación desarrollado en el recurso, inevitablemente decae sin más que la consideración de que, formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, omite que este precepto exige no solamente la existencia en autos de documentos que demuestren la equivocación del juzgador, requisito éste de más que discutible concurrencia en el caso presente, en el que los documentos citados por la recurrente son unos informes, policial y de la Inspección de Trabajo, aportados al proceso penal, expresivos, uno de ellos, de que «al parecer» la empresa cumplió todas las medidas de seguridad y resaltando el otro «que se habían adoptado medidas suficientes en previsión de incendio en el exterior del tanque, dado que se pensaba que el depósito estaba libre de carga y que no habría riesgo procedente del interior del mismo», estimación ésta, hecha con ligereza, que resultó equivocada y determinante del fatal accidente, sino que, además, aquella norma de apoyatura demanda para la eficacia de los documentos que la parte menciona en demostración del error denunciado que los mismos no resulten contradichos por otros elementos probatorios que es, justamente, lo que sucede en el presente caso en el que una prueba pericial, prestada con todas las garantías procesales, ha puesto inequívocamente de manifiesto, la incorrección y peligrosidad del sistema de trabajo utilizado y autorizado, la previsibilidad del accidente y la improcedencia de delegar la empresa a nivel de maestro de taller, la decisión del empleo de un soplete oxiacetilénico para «descabezar» unos tornillos que aseguraban una brida de unión entre un filtro y un silo que había contenido una sustancia susceptible de crear, en combinación con el oxígeno del aire, una atmósfera explosiva, circunstancias apreciadas en la instancia para formular, frente a la entidad recurrente el juicio de actuación negligente compartida con la de la propia víctima, en términos tan correctamente estimados que no puede ser objeto de censura en este trámite —en el que la postulación relativa al *quantum* está, por otra parte, huérfana de razonable argumentación— al amparo de una norma que, como se ha reiterado, condiciona la eficacia de la documental que, se dice, reveladora del error, a la inexistencia de otros elementos de prueba de signo contrario, aquí tan patentes como los expuestos.

RICARDO DE ANGEL

COMPRAVENTA: ERROR INEXCUSABLE. BUENA FE. EQUIDAD (SENTENCIA DE 9 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 Antonio Carretero Pérez.

El actor compró al demandado, en documento privado de fecha 19 de mayo de 1977, una finca dedicada a la explotación de cantera de albero o zahorra (tierra rica en greda), pero esta finca, según el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio en el que radica, aprobado en agosto de 1974, estaba calificada como zona de edificación marginal cerrada, por lo cual, de conformidad con el artículo 47, 1.º, de la Ley del Suelo de 1956, coincidente con el artículo 58, 1.º, de la vigente Ley del Suelo, no podía ser objeto de la explotación pretendida, de modo que cuando el actor, en octubre de 1978, pretendió la licencia correspondiente a la utilización de la cantera, le fue denegada y solamente se le autorizó a trabajarla, en tanto en cuanto significase la corrección de la accidentada topografía de la finca y hacerla apta para los fines de la futura urbanización. El actor planteó demanda tendente a la nulidad del contrato, por falta de consentimiento y de causa (art. 1.261, 1.º y 2.º, CC) o a su resolución (art. 1.124 del citado Código). El demandado se opuso a las pretensiones actoras y, a su vez, formuló reconvencción, pidiendo la condena del actor al pago del precio debido. La sentencia recurrida niega la existencia de dolo o error, mantiene el conocimiento, por parte del actor, de las características de la finca y, en consecuencia, rechaza la demanda y admite sustancialmente la reconvencción.

Doctrina de la Sala.—El actor, recurrente, formula su primer motivo, sin citar su apoyo procesal, dentro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 359 de la citada Ley, pues estima que la sentencia es incongruente, por no haber analizado la inexistencia de objeto y apenas el dolo. Tal motivo debe ser rechazado, en primer lugar, porque su parte dispositiva es totalmente desestimatoria de las pretensiones actoras y, en segundo lugar, porque su fundamentación se basa en la validez del contrato, por el perfecto conocimiento de su objeto, por parte del actor, dada su profesionalidad y habitual diligencia para conocer los bienes sobre los que contrata, según resalta el considerando tercero de la sentencia de Primera Instancia, íntegramente aceptado por la sentencia de apelación.

No se establece ningún motivo que afecte a los hechos probados, de modo que, el proclamado conocimiento, por parte del recurrente, de las condiciones de la finca que compraba, impiden aceptar sus alegaciones, establecidas en el complejo segundo motivo, que invoca, también sin cita de su apoyo procesal, la violación de los artículos 1.261, 1.262, 1.265, 1.266, 1.271, 1.281, 1.289, 1.300 y 1.303 del Código Civil, relacionados en el escrito por medio de lo que anuncia como cuestión previa, con los artículos 1.091, 1.101, 1.255, 1.258, 1.445, 3.º, 1, y 7.º, 1, del mismo cuerpo legal, pues no se ha producido cuestión de interpretación del contrato, calificado siempre como compraventa de cantera, para su adecuada explotación, sino que se ha afirmado que las posibilidades de hecho de tal uso eran conocidas por el comprador, al tiempo del contrato, base de hecho que impide la presencia del error y del engaño, conceptos valorativos que entrañan cuestiones fácticas, al igual que las relativas a la buena fe, en términos más generales que, además, se presume siempre, así como a la equidad, como principio de ponderación en la aplicación de las normas, para evitar una resolución injusta (Sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1986),

puesto que, en este caso, la sentencia recurrida ha ponderado ciertos elementos que le hacen llegar a la conclusión de que su decisión es justa, tales como el hecho de la posibilidad parcial de explotación de la cantera, la tardanza del actor en su reclamación, la obtención de un bien útil en sí, por su carácter de finca urbanizable y el casi total impago del precio por el actor. Al no existir base para apreciar una errónea interpretación del contrato, una causa de nulidad, ni una ponderación del conjunto de los temas litigiosos contraria al principio de buena fe o a la equidad, debe decaer este segundo motivo.

RICARDO DE ANGEL.

RECURSO DE CASACION: CARACTER (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL 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-Elípe.

El núcleo del problema planteado por la actora consiste, tanto en la instancia como en este recurso, en la determinación de la existencia de un contrato vigente entre los litigantes, en virtud del cual el demandado y hoy recurrido prestaba sus servicios como repartidor de pan en una delimitada área geográfica o comarca asturiana a la demandante y con carácter de exclusividad, cuyo pacto, en el que se establecía una remuneración mixta —sueldo y comisión por ventas— al repartidor fue unilateral y arbitrariamente rescindido por éste sin previo aviso, pasando de inmediato a prestar servicios en la misma comarca y de la misma naturaleza a otra empresa panificadora distinta y, por tanto, de la competencia, con lo que ha irrogado a la primera graves perjuicios económicos al «haberse apropiado» su clientela, efectuando así una desleal competición en los intereses de la recurrente.

Doctrina de la Sala.—El recurso de casación presente, aunque con evidente defecto formal en la sistemática procesal utilizada, viene a denunciar en lo que epigrafía como «revisión de hechos probados», el error de hecho en que han incurrido ambas sentencias de instancia —habida cuenta de que la de apelación hace suyos los razonamientos de la de primer grado—, es decir, bajo el amparo del artículo 1.692, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero olvidando señalar el documento o documentos de los que en forma incontrovertible y sin necesidad de una exégesis pormenorizada, tal como exige el artículo 1.707 de dicha Ley procesal civil y la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 5 de junio y 6 de octubre de 1985, 26 de enero y 11, 14 y 17 de febrero de 1986) se deduzca el error del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (art. 1.692, 4.º, citado por el recurrente), pues de la simple lectura del motivo se infiere que el recurrente, haciendo una revisión como él mismo titula el motivo que se comenta, efectúa una valoración particularísima de toda la prueba practicada en autos, obteniendo, conforme a sus intereses, una conclusión fáctica distinta a la reflejada en la sentencia combatida, lo que no es viable en este recurso extraordinario que no cabe confundir con una tercera instancia (Sentencias de 23 de marzo, 17 de julio y 15 de septiembre de 1985 y 30

de abril de 1986); como tampoco es válido en casación extrapolar determinados instrumentos probatorios del conjunto de los aportados por las partes, cuya valoración global es la que se ha tenido en cuenta para las declaraciones fácticas hechas por los juzgadores de instancia, como así se manifiesta en forma indubitada en los segundo y tercer considerandos de la sentencia de apelación, en que se explicita la falta de prueba eficiente de la existencia no ya sólo del contrato de exclusiva, con los condicionamientos y circunstancias señaladas en la demanda, sino lo que es más importante a efectos indemnizatorios, cual es la rescisión unilateral y arbitria por el demandado, por lo que el motivo no puede prosperar conforme a lo prevenido en el artículo 1.214 del Código Civil (Sentencias de 27 de octubre de 1983 y 28 de mayo de 1984).

Consecuentemente ha de fracasar el segundo motivo, que con residencia en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.258 y 1.255 del Código Civil, pues esta supuesta violación del ordenamiento jurídico parte de la premisa fáctica de un contrato vinculante entre las partes en la forma que señala la demanda y la rescisión arbitraria del mismo por el demandado, así como su competencia desleal al servicio de las empresas panificadoras concurrentes en el mercado, lo que, negado por la sentencia recurrida y no desvirtuado en el primer motivo, viene a hacer supuesto de la cuestión todo el alegato contenido en este segundo y último motivo, lo que no es viable en casación, máxime cuando esa competencia desleal que se imputa al recurrido no se ha producido coetáneamente a la prestación de servicios a la recurrente, ni conforme a lo determinado por la sentencia de instancia hay prueba de esa rescisión unilateral por el empleado, sino más bien su «cese súbito» por la Panificadora «X., S. A.», lo que dio pie a la Sala para estimar como contrario al artículo 1.255 del Código Civil, e incluso a la Constitución, la subsiguiente prohibición de ejercer libremente su derecho al trabajo (Sentencias de 3 de marzo, 23 de septiembre y 5 de octubre de 1983; 28 de diciembre de 1984 y 6 de junio de 1986).

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OPCION: NOTAS Y ELEMENTOS DEL MISMO (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL 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 Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Como hechos fundamentados e indiscutidos, de los que debe partirse en el presente recurso, hay que dejar constancia: *a)* que los actores-recurridos aportaron a los autos una escritura pública de compraventa, otorgada a favor de doña Francisca y doña Consuelo S. M. en fecha 22 de julio de 1970, inscrita en el Registro de la Propiedad, y relativa a un local comercial situado en Gandía, demostrando asimismo la adquisición anterior de la finca privadamente; *b)* que los referidos propietarios de dicho local suscribieron, con fecha 16 de julio de 1964, un docu-

mento, calificado en su texto como contrato de compraventa, en el que decían vender a doña Amparo B. J., demandada-recurrente, el mencionado inmueble por el precio de 500.000 pesetas; c) el pago de tal precio se haría efectivo cuando se otorgara la escritura pública, acto que tendría lugar en los primeros días del mes de enero del año 1969, estipulándose que si en dicha fecha doña Amparo B. no comparecía ante el Notario para el otorgamiento de la escritura, se entendería «que no deseaba llevar a efecto el presente contrato, quedando con ello rescindido y perdiendo todos los derechos que el presente documento le otorga»; d) los compradores entraban desde aquel momento en la posesión de la finca, obligándose a entregar a los vendedores la cantidad de 2.000 pesetas mensuales en concepto de interés del precio no satisfecho, y obligándose asimismo a conseguir autorización escrita de las vendedoras para poder realizar cualquier clase de modificación en la estructura, disposición o decoración del local, y e) la señora B. estuvo satisfaciendo las 2.000 pesetas mensuales hasta el mes de septiembre de 1968, no compareció a otorgar la escritura pública en enero de 1969, y si en cambio requirió notarialmente a las vendedoras, con fecha 8 de marzo de 1978, para que aceptaran la suma de 700.000 pesetas, correspondientes al precio aplazado del local, y a las mensualidades no satisfechas desde octubre de 1968 hasta febrero de 1978.

Doctrina de la Sala.—El motivo primero del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, denuncia la violación por inaplicación del artículo 1.258 del Código Civil, sosteniendo que tal violación se produce al calificar la Sala de apelación el convenio de fecha 16 de julio de 1964 como un contrato de opción de compra, prescindiendo de la denominación que los contratantes plasmaron en el documento; motivo que ha de ser rechazado, pues habida cuenta de que la figura contractual de la opción, no regulada específicamente en el Código, pero sí reconocido su aspecto registral en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, debe de concebirse como aquel convenio por virtud del cual una parte concede a la otra la facultad en exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, y constituyendo, por tanto, sus elementos principales, referidos a la opción de compra: la concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la realización de la compra, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y la determinación del plazo para el ejercicio de la opción, siendo, por el contrario, elemento accesorio el pago de una prima; elementos todos y cada uno de ellos concurrentes en el convenio de fecha 16 de julio de 1964, pues en el mismo las señoras S. M. conceden, de un modo exclusivo, a la señora B. la facultad de llevar a efecto la compra del local, por el precio convenido de 500.000 pesetas, y en la fecha del mes de enero del año 1969, añadiéndose que, en otro caso, se entenderá no deseada la perfección del contrato principal, y rescindidos y perdidos todos los derechos derivados del documento que se otorgaba; pacto perfectamente interpretado y calificado por la Sala de instancia, según la propia naturaleza del mismo, independientemente de la denominación que las partes eligieran, y en perfecta concordancia con el contenido del artícu-

lo 1.258 del Código Civil, cuya aplicación literal, aun dejando aparte la calificación jurídica que se haga del convenio que los litigantes celebraron, conduciría al mismo resultado por efecto del cumplimiento de la resolutoria expresamente pactada en el mismo.

Igual suerte desestimatoria debe acompañar al segundo y último motivo formulado al amparo del mismo número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley y de la doctrina legal contenidas en las Sentencias de esta Sala de fecha 23 de marzo de 1945 y 4 de diciembre de 1953, citadas en la resolución recurrida, y referidas ambas a la configuración jurisprudencial del contrato de opción, que, como acabamos de estudiar, coincide plenamente con el pacto o convenio base de este procedimiento, motivo por el cual la calificación que se impugna no ha supuesto infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en aquellas sentencias; y no puede argumentarse en contra el hecho de que, en el presente caso, la parte recurrente tomara posesión de la finca desde el inicio, pues esa posesión no reúne los requisitos del artículo 1.462 del Código Civil, en cuanto a la obligada «puesta de la cosa en poder y posesión del comprador» (tradición que transfiere la propiedad), ya que si esto hubiera sido así no tendría significado la cláusula contractual exigiéndose una autorización escrita de las señoras otorgantes para poder realizar cualquier clase de modificación en el local, incluidos los de simple decoración, estipulación más propia de los contratos de cesión del uso; y en cuanto a la existencia de unos denominados intereses satisfechos durante parte del plazo de opción, es necesario encuadrarlos en el concepto de la prima que acompaña algunas veces a este contrato, teniendo, como hemos visto, el carácter de elemento accesorio del mismo, y en ningún caso modificador de la naturaleza que le es propia.

RICARDO DE ANGEL

**RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: NO SE HIZO
PATENTE LA VOLUNTAD DE CUMPLIR (SENTENCIA DE 10 DE JULIO
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.

Por otra parte, y dentro de esas clarísimas deficiencias tanto procesales como incluso sustantivas, ninguna alusión se contiene a lo declarado en la sentencia que aquí parece impugnarse, en la cual se estima como probado y no combatido adecuadamente, que «...aparece claramente pactado en la cláusula tercera la resolución contractual por incumplimiento de la parte compradora de la obligación de pago de alguno de los plazos del precio pactado, pacto resolutorio que viene a recoger lo dispuesto en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, habiendo quedado acreditado el incumplimiento contractual por el protesto, por falta de pago de la cambial representativa de uno de los plazos del precio, y hecho saber el deseo del vendedor de dar por resuelto el contrato mediante el requerimiento notarial practicado al efecto, con lo que queda

asimismo cumplido lo que dispone el artículo 1.504; sin que por el comprador hoy recurrente, se hiciese patente su voluntad de cumplir su obligación de pago, ni satisficiera ningún otro de los plazos que sucesivamente vencieron; ello demuestra la voluntad rebelde al cumplimiento de lo pactado, que según la doctrina jurisprudencial determina y apoya la facultad resolutoria».

RICARDO DE ANGEL

RETRACTO CONVENCIONAL: CARACTERIZACION. CONSIGNACION DEL PRECIO PARA EJERCITAR EL RETRACTO (SENTENCIA DE 10 DE JULIO 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 José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—El segundo de los motivos del recurso, que, por razones de rigor lógico, debe ser examinado con prioridad a los restantes, se ampara en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia violación por inaplicación del párrafo 2.º del artículo 1.281 y del artículo 1.282, ambos del Código Civil, en relación con el artículo 1.451 del mismo Código, alegando que la resolución recurrida califica como retracto convencional la figura jurídica recogida en el apartado segundo del documento privado suscrito entre las partes el 5 de noviembre de 1979, en lugar de reputarla promesa de compra y debe ser desestimado, ya que si tenemos en cuenta que, de acuerdo con una constante doctrina de esta Sala, la calificación de los contratos es una función reservada a la de instancia, cuyos resultados deben ser respetados en casación, a no ser que deban ser reputados ilógicos, mal puede atribuirse tal calificativo a las conclusiones a que llega la resolución recurrida cuando, tras de examinar el apartado segundo del referido convenio de 5 de noviembre de 1979, en el que se dispone que el señor G. se compromete, hasta la fecha tope de 30 de junio de 1980, a revender la vivienda adquirida por el precio resultante de la primera venta, más los gastos de la primera transmisión, a don Guillermo G. C., califica de pacto de retroventa o retracto convencional el convenio a que las partes llegaron, por lo que no pueden entenderse violadas por inaplicación las normas citadas por el recurrente en este segundo motivo, que habrá de obtener expreso rechazo.

Lo mismo sucederá con el motivo primero, fundado también en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.618, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.518 del Código Civil, alegándose en su cuerpo que el recurrente no se hallaba obligado en el momento de interposición de la demanda de retracto al abono del precio, pudiendo hacerlo en plazo posterior, sin tener en cuenta que la doctrina de esta Sala, recaída en interpretación del precepto del artículo 1.518 del Código Civil, ha declarado que no puede intentarse el retracto convencional más que reembolsando el precio antes del vencimiento del

plazo estipulado o consignándolo, si al ofrecimiento del pago siguió la negativa del obligado, toda vez que el simple ofrecimiento del precio no es suficiente para tener por cumplida la obligación que el artículo 1.518 impone al retrayente y, en el supuesto que nos ocupa, es de ver que la fecha tope puesta para el ejercicio del retracto, la de 30 de junio de 1980, transcurrió de sobra sin que el recurrido se abonase el precio ni se procediera a su consignación, por lo que acertadamente entendió la resolución recurrida que caducó su oportunidad de recobrar la vivienda de autos, habiéndose, por consiguiente, de rechazar este primer motivo.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE TRANSACCION: PODER PARA CONCERTARLO. LA RESOLUCION DE LA VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES Y LA DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 7 DE JULIO 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 Juan Latour Brotóns.

Doctrina de la Sala.—Primero. Ante la afirmación rotunda por parte del Tribunal de Instancia en la sentencia que ahora se impugna en el sentido de que el representante del vendedor carecía de poder suficiente para transigir y que aquél nunca ratificó el supuesto acuerdo, según resulta del documento que analiza e interpreta, así como de la confesión, no cabe admitir como error de hecho toda una serie de pruebas documentales con las que se trata de demostrar, por vía de presunción, que el supuesto representante tenía poderes suficientes para llevar a cabo una transacción, más aún teniendo en cuenta la revocabilidad del mandato conforme al artículo 1.733 del Código Civil y la exigencia de mandato expreso para transigir conforme al artículo 1.713, párrafo 2.º, razones todas ellas que obligan a la desestimación del primero de los motivos del recurso.

Segundo. El artículo 11 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, contiene una norma especial de resolución de la venta hecha con tal modalidad concedida al vendedor para optar entre exigir los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato que hace inoperante la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil, por ser esta norma más genérica que aquélla. Al fundarse el segundo de los motivos en la infracción de ambos preceptos su improcedencia resulta evidente, de una parte, porque no puede declararse el cumplimiento del contrato mediante una apreciación distinta de la prueba de la llevada a cabo por el juzgador de instancia para deducir que se ha abonado íntegramente el precio, ya que su formulación por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le obligaba al respeto de los hechos probados, y, de otra, porque el artículo 1.124 del Código Civil no puede entrar en juego ante una norma específica como la prevista por la Ley especial de Compraventa a Plazos.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE MANDATO: RATIFICACION POR EL MANDANTE DE LOS ACTOS DEL MANDATARIO. «LEVANTAMIENTO DEL VELO» DE SOCIEDAD MERCANTIL (SENTENCIA DE 13 DE JULIO 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 Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Doctrina de la Sala.—La ratificación tácita se produce cuando el mandante, sin ejercitar acción de nulidad, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo de manifiesto con ello su consentimiento concordante con el del tercero, de manera que el contrato no puede reputarse inexistente y queda dotado de validez, si no se halla viciado por alguna de las causas que pueden determinar su nulidad con arreglo a Derecho (Sentencia de 5 de abril de 1950), purificando el negocio la ratificación posterior del representado, según el conocido brocardo *ratihabitio mandato comparatur*, lo que hace válido el negocio desde su origen (Sentencia de 27 de mayo de 1958), siendo evidente que si el mandante se aprovecha de los actos ejecutados por el mandatario sin la autorización necesaria, los ratifica tácitamente y ya no podrá ejercitar las acciones de inexistencia de los correspondientes contratos (Sentencia de 10 de octubre de 1963); y la Sentencia de 25 de octubre de 1975 insiste en que al haber sido sancionada y ratificada posteriormente por quien estaba facultado para ello la labor realizada por el mandatario, es indudable que aunque se hubieran traspasado los límites del apoderamiento, la actuación habría quedado convalidada, como de forma genérica establecen los artículos 1.259, párrafo 2.º; 1.309, y especialmente el 1.727, párrafo 2.º, que se comenta, haciéndolo también la de 10 de octubre de 1984 en el sentido de que existe ratificación tácita cuando el mandante, sin hacer uso de la acción de nulidad, acepta en su provecho los efectos de los actos y negocios ejecutados, mostrando así su consentimiento concordante con el tercero. Finalmente, el efecto ratificador se produce también cuando el representado crea una apariencia de mandato o apoderamiento, o permite con su actitud que así se crea por terceras personas, en cuyo caso el principio de la buena fe exige que quede obligado y la apreciación de si tales circunstancias se producen, como la de la existencia de ratificación e incluso la del mismo consentimiento y la los contratos, son materias o funciones que competen al juzgador de instancia y en la mayoría de los casos cuestiones de hecho que inicialmente han de combatirse, destruirse o contradecirse por la vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al constituir soporte del criterio del juzgador.

Cuanto se lleva dicho hace decaer los motivos primero, tercero y cuarto, formulados todos al amparo del número 5.º del citado artículo 1.692 de la Ley Rituaria, ya que denuncian, respectivamente: «Infracción de lo dispuesto en los artículos 1.254, 1.257, 1.259, 1.278, 1.281 y 1.283 del Código Civil y en los artículos 2, 7 y 8 de la Ley de arbitrajes, por inexistencia o invalidez del contrato preliminar de arbitraje, todo ello en relación con lo establecido en los artículos 10 y 28 de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 22 de diciembre de 1953»; «infracción de lo dispuesto en los artículos 73, 76 y 77 de la Ley de Régimen Jurídico de las

Sociedades Anónimas y en los artículos 1.259, 1.281, 1.283 y 1.727 del Código Civil, al no tener mandato, poder o representación el señor G. para sustituir, en nombre y representación de Inmobiliaria X., S. A., el contrato de fecha 25 de marzo de 1977, ni haber ratificado dicha sociedad, ni expresa, ni tácitamente, el citado contrato y la actuación del señor G.»; e «infracción de los artículos 1.254, 1.257, 1.259, 1.260, 1.261 y, en especial, del artículo 1.278 del Código Civil en cuanto que al ser nulo el contrato de 25 de marzo de 1977 respecto de la recurrente y en concreto su cláusula undécima, Inmobiliaria X. no incurrió en incumplimiento ni está obligada a satisfacer 5.250.000 pesetas al señor L., ni a comprarle las 97 acciones de C., S. A., de las que es titular». En los tres motivos: a) Se hace supuesto de la cuestión, tratando el recurrente de sustituir con su propio criterio el del juzgador de instancia, mediante personalísimas y subjetivas apreciaciones, cosa prohibida en recurso tan especial y extraordinario como es el de casación (Sentencias, entre muchas otras: de 22 de febrero; 21 y 29 de marzo; 29 de abril; 10 y 24 de mayo; 9, 13 y 17 de julio; 8, 14 y 15 de noviembre, todas de 1985). b) Se olvida que la interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva del juzgador de instancia, que ha de ser mantenida en casación salvo que conduzca a exégesis desorbitadas, erróneas, ilógicas o contrarias a las reglas de la sana crítica, cosa que no ocurre en el caso contemplado, añadiéndose que incluso ha de ser mantenida en aquellos supuestos en que quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud (Sentencias como las de: 10, 18 y 29 de enero; 5 de febrero; 11, 14 y 23 de marzo; 26 de abril; 10 y 19 de junio; 23 y 26 de julio; 26 de septiembre; 6 y 13 de noviembre; 6, 9 y 18 de diciembre, todas de 1985). c) A Inmobiliaria X. le afectan no sólo la cláusula tercera del contrato de 25 de marzo de 1977, sino también las segunda, cuarta, quinta y novena, íntimamente ligadas y conexas con ella, sin que la cláusula undécima excluya a la décima, dirigida precisamente a la efectividad de lo pactado, lo que obliga a considerarla parte en el contrato, firmado por el señor G. —según puso de manifiesto la prueba pericial—, con facultades amplísimas concedidas por las juntas generales y con capacidad para contratar y poder de disposición (arts. 7 y 13 de la Ley de Arbitraje). d) La Sentencia de 28 de mayo de 1984 considera función del juzgador «levantar el velo jurídico» y entrar en el sustratum de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, para evitar que bajo la mera apariencia, el formalismo o la ficción se abuse del Derecho o se consume un fraude, perjudicando legítimos intereses, protegidos por la buena fe que ha de informar la contratación (arts. 6, 7, 1.255 y 1.258 CC). e) La simple lectura de la cláusula décima («interpretación, efectos o ejecución del presente convenio») revela el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 8 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 para el contrato preliminar: «... fijación, por lo menos de principio, de la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje ...». f) Conviene advertir que en nada puede beneficiar a la parte la referencia a documentos (Estatutos, certificaciones de lo acordado en juntas de las sociedades) que no obran en las actuaciones, pero sí perjudicarle, en cuanto reconocimiento de hechos y con independencia de lo dicho en los apartados a) y b).

RESPONSABILIDAD CIVIL: DEL MEDICO. RELACION DE CAUSALIDAD. DILIGENCIA EXIGIBLE (SENTENCIA DE 13 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.

El presente recurso de casación se basa en dos únicos motivos, ambos amparados en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas jurídicas que se señalan, lo que implica que se admiten los hechos de los que como probados partió la sentencia recurrida para llegar a la desestimación de la demanda de indemnización de daños y perjuicios que se dicen derivados de la operación quirúrgica de amígdalas hecha a Alexis M. L., hijo, menor de edad, del demandante don Isidro Cecilio M. M. Los hechos en cuestión son esencialmente los siguientes: *a)* El día 30 de noviembre de 1982 fue sometido dicho menor a una intervención quirúrgica de amigdalectomía, operación que llevó a cabo el cirujano demandado don Joaquín G. B., previa anestesia efectuada por el anestesista don Gerardo R. B., también demandado. *b)* Cuando después de efectuada la operación el menor se recuperaba en una dependencia próxima al quirófano, al cuidado de su madre, sufrió un paro cardíaco que provocó la inmediata actuación de ambos médicos, avisados de ello, lográndose que el paciente recuperase el ritmo cardíaco, y horas después la respiración espontánea, aunque insuficiente, siendo por ello trasladado al hospital General Clínico, donde ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos en estado de coma profundo, continuando en los días siguientes con dificultades y escasos progresos. *c)* Como secuela permanente le quedó una parálisis cerebral infantil con tetraplegia espástica, a cuya paliación tiende la actividad rehabilitadora que se le siguió prestando en el centro citado. *d)* La intervención quirúrgica referida, considerada como actuación global y compleja fue la causa material determinante de la grave e irreversible situación, sin que a la luz de los informes médicos obrantes en las actuaciones pueda deducirse una actuación descuidada ni negligente del cirujano ni del anestesista, en cuanto que se considera probado la suficiencia de las pruebas previas a la intervención y la adecuada preparación del niño para ella, que la anestesia suministrada fue correcta, tanto en las sustancias empleadas como en el método aplicado, que la intervención transcurrió sin incidencias, y que como posibles causas de la parada cardíaca se señalan broncoaspiración hemática o apnea, con taponamiento con coágulo de la entrada de la tráquea, o bien fue debida a una llamada asfixia blanca o incluso debida a una fibrilación ventricular, descarga de adrenalina, por causa emotiva que es capaz de desencadenar la muerte; es decir, varias hipotéticas causas no imputables a los facultativos demandados.

Doctrina de la Sala.—El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción del artículo 1.105 del Código Civil por parte de la sentencia recurrida, así como infracción de la jurisprudencia de esta Sala interpretativa del mismo, infracción que el recurso estima se ha producido por indebida aplicación del referido precepto. En su desarrollo se sostiene que el acontecimiento producido (la lesión irreversible del perjudicado)

era evitable y que por los demandados se omitieron diligencias que de practicarse habrían tenido como resultado la no producción del suceso, de tal modo que considera el motivo que hay un vínculo de causalidad entre la conducta de los demandados y el resultado dañoso. Seguidamente el motivo hace una nueva interpretación de los hechos, y de ellos se desprende que el paciente fue trasladado después de varias horas al Hospital General, donde se inició la terapia oportuna ante la sintomatología cerebral que presentaba, y el transcurso de esas varias horas lo estima el recurrente como causa última y eficiente de la parálisis cerebral ocasionada, lo que no se hubiera producido si el traslado hubiera sido inmediato; la omisión de los demandados cree que se ha producido en la fase de recuperación de la operación. El motivo, sin embargo, ha de perecer. En primer lugar porque la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente o a sus herederos o representantes legales, y la prueba *prima facie* será contraria al médico únicamente cuando la causalidad de su culpa ofrezca concretos fundamentos fácticos; de forma que si se pretende deducir consecuencias perjudiciales para el enfermo de un tratamiento facultativo, para que dichas consecuencias puedan estimarse derivadas del tratamiento, a falta de pruebas directas, la utilización de la de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias (argumento de las Sentencias de esta Sala de 28 de febrero de 1953 y 24 de marzo de 1956). En el caso debatido los fundamentos fácticos no dan base para afirmar una culpa o negligencia del médico cirujano ni del anestesista, y la prueba a cargo del demandante no ha conseguido llegar a la conclusión, que el recurso establece alterando los hechos probados ante el Juez de Primera Instancia.

Corroborra la desestimación del primero de los motivos la circunstancia de que si bien el nexo o relación de causalidad entre culpa y daño es un vínculo jurídico que puede ser apreciado en casación, sin embargo, la doctrina científica ha considerado que como el acontecer causal procedente del hombre se halla en relación con su voluntad y su responsabilidad, ésta en el curso causal solamente llega hasta donde llegue su imputabilidad. De ahí que a la mera relación causal material haya de añadirse ese elemento intencional, sin el cual no existe responsabilidad, y así se ha declarado (Sentencia de 22 de febrero de 1946) que en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo. Y en relación al caso concreto litigioso, aunque la operación de amigdalectomía fue la causa material de la situación de gravedad del paciente, sin embargo, ello no es suficiente para imputarla a los demandados cirujano ni anestesista, máxime cuando según las distintas versiones técnicas ella pudo ser debida a diversas causas, también a factores emocionales, sin que resulte que pudieron ser previsibles por los demandados, muy apegados a esta clase de operaciones por su práctica diaria y continuada en el mismo centro sanitario. Por todo ello no puede acusárseles de la falta de diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104 CC), ni de falta de previsibilidad en situación de normalidad, medida aquélla en función de la capacidad intelectual y preparación profesional de los demandados, cuya actuación, según resultó pro-

bado, fue correcta en todo momento. En definitiva, las desafortunadas consecuencias de la operación sufrida por el hijo del recurrente han de estimarse fuera de toda previsión, imprevistas desde un principio, y, como se ha demostrado por los cuidados posteriores, no evitables en el estado actual de la ciencia médica, por lo que al aplicar el Tribunal *a quo* el artículo 1.105 del Código Civil para exonerar de responsabilidad a los demandados no ha cometido infracción legal ninguna.

El segundo de los motivos, como el primero, apoyado en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reprocha a la sentencia recurrida la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, y jurisprudencia interpretativa del mismo, que entiende han sido inaplicados en el caso de autos. Insiste el recurso en este motivo en el análisis del nexo causal y el elemento subjetivo de la culpa para hallar esta culpabilidad en los demandados, y deducir de su actuación la causa de los daños sufridos por el demandante y recurrente, viendo negligencia profesional en el supuesto retraso con que el paciente fue traslado al Hospital General; retraso no acreditado y que venía impuesto por los cuidados que en el centro operatorio se le facilitaron. Desde un punto de vista doctrinal, con reflejo en la práctica de casos como el discutido, no puede seguirse la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones que dieron lugar al resultado, en primer lugar porque en el caso ahora contemplado no se ha averiguado con certeza la causa, y en segundo lugar porque cualquiera que esa hubiera sido haría responsable al que la puso o dio lugar a ella, prescindiendo de su imputabilidad. Ha de seguirse, como ha venido a hacer la Sala de apelación, la doctrina de la adecuación que atiende, por un lado, al postulado de la tipicidad o a la aptitud general de la causa para la producción de las consecuencias de la clase dada, es decir, a la denominada adecuación, y, por otro, a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar. Resultado que no se da en el supuesto debatido en esta litis, en cuanto evidentemente la consecuencia nociva para el paciente no era de esperar según el devenir general normal de los hechos, integrantes de una actuación completamente diligente de los demandados que no pudieron prever la complicación postoperatoria sobrevenida. Conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que en la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica. Por todo ello, decae también este segundo motivo y con el mismo todo el recurso.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OBRA: OBRAS ADICIONALES DEL ARTICULO 1.593 DEL CODIGO CIVIL. CONSENTIMIENTO TACITO DEL COMITENTE. SIGNIFICADO DE LA RECEPCION DE LA OBRA (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL 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.

La sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid vino a condenar a la Tesorería General de la Seguridad Social al pago de determinada suma a la Sociedad «Inmobiliaria Cisneros, S. A.», como consecuencia del aumento de obra ejecutada en relación con la inicialmente proyectada, problema este que es el único en que queda centrada la litis y determina el objeto del recurso de casación por infracción de ley, formalizado por la representación procesal del precitado Organismo contra la sentencia dicha.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso de casación por infracción de ley se formula por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al denunciarse violación del artículo 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil, en relación con las estipulaciones tercera, vigésima y vigesimaprimerca del contrato privado suscrito entre las partes en 15 de marzo de 1983, si bien, a los fines de estudio del motivo, las referencias a las estipulaciones contractuales debe limitarse a la vigésima, del tenor literal siguiente: «En el caso de que durante la ejecución de las obras hubiera que realizar alguna unidad no prevista, se redactará, antes de su ejecución, el correspondiente precio contradictorio entre Inmobiliaria Cisneros, S. A., y el Servicio Social de la Seguridad Social de Asistencia a los Ancianos, sin cuyo requisito no será admitido ni liquidado», ya que las otras dos no afectan al concreto problema litigioso. La sentencia de instancia, en su considerando cuarto, razona la imposición del abono del importe de la obra ejecutada en demasía, sobre la doble base de la realidad de su ejecución y de la implícita autorización que en punto a esa ejecución comportó la recepción final de la total obra realizada, presupuestos que determinaron, a juicio de la Sala, la aplicación del artículo 1.593 del Código Civil, en su parte final.

La aplicación del antedicho artículo no supone ningún desconocimiento acerca de la norma interpretativa prevenida en el primer párrafo del artículo 1.281 del referido Texto legal, en conexión con la contractual denominada de la estipulación vigésima: «Se redactará, antes de su ejecución, el correspondiente precio contradictorio», pues si bien es cierto que deberá estarse al sentido literal de las cláusulas del contrato, si sus términos son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes, no lo es menos que en los contratos onerosos, las dudas existentes se resolverán en favor de la mayor reciprocidad de intereses, conforme se expresa en el artículo 1.289 del Código Civil, máxime cuando los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias acordes a la buena fe, al uso y a la ley, artículo 1.258 del mismo, y cuando los derechos deberán acomodarse en su ejercicio a las exigencias de la buena fe, y la ley no puede amparar el abuso del derecho o su ejercicio antisocial, artículo 7 del repetido Texto

civil, no pudiendo olvidarse al respecto que la inspiración de nuestro Ordenamiento jurídico es contraria a cualquier forma de enriquecimiento injusto, especialmente cuando a la recepción de la obra haya de concedérsele una significación sinónima a la de existencia de una previa autorización de la obra ejecutada en su totalidad, y es por todo por lo que no cabe apreciar, en la sentencia impugnada, la violación pretendida por la parte recurrente, que determina, por ende, la desestimación del motivo estudiado.

En el segundo motivo del recurso, al amparo del mismo cauce procesal, el del ordinal 1.º del artículo 1.692, se invoca aplicación indebida de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, en cuanto que la sentencia, también en su cuarto considerando, discurre que «estando admitida por el demandado la recepción final de la total obra realizada, lo que implícitamente comporta su autorización para llevar a cabo el aumento de la obra», sobre cuyo particular conviene decir, primeramente, que la alegación del artículo 1.249 resulta incorrecta e inadmisibile, ya que el hecho base, «recepción final de la obra realizada», se encuentra acreditado y no ha sido atacado por vía casacional adecuada, y por lo que respecta al artículo 1.253, es evidente que entre el referido hecho base o demostrado y la conclusión extraída, «autorización para llevar a cabo el aumento de obra», media el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, de que habla el precepto mencionado, pues no es dable pensar que ante una obra de la envergadura de la de autos, el Organismo propietario la hubiera aceptado en su trámite final, sin conocer en detalle las distintas fases de su ejecución y sin haber autorizado, en su momento, las modificaciones introducidas y realizadas fuera del proyecto inicial, por consiguiente, al no incurrir la Sala sentenciadora en indebida observancia de los artículos comentados, procede desestimar, asimismo, el segundo de los motivos.

El perecimiento de los dos precedentes motivos, ineludiblemente lleva consigo el de los dos siguientes, tercero y cuarto y último, en cuanto que son continuación y conclusión de los anteriores, al acusar aplicación indebida del artículo 1.593, *in fine*, del Código Civil, por no constar la autorización del propietario de la obra, y violación de su artículo 1.091, pues si el contrato ha sido erróneamente interpretado y no existe posibilidad de aplicar la presunción en la forma antes expuesta, era evidente la exigencia del previo consentimiento al precio contradictorio, para que los trabajos no presupuestados fueran abonados; por consiguiente, la falta de éxito de los motivos hechos valer en el recurso de casación que ha sido objeto de estudio, es determinante del fracaso de dicho recurso, lo que determina, a su vez, la condena en costas de la parte recurrente, por expreso mandato del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCURRENCIA DE CULPA DEL DEMANDADO CON FUERZA MAYOR (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL 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 Rafael Casares Córdoba.

Dictada sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que, al acoger íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Mataró, condenó a la demandada, «G.», S. A., a abonar a la actora 3 658.271 pesetas, en concepto de indemnización de los perjuicios sufridos por ésta en la noche del 18 de octubre de 1978, al desprenderse parcialmente la techumbre del edificio de aquella y caer sobre el inmueble que albergaba las instalaciones de la actora, «M.», S. A., dicha resolución es impugnada en el recurso articulando, al efecto, cuatro motivos de casación en los que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción aplicable al caso, se denuncia, por el orden que se exponen, inaplicación de los artículos 1.105 y 1.103 del Código Civil, aplicación indebida del artículo 1.907, en relación con los 1.902 y 1.903 del mismo Cuerpo legal y, finalmente, violación del artículo 1.253 del propio Ordenamiento.

Afirmada en la sentencia de Primera Instancia y acogida por la de apelación la existencia y cuantía del daño, así como la inmediata originación del mismo al caer sobre el edificio del demandante la cubierta del de el demandado que, falta del especial cuidado y periódico control que sus características y ubicación demandaban, sigue diciendo la sentencia de instancia, ofrecía una excesiva separación entre sus planchas y tapajuntas sueltas que permitió al fuerte viento reinante penetrar por las «rendijas excesivamente abiertas», produciendo «un efecto de vela», determinante de su desprendimiento y proyección sobre el inmueble dañado, de estas inequívocas aseveraciones de hecho, sentadas como resultado de la prueba practicada, ha de partirse en el examen de los motivos de casación articulados en el recurso a la vista de que en ninguno de ellos es atacado el componente fáctico de la sentencia impugnada por la inexcusable vía del número 7º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Doctrina de la Sala.—En presencia de la situación de hecho relatada, es improsperable el primero de los motivos del recurso, denunciando la inaplicación del artículo 1.105 del Código Civil, que exonera de responsabilidad los casos de fuerza mayor, cuya concurrencia en el enjuiciado ha de rechazarse, ya que la riqueza argumentativa desplegada en el desarrollo del motivo no puede desvanecerse la previsibilidad del fenómeno meteorológico desencadenante de los hechos —vientos con rachas en ocasiones de hasta 150 kilómetros por hora— cuando el juzgador de Primera Instancia, aparte subrayar que, en la comunicación del Centro Meteorológico del Pirineo Oriental, no existe referencia concreta a las ciudades y poblaciones de Mataró y Argentona, donde ocurrieron los hechos, y de hacer constar que no tuvo consecuencias catastróficas sobre los edificios de las citadas urbes cuyas cubiertas no se acreditó fuesen afectadas —salvo la del inmueble del demandado— hace hincapié en que tales vendavales «no son nada excepcional, en la estación otoñal, en la comarca del Maresme», con todo lo cual es insostenible, no ya que la sola fuerza del viento, en la ocasión de autos, tuviese la suficiente capacidad de absorción de cualquier defecto de la techumbre afectada como para que deba considerarse de aplicación la circunstancia exonerante del artículo 1.105 del Código Civil, sino tampoco que el huracán referido, en el lugar y

tiempo en que acaeció, merezca la consideración de fuerza mayor por escapar su presencia e intensidad a toda previsión diligente, como para ello viene exigiendo la doctrina de este Tribunal, de la que son muestra las Sentencias de 17 de mayo y 13 de diciembre de 1983, 2 de octubre de 1984, 9 de mayo y 31 de octubre de 1986, y las en ellas citadas, de modo que excluida la imprevisibilidad del fenómeno y la inevitabilidad del efecto dañoso puesta de relieve, aparte lo que después se dirá, por la acusada limitación del daño en el amplio conjunto de inmuebles de la zona, la postulación de aplicabilidad de aquel artículo 1.105 del Código Civil ha de rechazarse, con la consiguiente claudicación de este primer motivo de casación, inmediatamente seguido de la del segundo que articulado por inaplicación del artículo 1.103 del propio Ordenamiento trae a casación la facultad de moderar la responsabilidad del demandado, que atribuida al juzgador de instancia por el precepto en cuestión no se revela, en principio, apta para fundar la casación y que, en el caso presente, llevaría consigo dejar sin reparación una parte de los daños y perjuicios efectivamente causados al actor, no obstante haber sido pericialmente apreciada su existencia y cuantía, por concurrir con la negligencia del demandado, no otra conducta, precisamente del perjudicado, igual o parecidamente negligente, sino un fenómeno natural no sólo previsible, como se ha dicho, sino cuyos efectos perniciosos partieron de aquella negligencia, ya que si el viento los desencadenó fue al actuar sobre la parte de techumbre del edificio del demandado en que fallaba el encaste o sujeción sobre la plancha acanalada inferior de la cubierta, «debido a la separación entre los remaches» de la misma, cuyas características especiales precisaban unos cuidados muy esmerados, según las afirmaciones de la sentencia impugnada, que insiste seguidamente en que «si la acción del viento pudo actuar fue por la ausencia de tal cuidado, esmero y dedicación especial», conclusión que determina el perecimiento del tercero de los motivos del recurso, en el que se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.907 en relación con los 1.902 y 1.909 del Código Civil, precepto aquél en el que, contrariamente a la tesis del impugnante, encuentran adecuado encaje la sanción por los daños producidos, ya que éstos se debieron a una falta de atención y reparaciones, que, así el texto legal como la doctrina interpretadora, prevén como necesarias, máxime cuando, apartándose de lo afirmado por el recurrente en el motivo cuarto del recurso —igualmente condenado a decaer— el Tribunal de Instancia no ha partido en su deducción de que existió falta de cuidado y atención por parte del demandado, de un hecho presumido, sino del hecho afirmado por la pericial y, como tal, acogido por la sentencia, de que la causa del desprendimiento de la techumbre fue la penetración del viento entre las planchas acanaladas de la misma, penetración posible por el defecto, tan repetido, del encaste o sujeción, «debida a la separación entre los remaches», alguno de ellos suelto, que dio lugar «evidentemente», dice la sentencia, a que entre las citadas planchas existiese «una excesiva separación» atribuida pericialmente a un defecto de conservación, «después de siete años de haber sido colocadas».

CONTRATO DE SEGURO: SE EXCLUYEN SUS EFECTOS HASTA EL PAGO DE LA PRIMERA PRIMA (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL 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 Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El núcleo de la cuestión sometida a examen casacional se encuentra en la interpretación que haya de darse a ciertas cláusulas contenidas en el contrato concertado el 18 de mayo de 1968 entre don Francisco R. R. y la Compañía Española de Seguros, «X.», S. A., para el seguro del buque «Nuestra Señora Virgen del Pilar», hundido el 7 de julio del propio año en el puerto de Ayamonte, a tres o cuatro metros del muelle de pesqueros, y valorado en 2.840.000 pesetas, que reclama la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva, quien al día siguiente del siniestro ingresó en la cuenta del agente de la compañía el importe de la prima. Dichas cláusulas son del siguiente tenor: la sexta de las condiciones generales: «Si en el acto del perfeccionamiento del contrato el asegurado no pagase la prima al contado, o el primer plazo de la misma, si se hubiera convenido su fraccionamiento, todo derecho a favor del asegurado en caso de siniestro será nulo, aun cuando la póliza hubiese sido firmada por ambas partes contratantes. Si el asegurado no hiciese efectivos a sus vencimientos los plazos sucesivos de la prima total del término asegurado, habiéndose pactado su fraccionamiento, los efectos del contrato quedarían de hecho y de derecho suspendidos, reservándose, además, la compañía la facultad de anularlo mediante notificación al asegurado por carta certificada. Una vez pagada por el asegurado una fracción de prima en mora y aceptado este pago por la compañía, el contrato recobrará automáticamente su vigencia desde el momento de aquel pago; pero sin efectos retroactivos a favor del asegurado, y sin que ello altere los eventuales vencimientos sucesivos ni el término del seguro»; y la particular, llamada de beneficiario: «Existiendo sobre el buque objeto de esta póliza un préstamo hipotecario a favor de la Caja Provincial de Ahorros de Huelva, se pacta expresamente que, en caso de siniestro o avería, no se pagará por la compañía aseguradora cantidad alguna al señor asegurado sin el previo consentimiento de la mencionada Caja Provincial de Ahorros de Huelva, la cual quedará subrogada en los derechos del asegurado por un importe igual al préstamo no amortizado en la fecha del siniestro. Asimismo se hace constar que la compañía aseguradora se obliga a poner en conocimiento de la Caja Provincial de Ahorros de Huelva cualquier contingencia de renovación del seguro o falta de pago del mismo, en forma tal que no haya interrupción en la vigencia del mismo bajo ningún concepto, pasando el recibo pendiente a la citada Caja, pudiendo ésta hacerlo efectivo por cuenta del asegurado. No se podrá hacer ninguna reducción del capital asegurado y riesgos cubiertos por el presente contrato sin la previa conformidad por escrito de la Caja Provincial de Ahorros de Huelva». La Sala de instancia, revocando la sentencia del Juzgado, absolvió del pago a la compañía aseguradora.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley, en concepto de interpretación errónea del párrafo 1.º del artículo

lo 1.281 del Código Civil, achaca a la sentencia de instancia una interpretación «diseccionadora» —dice— de las cláusulas, para concluir que el contrato no llegó a tener vigencia por aplicación de la sexta, impidiendo que entrase en juego la llamada de «beneficiario», prescindiendo de que se trata de un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento y que en modo alguno contiene una condición suspensiva, por no darse la cualidad de suceso futuro e incierto o pasado que los interesados ignorasen. Su decaimiento se produce al olvidar el recurrente que la interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva de los Tribunales de instancia, que ha de ser mantenida en casación, salvo que conduzca a exégesis desorbitadas, erróneas, ilógicas o que conculquen preceptos legales, y que ha de ser respetada incluso en aquellos supuestos en que quepa alguna duda acerca de la absoluta exactitud de la interpretación del juzgador, porque las normas de interpretación establecidas en el Código Civil tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de sus cláusulas sean claras no son de aplicar otras diferentes que la que corresponde al sentido gramatical, extremos estos últimos tenidos en cuenta por la Audiencia, respetuosa del principio de autonomía de la voluntad y de la patente intención de las partes de que el contrato, con carácter bilateral o sinagmático, no produjese efectos mientras no se pagase la prima o el primer plazo al estar fraccionado, sentido en el que han de entenderse las referencias contractuales a «contingencias de renovación», «interrupción en la vigencia» o «recibo pendiente», sin darle a la expresión que emplea la Sala de instancia de «condición suspensiva» un sentido técnico-jurídico y sí el meramente aclaratorio de que la compañía no asumía el riesgo, ni podían entrar en juego las cláusulas contractuales, incluida la de beneficiario, mientras no se produjese el pago inicial, pues la prima es el precio por la asunción del riesgo y su pago anticipado constituye uso normal, estableciéndose así en el artículo 388 del Código de Comercio para el seguro de incendios y en el 15 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, que sirven como orientación interpretativa, sin que el 738, número 13, de aquel texto legal contenga limitación alguna a que las partes establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que estimen pertinentes.

Por idénticas razones ha de producirse el decaimiento del segundo motivo que, fundado en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia violación, por no aplicación, de los artículos 1.091 y 1.278 del Código Civil, y 358 del Código de Comercio, así como, ya en el desarrollo, del principio *pacta sunt servanda*, ya que con tales afirmaciones el recurrente está haciendo supuesto de la cuestión y partiendo de la interpretación dada por él al contrato, en contra de la exégesis llevada a cabo por la Sala de instancia —recordemos que entiende excluidos los efectos del contrato hasta el pago de la primera prima—, lo que no es procedente en casación.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA: PRESTACION DE SERVICIOS DE ARQUITECTO (REDACCION DE PROYECTO). CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y VALORACION DE LA PRESTACION POR PARTE DEL JUEZ (SENTENCIA DE 30 DE MARZO 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 Antonio Carretero Pérez.

La sentencia recurrida, que evoca, en parte, la del Juez de Primera Instancia, estima, también en parte, la demanda, interpuesta por el arquitecto, hoy recurrente, y condena a la Junta de Compensación de una urbanización al pago de la cantidad reclamada por la confección de dos proyectos (uno para almacén, local comercial y oficinas y otro para ocho viviendas y aparcamiento), si bien concede solamente, rebajada, la suma establecida para el pago de los honorarios correspondientes al primer proyecto, que estima incompleto, según dictamen pericial, absolviendo a la Junta de Compensación demandada de la pretensión de pago del segundo proyecto, puesto que éste, tal como resulta del dictamen pericial, no se ajustaba, en cuanto se refiere el aparcamiento proyectado, a las Ordenanzas municipales y no se podía ejecutar.

Doctrina de la Sala.—El actor arquitecto plantea su primer motivo al amparo del artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, error que se evidencia por el contenido de los documentos que conforman los proyectos y el resultado de la prueba pericial, motivo que debe rechazarse, puesto que las afirmaciones de la sentencia recurrida, que se basan en el dictamen pericial, no han dejado de tomar en consideración los documentos citados por el recurrente, relacionados con la propia prueba pericial, de confesión y testifical, es decir, se ha resuelto, según el criterio de valoración conjunta de la prueba, que no cabe combatir disgregándola en sus distintos elementos, lo que lleva a la conclusión de que uno de los proyectos está incompleto y el otro es inviable, afirmaciones que no destruye, por su propio contenido, ni la documentación de los proyectos ni el dictamen pericial, aun concediendo a éste un valor documental, que no tiene, puesto que es un acto procesal de prueba, cuyo resultado es de libre apreciación, en aplicación del artículo 1.243 del Código Civil, artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y constante doctrina jurisprudencial (Sentencias de 3 de junio de 1986 y 4 de julio de 1986).

El segundo motivo se apoya en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación del artículo 1.544 del Código Civil y epígrafes 1.4.4, 1.4.5 y 1.12 de las Tarifas de Honorarios de Arquitectos, autorizadas en Decreto 2512/1977, de 17 de junio. Ha de advertirse que la sentencia, al estimar incompleto el cumplimiento del encargo, fija un tanto por ciento de rebaja, ajustado a un criterio de equidad en relación con el trabajo realizado. No tiene transcendencia que este trabajo corresponda a honorarios por arrendamiento de servicios o al precio cierto de un arrendamiento de obra o contrato de empresa, como sería más adecuado (Sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1986). En cualquier caso se llama a un profesional experto, no solamente en el arte de la construcción, sino en urbanismo, cuyas normas ha de respetar

en la confección de los proyectos (arts. 179 y 228, 2, de la Ley del Suelo; 47, 1, del Reglamento de Disciplina Urbanística, y art. 9, 1, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y Sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 1983 y 24 de octubre de 1984, entre otras). En los dos conceptos el recurrente ha cumplido su encargo defectuosamente, lo que autoriza al Tribunal de apelación a valorar tales defectos, establecer el alcance del incumplimiento y moderar el tenor de las responsabilidades que inicialmente se contrajeron (Sentencias de 20 de febrero de 1986, 14 de abril de 1986, 12 de mayo de 1986 y 10 de diciembre de 1986, entre otras). Para combatir el acierto del Tribunal en el establecimiento de la cuantía de la rebaja de un proyecto y declaración de inviabilidad del otro debió haberse demostrado, por la vía del error de hecho, en qué tanto por ciento los trabajos del actor resultan útiles en relación con los costos que se han de derivar de un necesario complemento o corrección. El motivo debe ser, por tanto, rechazado.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: DEL «INSALUD». JURISDICCION COMPETENTE. DAÑO PRODUCIDO FUERA DEL «SERVICIO PUBLICO». RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL EMPRESARIO. INDEMNIZACION ANADIDA A LA LABORAL. COMPENSACION DE CULPAS: NECESIDAD DE VALORARLAS (SENTENCIA DE 16 DE MARZO 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.

Todos los numerosos motivos (quince) de este recurso de casación se fundamentan en el artículo 1.692, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antigua redacción, por lo que ha de partirse para su resolución de los hechos que, como probados, establecieron ambas sentencias de instancia, habiendo aceptado la recurrida la apreciación de la prueba que hizo el Juez de Primera Instancia. Los hechos expresados son esencialmente los siguientes: a) La demandante, actual recurrida, prestaba servicio con la categoría profesional de planchadora para el Instituto Nacional de la Salud, en la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social «San Agustín», de Avilés. b) El día 5 de octubre de 1979, hallándose en su trabajo habitual, le quedó atrapada la mano derecha entre los rodillos de la máquina planchadora que manejaba. c) El accidente sobrevino, según se declara probado, por el defectuoso funcionamiento de la máquina, debido al cual las operarias, y también la ahora recurrida, introducían la mano, para evitar que se arrugase la ropa, por encima y detrás de la rejilla protectora, sita en la parte por la que se introducían las prendas en la planchadora; dicha operación la llevaba a cabo en presencia y con el consentimiento de la encargada, que desempeñaba el mando inmediato de las operarias; en el curso de una de esas manipulaciones se produjo el accidente. d) La misma persona que dirigía los trabajos imprimía a éstos un ritmo acuciante, con advertencias de san-

ción, sin que pueda estimarse que la conducta de la demandante, ahora recurrida, pueda valorarse como contribuyente de modo culpable para compensar la indemnización correspondiente (considerandos primero, segundo, cuarto y quinto de la Sentencia de Primera Instancia). *e)* A consecuencia del accidente, la recurrida permaneció de baja para el trabajo durante doscientos veinte días, quedándole como secuela «pérdida completa de los dedos de la mano derecha y de la mitad distal de la región metacarpiana, lo que constituye defecto e incapacidad para su profesión habitual, no pudiendo reincorporarse a su trabajo por estar afectada para el mismo de incapacidad permanente total». *f)* La sentencia recurrida apreció en los hechos negligencia civil del empresario por culpa *in vigilando* o *in eligendo* de la encargada del servicio de plancha que imprimía un ritmo de trabajo intenso en circunstancias de anómalo funcionamiento de la máquina utilizada. Se estimó que el factor riesgo que origina para el empresario el uso de máquinas de defectuoso funcionamiento debe absorber la posible negligencia nacida de la confianza que es propia del accidente de trabajo (considerando primero de la Sentencia recurrida). *g)* En ambas sentencias de instancia se estimó íntegramente la demanda.

Doctrina de la Sala—El recurso formula sus motivos primero y segundo alegando, respectivamente, la infracción del artículo 3.º, *b)*, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, e infracción del artículo 40, número 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, lo que equivale a alegar la excepción de incompetencia de jurisdicción, por el conducto inadecuado del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antigua redacción, en lugar de formularlo por el conducto del número 6.º del mismo artículo y redacción. En todo caso ambos motivos deben ser desestimados, ya que: *a)* Concorre el grave defecto formal de no haber sido alegada dicha excepción en el trámite correspondiente de la fase alegatoria, sino que se hizo por primera vez en estos motivos de la casación, y después de afirmar en el escrito de contestación a la demanda (Fundamento legal tercero) que la entidad demandada quedaba pasivamente legitimada; lo que es muy suficiente para desestimar los dos motivos. *b)* Aparte de ello y aunque no fuera así, en casos como el debatido la Administración actuó como empresario privado fuera de su actividad pública o de servicios públicos, causando daños a una empleada suya 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 y 1 de julio de 1986, y las que en esta última se citan). *c)* Se trató, por tanto, de conducta culposa extra-administrativa, desconectada del servicio público, por lo que es competente la jurisdicción ordinaria (Sentencias de 10 de octubre de 1962 y 10 de noviembre de 1983, entre otras). Todo lo que corrobora la desestimación de dichos dos motivos.

Los motivos tercero, cuarto y quinto alegan, respectivamente, la infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 y la infracción del artículo 1.903, párrafos 4.º y 5.º, ambos del Código Civil. Las infracciones mencionadas no concurren en el caso ahora contemplado, ya que de los hechos probados, no impugnados en este recurso, se deduce la culpa o negligencia de la encargada del servicio de planchado en la Residencia

en cuestión, y, por tanto, resulta también la culpa *in vigilando* o *in eligendo* de la empresa de la que aquélla dependía, empresa demandada, que conforme al artículo 1.903, párrafo 4.º, es responsable de forma directa por los actos de sus operarios sin necesidad de demandar, además, a éstos (Sentencias, entre otras, de 16 de abril de 1968, 30 de abril de 1960 y 26 de diciembre de 1978), sin perjuicio de la acción de repetición que a la empresa concede el artículo 1.904 del mismo Código Civil; y sin que a todo ello obste el carácter público de la entidad demandada, puesto que, como ya se deja razonado, su actuación en el caso discutido fue a título particular, sin intervención en funciones públicas o de soberanía, y causante de daños personales y patrimoniales por culpa civil a uno de sus empleados.

El motivo sexto acusa la infracción del artículo 1, 7, de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido, aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por entender que el asunto litigioso es de la competencia de la jurisdicción laboral. El motivo debe ser desestimado, porque la circunstancia de haber obtenido indemnización en el orden laboral no impide exigir las que procedan al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, según reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias, entre otras, de 9 de marzo y 5 de junio de 1983 y 13 de abril de 1984). Aparte de ello es también doctrina jurisprudencial que la jurisdicción ordinaria, como fuente y raíz de todas las restantes, tiene fuerza atractiva para llevar a su ámbito la preferencia en los casos que se estimen dudosos (Sentencias de 15 de febrero de 1956, 1 de febrero de 1966 y 14 de junio de 1976), y siempre prevalecerá sobre la laboral si se trata de decidir sobre temas que no están atribuidos claramente a ésta, como ocurre en el presente litigio seguido por los trámites del juicio de mayor cuantía (Sentencia de 9 de marzo de 1985).

Los motivos séptimo, noveno, décimo, decimosegundo a decimoquinto, inclusive, plantean sendas cuestiones nuevas, pues pada nada se ha tratado en los escritos de las partes ni en las sentencias de instancia de los temas que plantean (art. 93, 1, de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, estructura y competencias del Instituto Nacional de Seguridad Social, Competencia del Instituto Nacional de la Salud, Ordenanza de Higiene en el Trabajo, el art. 45, 2, de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 y la Ley de 5 de abril de 1904), por lo que deben ser desestimados en este trámite a tenor del artículo 1.729, número 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la evidente indefensión en que respecto de estos temas se halla la parte contraria.

El motivo octavo alega la violación por falta de aplicación de la doctrina legal referente al litisconsorcio pasivo necesario, motivo que ha de ser desestimado en virtud de lo expuesto en el fundamento de Derecho tercero, ya que el artículo 1.903 del Código Civil, a diferencia de los artículos 21 y 22 del Código Penal, no regula una responsabilidad civil subsidiaria, es decir, en defecto del principalmente obligado. El perjudicado no tiene necesidad de reclamar primero contra el causante real del daño, según ha declarado esta Sala en las sentencias citadas en dicho fundamento tercero y en otras, como las de 26 de junio y 9 de julio de 1984, que exigen, además, que tal responsabilidad directa tenga como presupuesto la culpa *in operando* del dependiente, como así resulta en

este caso de los hechos que se consignan como probados en la instancia y que se describen en el fundamento primero.

Por último, el motivo undécimo de casación aduce la infracción por inaplicación de la doctrina legal sobre coexistencia de culpas; motivo que ha de ser desestimado, en cuanto parte de que la demandante, ahora recurrida, incurrió en culpa equiparable a la de la entidad demandada recurrente; conclusión que no deriva del relato fáctico demostrado en autos y olvida que según la doctrina de esta Sala las culpas a compensar han de ser de la misma entidad y de idéntica virtualidad jurídica, y que aunque esta cuestión es revisable en casación en sus aspectos cualitativo y cuantitativo, ello presupone que se haya aplicado la compensación de culpas, lo que aquí no sucede, y, además, que se tratase de conductas negligentes equiparables, lo que tampoco concurre en este caso, en cuanto la hipotética culpa de la perjudicada fue impulsada, según los hechos acreditados, por la persona encargada de su vigilancia y control.

RICARDO DE ANGEL

RESOLUCION DEL CONTRATO. POR INCUMPLIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES: ES PROCEDENTE AUNQUE SE PRETENDA DESPUES DE OBTENIDO JUDICIALMENTE EL CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL 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 y Fernández.

Se formula el primero de los motivos de este recurso sobre el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar quienes impugnan que la sentencia aquí combatida ha incidido en error de hecho que resulta de documentos auténticos que demuestran la equiparación evidente del Juzgador. La argumentación que sirve de soporte a la motivación se construye así: La sentencia recurrida admite la resolución del negocio de venta en exclusiva celebrado entre «J. D.», S. A., y como concesionario don Lorenzo R. G. —hoy sus herederos—, con base en la estipulación decimotercera del referido convenio, «que concretaba las causas por las que la sociedad podía resolver el contrato, figurando entre ellas el retraso por el concesionario en el pago de sus obligaciones». En opinión de los recurrentes, dicha resolución incide «en el evidente error de hecho» de dar por resuelto el contrato por referido retraso, ya que lo resolvió una vez solicitado y obtenido el embargo preventivo y hecho efectivo el importe del descubierto.

Doctrina de la Sala.—La desestimación del motivo se produce, ya que la Sala resolvió adecuadamente el problema ante ella planteado, en cuanto, como se pone de relieve en el tercer considerando de la sentencia de Primera Instancia, aceptado por la aquí impugnada, «el examen y valoración de las manifestaciones de las propias partes litigantes y de las pruebas practicadas ponen de evidente manifiesto el incumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario, toda vez que como con

todo acierto y rigor expone la demandada en su escrito de contestación: De una breve lectura de las manifestaciones contenidas en el hecho octavo de la demanda y de los documentos a que la misma alude aportados de contrario bajo los números 7 y 8 se desprende la certeza de una deuda del concesionario con el concedente, cuya deuda dio lugar a que este último interpusiera contra el ahora actor demanda de embargo preventivo. ». Por otra parte, lo que se está intentando aquí es discutir la interpretación que a dicha cláusula dio la Sala *a quo*, ya que no otra cosa supone ese juego de fechas a que se alude en el motivo, que ninguna trascendencia tiene a los efectos pretendidos por los recurrentes, en cuanto lo fundamental es que abonadas las letras que originaron dicho embargo, antes o después de realizado el mismo, es evidente que el incumplimiento existía y que la sociedad demandante, como se ha transcrito, había perdido la confianza en su concesionario.

La segunda motivación, ubicada en su sentido formal en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley rituaria, antes de su reforma, denuncia la violación por inaplicación del artículo 1.100, párrafo 1.º, del Código Civil, por entender que frente a la posición de la Sala sentenciadora que estima existió incumplimiento por razón del retraso en el pago de sus obligaciones, para quienes impugnan dicho retraso no es jurídicamente relevante, al no haberse constituido en mora del deudor. El motivo parece, dado que el tema de «la mora» que le sirve de fundamento es nuevo en esta litis. El incumplimiento, cual declara el Tribunal de instancia, es evidente que se produjo; esto es mercantilmente lógico que produzca la desconfianza de la sociedad concedente y por ello, al amparo de la cláusula 13 del contrato de concesión, la resolución del mismo.

Con base en el mismo precepto y número procesal que el precedente, el motivo tercero achaca a la resolución que impugna la interpretación errónea del artículo 1.124, párrafo 1.º, del Código Civil, insistiendo en la misma argumentación de que la sentencia considera bien hecha la resolución del contrato en cuestión «al admitir como probado el retraso en el pago de sus obligaciones a la compañía» por parte del demandado, lo que los recurrentes rechazan con base en que debió fijarse «cuáles y cuántas eran» las letras impagadas por el demandado. El decamio de esta motivación se produce, porque se está intentando convertir el recurso en una tercera instancia introduciendo en él temas que no fueron en realidad tocados en el momento procesal oportuno, o al menos, no lo fueron en el sentido que aquí se pretende. Consta debidamente acreditado, cual se ha dicho en los precedentes fundamentos: que, el demandado incumplió; que por dicha razón perdió la confianza de la sociedad actora «J. D.», S. A., y que como consecuencia de ello y por virtud de la cláusula 13 del contrato de concesión en exclusiva, éste podía ser resuelto. La misma solución desestimatoria corresponde al motivo cuarto, ya que aun cuando con distinto enfoque que el precedente se construye con base en el mismo precepto y ordinal procesal que él y la infracción denunciada afecta al mismo artículo sustantivo, el 1.124, párrafo 1.º, del Código Civil, bien que lo alegado sea su aplicación indebida, lo cual conduce, sin necesidad de nuevos argumentos a su perecimiento.

En cuanto al motivo quinto, lo en él reflejado es la violación por inaplicación del artículo 1.101 del Código Civil. Según los recurrentes, este motivo es «una consecuencia obligada de la apreciación de cual-

quiera de los anteriores», razón esta que conduce ineludiblemente y por las razones que se han dejado expuestas en los precedentes fundamentos a su desestimación.

RICARDO DE ANGEL

LETRA DE CAMBIO: ACCION CAMBIARIA EN JUICIO DECLARATIVO; NO CABE OPOSICION POR FALTA DE PROVISION DE FONDOS. NO HAY CONCESION DE NUEVO PLAZO AL ACEPTANTE (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL 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 Antonio Carretero Pérez.

La sentencia recurrida estima la pretensión actora fundada en acción cambiaria ejercitada por el Banco tomador de una letra de cambio frente al aceptante y avalista de éste, por el impago de dicho título-valor, seguido de su protesto en tiempo oportuno. Recurren contra la sentencia los avalistas, que formulan cinco motivos, y el aceptante, que formula dos motivos.

Doctrina de la Sala.—El ejercicio de la acción cambiaria por tercero tenedor de la letra, según reiterada jurisprudencia, puede llevarse a cabo en juicio declarativo, sin perder por ello su naturaleza mercantil y cambiaria, según Sentencias de esta Sala de fecha 18 de abril de 1981, 1 de julio de 1985 y 21 de abril de 1986, entre las más recientes. Carece, por ello, de fundamento el motivo primero del avalista, al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 443 del Código de Comercio, ya que la sentencia no deja de aplicar normas mercantiles, sino que reconoce el derecho del tenedor a pedir su aplicación, a su elección, por la vía ejecutiva o por la vía ordinaria, sin que en ningún caso la acción formulada por el tenedor, como acción cambiaria típica, pueda ser desvirtuada por oposición que acuse falta de provisión de fondos, como causa de la letra de cambio, que es cuestión que solamente atañe al librador y al librado (Sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 1986, entre otras), por lo cual deben decaer los dos motivos de casación formulados por los aceptantes, bajo el amparo procesal del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por interpretación errónea de los artículos 488 y 523 del Código de Comercio (primer motivo) y por inaplicación de los artículos 1.261 y 1.275 del Código Civil (segundo motivo), ya que el actual Banco tenedor ocupa la misma posición que el primitivo Banco tomador, al que absorbió.

El hecho de que el tenedor no ejercitarse la acción ejecutiva y tardase cerca de tres años en plantear la cambiaria ordinaria no significa más que una tolerancia ante el impago, que no supone innovación en las obligaciones de los deudores con trascendencia novatoria, ni la concesión de un nuevo plazo de pago al aceptante que hubiese requerido una actuación del tenedor inequívoca en tal sentido (Sentencias de esta Sala de fechas 6 y 11 de noviembre de 1981), por lo cual la obligación

de los avalistas se mantiene en sus términos iniciales ante el impago del aceptante (Sentencias de esta Sala de 8 de febrero de 1985 y 7 de febrero de 1986), con carácter solidario, por lo que debe rechazarse el motivo segundo del avalista, sobre la misma base procesal que el anterior, por inaplicación del artículo 1.830 del Código Civil, puesto que la solidaridad impide la aplicación del beneficio de exclusión, del motivo tercero, por inaplicación del artículo 1.137 de dicho Código, por la misma razón, del motivo cuarto, por inaplicación del artículo 1.851, también del Código Civil, y del quinto, por interpretación errónea de la misma norma legal, pues, como se ha razonado, no concedió el acreedor prórroga al deudor liberatoria de los avalistas, puesto que no existe declaración ni actos inequívocos que expresen tal prórroga, sino una dilación de tolerancia, que terminó antes de que se extinguiera, por prescripción, la acción inicial que al tenedor correspondía desde el momento del impago.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. SUMISION EXPRESA EN EL LUGAR DESTINADO AL «ACEPTO» DE UNA LETRA DE CAMBIO (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los Fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—Estamos en presencia de una acción ejecutiva para la efectividad del importe de dos letras de cambio en las que figura en el lugar correspondiente al «acepto» la cláusula «cantidad, vencimiento, domicilio y jurisdicción Tribunales de Barcelona». Al margen de la consideración de que dicho espacio de la cambial no sea, en rigor, lugar adecuado para la sumisión expresa a Tribunales, pese a la excesiva frecuencia con que tal práctica se produce en el actual tráfico comercial, es lo cierto que, pese a ello y al no ser tachados de falsos aquellos documentos ni particularmente la cláusula mencionada en la que la sumisión a los Tribunales de Barcelona aparece expresada, la competencia discutida debe decidirse sin duda en favor de esta última jurisdicción.

RICARDO DE ANGEL

EJECUCION DE SENTENCIA: INTERPRETACION DE LO EJECUTORIADO (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los Fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Doctrina de la Sala.—La sentencia ejecutoria constituye la única verdad legal y a ella quedan sujetas tanto las partes como los Tribunales, de suerte que las resoluciones que éstos dicten para su cumplimiento han de ajustarse a lo ejecutariado; y según lo evidencia el tenor literal

de aquélla, en lo que aquí interesa, se condenó al actor don Ignacio C. E. a que indemnizase a don Angel H. C. en los daños reseñados en el apartado 1.º, primera parte de los 4.º y 8.º del hecho propio de la reconvencción, cuya cuantía se habría de fijar en ejecución de sentencia, moderando el importe de tal indemnización a la cantidad que excediese de 1.498.313 pesetas, contenido del fallo de Primera Instancia, confirmado por la Audiencia Territorial de Valladolid. Instada la ejecución de sentencia, presentó don Angel H. C. relación de daños y perjuicios, a la que se opuso don Ignacio C. E., sustanciándose el oportuno incidente, que terminó por auto del Juzgado declarando que el importe de los perjuicios sufridos por don Angel no era superior al de la suma que la sentencia mandaba descontar de la indemnización, por lo que don Ignacio nada tenía que abonar por tal concepto; recurrida la resolución y previa práctica de prueba en la segunda instancia, la Audiencia Territorial, después de señalar en sus considerandos que la desestimación por el Juez de las peticiones del ejecutante en su integridad se había producido por falta de prueba, aclaró que el firmante de las facturas adveradas había ejercitado la actividad de calefactor al servicio de la empresa «S.», S. A., desde el 18 de enero de 1977 al 18 de enero de 1980, época en la que se realizaron los trabajos y se firmaron las facturas, que él mismo manifestaba haber cobrado y que los compradores de las viviendas acreditaban la realización de las correcciones, sin haberlas pagado, por lo que estimó que las partidas acreditadas sumaban 2.913.702 pesetas, de las que restadas 1.498.313 quedaba un saldo de 1.415.389 pesetas, que era la cantidad a abonar por don Ignacio C. E. con arreglo a la ejecutoria.

Interpuesto recurso de casación por el últimamente citado, se decretó la inadmisión de los tres primeros motivos, por no hacer referencia al artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, admitiéndose, por el contrario, el cuarto y el quinto, al apoyarse en dicho precepto, en relación, respectivamente, con los números 3.º y 2.º del artículo 1.692 de la propia Ley. Se afirma en ellos que se provee en contra de lo ejecutariado y que se otorga más de lo pedido porque la sentencia señalaba, en su considerando séptimo que el demandado tenía derecho a lo que «haya de satisfacer para corregir defectos...», «. así como la diferencia que haya de abonarse a la nueva empresa», es decir, no una diferencia de valor, sino las cantidades que realmente tuviera que pagar por las causas recogidas en la sentencia, y en cambio el auto fijando las cantidades «supone» que han debido ser pagadas porque se han realizado unas obras, otorga lo que «valdrían unas obras realizadas que no se sabe quién ha pagado», y todo ello es incongruente, sigue diciendo, ya que no se le da el exceso de cantidades pagadas por obras realizadas y por continuación de obras cual decía la sentencia, pues no acreditó lo que había pagado, con lo que tenía que suponerse que no excedía de la cantidad moderada. El decaimiento de ambos motivos se desprende de la simple lectura del fundamento primero de esta sentencia: el recurrente no hace otra cosa que oponer su propio criterio al más objetivo e imparcial de la Sala de instancia, a quien pertenece la potestad de apreciar la prueba, máxime si, como aquí ocurre, se practicó parte de la misma en el trámite de apelación, declarando don José Antonio M. A. su relación con «S.», S. A., que dirigió las obras, que cobró el importe de las facturas y que se las abonó don Angel H. C. En definitiva: se está haciendo por el recurrente

supuesto de la cuestión, ignorando la prueba practicada en la segunda instancia del incidente, en la que se basa de modo esencial la Audiencia, y todo ello lleva consigo el decaimiento del recurso.

RICARDO DE ANGEL

SOCIEDAD DE GANANCIALES: DEUDA CONTRAIDA POR EL ESPOSO EN INTERES DE LA MISMA (ANTES DE LA REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981) (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL 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 Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Doctrina de la Sala.—La sentencia recurrida resuelve en congruencia a la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda de tercería de dominio a que las presentes actuaciones se contraen, el único tema planteado por la actora-tercerista y que no es otro que el de que el bien inmueble embargado en las actuaciones de juicio ejecutivo seguido contra su esposo para hacer efectiva deuda por éste contraída con la entidad en dicho procedimiento ejecutante, era de la titularidad dominical de la sociedad de gananciales, régimen económico por el que el matrimonio se regía, razón por la que entiendo que la deuda contraída por el esposo lo había sido en fraude de la sociedad de gananciales, lo reivindicaba para la dicha sociedad, haciendo invocación al respecto de la preceptiva contenida en el artículo 1.413 del Código Civil en la redacción que le fue dada por la Ley de 24 de abril de 1958, y descartando la aplicación de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 1.408 del propio Código, ya que, según alegaba, la obligación contraída por el marido no lo había sido en interés de la sociedad de gananciales.

Congruentemente, como queda dicho, con lo alegado y lo que resultaba de las pruebas practicadas, la resolución impugnada desestima la demanda de tercería, apoyando su fallo la Sentencia del Juzgado, cuyos razonamientos asume en su integridad aquélla, en una correcta aplicación de la doctrina legal sancionada con reiteración por la jurisprudencia de esta Sala, en Sentencias de las que son muestra, como más recientes, las de 6 de octubre de 1980 y 20 de febrero de 1987, por entender que, en definitiva, la deuda contraída por el marido no lo había sido en perjuicio de la sociedad de gananciales y sí dentro de los límites que autorizaba la preceptiva contenida en el número 1.º del artículo 1.408 del Código Civil en su redacción anterior.

En el único motivo del recurso, con amparo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, aplicable al caso, y acusando la violación, por inaplicación, de lo dispuesto en el artículo 1.837 del Código Civil, se plantea por la tercerista-recurrente el tema de que con base en lo argumentado en el séptimo considerando de la Sentencia del Juzgado, aceptado por la recurrida, había de entenderse que la deuda contraída por su esposo don Bienvenido y por el hermano de éste, don Hilario, había constituido en la reali-

dad un afianzamiento de las obligaciones que, con anterioridad a la suscripción de la correspondiente póliza de crédito por los dos referidos hermanos tenía contraída la entidad «T.», S. A., con la mercantil ejecutante, como lo demostraba, según tesis de la recurrente, la circunstancia de que el importe líquido de la operación crediticia fue destinado a saldar deudas que «T.», S. A., tenía contraídas con la citada ejecutante, aduciendo, en definitiva, al hilo de esta argumentación, y admitiendo, por ende, que los bienes de la sociedad de gananciales habían de responder de la deuda contraída por su marido, que al derivar tal deuda de la prestación de una fianza y ser dos los fiadores, sin carácter solidario, la tercería debía prosperar en cuanto a lo que significaba la mitad de la deuda afianzada y consiguiente afectación para su pago de un bien inmueble que por ser de la exclusiva propiedad de la sociedad de gananciales de la tercerista y su esposo, sólo podía ser afectado por la traba de embargo en la cuantía representada por la mitad de la deuda reclamada en el ejecutivo. El motivo no puede prosperar habida cuenta de que si bien en los hechos que sirven de fundamento a la demanda de tercería se hace una genérica alegación en el sentido de que la póliza de crédito se suscribió por don Bienvenido y don Hilario para saldar deudas contraídas por «T.», S. A., por lo que según se adujo constituía un afianzamiento, en ningún momento se concretó que el mismo no tuviera carácter solidario y tampoco los consecuencias que ello podría determinar en orden a la prosperabilidad de la tercería, no haciéndose invocación de la preceptiva contenida en el artículo 1.837 del Código Civil, de todo lo que resulta que el motivo en análisis plantea una cuestión totalmente nueva, incurso en la causa de inadmisión del número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo es de desestimación en este trámite procesal, al situar a la parte recurrida en una posición de indefensión y no poderse, de otra parte, tachar a la sentencia recurrida de vulneración de un precepto que con arreglo a lo «alegado» no tenía que aplicar, pues de efectuarlo hubiera incidido en flagrante incongruencia, infringiendo lo preceptuado en el artículo 359 de la citada Ley Procesal, a lo que es de añadir que, aunque la Sentencia del Juzgado argumente, a mayor abundamiento, sobre el tema de la supuesta «fianza», lo que únicamente sometió la tercerista a la decisión judicial fue la cuestión de si los bienes de la sociedad de gananciales habían de responder o no de la deuda contraída por su esposo.

RICARDO DE ANGEL

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ES APLICABLE EL ARTICULO 16 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS EN RELACION CON LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DE DICHA LEY, YA QUE EL ARRENDATARIO NO REUNE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

Habiéndose negado el arrendatario a abandonar la finca al terminar el plazo de seis años, se interpone demanda ante el Juzgado de Cazalla de la Sierra, que la desestimó, pero la Audiencia de Sevilla la revocó, dando lugar al desahucio.

No triunfa el recurso de casación. No hizo uso el arrendatario de su derecho de prórroga legal, notificando su propósito al arrendador con un año de antelación al vencimiento del contrato. El colono se opone, diciendo que es cultivador personal, conforme al artículo 16 de la nueva Ley, y, por no haber renunciado a la prórroga, tiene derecho a ella hasta un máximo de veintiún años al amparo de la disposición transitoria primera, párrafo segundo de esta última. Pero la sentencia de instancia no lo considera tal, ya que el arrendatario empleaba jornaleros para las labores agrícolas y una persona para el cuidado del ganado, conforme a la conveniencia del arrendatario y no sólo en las épocas extraordinarias que señala el artículo 16. La Sala de instancia, al obtener de la prueba la conclusión de que el arrendatario no tiene la condición de cultivador personal no aplica el artículo 16, en relación con la disposición transitoria primera y, en tanto no se ha probado ni el error de hecho ni el de Derecho, habrá que respetar la apreciación o fijación judicial de los hechos. Tampoco se puede pretender la aplicación del artículo 25 de la Ley de 1980, ya que para ello es presupuesto la cualidad de cultivador personal en el arrendatario recurrente.

RETRACTO.—NO PROCEDE EL RETRACTO PORQUE NO SE HA PROBADO NI LA CERTEZA DEL ARRENDAMIENTO NI QUE ESTE RECAIGA SOBRE PARCELAS INDIVIDUALIZADAS. NO ES APLICABLE LA LEY DE 1980 PORQUE LAS TRANSMISIONES DE LAS FINCAS SE HICIERON ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1985).

Se pide el retracto rústico ante el Juzgado de Grado por parte de los arrendatarios de unas fincas que habían sido adjudicadas a la Caja de Ahorro de Asturias en pago de deuda, desestimando aquél la demanda, lo que se confirmó en apelación.

El recurso de casación no prospera. La prueba ofrecida, según la Sentencia de la Sala, no permite dar como probados ni la certeza del arrendamiento al menos de la mitad de la finca ni mucho menos que las presuntas titularidades arrendaticias recaigan sobre parcelas diferencia-

das. Ninguno de los recibos aportados hace la menor indicación de la finca a que se refiere y menos a la parte de la misma, ni siquiera a la superficie de aquélla a que corresponda. De tener que admitir que los retrayentes fueron arrendatarios tendrían que acreditar que lo eran de parcelas individualizadas, supuesto de aplicación del número 6 del artículo 16 del Reglamento de 1959, lo que desmiente el informe pericial e incluso los testigos, sin que los documentos aportados, cuya fuerza probatoria no puede tener más alcance que el del artículo 1.288 del Código Civil, lo contradigan. Tampoco puede aplicarse al litigio la nueva Ley, que no entró en vigor hasta el 19 de enero de 1981, siendo así que las inscripciones de las transmisiones se hicieron en mayo y julio de 1980, respectivamente, sin que quepa retroactividad de ninguna clase, por consiguiente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—HA DE HACERSE PUNTUALMENTE LA CONSIGNACION DE LAS RENTAS QUE VENZAN DURANTE LA SUSTANCIACION DEL PLEITO (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1985).

El Juzgado número 3 de Sevilla accedió a la resolución de un arrendamiento por expiración del término, pero la Audiencia tuvo por desistidos a los demandados de la apelación, interponiendo aquéllos recurso de súplica que también fue rechazado por la misma Audiencia.

La casación tampoco tiene éxito. El artículo 136, 3, de la Ley de 1980, igual que el artículo 54, 3, del Reglamento de 1959, dispone que los plazos de renta que venzan durante la sustanciación del pleito deberán ser consignados bajo pena de tener por desistido del recurso al arrendatario o aparcerero, norma específica que ha de prevalecer sobre la del artículo 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha de aplicarse a la apelación y no sólo a la casación, sin olvidar que la consignación para lograr valor liberatorio ha de ser puntualmente realizada en tiempo y forma, ya que el pago ha de hacerse el día pactado, conforme al artículo 1.125 del Código Civil. Tal obligación ha sido incumplida por el colono impugnante que pagó el primer semestre de 1983 el día 8 de noviembre, en lugar del 30 de junio. La remisión que el artículo 137 de la Ley de 1980 hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo es pertinente en todo lo que no esté especialmente previsto en la Ley especial y, precisamente, la pérdida de cualquier recurso por defecto de consignación ha sido aclarada por una norma especial de la Ley de Arrendamientos que la Sala aplicó correctamente, ya que no se trataba de una demora de pocas fechas.

DESAHUCIO.—EL HECHO DE HABER REALIZADO LA TRANSFERENCIA DE CIERTAS CANTIDADES AL PROPIETARIO NO SIGNIFICA LA EXISTENCIA DE UN NUEVO CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1985).

El contrato con sus prórrogas ha quedado extinguido el 29 de septiembre de 1980, no teniendo ya efectividad la prórroga del Decreto de 16 de octubre de 1980 ni le afecta la nueva Ley por estar extinguido en el momento de la entrada en vigor de la misma. Tanto el Juzgado de Córdoba como la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda.

No tiene mejor éxito la casación. No se ha probado la existencia de un nuevo contrato de fecha 3 de noviembre de 1978 y tal afirmación de la Sala no ha sido combatida suficientemente, ya que las cantidades superiores abonadas en 1978 pertenecían al abono de obras de cargo contractual del arrendatario, como lo demuestra que en 1979 se volvió a la cantidad anterior, siendo rechazada la hecha posteriormente por la demandante arrendadora, lo que no acredita la existencia de un nuevo contrato a partir de 1978, ya que lo único que revelan esas transferencias es el pago de cantidades, pero no que correspondan a la renta de un nuevo contrato, ya que, según reiterada jurisprudencia, no basta la mera cita de documentos obrantes en el pleito, sino que de su contenido aparezca de modo evidente la equivocación del juzgador al apreciar la prueba documental unida a los autos, es decir, que exista flagrante contradicción entre lo resuelto en la sentencia y lo determinado en los documentos invocados. Tampoco puede alegarse la prórroga que concede la nueva Ley hasta los veintiún años, por tratarse de cultivador directo y personal, ya que quedó extinguido el contrato en 29 de septiembre de 1980, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley.

DESAHUCIO.—EL TERRENO, OBJETO DEL ARRENDAMIENTO, HA SIDO CALIFICADO COMO SUELO URBANO, ESTANDO EL CONTRATO POR LO TANTO EXCLUIDO DE LA LEGISLACION ESPECIAL ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1986).

La finca, arrendada como rústica, se transformó en urbana por el Plan General de Ordenación Urbana de Tortosa, que consideró el terreno como de «industria-jardín», por lo que, al no estar protegido el contrato por la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, se formula demanda ante el Juzgado número 2 de Tortosa, solicitando el desahucio, que concedieron tanto el Juzgado como la Audiencia.

No ha lugar al recurso de casación. El desahucio se funda en el Código Civil, ya que el terreno calificado como «suelo urbano programado» está excluido de la legislación especial de Arrendamientos Rústicos, ya que, según dictamen pericial, el valor actual de la finca es muy superior al duplo de lo que pagaría por terrenos análogos situados en otros lugares, sin que el certificado que se aporta ahora, en el que se dice que se trata de «suelo urbanizable no programado» tenga trascendencia, ya que la modificación en la calificación del suelo es posterior a la sentencia que se impugna, lo cual es un obstáculo a su admisión en esta alzada,

por tratarse de cuestión nueva, aparte de que la certificación primera se refiere sólo a lo aprobado inicialmente por la Corporación Municipal, sin que implique modificación de la calificación anterior, ya que se refiere a lo aprobado definitivamente por dicha Corporación.

RETRACTO.—NO SE ADMITE EN CUANTO A LOS RETRAYENTES, PENSIONISTAS, QUE NO PUEDEN SER PROFESIONALES DE LA AGRICULTURA, PERO SI EN CUANTO A LOS OTROS QUE LO HACEN RESPECTO A LA PARTE DE FINCA QUE OCUPAN, SIN QUE SEA NECESARIO QUE LO HAGAN DE LA TOTALIDAD (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1986).

Se interpuso demanda de retracto ante el Juzgado de Tarazona por los arrendatarios de tres parcelas, de las cuatro que habían sido enajenadas conjuntamente por el arrendador. Admitida la demanda, revocó la Audiencia de apelación.

La casación corre suerte diversa. Prospera en cuanto a los colonos de una de las parcelas y es rechazada respecto a los de las otras dos. La Sentencia de Primera Instancia admitió el retracto de las tres parcelas, pero no así la Audiencia, por entender que dos de los retrayentes no son profesionales de la agricultura, según exige el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ya que son pensionistas y los arrendatarios de la tercera parcela pretenden retraer no la unidad física vendida, sino tan sólo una parte de la misma, faltando además la consignación del total precio de la finca que pretenden retraer. Conforme al artículo 93 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, cada uno de los arrendatarios, cumpliendo los demás requisitos legales podrá ejercitar separadamente el derecho de retracto referido a la porción o porciones de fincas ocupadas, respetando la legislación sobre unidades mínimas de cultivo, pero cabe averiguar si cumplen los otros requisitos de la legislación arrendaticia. Los dos primeros son pensionistas, por lo que no pueden ejercer labores agrarias de carácter permanente, es decir, ser profesionales de la agricultura, por lo que no están legitimados para ejercitar la acción de retracto. En cambio sí se estima respecto a los dos arrendatarios de la tercera parcela, ya que en la demanda de estos retrayentes se fijó una suma a consignar, que ha de admitirse como válida, teniendo en cuenta que el artículo 90 permite, en el supuesto de varios arrendatarios, que cada uno cumpla los requisitos señalados en cuanto a la porción o porciones de finca ocupada. No es necesario que ejerciten el retracto en la totalidad de la finca, lo que iría en contra de la doctrina de esta Sala en el sentido de que únicamente se puede retraer la parte del inmueble que se lleve en arriendo, no una porción mayor ni la totalidad de la finca.

RESOLUCION DE CONTRATO.—NO SE PUEDE EXIGIR EL TRAMITE PREVIO DE AVENENCIA ANTE LA JUNTA ARBITRAL, YA QUE ESTAS NO EXISTIAN AL TIEMPO DE INICIAR ESTE PLEITO Y SU EXIGENCIA SUPONDRA DENEGACION DE JUSTICIA CONTRA LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1986).

Al finalizar el contrato de arrendamiento se reclama el cultivo por el propietario sin que los arrendatarios abandonasen la finca, admitiendo la resolución tanto el Juzgado número 2 de Jerez como la Audiencia.

La casación no prospera. Antes del vencimiento del contrato, los herederos de la arrendadora dirigieron cartas a los arrendatarios en las que expresaban su propósito de cultivar la finca directa y personalmente. Ninguno de ellos había notificado antes su deseo de prorrogar el contrato, por lo que la demanda se funda en esa inexistencia de notificación de la prórroga, pero los arrendatarios se oponen alegando el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que otorga al arrendatario una prórroga de hasta veintiún años por obra de la disposición transitoria primera. La primera sentencia se funda en el compromiso de cultivo directo y personal, pero la Audiencia se basa en no cumplirse la cualidad de cultivador personal y directo del artículo 16. Se objetó también el no haber cumplido el trámite de avenencia ante la Junta Arbitral prevista en el artículo 121 de la Ley, pero se rechaza por no existir tales Juntas en aquel momento. Como dice el Juzgado, la existencia de este formalismo equivaldría a una denegación de justicia, en abierta contradicción con el artículo 24 de la Constitución, que dispone que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que se pueda producir indefensión. Este criterio está recogido por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que impone la interpretación de las leyes, según la Constitución, corroborado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1983, que, interpretando el artículo 121 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, dice que no corresponde a la parte instar a la Administración a constituir la Junta, sino a ésta como deber ineludible, ya que lo contrario haría imposible el cumplimiento del requisito previo al ejercicio de la acción.

DESAHUCIO.—NO SE HA PROBADO LA EXISTENCIA DE UN NUEVO CONTRATO VERBAL ENTRE EL PROPIETARIO Y EL QUE TIENE EL GOCE Y DISFRUTE DE LA FINCA (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1986).

Se entabla demanda de desahucio del arrendatario y del que tiene el goce y disfrute de la finca, subarriendo permitido por el propietario, por haber expirado el término del arrendamiento. Lo admite el Juzgado número 10 de Madrid y la Audiencia lo confirma.

Tampoco tiene éxito la casación, interpuesta por el que tenía el goce y disfrute de la finca, ya que no se prueba la existencia de un contrato verbal entre los litigantes, no siendo lícito dar al testimonio de particu-

lares el valor de ser demostración de un contrato sin más razón que la de convenir así al interés del recurrente, dando de lado la interpretación tanto de la instancia como de la Audiencia, que hacen constar no haber sido demostrado en forma alguna el supuesto fáctico de la existencia de un contrato concertado verbalmente entre los litigantes.

C. R. R.

2. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

MULTAS.—FALTA DE PRESENTACION DE DOCUMENTOS.—NO PROCEDE IMPONER MULTA CUANDO, EN SU DIA, EL DOCUMENTO FUE PRESENTADO A LIQUIDACION DECLARADA PROVISIONALMENTE EXENTA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Adquiridas quince fincas urbanas situadas en término municipal de Madrid por una sociedad inmobiliaria, con la finalidad de construir sobre ellas viviendas de protección oficial, al presentarse el 10 de diciembre de 1964 la correspondiente escritura pública en la Delegación de Hacienda para la liquidación tributaria pertinente, aquélla fue devuelta a la citada entidad mercantil, con nota de exención provisional de exención del impuesto correspondiente, habida cuenta la finalidad de la adquisición de los aludidos terrenos. Posteriormente, y al no haberse podido llevar a efecto la construcción de las antes mencionadas viviendas calificadas, por causas ajenas a la voluntad del adquirente de los terrenos en cuestión, la Delegación de Hacienda requirió a la entidad para que presentase nuevamente la escritura pública de compraventa anteriormente aludida, que fue objeto de liquidación tributaria, por el concepto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, que es objeto de impugnación no en cuanto al importe de su débito principal, sino en relación con la multa del 50 por 100 allí impuesta. En las declaraciones de los Tribunales Económico-Administrativos Provincial y Central es declarada jurídicamente conforme, ante lo que se denomina incumplimiento, por parte de la sociedad adquirente de los terrenos, de la obligación de presentar nuevamente el documento público ante la Abogacía del Estado, y haberlo hecho solamente cuando fue requerido para ello por la Administración Tributaria, sanción que se fundaba en lo establecido en el número 3 del artículo 228, 1, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes, aprobado por Decreto de 15 de enero de 1959, criterio que no es compartido en la sentencia ahora apelada por el Letrado del Estado, que al estimar el recurso interpuesto por la aludida sociedad inmobiliaria, consideró que la mencionada multa carecía de cobertura legal, y, porque, además, la entidad mercantil recurrente había presentado la escritura de compraventa para su liquidación dentro del plazo reglamentario.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo se-

ños don José María Ruiz Jarabo y Ferrán, desestima el recurso, en base a la siguiente:

Doctrina.—Que así expuestos los hechos determinantes de la actuación de la Administración Tributaria objeto de este proceso, así como las enfrentadas posturas de dicha Administración y de la sentencia apelada, procede seguir la tesis mantenida en esta última, toda vez que, como es bien sabido, para sancionar una determinada conducta es necesaria la previa existencia de una infracción, tributaria en el presente caso, y el artículo 228 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 no ofrece ninguna cobertura para la multa que le fue impuesta a la sociedad inmobiliaria ahora apelada, como con acierto se declara en la sentencia apelada, ya que lo que se contempla en los cuatro apartados comprendidos en el precitado artículo 228 es la no presentación dentro del plazo reglamentario de los documentos sujetos al impuesto, y ello no ha ocurrido en el presente caso, por cuanto, como ya se dejó sentado en el precedente razonamiento jurídico, dicha sociedad presentó en su momento de forma correcta la escritura pública por la que había adquirido unos determinados terrenos. Es cierto que a la vez solicitó una exención que provisionalmente se le concedió, puesto que se proponía construir unas viviendas de protección oficial en aquellos terrenos, pero también lo es que, conforme a lo establecido en el número 29 del artículo 156 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, plenamente aplicable al supuesto ahora enjuiciado, precepto reproducido literalmente en el artículo 65, I, 28, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 6 de abril de 1967, dicha exención, que recordamos debe entenderse concedida con carácter provisional, quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir del reconocimiento de la exención sin que se obtenga la calificación provisional de las viviendas que se pretenden construir. Por consiguiente, si por la sociedad ahora apelada no se obtuvo la aludida calificación provisional dentro del plazo de tres años indicado en la norma, la Administración Tributaria de oficio, transcurrido dicho plazo, debió aportar las medidas oportunas para liquidar el documento público al que anteriormente se le había concedido provisionalmente una exención, sin que el requerimiento al interesado pueda en modo alguno identificarse con el contemplado en el número 3 del artículo 228, I, del Reglamento de 15 de enero de 1959, que es, evidentemente, para supuestos en que no se hubiese efectuado la presentación de un documento en el plazo reglamentario establecido para ello, lo que, insistimos, no ha ocurrido en el presente caso, por cuanto tal presentación se efectuó en su momento por la sociedad apelada de forma jurídicamente correcta.

SOCIEDADES.—AUMENTO DE CAPITAL.—EL AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE LA EMISION Y PUESTA EN CIRCULACION DE ACCIONES SUSCRITAS POR APORTACION DE UN INMUEBLE DEBE ESTIMARSE COMO UNA SOLA CONVENCION Y, POR CONSIGUIENTE, EXIGIRSE EL IMPUESTO POR UN SOLO CONCEPTO (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Cierta entidad adopta el acuerdo de aumentar su capital mediante la emisión y puesta en circulación de acciones, acciones que son suscritas por otra entidad mediante la aportación de un inmueble de su propiedad.

Presentada la escritura en la Oficina Liquidadora competente, se practican dos liquidaciones: una por el concepto de sociedades y otra por el de transmisiones.

No conforme con dichas liquidaciones se presenta reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Alicante; reclamación que es desestimada, como igualmente lo fue en el recurso interpuesto en el Contencioso-Administrativo.

Interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Rafael de Mendizábal y Allende, se estima, en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero. El artículo 79 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados vigente en el momento de la consumación del hecho imponible (Decreto de 6 de abril de 1967) estableció que a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo contrato o documento comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente. Esta misma advertencia, innecesaria en un plano teórico, por ser inherente a la naturaleza del tributo, aun cuando muy útil en la práctica, desde la óptica del principio de seguridad jurídica, aparece recogida con idénticas palabras en el artículo 4.º del Texto actual (Real Decreto de 30 de diciembre de 1980). El 15 de noviembre de 1978 y en escritura pública, una sociedad anónima ya constituida emitió 720 acciones más, que fueron suscritas simultáneamente por otra empresa de la misma clase mediante la aportación de un inmueble en pago y como desembolso de su importe. Esta es en síntesis la descripción de lo convenido notarialmente entre ambos contratantes. Desde cierta perspectiva, aparece una ampliación de capital, modalidad tipificada como hecho imponible de las llamadas operaciones societarias. Desde otro ángulo, se perfila la transmisión onerosa *inter vivos* de una cosa inmueble, sujeta en tal concepto al mismo impuesto, pero en su faceta de transmisiones patrimoniales. Tal descomposición factorial constituye el fundamento de los actos administrativos objeto del presente proceso, que traen su origen de dos liquidaciones tributarias independientes por cada uno de aquellos conceptos.

Segundo. Ahora bien, las normas tributarias han de ser interpretadas y aplicadas en función de la verdadera naturaleza jurídica de los hechos imposables, que en este supuesto son siempre actos o negocios jurídicos, según nos dice el artículo 25 de la Ley general del ramo. La unidad formal no constituye un elemento decisivo, pero sí indiciario, para la

exacta calificación de lo contenido en la escritura notarial, como también la simultaneidad. En tal línea de reflexiones, resulta claro que la doble operación más arriba relatada, puede reconducirse en un planteamiento aún más abstracto a la entrega de unos títulos-valores a cambio de un inmueble. Aquéllos se emiten exclusivamente para conseguir éste, que se aporta en calidad de desembolso o pago. Las dos actividades funcionan interconectadas indisolublemente, entrelazadas recíprocamente y son, a la vez, prestación y contraprestación.

En definitiva, y según las normas del Código Civil, únicas idóneas para la calificación jurídica de lo acordado, según los propios textos legales citados al principio (arts. 2 y 3 del Real Decreto 3050/1980), se está en presencia de un solo negocio jurídico complejo, equivalente en su estructura interna a la permuta, según la define dicho Código, como aquel contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra (art. 1.536). Además y desde la propia regulación de este impuesto, las aportaciones no dinerarias de los socios, si en contravalor se emiten acciones, se consideran estipulación única, calificable como transmisión onerosa (art. 55, 4, del Texto refundido de 1967) y no como operación societaria. Es, en suma, una sola convención que produce un hecho imponible único cuyo encuadramiento ha de hacerse por un concepto único también, sin poder exigir más que el pago de «un solo derecho». En ningún caso, prevé también el artículo 1.º, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias. En definitiva, resulta improcedente la doble imposición y anulable la segunda liquidación practicada, con devolución de lo ingresado y abono por la Hacienda Pública del interés legal correspondiente, el básico del Banco de España, según determina el artículo 36 de la Ley General Presupuestaria; por haberse producido su devengo antes de 1980.

SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO.—CAMBIO.—LEGITIMACION PARA IMPUGNAR LIQUIDACIONES (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Como consecuencia de determinadas operaciones de crédito hechas por la Caja de Ahorros de Navarra a favor de cierta entidad, ésta resultó deudora de aquélla en determinadas sumas. Para enjugar la deuda la entidad deudora ofreció en concepto de «dación de pago» una finca segregada de otra mayor. El exceso entre el valor del bien transmitido y la deuda se conceptuó como compraventa.

Presentada la escritura a liquidación, la Diputación Foral de Navarra practicó las correspondientes liquidaciones, algunas de las cuales fueron recurridas; planteándose, entre otras, cuestiones relativas al cambio de sujeto pasivo, legitimación para impugnar, etc., respecto de las cuales el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Rafael Mendizábal y Allende, sienta la siguiente:

Doctrina.—Primero. En el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y en el de Actos jurídicos documentados, el sujeto pasivo, en calidad de contribuyente, es en principio el adquirente de los bienes o derechos transmitidos y por tal situación queda obligado al pago del impuesto,

según los artículos 4 y 30 de la Ley de 21 de junio de 1980, reguladora de esta figura tributaria, coincidentes con los 8 y 41 del Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980. Ambas normas, a su vez, reflejan el concepto diseñado en el artículo 31 de la Ley General Tributaria. Ahora bien, nuestro ordenamiento financiero no excluye nunca y en ocasiones contempla explícitamente (como en el arbitrio de plusvalía) la traslación voluntaria de la deuda impositiva por vía convencional, que significa una subrogación con eficacia entre los contratantes, pero no supone la novación subjetiva ni la equiparación de esta situación a la del sustituto, cuyo origen es legal y nunca obligacional (art. 32 de la misma Ley).

Tales pactos entre los obligados al pago del impuesto y cualesquiera otras personas, al margen de la relación jurídica tributaria, pactos lícitos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y, por ello válidos, carecen, sin embargo, de eficacia para alterar la posición jurídica configurada por la Ley general, que lo prohíbe en su artículo 36, como también la específica de este gravamen, cuyo artículo 4.º (y el 8.º del Texto Refundido) fija el obligado al pago, «cualquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario». Nunca perderá su condición de contribuyente, pues es quien legalmente deba soportar la carga tributaria, aunque realice su traslación a otras personas (art. 32, 1, Ley General Tributaria), porque se trata de una típica cuestión de orden público, no abandonada al criterio subjetivo o a la conveniencia de los particulares o de la misma Administración, sujeta en su actuación al principio de legalidad (arts. 9 y 103 de la Constitución). Así lo ha reconocido esta Sala en la Sentencia de 23 de junio de 1986.

Segundo. Esta conclusión, obvia por lo demás, no es transportable al plano procesal para negar la legitimación para impugnar las liquidaciones a quien ha asumido contractualmente la obligación de pagar la deuda tributaria, aun cuando sólo fuere en una parte. Conviene recordar que el concepto de legitimación, como presupuesto inexcusable del proceso, implica una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produce automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, según se explica en Sentencia de 18 de diciembre de 1974.

El soporte de la configuración expuesta es el «interés», que ha de ser protegible jurídicamente, «legítimo», según el artículo 24 de la Constitución, sin que haya de ser, en cambio, «directo», como se calificaba en el artículo 28, I, a), de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. En tal supuesto se encuentra la Caja de Ahorros de Navarra, pues mediante un pacto permitido legalmente, lícito y válido, según más arriba se anticipó, había asumido la obligación de pagar la mitad de los impuestos a cargo de la sociedad anónima «contribuyente». Esta subrogación voluntaria y parcial en la deuda tributaria le dota por sí misma de un interés suficiente para impugnar las liquidaciones correspondientes. El eventual éxito conlleva una reducción de la cantidad a pagar, efecto beneficioso más que razonable para justificar la actuación procesal con independencia de su posición tributaria.

C. M. A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

ARROYO, I.: *Estudios de Derecho Marítimo*. Bosch, Barcelona, 1985, 654 págs.

Como fruto de una admirable trayectoria jurídica docente y profesional, nace la obra *Estudios de Derecho Marítimo*. El profesor Ignacio Arroyo, un verdadero estudioso del Derecho Marítimo, ha conjugado por una parte toda la profundidad científica y la madurez doctrinaria del catedrático e investigador universitario, y, por otra, toda la experiencia práctica del Derecho vivo adquirida a través del ejercicio profesional, para presentarnos este nuevo volumen, cuya publicación prestigia la bibliografía española de Derecho Marítimo.

Nos dispensamos, por creerlo innecesario, de dar mayores referencias sobre su autor, cuyo nombre y talla jurídica están suficientemente acreditados entre los cultivadores de esta rama y más aún en el mundo de habla hispana, por ser el fundador y director de la más importante publicación, tanto en extensión como en calidad, que desde 1981 se edita en idioma español: el *Anuario de Derecho Marítimo*.

El objetivo que se ha propuesto el profesor Arroyo —como él mismo señala en un excelente Prólogo— es aportar una obra útil y rigurosa. Útil en el sentido de que transmita conocimientos provistos de utilidad social y conectados a la realidad práctica. Rigurosa en el sentido de que no se limite a exponer tales o cuales temas particulares o situaciones jurídicas de hecho, sino que logre trascender al plano superior del conocimiento jurídico general. Realmente llama la atención la brillantez y claridad con que el autor expone el fenómeno de la desafortunada separación entre la teoría y la práctica, tan generalizada por el dogmatismo conceptual clásico y que tantas veces ha conllevado el divorcio entre la ciencia jurídica y la realidad social. Por el contrario, demostrando una perfecta visión del Derecho, propia de la mejor escuela metodológica, el autor enfoca el problema en sus justos límites cuando dice que «la contraposición entre teoría y práctica se desintegra cuando el teórico (*sic*, estudioso), enunciando el caso general, formula una teoría útil y eficaz, y cuando el práctico (*sic*, letrado), resolviendo el caso concreto, aplica un conocimiento válido y riguroso», lo cual, sin embargo, no siempre ocurre así, «ya porque los primeros siguen anclados en el mito de la dogmática y el culto de las categorías y conceptos, bien porque los prácticos tan sólo acumulan el aluvión informativo, como si toda reforma, disposición administrativa o resolución judicial aumentara automáticamente el conocimiento».

Entrando ya en el aspecto sustancial de la obra, el lector podrá advertir, tras la lectura del sumario, que tiene en sus manos un libro portador de una gran riqueza de contenido. En diez monografías se reco-

ge un generoso repertorio de variados temas que, aunque son abordados aisladamente, ofrecen en conjunto una visión global y coherente del Derecho Marítimo actual. Repertorio en el cual, por otra parte, el criterio de selección de las materias tratadas ha estado claramente guiado por la moderna concepción interdisciplinaria del Derecho Marítimo que postula el profesor Ignacio Arroyo.

El primer estudio se titula genéricamente «El Derecho Marítimo». Es una profunda reflexión acerca de la determinación científica del concepto del Derecho Marítimo. No se trata tan sólo de resolver una cuestión terminológica, sino de formular, trascendiendo de simples planteamientos exegéticos y apoyándose en el dato histórico, un concepto científico de la disciplina. Ante la pregunta ¿qué es el Derecho Marítimo? se han dado respuestas diversas, inspiradas en la concepción que, en cada momento histórico, se ha tenido del mar y de las actividades en él realizadas. Considerado como un espacio, en un plano horizontal, el mar fue una superficie apta para el transporte, y, por tanto, para el desempeño de una actividad comercial lucrativa. Así, la sistematización del Derecho Marítimo se apoyó, bien en la mercantilidad del transporte por mar, bien en el dato técnico de la navegación. Sin embargo, las recientes aplicaciones de los avances tecnológicos a la explotación de las riquezas del mar, en un plano vertical, han abierto los ojos de los especialistas a una nueva realidad, la consideración del mar como volumen. El autor, luego de analizar la experiencia del Derecho comparado y de seguir los trazos de la evolución histórica, contraponiendo los momentos ofrecidos por el pasado, hace un encuadre de la disciplina en la fase actual. Concluye la monografía con una definición: «El Derecho Marítimo es el conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar». Se ofrece en ella una nueva fisonomía de la disciplina, cuyos principales rasgos son: 1) la ampliación de su contenido y la revisión de su especialidad científica, normativa y jurisdiccional; 2) la concepción interdisciplinaria que abarca el Derecho Comercial Marítimo y el Derecho del Mar, superando así la tradicional distinción entre los aspectos privados y públicos, y que no excluye a éstos últimos del ámbito de su conocimiento, y 3) la afirmación de su vocación internacional, lo que vale decir, de su uniformidad.

A continuación, el segundo estudio, «Organismos relacionados con el tráfico marítimo», es una original aplicación de esa concepción interdisciplinaria a la compleja realidad institucional actual, para sistematizar y describir la abundante gama de organismos, internacionales y nacionales, públicos y privados, relacionados con el mar y lo marítimo. Luego de explicar las características generales de estas organizaciones, se abre el gran abanico de su clasificación, entrándose en el detalle sobre los orígenes y creación de cada una, fines que persigue, composición interna, actividades que realiza y procedimientos que emplea para ello, grado de representatividad o lo que podría llamarse «estatus institucional» y su importancia actual. Las organizaciones internacionales públicas o intergubernamentales analizadas en este estudio son, entre otras, IMO, UNCTAD, UNCITRAL e INMARSAT, y las privadas o no gubernamentales son el CMI, BIMCO, INTERTANKO y la Baltic Exchange, por citar algunas. Por su parte, los organismos nacionales estudiados son la Asociación Española de Derecho Marítimo, la Asociación de Naveros Español-

les (ANAVE), la Asociación Española de Liquidadores de Averías y el Consejo Español de Usuarios del Transporte Marítimo.

En el tercer estudio, «La actualidad de los derechos históricos de pesquerías frente al Derecho de la Comunidad Económica Europea y al Derecho del mar», el autor plantea el problema de la vigencia de los Derechos tradicionales (históricos) de pesca en el Golfo de Vizcaya tras la entrada en vigor del Acuerdo Marco España-Comunidad Económica Europea en 1980. Dentro de este contexto, se cuestiona el valor jurídico del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar aprobado en Montego Bay (Jamaica) en 1982, que viene a negar, en la práctica, el ejercicio de los derechos de pesca que, desde el siglo XII, eran reconocidos jurídicamente a sus legítimos titulares: los pescadores españoles. Tras exponer las tesis contrapuestas (tesis derogatoria y tesis que afirma la vigencia de los derechos históricos), el autor refuta, haciendo honor a una impecable lógica jurídica, la tesis derogatoria por violar el principio de «supremacía del Tratado anterior», contenido en el artículo 30, 4, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y por violar el propio Tratado de Roma en su artículo 234. También se plantea la posible inconstitucionalidad del Acuerdo de Pesca España-Comunidad Económica Europea por inobservancia de los artículos 94, e), y 96, 2, de la Constitución Nacional, relativos a la exigencia de autorización parlamentaria. Por último, se afirma el derecho de los pescadores afectados a ser indemnizados por el Estado a causa de la lesión en sus derechos históricos.

Especial atención merece el cuarto estudio, dedicado a «La distribución del riesgo en el Derecho Marítimo». Es un denso análisis crítico de las instituciones actuales del Derecho Marítimo que, partiendo de la producción de daños como constante inherente al transporte de mercancías, tiene por objeto la búsqueda de un régimen legal en el cual la atribución o imputación de las pérdidas sea más justa, y a la vez, más económica. Mediante la aplicación del llamado «análisis económico del derecho» se hace un recorrido deontológico por cada institución marítima (transporte documentado en conocimiento de embarque, fletamento, abordaje, avería gruesa, seguro de casco y de carga) para escudriñar el porqué de su existencia y el «cómo debe ser» en aras de lograr, por una parte, que el reparto de los riesgos sea más equitativo entre las partes afectadas y, por otra, que se reduzcan los costes del transporte marítimo. El trabajo se articula en tres secciones: 1) la distribución del riesgo entre el buque y la carga; 2) el reparto entre navieros por los daños de abordaje, y 3) el daño causado a terceros. Es evidente que la imputación del riesgo vigente en virtud de la aplicación de las Reglas de La Haya, en muchos casos está lejos de satisfacer los postulados de la justicia debido a la situación de privilegio en que coloca al porteador en el contrato de transporte. La explicación histórica es evidente: el dominio ejercido por los países armadores en la Convención de Bruselas de 1924. Por ello, el autor toma una actitud revisionista y apoya los trabajos que, sobre reglamentación del transporte marítimo, viene realizando UNCITRAL en favor de los países en vías de desarrollo y que tienden a un nuevo orden económico internacional más justo. Al tratar el tema de los costes en el transporte marítimo, el autor analiza las causas que producen su encarecimiento. Además de la pérdida pro-

ducida por el daño de las mercancías, hay otros gastos administrativos (duplicación del seguro, procedimientos arbitrales y judiciales, gastos de subrogación) que son consecuencia del margen de desplazamiento del riesgo derivado de la habitual incertidumbre a que dan lugar las «cláusulas oscuras» en los conocimientos de embarque y los propios términos ambiguos de las Reglas de La Haya que acarrearán no pocas dificultades para determinar el alcance de ciertas expresiones (peligros de mar, navegabilidad, debida diligencia, vicio propio, etc.). El tema parece no agotarse en una simple elección entre el sistema de responsabilidad por culpa y el sistema de responsabilidad objetiva, si bien es cierto que éste último parece presentar enormes ventajas en materia de prevención. En relación al reparto de riesgos entre navieros, se presentan los criterios en materia de abordaje, igualmente, a la luz de los criterios de justicia y economía. Por último, se estudian los daños frente a terceros. El autor distingue los perjuicios por contaminación a terceros, que en nada participan de la aventura marítima de los daños causados a instalaciones portuarias en los que debe considerarse la solidaridad comercial entre el puerto y el buque y deducirse consecuentemente un reparto de los riesgos.

En el quinto estudio, «Convenios Internacionales y Derecho Interno», se aborda el controvertido tema de las fuentes internacionales de Derecho aplicables en el ámbito nacional. Más específicamente, el problema de la incorporación al Derecho interno de un Convenio Internacional y las condiciones que ésta debe presentar para que las normas materiales contenidas en el Convenio sean aplicables a un supuesto nacional, es decir, desprovisto de elementos internacionales. Con fines metodológicos, el autor analiza el caso del abordaje nacional (la colisión en aguas territoriales españolas entre dos buques de bandera española cuyos propietarios son españoles o tienen su residencia en España), ya que este supuesto «presenta el abanico completo de los problemas que se anudan a las relaciones entre Convenios Internacionales y el Derecho interno». Como es sabido, la responsabilidad por abordaje en el Derecho español sigue una dualidad de regímenes que conlleva no pocas dificultades en la elección de la ley aplicable. Por una parte, el régimen bifronte del Código de Comercio (que contempla dos criterios de limitación de responsabilidad: limitación por abandono y limitación *ad valorem*) y, por otra parte, el régimen *forfetario* del Convenio de Bruselas de 1957 sobre limitación de responsabilidad de propietarios de buques, actualmente vigente en España. Se plantea, pues, el problema del ámbito de aplicación material de los Convenios Internacionales ante los supuestos nacionales. En este punto el autor ofrece, demostrando un conocimiento actual y meticuloso del Derecho internacional, una explicitación doctrinaria totalmente original sobre la interpretación de los Tratados, y analiza las razones en virtud de las cuales se podrían incluir o excluir los abordajes nacionales del ámbito de aplicación del Convenio de 1957.

«La responsabilidad quincenal del constructor de buques o el absurdo de un razonamiento jurídico correcto» es el sexto estudio, en el que se plantea un tema concreto para, desde él, trascender al ámbito conceptual. Según jurisprudencia del Tribunal Supremo, la naturaleza del contrato de construcción de buques, ante la laguna del Código de Comercio en este punto, se asimila al arrendamiento de obra. Como consecuencia, el

astillero responde durante quince años por los vicios o defectos de construcción. Y ello a pesar de que, en la práctica, la vida útil de un buque se estima no sobrepasa los diez años. El autor se sirve de este ejemplo concreto, una vez más, para afirmar la especialidad del Derecho Marítimo y para demostrar que es inadmisibile el resolver con criterios civiles los problemas específicos del Derecho Marítimo, porque ello conduce a consecuencias absurdas por más correctos y coherentes que sean los razonamientos jurídicos realizados. En último término, esta breve monografía viene a reiterar el deseo de la esperada reforma del Derecho positivo.

El séptimo estudio se denomina «Relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque: la cláusula de incorporación». Como su nombre lo indica, trata un tema fundamental del tráfico marítimo moderno, como es el de la compleja relación, y a veces incluso superposición, de los contratos de transporte y fletamento, y, por ende, el entrecruzamiento de los distintos regímenes de responsabilidad aplicables. Como es sabido, la responsabilidad del porteador en el contrato de transporte sigue el esquema imperativo de las Reglas de La Haya que, a diferencia del benigno régimen de libertad contractual del fletamento, impone al porteador un mínimo de responsabilidades de las que no se puede exonerar. El problema se plantea, sin embargo, cuando el conocimiento tiene una cláusula de incorporación de las condiciones de la póliza de fletamento. Lógicamente, el tercero de buena fe, tenedor del conocimiento, no conoce esas condiciones a que le remite dicha cláusula y por ello, al no tener un acceso directo a la información contractual, se crea gran incertidumbre sobre su situación jurídica. En atención a estas consideraciones, se hace una valoración crítica de la cláusula de incorporación que, si bien es cierto que ofrece la ventaja de simplificar la documentación, también presenta serias desventajas al empañar la claridad de la contratación y, en consecuencia, restringir el uso del conocimiento como documento de crédito. Para lograr un enfoque verdaderamente científico del problema, el autor hace un magnífico análisis de la relación entre póliza y conocimiento a la luz de la doctrina de los títulos valores. Sobre el carácter de la declaración contenida en el conocimiento, se explican las tesis contrapuestas constitutiva y declarativa. El autor establece una diferencia esencial derivada del dato de la circulación del título. Así, entre las partes de la relación originaria (emisor y primer tomador) el conocimiento es un recibo de las mercancías que, después de la póliza de fletamento, documenta la relación fundamental sin crear ninguna obligación autónoma. En cambio, una vez que el título ha circulado y está en manos de un tercero de buena fe, el conocimiento es un título valor dotado de abstracción, literalidad y autonomía, que incorpora una nueva obligación cartácea independiente y a ella no son oponibles, por tanto, excepciones derivadas de la relación fundamental. También se exponen los casos, tan frecuentes en el tráfico marítimo actual, de superposición de contratos en que coexisten una póliza de fletamento junto a un conocimiento «emitido en virtud» de ella. El autor hace un deslinde de los supuestos frontera para identificar el ámbito de aplicación de los conocimientos y la abstracción o causalidad del título en los supuestos planteados. En relación a la cláusula de incorporación, se aplican los requisitos para su validez: formales (claridad en la redacción

y especificidad, es decir, que no sea una incorporación genérica de «todas las condiciones» de la póliza) y materiales (conformidad con las Reglas de La Haya si el porteador, por efecto de la circulación, es un tercero de buena fe). Por último, se estudia cómo influye la incorporación ante dos supuestos característicos: los daños a la carga y el arbitraje).

La octava monografía, «Transporte marítimo y cláusula de jurisdicción: la necesaria reforma de un criterio jurisprudencial», plantea un problema de Derecho Procesal Internacional que incide en el Derecho Marítimo: la validez de la cláusula de jurisdicción en virtud de la cual las partes acuerdan expresamente someter sus eventuales disputas a un tribunal extranjero. El autor critica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega, basándose en una doctrina patrioter y nacionalista a ultranza, la validez de la sumisión a una jurisdicción extranjera, por principios de soberanía nacional. Es paradójico que el Derecho positivo admita, por ejemplo, la aplicabilidad de una ley extranjera elegida por las partes contratantes o la validez del arbitraje extranjero y que, al mismo tiempo, los Tribunales nieguen la competencia judicial extranjera alegando motivos de orden público. Tras la incorporación, en 1977, en España del Convenio de Nueva York sobre «Ejecución de laudos y sentencias extranjeras» carece de sentido el seguir sustentando criterios tan retrógrados y opuestos al desarrollo de las relaciones comerciales internacionales y al respeto por la libertad de la voluntad de los contratantes.

«Reseña y comentario de jurisprudencia (1979-1983)» es el noveno estudio que, luego de una introducción en la que se mencionan los grandes trazos de la situación general del Derecho Marítimo en la actualidad española, ofrece una amplia recopilación jurisprudencial ordenada sistemáticamente: naturaleza jurídica del buque, contratos de construcción y reparación de buques, transporte marítimo, accidentes, abordaje y salvamentos, seguro marítimo y arbitraje. El autor comenta cada una de las sentencias citadas.

El décimo estudio presenta una gran utilidad práctica. Es «Las fuentes del conocimiento del Derecho Marítimo Español. Valoración y reseña bibliográfica». El autor vuelve a denunciar, como lo hiciera en el Prólogo, la paradójica situación española: el mérito de la doctrina no se ve compensado ni en el plano legislativo (véase el lamentable estado del Derecho positivo) ni en el plano judicial (ejemplo de ello es la continua aplicación de preceptos civiles a problemas del Derecho Marítimo) ni tampoco en el plano universitario. Todo ello hace que el esfuerzo de la doctrina no se vea reflejado en el discreto nivel de la disciplina. Luego de una interesante explicación de las características de la bibliografía, se agrupan sistemáticamente cada uno de los tratados, manuales, revistas, monografías, artículos, repertorios legislativos y de jurisprudencia que componen la abundante pero contrastante bibliografía española de Derecho Marítimo.

Por último, no podemos concluir esta reseña sin elogiar otro indiscutible mérito del autor: la abundante y sólida bibliografía en que se apoya cada uno de los estudios que componen la obra, y que constituye un buen ejemplo de la forma como debe documentarse un trabajo jurídico verdaderamente científico.

RAÚL BRAVO VOCOS
Licenciado en Derecho

COBACHO GÓMEZ, J. A.: *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Secretariado de publicaciones e intercambio científico de la Universidad. Murcia, 1986. Un tomo de 200 págs.

La importancia económica, social y jurídica del arrendamiento es evidente. Si se considera que más del 40 por 100 de nuestro suelo cultivable se lleva en renta y si se piensa que el nivel social de los llevadores suele ser bajo e inestable, se comprende la importancia de la regulación de esta institución que aparece como básica en el panorama de nuestro sector primario. El arrendamiento es ante todo un fenómeno social que influye de modo decisivo en la organización de la comunidad, por lo que el Estado debe determinar, además de las normas de Derecho privado, que sólo interesan a las partes, las de orden general que, por su interés público, afectan a toda la sociedad.

La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 ha motivado ya abundante literatura e importantes comentarios y este libro que presentamos, Tesis Doctoral de su autor, recoge determinados aspectos muy interesantes de la actual legislación del colonato, tratados con bastante atención y profundidad, aportando valiosas ideas para clarificar algunos problemas.

Son seis los estudios de aspectos parciales del arrendamiento los que componen este libro y se refieren al artículo 74 de la Ley, la profesionalidad de los arrendatarios, la cuestión de gastos y mejoras, la jurisdicción especial, la terminación del arrendamiento y el acceso a la propiedad. Veámoslo.

1. *Consideraciones en torno al artículo 74 de la Ley*

El autor examina este precepto, el cual dispone que el adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador. Para ello empieza con los antecedentes históricos, hasta llegar al artículo 1.571 del Código Civil, que concede al comprador la facultad de terminar el arriendo, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Pero ya el Real Decreto de 21 de noviembre de 1929 partía de un criterio opuesto, al obligar al adquirente de una finca rústica arrendada a respetar el contrato, criterio mantenido tanto por la Ley de 1935, la de 23 de julio de 1954 y el Reglamento de 1959.

La novedad más importante de este artículo 74 de la actual Ley es la referencia expresa al tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Acertadamente dice el autor que esta referencia parece estar hecha para reforzar aún más los derechos del arrendatario, aunque es innecesaria porque los arrendamientos especiales, tanto rústicos como urbanos, están especialmente protegidos y son eficaces frente a todos.

La postura del autor es ciertamente razonable y sólo nos queda añadir, ahondando en el aspecto registral, que quizá esa mención expresa a la figura del tercero hipotecario, paradigma de la seguridad del adquirente, puede haber sido echar mano de un verdadero resorte psicológico definitivo para resaltar la estabilidad del arrendatario. Pero este artícu-

lo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos no derriba ni mucho menos al artículo 34 de la Ley Hipotecaria: En efecto, el adquirente adquiere, de eso no hay duda; lo que pasa es que el que compra una finca arrendada tiene que aceptar un doble gravamen, que consiste en asumir los deberes del arrendamiento y exponerse a los riesgos del retracto. Pero aún así, no hay fallo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por tres razones: 1.º) porque, según el artículo 37 de la misma Ley, se dan contra terceros los retractos legales y el arrendaticio es uno de ellos; 2.º) porque no reunirá el requisito de la buena fe que exige el artículo 34 el que en adelante adquiera una finca arrendada, ya que esta circunstancia habrá de constar necesariamente en el título y en la inscripción según ordena el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, y 3.º) porque en el supuesto de que el transmitente, por error o falsedad, declarase como libre una finca arrendada, aún tendría el adquirente la acción rescisoria que le concede el artículo 1.483 del Código Civil. Por ello concluimos que no ha sido acertada la nueva redacción de la Ley de Arrendamientos Rústicos al traer a colación y maltratar, sin necesidad ni utilidad, la figura del tercer adquirente hipotecario, siempre considerada intangible y base del prestigio de nuestro Registro de la Propiedad.

2. *El requisito de la profesionalidad del arrendatario*

Según el artículo 14 de la nueva Ley sólo pueden ser arrendatarios de fincas rústicas los profesionales de la agricultura. Y el artículo 15 define esta profesionalidad respecto a la persona capaz que se dedique de manera preferente a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación. Tras estudiar todos los supuestos, el autor concluye que el requisito de la profesionalidad adolece de bastante vaguedad y tecnicismo jurídico. Aunque parece que se pretende primar a los que realmente se dediquen a las actividades agrarias, este requisito está muy poco perfilado y presenta bastantes inconvenientes. No están claras las ventajas que entraña para el arrendatario el ser profesional, porque un contrato suscrito por uno que no lo sea también está regulado en la Ley. Por ello, este requisito poco o nada cambia la regulación del arrendamiento y el legislador podría haberse ahorrado esta precisión.

3. *Gastos y mejoras*

Cobacho Gómez plantea el tema estudiando primero las mejoras arrendaticias en el Código Civil y en la legislación especial anterior ya derogada, con bastante detalle, y amplía la materia con incursiones a los sistemas italiano y francés, para pasar después a exponer con todo detalle las reglas generales de los gastos y mejoras en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, contenidas en su capítulo VI, que comprende un buen número de artículos. En ellos se regulan los supuestos en los que el arrendatario puede resarcirse del importe de los gastos necesarios y de las reparaciones urgentes realizados. Respecto a las mejoras útiles o sociales, el colono puede o retirarlas de la finca si no sufre deterioro o exigir del arrendador que el abone su coste o el mayor valor alcanzado

por la finca; el arrendatario tendrá respecto a estas cantidades los mismos privilegios o garantías que el acreedor refaccionario. El artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Rústicos completa las garantías del arrendatario concediéndole la posibilidad de pedir anotación preventiva sobre la finca. El autor nos hace observar que en estos preceptos se hace hincapié a la condición empresarial del arrendatario, tal como se desprende de varios artículos, especialmente del 61, que le permite realizar mejoras de transformación.

4. *La jurisdicción en materia arrendaticia y de aparcerías*

Todos los asuntos o peticiones del colonato corresponden a la jurisdicción ordinaria, según el artículo 121 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Pero el autor nos dice que hay dos cuestiones a tratar: Una, la de si será aplicable a las aparcerías la jurisdicción laboral de acuerdo con los artículos 102, 108 y 110 de la misma Ley. La otra cuestión es que hay abundantes referencias a la legislación de expropiación forzosa que habrá que atender en su caso. Entra en el estudio de las Junta Arbitrales, una novedad de esta Ley, planteándose la naturaleza de estos órganos, su composición y funciones. Después estudia las normas generales y especiales del procedimiento en los juicios arrendaticios, los recursos y demás cuestiones.

5. *Terminación del arrendamiento*

El autor estudia el capítulo VIII del título I de la Ley de 1980, que regula las formas de terminación de los arrendamientos rústicos, especialmente la resolución, la sucesión y la extinción propiamente dicha. Siguiendo este orden, analiza el artículo 75, que contiene las causas por las que el contrato puede resolverse a instancias del arrendador. Después pasa al artículo 78, el cual dispone que la resolución del derecho del arrendador sobre la finca facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del contrato. La sucesión *mortis causa* tiene también unas normas especiales, recogidas en los artículos 79 y 80, y que el autor analiza. Finalmente, las causas de extinción propiamente dicha, por pérdida de la finca, por expiración del plazo o la prórroga o por pasar la finca a ser urbana o urbanizable, son también objeto de detallado estudio en este libro.

6. *Formas de acceso a la propiedad*

El último estudio es quizá uno de los más interesantes, en cuanto que las tendencias sociales de este contrato van siempre en la dirección de facilitar el *desideratum* de todo arrendatario, que es pasar a ser propietario de la tierra que cultiva. El artículo 84 de la vigente Ley reconoce los derechos de tanteo y retracto o adquisición preferente en caso de transmitirse la finca a un tercero. Pero, por otro lado, la facultad más destacable es la posibilidad de la adquisición forzosa por el arrendatario, regulada en los artículos 98 y siguientes. El autor estudia detalladamente

ambos supuestos y resalta la prohibición del artículo 84, 2, según el cual, una vez ejercitado el derecho de acceso, el arrendatario no podrá enajenar, arrendar ni ceder la finca hasta que transcurran seis años; si la hipotecase, no se podrá ejecutar la hipoteca hasta después de los seis años. Lo que realmente se pretende es que el arrendatario que ha pasado a ser dueño permanezca en su cultivo por un plazo suficiente para evitar el fraude de que especule con una adquisición excepcional. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta prohibición, entrando de nuevo en el terreno registral, hay que decidirse entre si se trata de una verdadera prohibición de disponer que cierra el Registro, o sólo origina una posibilidad de resolución a instancia de parte; creemos que el número 3 del artículo 84 se inclina sin duda por la segunda solución, al decir que entonces podrá el arrendador pedir la resolución del contrato originario, recuperando la propiedad de la finca. Entonces, aunque Gil Robles entiende que hay una vuelta íntegra a la situación anterior, o sea, que la finca vuelve a estar arrendada, estamos más de acuerdo con la opinión de Cobacho Gómez, autor de este libro, de que debe ser sancionado el arrendatario que incumplió la norma legal, dando por resuelto el contrato y dejando libre la finca al propietario.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

NAVARRO HERNÁN, M.: *Práctica procesal civil, constitucional y comunitaria*. Madrid, 1987. Un tomo de 758 págs.

Recuerdo que un viejo Abogado de mi pueblo, que se había pasado la vida litigando, me decía, en mis ya algo lejanos tiempos juveniles, que para ganar un pleito hacen falta tres cosas: tener razón, saberla pedir y... que te la quieran dar. La última tiene relación con aquel dicho malicioso de que justicia es lo que en sala de cinco quieren tres, pero esto ahora no vamos a discutirlo. La primera condición, el tener la razón, debía ser obvia, pero también habría algo que hablar sobre el caso, aunque tampoco lo haremos.

Nos queda el segundo punto: saberla pedir. Y es que al ejercitar una acción, que tenga fuerza y base en el aspecto material, es muy importante también contemplar su faceta formal, eligiendo el procedimiento adecuado que conduzca a conseguir el fin propuesto. No hay más que ver que algunos defectos procesales pueden originar inadmisiones y fallos adversos, sin entrar siquiera en el fondo.

Por otro lado, las leyes procesales son áridas, múltiples y no demasiado claras. En la Licenciatura, el Procesal era una de las asignaturas más temidas y oscuras... junto con la semidesconocida Ley Hipotecaria. Y ya en el ejercicio de la profesión, el Procesal otra vez se torna en valladar difícilmente salvable a la hora de iniciar un pleito o de responder a una demanda. Si a esto se añade que los textos de las centenarias Leyes de Enjuiciamiento y la Orgánica del Poder Judicial han sido sustituidos recientemente y «adornados» con otras regulaciones orgánicas o procesales, se comprende la enorme dificultad global del tema.

Por ello este libro práctico y actualizado resulta un respiro valioso

para ayuda de los profesionales y hay que agradecerlo a este Abogado en ejercicio que acomete y culmina con éxito esta tarea tan difícil que el propio autor califica de imprudencia casi temeraria. Efectivamente, tal como nos dice él mismo, de un lado comporta vencer muy serios obstáculos para condensar y poner al día el cúmulo de enrevesadas normas procesales que en la actualidad nos anegan, algunas de cuño foráneo, como las de la Comunidad Económica Europea, y que han irrumpido en desconcertante tropel; de otra parte, se corre el riesgo de ver cómo rápidamente se esclerotizan algunas de las arterias procesales por donde discurre el espíritu de tales normas.

Sin embargo, ya hemos dicho que sale muy airoso del trance y nos proporciona una auténtica «guía procesal» que, además de una total utilidad práctica, aporta trazos doctrinales y jurisprudenciales muy valiosos, completando el entramado de la normativa procesal actualmente aplicable. Y esto no sólo en las materias civil y mercantil dentro del clásico encuadre nacional, sino también en las nuevas facetas de las normativas autonómicas, constitucionales y de las Comunidades Europeas. O sea, que éramos pocos... y nos caen nuevas cataratas legislativas, con nuevos procedimientos, nuevos tribunales y hasta nuevas triquiñuelas procesales que usarán los avispados que no han de faltar.

Por eso bueno será conocer el paño a la hora de «pedir la razón», para prevenir dificultades y allanar el camino que nos lleve a obtener la justicia solicitada. Y este libro, lo repetimos, puede ayudar grandemente a facilitar el ejercicio de la abogacía no sólo a los estudiantes y a los abogados noveles, sino también a los maduros que han de enfrentarse con las novedades autonómicas, constitucionales o europeas antes apuntadas. A tal fin, el autor divide la obra en cuatro libros, como vamos a exponer.

LIBRO I.—*El ejercicio de la potestad jurisdiccional civil*

La potestad de juzgar se atribuye a los Tribunales de Justicia, los cuales, en el ejercicio de tal potestad conocerán, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, de todas las materias que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los Tratados internacionales en los que España sea parte. Después de esta entrada solemne y de presentación, el autor pasa a estudiar la nueva organización judicial española, considerando a continuación las extensas reglas que delimitan las competencias de esos Tribunales, sea por razón de la materia y cuantía, por la función y por el territorio, así como el fuero convencional dimanante de la sumisión expresa o tácita de las partes, con abundantes limitaciones en diversas leyes especiales que repasa, para acabar con las figuras del arbitraje de derecho y de equidad. Dentro de este libro I estudia los fueros y normas a seguir en los pleitos originados por las distintas acciones personales y reales y los múltiples juicios especiales, expresando en cada uno de ellos las reglas referentes a la demanda, requisitos legales, competencia, legitimación, postulación y procedimiento correspondiente. Bajo el título de «Competencia por conexión», incluye el estudio del litisconsorcio, voluntario o necesario, y la acumulación de autos, así como las tercerías y las cuestiones o conflictos de competencia.

LIBRO II.—*El ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucional*

Aquí se trata ampliamente de los procedimientos que pueden seguirse ante el Tribunal Constitucional, regulados en su Ley Orgánica, la cual desenvuelve lo dispuesto sobre el particular en la propia Constitución. Según estos cuerpos legales, el Tribunal Constitucional es competente para conocer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, los conflictos constitucionales de competencia y las impugnaciones previstas en el artículo 161, 2.º, de la Constitución, entre otros. El autor estudia detalladamente cada una de las actuaciones posibles, exponiendo antecedentes, conceptos, Derecho comparado, legalidad vigente y jurisprudencia. Se detiene de modo especial en el procedimiento a seguir en los recursos de amparo y en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Ley de 26 de diciembre de 1978, que son los más frecuentes y de singular importancia para la abogacía en la práctica.

LIBRO III.—*Tribunal de las Comunidades Autónomas y Estatutos*

Establecida por el artículo 152 de la Constitución la posibilidad de la creación de los llamados Tribunales Superiores de Justicia en cada Comunidad Autónoma, la Ley Orgánica del Poder Judicial señala en su artículo 72 que dichos Tribunales, cuando empiecen a funcionar por mor de la esperada Ley de Planta, extenderán su jurisdicción al correspondiente ámbito territorial y estarán integrados por Salas de lo Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y de lo Social. El autor recoge en cuanto a competencias lo que determina la Ley Orgánica y lo que se dice en los Estatutos de Autonomía de las respectivas regiones.

LIBRO IV.—*De la Comunidad Europea*

Con razón nos dice el autor que aunque la adaptación de nuestro Ordenamiento al de las Comunidades Europeas suscitará problemas de reajuste y aún de rechazo, es evidente que resulta necesario empezar a familiarizarse con este nuevo Derecho que, más o menos paulatinamente, habrá de adquirir plena vigencia entre nosotros. Por la novedad, el libro adquiere aquí un ámbito mucho más amplio que el puramente procesal y práctico, pues se empieza haciendo un estudio del Derecho comunitario, de sus órganos y de las libertades de circulación de personas, capitales y mercancías, de establecimiento y de prestación de servicios (en especial, la abogacía). Se contemplan las diversas fuentes del Derecho comunitario y los caracteres de éste. Entrando ya en la materia específicamente procesal, estudia el Convenio Europeo sobre competencia judicial hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, para pasar después a detallar la composición, naturaleza, poderes y procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, más conocido por Tribunal de Luxemburgo, así como los procedimientos especiales y recursos que pueden interponerse ante dicho Tribunal. Con un estudio sobre las posibilidades y efectos de la recepción del Derecho comunitario en España, donde se relacionan las disposiciones legales ya adaptadas, acaba

esta interesante materia, toda ella con la importancia práctica que no es preciso ponderar.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, A.: *El proceso formativo del Derecho comunitario derivado*. Editorial Tecnos, Madrid, 1988, 220 págs.

Mi relación personal con el autor quizá me impida ser objetivo al enjuiciar este libro. Antonio Pau fue alumno mío durante la preparación de sus oposiciones (y a pesar de ello aprobó, lo que tiene su mérito), luego compañero, y hoy en día maestro y superior jerárquico, y sobre todo amigo desde nuestros ya lejanos tiempos del Colegio Alemán, aun siendo él bastante más joven que yo. Es, además, el «responsable directo» de mis aficiones por el Derecho comunitario, y de mis frecuentes viajes a Bruselas. No obstante el gran prestigio de que goza, a pesar de sus pocos años, hace que mis opiniones no puedan ser tachadas de subjetivas o influenciadas por la amistad.

Creo que nadie mejor que Antonio Pau para abordar este tema. A su extraordinaria formación jurídica añade su gran experiencia en esta materia, sus continuos viajes a las instituciones comunitarias, y su perfecto conocimiento de varios idiomas (alemán, inglés, francés, italiano, etc...), lo que resulta de gran importancia al abordar el estudio del Derecho comunitario, no sólo para poder conocer la doctrina extranjera, sino también para un adecuado conocimiento de los documentos originales, cuya traducción al castellano es con frecuencia muy defectuosa.

Aborda este libro un tema de gran actualidad, desconocido para una gran parte de los juristas españoles. Reviste además enorme importancia, pues no debe olvidarse que estamos en presencia de normas (Derecho comunitario derivado) de directa aplicación en España, incluso sin publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, por lo que resulta decisivo el conocimiento de su proceso de elaboración, ya que sólo así puede llegarse a un profundo conocimiento de la norma.

Además el proceso formativo de este Derecho se aparta totalmente de cualquier otro, tanto en lo relativo al *iter* que sigue la norma hasta su aplicación práctica, como en lo que atañe a los órganos intervinientes.

Se divide la obra en dos partes, la primera dedicada propiamente a lo que es el proceso formativo del Derecho comunitario derivado y la segunda a otros procesos normativos. Veámoslo:

Primera parte.—Constituye sin duda la esencia del libro que comento. Distingue claramente la *fase de preparación de las normas* y la *fase de aprobación*. En la primera se aborda con gran detalle la facultad de propuesta de la Comisión, tan esencial que su falta puede provocar la anulación de la norma, si bien la misma está modalizada por el principio de atribución específica de competencia.

Dentro de los orígenes de las propuestas se estudia la enorme importancia que tienen los grupos de interés, perfectamente identificados, lo que no deja de sorprender al lego en este tema.

Una vez elaborada la propuesta (a través de las diferentes fases de documentación, consulta y decisión), se procede a las consultas a los

diversos Comités, cuyos dictámenes no son vinculantes, lo que les quita eficacia.

Finalmente estudia el autor aquellos supuestos taxativos en los que la Comisión tiene no sólo la facultad de propuesta, sino también de aprobación.

La fase de aprobación es sin duda la parte esencial del proceso de elaboración, y a ella se dedica gran parte de la obra que comento. Reviste una gran complejidad técnica. Soy testigo de cómo en reuniones de expertos gubernamentales en el seno del Consejo de la CEE surgen con frecuencia dudas sobre aspectos formales de la elaboración de normas. Se estudian a lo largo de estas páginas la transmisión de la propuesta al Consejo, el largo camino de su revisión técnica a través de diversos comités, grupos y subgrupos de trabajo, la aprobación o rechazo de la propuesta (con o sin modificaciones) por parte del Consejo, con una detallada explicación de los sistemas de votación, no siempre fáciles de comprender, las consultas al Parlamento (carente de poder legislativo, como es conocido, y cuyos dictámenes no son vinculantes) y al Comité Económico y Social y la participación de los Estados miembros en este proceso, con una alusión al peculiar sistema autonómico español. Finalmente aborda el autor la publicación, notificación y entrada en vigor de las normas, con el problema de la publicación interna del Derecho derivado, y su recepción a los Ordenamientos de cada país.

Segunda parte.—Más breve que la primera, aborda el estudio de otros procesos normativos, estudiando sucesivamente el proceso formativo: 1) de las normas de ejecución o desarrollo (aunque estas normas es dudoso que puedan incluirse en el Derecho comunitario derivado: Simplemente resaltar cómo la facultad de desarrollo está atribuida a la Comisión); 2) de los actos normativos y los actos no obligatorios (decisiones, recomendaciones y dictámenes); 3) del Derecho primario (donde alcanza quizá su máxima expresión el difícil equilibrio de poderes que trata de mantener el sistema jurídico comunitario); 4) de los acuerdos internacionales (con su distinción entre los acuerdos previstos por los Tratados y los no previstos, siendo a su vez los primeros acuerdos comerciales, de asociación (cuya distinción es difícil) y de vinculación con organizaciones internacionales). Aborda el autor, finalmente, el estudio del proceso formativo del Derecho derivado en el Proyecto de Tratado de Unión Europea.

El libro se inicia con un prólogo del Catedrático Garrido Falla y una breve nota preliminar del propio autor, en la que expresamente hace profesión de fe europeísta, a la que me adhiero plenamente.

Estamos en presencia de una obra de lectura imprescindible para todo aquel que desee comprender el complejo proceso formativo de las normas que integran el Derecho comunitario derivado. Recomendando su estudio no sólo a aquellos que se inicien en el conocimiento del Derecho comunitario en general, sino también para aquellos que ya hayan profundizado en el mismo, pues sin duda comprenderán mecanismos de formación de normas antes desconocidos.

MANUEL CASERO MEJÍAS

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1988. Un tomo de 924 págs.

El ejercicio de la profesión de Registrador de la Propiedad es bastante más difícil de lo que externamente pueda parecer. La función de calificar está muy lejos de ser automática; si lo fuera, bastaría un ordenador para llevarla a cabo. Por el contrario, requiere unos conocimientos, un tacto, una profesionalidad en suma, que implican toda una preparación y un no menor cuidado para que sólo alcancen a gozar de la apetecida protección registral los derechos idóneos y no se «cuelen» en los asientos situaciones poco o nada jurídicas. Hay que saber el suficiente Derecho en sus distintas ramas, para después pasar por el ariel del Derecho Hipotecario, todo ello como requisito imprescindible para poder calificar debidamente los actos que pretenden la seguridad de la inscripción.

Los Registradores no son autómatas, sino profesionales jurídicos en toda la extensión de la palabra, cuyo prestigio ni siquiera es preciso ponderar, porque está generalmente reconocido. En su callada labor de cada día, en los más diversos Registros de España, cumplen su misión fielmente y con presteza, proporcionando al tráfico inmobiliario y mercantil la seguridad y la agilidad imprescindibles para nuestra época. Todos ellos, que inicialmente hubieron de superar la dura oposición de ingreso, manifiestan su talla de buenos juristas, llevando correctamente su Registro, que ya es bastante. Pero, entre ellos, hay otros que además exteriorizan esa especial preparación publicando libros y trabajos diversos que demuestran la valía de sus autores y manifiestan el ambiente doctrinal y de trabajo que es normal en la profesión.

Uno de estos profesionales prestigiosos y trabajadores es el autor de este libro que presentamos, José Manuel García García, que ingresó con el número 1 de la promoción de 1968, demostrando pronto con obras lo merecido de ese puesto, producto de una calidad y formación extraordinarias. Las páginas de las Revistas jurídicas en general y de las publicaciones peculiares del Colegio de Registradores están llenas de sus trabajos; hace poco más de un año ha publicado el Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil que es una ordenación perfecta de toda esta normativa de utilización constante. José Manuel es siempre el compañero al que pueden acudir los demás que tengan alguna duda, en la certeza de obtener aclaraciones decisivas. Además, tenemos que destacar la sencillez con que actúa, sin dar a lo que hace la importancia que realmente tiene. Como dice de él otro compañero, el Registrador de Madrid Torres Bollaín, José Manuel incluso prescinde de toda «pedantería civilística» que a veces podría ser necesaria y escribe siempre en tonos comprensibles y con un lenguaje absolutamente claro.

Pero como no queremos seguir hiriendo la modestia natural del autor, vamos con el libro. El Derecho Hipotecario es difícil, árido y está en las alturas, es doctrinario y abstruso. Cosas así se oyen y leen a diario, pero son verdades a medias; carece de base la afirmación de que el Derecho Hipotecario está lejos de la realidad, que no es aplicable al caso palpitante, a la vida jurídica de cada día. Siete ejemplos, entre los siete mil o más posibles, extraídos de la realidad, sirven el autor, en el comienzo de su libro, para demostrar que el Derecho Hipotecario surge para resolver problemas de la vida jurídica real y no para ocuparse de meras

apariencias conceptuales o formales. Al comprar un piso hay que averiguar si el trasmitente es el verdadero dueño y puede venderlo, saber si tiene hipotecas o cargas que después nos gravan y protegerse de una tentación de doble venta; cuando la finca es nuestra, supone una base crediticia con la garantía hipotecaria, es a la vez base económica para asegurar créditos mediante las anotaciones de embargo; y en los aspectos sociales del agrarismo o el urbanismo, el Registro nos ayuda de modo insuperable, por ejemplo, en la concentración parcelaria o en la determinación de los volúmenes de edificación. Así de sencillamente, José Manuel García nos demuestra que el Derecho Hipotecario, aunque sea un tanto difícil, conceptual y formal, es también práctico y previene o soluciona problemas muy concretos tanto al jurista práctico como al españolito corriente y moliente.

Con estos ejemplos empieza el capítulo I, dedicado a la Publicidad registral y el Registro de la Propiedad en general. El autor define al Derecho Hipotecario como el conjunto de normas y principios que tratan de la publicidad de situaciones jurídicas de trascendencia real a través del Registro de la Propiedad, examina la publicidad registral y pasa a contemplar el Registro en sus tres conocidas acepciones de oficina, conjunto de libros e institución jurídica, analizando estas ideas y aportando un cúmulo de datos y citas doctrinales, legales y jurisprudenciales que ya serán la tónica general a lo largo de todo el libro. Supone un estudio completo de los aspectos de información y creación jurídica del Registro, así como de su función colaboradora y de su faceta social acorde con las corrientes modernas.

En el capítulo II aborda el concepto y los caracteres del Derecho Hipotecario y de la sistemática para su estudio. Para José Manuel García, el Derecho Hipotecario está compuesto por una pluralidad de normas que en esencia son de Derecho civil, aunque comprende también normas relacionadas con otras partes del Derecho. Es conocida la discusión sobre la naturaleza del Derecho Hipotecario y su posible autonomía; opiniones para todos los gustos se han emitido, pero el autor se inclina por la tesis de que en definitiva se trata de la aplicación al Registro de normas fundamentalmente civiles, aunque no falten de otras ramas.

Las relaciones del Derecho Hipotecario con otras disciplinas jurídicas ocupan el capítulo III y partiendo de la idea expresada de que su base radica en el Derecho civil, conjuga las normas hipotecarias con las procesales, administrativas, urbanísticas, agrarias, mercantiles, notariales, fiscales, laborales, penales, canónicas e internacionales, para terminar con las novísimas cuestiones que producirá la informática con su entrada en el campo del Derecho Hipotecario, todo ello con una exposición exhaustiva de las cuestiones que surgen al paso.

Los antecedentes históricos de la publicidad registral se estudian, los generales en el capítulo IV, los de la legislación hipotecaria española en el capítulo V la Ley Hipotecaria de 1861 en el VI, las Leyes de 1869, 1909 y las reformas de 1944-46 en los capítulos VII al IX; al Reglamento Hipotecario de 1947 y todas sus reformas posteriores hasta la de 30 de diciembre de 1987, se dedica el capítulo X, todos ellos con gran amplitud y lujo de textos históricos.

El problema de la relación entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria es abordado por el autor en el capítulo XI, recogiendo las discusiones

doctrinales sobre la prelación de fuentes aplicables en esta materia cuando se cruzan sus disposiciones respectivas. Analiza las opiniones de La Rica, Núñez Lagos y Lacruz Berdejo, inclinándose por la tesis del respeto mutuo y recíproco entre el Código y la Ley Hipotecaria, aunque no deja de reconocer que existen algunos aspectos concretos en que no hay paridad absoluta de regulación, tales como la inscripción constitutiva de la hipoteca, las relaciones entre tradición e inscripción, la configuración del tercero hipotecario, las fechas de cómputo para ejercitar retractos legales, las prelacións en las anotaciones de embargo y la prescripción.

En los capítulos XII al XV se estudian con mucha amplitud numerosos sistemas registrales del Derecho comparado. Tomen nota: Francia, con su especialidad en Alsacia-Lorena, Portugal, Italia, Bélgica, Alemania, Suiza, Austria, Rusia y países del Este, Australia, Inglaterra, Estados Unidos de América, Argentina, Brasil, Venezuela, México y Puerto Rico. En todos ellos nos expone sus ideas generales, caracteres, principios básicos ordenadores, efectividad y organización en un variado abanico de opciones y sistemas, mostrados además con una actualización total. También en relación con la materia de sistemas comparados, se recogen en el capítulo XVI los siete Congresos Internacionales de Derecho Registral que se han celebrado hasta ahora, con sus declaraciones, ponencias, comunicaciones y trabajos. Todo ello dentro del ámbito del Centro Internacional de Derecho Registral, el conocido CINDER, en el que tanta prevalencia tiene España, ya que este Organismo tiene su actual sede en Madrid y es un Registrador español su Secretario General. Estos Congresos tiene gran importancia, pues nacieron como un medio para conseguir cierta universalización de principios hipotecarios comunes en los distintos países y para intentar la aproximación de las técnicas de cada legislación; tienen también finalidades de estudio de figuras e instituciones concretas de difícil configuración o de importancia especial, llegando a consideraciones generales de interés.

Con el capítulo XVII el libro entra en lo que siempre se ha considerado la materia núcleo de nuestra rama, en los «principios hipotecarios». José Manuel García los define como las notas, caracteres o rasgos básicos que tiene o debe tener un determinado sistema registral. A seguido, hace una clasificación entre los que se refieren a los efectos de la inscripción y aquellos que miran a los requisitos de tal inscripción, enumerándolos y señalando sus caracteres básicos. Al principio del capítulo el autor hace referencia a la polémica, que califica de bizantina, sobre si es adecuado o no hablar de «principios»; al final se refiere a los tópicos antihipotecarios que algunos han difundido. Nos parece sensata y centrada la postura de José Manuel García; para todos los que hemos quemado horas y horas de nuestra juventud estudiando los principios, esta palabra tiene casi el aroma y las reminiscencias del primer amor. No es cursilería, es afecto; por favor, que no nos discutan la realidad de unos principios hipotecarios en los que nos hemos formado y con los cuales trabajamos a diario.

Abre la marcha el principio de inscripción, al que el autor dedica gran amplitud, ocupando los capítulos XVIII al XX. Para José Manuel García es el que determina el valor de la inscripción respecto a la constitución, transmisión, modificación o extinción del derecho real inmobiliario en su vida normal y prescindiendo de sus patologías. Estudia los

distintos sistemas registrales, según concedan a la inscripción valor declarativo o constitutivo, contemplando los varios casos de ésta en el sistema español, para seguir con la tesis de los que consideran a la inscripción como conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva respecto a terceros. Hace un estudio completísimo del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, interpretándolo en relación con esta concepción conformadora del derecho real, tanto en su aspecto material como procesal. Y acaba la materia con la cuestión tan debatida de las relaciones entre inscripción y tradición, de gran relevancia no sólo teórica, sino práctica en cuanto que nuestro sistema adquisitivo exige no sólo el título o contrato, sino también el modo o tradición.

La pregunta de si la inscripción sustituye a la tradición ha sido contestada de diversos modos por Roca Sastre, Sanz, Hermida, La Rica, Lacruz y Albaladejo y últimamente por Giménez Roig. El autor, por su parte, analiza en su libro todas estas teorías y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de tradición instrumental y mantiene la posición de que tal tradición instrumental no puede quedar desvirtuada más que por las declaraciones que resulten de la propia escritura, por lo que la tradición es elemento constitutivo de la adquisición dominical, junto al título; la inscripción configura o conforme el derecho ya nacido, dándole eficacia *erga omnes*.

El principio de legitimación registral ocupa desde el capítulo XXI al XXV, final de este primer tomo. Siguiendo a la generalidad de la doctrina José Manuel García define la legitimación registral o de presunción de exactitud como aquel principio en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces y como consecuencia de ello, al titular registral se le considera legitimado para actuar como tal titular en el tráfico y en el proceso, en la forma determinada por el propio asiento. Su fundamento, nos dice el autor, radica en la necesidad de protección jurídica de la apariencia, en el principio de seguridad jurídica, basado en la legalidad de los actos que acceden al Registro, lo que hace presumir que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular.

Son caracteres de esta presunción de exactitud: ser *iuris tantum*, comprender la integridad del derecho y hacer equivalente la posesión del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a la del artículo 448 del Código Civil. La presunción de exactitud se extiende a todos los efectos legales, positivos y negativos, a cualquier titular registral, a la existencia y ejercicio del derecho en toda su amplitud y a todo tipo de asientos; en cuanto a los datos físicos y descriptivos de la finca, ni la doctrina ni las disposiciones legales o reglamentarias, ni la jurisprudencia son unánimes y por ello el autor recoge toda la gama de resoluciones sobre el particular.

Como consecuencias sustantivas de la legitimación registral, José Manuel García estudia la facultad de disponer que la Ley concede al titular y la presunción posesoria, objeto ésta de diversas interpretaciones, las cuales son parcialmente válidas y pueden concretarse en la síntesis del autor, para el cual al titular registral se le presume poseedor civil, pero no hay inconveniente también en establecer una posesión natural, aunque ésta puede ser desvirtuada. Otra consecuencia de este principio de legitimación registral es que el titular ha de ser tenido como tal en el ámbito extrajudicial, mientras no se demuestre judicialmente lo contra-

rio. Así opina el autor recalcando que estas consecuencias operan precisamente en virtud de la inscripción y no por la escritura pública solamente, pues ésta se mueve en otro ámbito diferente de esta publicidad.

Las consecuencias procesales del principio de legitimación registral las sistematiza José Manuel García en las tres posibles situaciones del titular: Como demandante, como demandado y como tercero, desarrollando los cinco apartados del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que abarcan todas estas posibilidades. Ilumina las teorías con varias significativas sentencias del Tribunal Supremo, que son analizadas concienzudamente a lo largo de dos extensísimos capítulos, densos de ciencia hipotecaria, para acabar con el estudio completo del proceso especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria al que dedica capítulo aparte.

Este proceso del artículo 41, introducido por la reforma de 1944-46, es una de las consecuencias más importantes de la legitimación registral y concede al titular la posibilidad de ejercitar sus derechos inscritos por vía de este procedimiento especial, sumario y provocatorio. Se ha discutido si es de ejecución, cognición, sumario ejecutivo o mixto, siendo esta última la opinión del autor que lo considera un proceso a dos vertientes, pues tiene un aspecto de ejecución y otro de cognición, derivados de las presunciones de exactitud del asiento y de posesión. Examina las diferentes fases procesales del artículo 41 desde la demanda hasta la posible contradicción y sus limitadas causas, analizadas pormenorizadamente, hasta llegar a la sentencia y recursos.

Hasta aquí llega el libro y aquí acaba nuestro intento de sacar adelante una síntesis, que consideramos bastante fallida e incompleta. Soy incapaz de resumir 924 páginas pletóricas de buena ciencia, opiniones valiosísimas y un verdadero aluvión de citas, datos y sentencias.

La obra, amigo José Manuel, es perfecta. Merece un rotundo «diez» y un aplauso unánime y cerrado. Este es solo el primer tomo y aún queda bastante materia por exponer para que llegue a ser el «cuento acabado» que sus hijos desean, según nos dice el autor en la expresiva dedicatoria. Enhorabuena a José Manuel por lo que ya lleva dicho y expresarle el deseo de ver pronto el tomo venidero, en la certeza de que alcanzará parejos niveles. Con obras así se consolida y aumenta el prestigio del autor y, de paso, el del cuerpo profesional al que honrosamente pertenece.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 522 (Marzo 1988)

- Aspectos parciales de la licencia de uso de tecnología protegida mediante secreto —«Know how»—*, por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 837.
- El artículo 24 de la Constitución Española y el proceso contencioso-administrativo*, por OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, pág. 853.
- El descubierto en cuenta corriente y su relación con los contratos de crédito: problemática*, por VICENTE BALLESTA BERNAL, pág. 867.
- Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico jurídico*, por EMILIO ATTARD, pág. 879.
- Algunas luces sobre los derechos humanos*, por SIR JAMES FAWCETT, página 1077.

Número 523 (Abril 1988)

- Los jueces ante la crisis de la justicia*, por ABDÓN DÍAZ SUÁREZ, pág. 1669.
- Abogacía y deontología de la indefensión*, por PABLO M. CASADO COCA, página 1679.
- Comentarios a la Orden ministerial de 16 de marzo de 1987, relativa a la responsabilidad civil derivada del uso de vehículos de motor*, por LUIS MARÍA DOMÍNGUEZ RODRIGO y JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, página 1729.
- Constitución Española y objeción de conciencia*, por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 1751.
- Constitucionalismo español, 1808-1978 Ensayo histórico-jurídico*, por EMILIO ATTARD, pág. 1775.
- Principio de legalidad y tipicidad en las sanciones administrativas*, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 1791.
- El Acta de Adhesión de España a la Comunidad Europea: una etapa transitoria para los trabajadores por cuenta ajena*, por MERCEDES MOYA ESCUDERO, pág. 1931.
- Las Comunidades Europeas y la seguridad e higiene en el trabajo*, por JORDI CONDE I CASTEJÓN, pág. 1957.
- El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por SILVIA BARONA VILAR, pág. 1969.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Abril 1988)

La Junta general de accionistas convocada judicialmente, por JUAN CARLOS RIERA BLANCO, págs. 315 a 346.

Cesión de remate, por ELADIO BALLESTER GINER, págs. 347 a 352.

(Mayo 1988)

La responsabilidad de los legatarios de toda la herencia, por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, págs. 427 a 465.

Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en Argentina, por LUIS MOISSET DE ESPANES, págs. 466 a 473.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Número 2 (Marzo-Abril 1988)

El porqué del estudio de la Historia del Derecho y su utilidad, por ALFONSO GARCÍA GALLO, pág. 25.

Introducción a la arqueología jurídica, por ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE y RAQUEL LÓPEZ MELERO, pág. 29.

En el centenario: Ferrán Valls i Taberner, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, página 37.

Sobre la obra —Arbiter— del Profesor Paolo Martino, por ANTONIO FERNÁNDEZ DE LUJÁN, pág. 45.

Las instituciones de Derecho privado de las sociedades antiguas griega y romana, por GUILLERMO DÍAZ PINTOS, pág. 49.

Breve antología sobre Historia del Derecho español, por J. M. M. V., página 59.

Número 3 (Mayo-Junio 1988)

La vigencia del Derecho romano, por LUIS FERNÁNDEZ-BRAVO AVILA, pág. 9.
418 palabras que cambiaron el mundo, por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, página 13.

La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal, por el profesor Doctor HANS J. SCHNEIDER, pág. 17.

La sociedad de responsabilidad limitada. Presente y futuro, por VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA, pág. 33.

En defensa del título ejecutivo, en defensa del Derecho, por ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, pág. 43.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Número 136 (Abril-Junio 1987)

(III Jornada Notarial Iberoamericana. Palma de Mallorca, 1987. Tema III):
Cuestiones de técnica notarial en materia de actas.

Ponencia de España, por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 13.

Ponencia de la República Argentina, por NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO, MARCELO N. FALPO, OSCAR E. SARUBO y MARCELA H. TRANCHINI DE DI MARCO, página 283.

Ponencia de la República Argentina, por IRMA PIANO DE ALONSO, LUBA GUILLER y ESTELA L. ANTONUCCI, pág. 317.

Ponencia de la República Argentina, por SUSANA M. BONNANO y AGUEDA L. CRESPO, pág. 331.

Ponencia de la República Argentina, por IRENE RICALDE, pág. 353.

Ponencia de España, por AURELIO DÍEZ GÓMEZ, pág. 359.

Ponencia de Guatemala, por ROBERTO MUÑOZ NERY, pág. 397.

Ponencia de México, por BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, página 417.

Ponencia de Uruguay, por JULIA SIRI GARCÍA DE ALONSO, pág. 443.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL
Y AUTONOMICA

Números 235-236 (Julio-Diciembre 1987)

Reglas comunes a las entidades locales, por FRANCISCO SOSA WAGNER, página 449.*Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 467.*Las fuentes del Derecho local. Problemas generales. Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas*, por LUIS MORELL OCAÑA, pág. 489.*La distribución de competencias en la protección del medio ambiente. Referencia especial a las actividades mineras*, por TOMÁS QUINTANA LÓPEZ, pág. 533.*Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las Leyes básicas*, por MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ, pág. 573.*Las sociedades privadas de los Entes locales*, por FRANCISCO LLISSET BORRELL, pág. 619.*Sobre las —Leyes de Desarrollo Básico del Estatuto de Autonomía— de Cataluña y Galicia como —Leyes Orgánicas Autonómicas—*, por CARLOS SÁNCHEZ-RUNDE SÁNCHEZ, pág. 631.*Las relaciones interadministrativas en la Ley reguladora de bases de Régimen local*, por ARTURO FONTANA PUIG, pág. 651.*Los recursos administrativos y la reclamación previa a la vía judicial en la Ley reguladora de bases de Régimen local*, por CARLOS NAVARRO DEL CACHO, pág. 675.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 107 (Marzo-Abril 1988)

- La revisión de los valores catastrales de urbana en el municipio de Madrid*, por SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, pág. 13.
- Instrumentos organizativos y patrimoniales de la gestión pública urbanística: Las sociedades anónimas de gestión urbanística y los patrimonios públicos del suelo*, por JUAN PABLO MARTÍN DE CASTRO, pág. 29.
- Límites contenidos en el artículo 149, 1, de la Constitución Española a las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo*, por IGNACIO PEMÁN GAVÍN, pág. 63.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 2 de 1988

- Principio de igualdad y discriminaciones por razón de sexo*, por ENCARNA ROCA TRIÁS, pág. 297.
- Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa*, por JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ, pág. 321.
- Hipótesis en torno a causas y efectos de la descriminalización de imprudencias varias*, por PONS FELIÚ I LLANSA, pág. 345.
- Algunas consideraciones sobre la dotación fundacional*, por MONTSERRAT CABALLOL, pág. 393.
- La protección judicial y extrajudicial de los derechos de autor*, por FRANCESC DE P. JUFRESA y CRISTÓBAL MARTELL, pág. 409.
- Reformas recientes del Derecho de sucesiones en Cataluña*, por MERCE CORRETTJA I TORRENS, pág. 429.
- La comarca en las Leyes de organización territorial de Cataluña*, por ROMA MIRÓ I MIRÓ, pág. 445.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 4 (Julio-Diciembre 1987)

- Hacia la edición crítica del Fuero de Tudela*, por ANGEL J. MARTÍN DUQUE, página 13.
- Transcripción con arreglo al Ms. 11-1-6,406 de la Academia de la Historia de Madrid*, por EL CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS, pág. 21.
- Índice analítico del Fuero de Tudela*, por ANGEL J. MARTÍN DUQUE, pág. 77.
- Navarra en la Constitución de la I República Española*, por JAIME IGNACIO DEL BURGO TAJADURA, pág. 89.
- El mandato de crédito (a propósito de la Ley 526 de la Compilación de Navarra)*, por ENRIQUE RUBIO TORRANO, pág. 101.
- Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, por JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE, pág. 117.
- Asunción en la práctica de competencias legislativas por las Asambleas Autonómicas*, por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 143.

Algunos aspectos de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre legislación civil para la protección del consumidor, por MARÍA ANGELES PARRA LUCÁN, pág. 149.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Número 8 (Abril-Junio 1988)

La legislación española sobre contratación de productos agrarios como medio de regulación de mercado, por LUIS AMAT ESCANDELL, pág. 7.

El problema del medio ambiente en el marco del Derecho agrario español, por JUAN MARTÍNEZ DE MARIGORTA ANDREU, pág. 19.

El sector hortícola ante la nueva encrucijada: referencia al caso castellano-leonés, por JULIÁN BRIZ ESCRIBANO e ISABEL DE FELIPE, pág. 31.

Las Sociedades Agrarias de Transformación en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, pág. 39.

El precario en relación con la propiedad y la explotación agrarias, por EMILIO PLANCHUELO ARIAS, pág. 54.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (Enero-Junio 1988)

L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (du 1.^{er} janvier au 31 décembre 1985), por MALCOLM EVANS, pág. 2.

L'unification du droit dans le cadre d'Unidroit (1926-1986), por RICCARDO MONACO, pág. 46.

Les moyens dont dispose l'acheteur en cas de contravention au contrat par le vendeur (autre que le défaut de conformité) dans la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, por MARÍA ANGELA BENTO SOARES y RUI MANUEL MOURA RAMOS, página 67.

Note introductive à la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, por MICHEL PELICHET, pág. 90.

Projet d'articles d'une Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure, pág. 102.

Rapport explicatif sur le projet d'articles d'une Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure, por MALCOLM EVANS, pág. 196.

Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires, pág. 362.

Convention sur la loi applicable aux contrast de vente internationale de marchandises, pág. 406.

Directive du Conseil des Communautés européennes relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, pág. 430.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DE URUGUAY
Números 7 a 12 (Julio-Diciembre 1986)

- De los albaceas en el Derecho uruguayo*, por SAÚL D. CESTAU, pág. 7.
El bien de familia, por DINORAM BASSIGNANA COUTO, pág. 64.
América Latina y las nuevas bases jurídicas para el trato de la deuda externa, por LINCOLN J. BIZZOZERO, pág. 85.
Disolución, liquidación y partición de las sociedades comerciales, por GUILLERMO SERVÁN BAUZÓN, pág. 93.
La autonomía del Derecho cooperativo, por SUSANA CAMBIASSO, pág. 130.

NOTICIAS CEE

Número 39 (Abril 1988)

- Algunas consideraciones sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por JEAN VICTOR LOUIS, pág. 11.
Legitimación activa del Parlamento Europeo en un recurso de anulación, por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 21.
La Sexta Directiva Comunitaria sobre Ayudas a la construcción naval. Un examen crítico, por JESÚS CASAS ROBLA, pág. 29.
Aproximación al régimen comunitario sobre el otorgamiento de ayudas estatales, por ISAAC MERINO JARA, pág. 43.
Visión española de la adaptación del Monopolio de Petróleos, por LUIS PASTOR RIDRUEJO, pág. 49.
Establecimientos de crédito. Adaptación del ordenamiento jurídico español al Derecho de la Comunidad Económica Europea, por ASCENSIÓN FORNIES BAIGORRI, pág. 55.
La noción de —empleos en la Administración Pública— como excepción a la libre circulación de trabajadores, por RICARDO HUESCA BOADILLA, página 67.
Las ayudas al sector pesquero ante el Derecho de la competencia, por JACINTO INSUNZA DAHLANDER, pág. 75.
Efectos de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea: los convenios bilaterales y multilaterales de pesca, por JOSÉ LUIS MESEGUER, pág. 85.
Política ambiental de la CEE en el año 1987, por FERNANDO FUENTES BODELÓN, pág. 99.

Número 40 (Mayo 1988)

- La protección territorial en un acuerdo sobre comunicación de 'Know-how'*, por JOSÉ MASSAGUER FUENTES, pág. 11.
El Derecho Comunitario Europeo y el Registro de la Propiedad, por JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, pág. 19.
Formación, ejecución y desarrollo del Derecho derivado de las Comunidades Europeas en el Estado de las Autonomías, por BENIGNO PENDAS GARCÍA, pág. 25.

- Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho comunitario*, por PIERRE PESCATORE, pág. 39.
- Compatibilidad de los sistemas jurisdiccionales comunitario y español*, por SILVIA BARONA VILAR, pág. 57.
- La defensa del Estado ante la Jurisdicción comunitaria*, por PIER GIORGIO FERRI, pág. 63.
- Propuesta de Directiva sobre franquicias fiscales*, por JOAQUÍN DE LA LLAVE DE LARA, pág. 71.
- Propuesta de Directiva por la que se completa el sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido*, por JOAQUÍN DEL POZO LÓPEZ, pág. 75.
- La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la Legislación española*, por JESÚS CRUZ VILLALÓN, pág. 87.
- La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. (Comentarios a la Directiva del Consejo 80/987 CEE, de 20 de octubre)*, por JESÚS M. GALIANA MORENO, pág. 105.
- En torno a la propuesta de Directiva sobre operaciones de iniciados*, por ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA y JUAN SÁNCHEZ GUILARTE, pág. 113.

Número 41 (Junio 1988)

- El Consejo Europeo y la Política Agrícola Común*, por CARMEN HIERRO SOSTRES, pág. 11.
- La política de precios y subvenciones en la agricultura europea*, por JAIME LAMO DE ESPINOSA, pág. 17.
- Los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros como fuente del Derecho comunitario*, por COLETTE MEGRET, página 27.
- La aplicación en España del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y los criterios de competencia judicial internacional en materia civil*, por DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, pág. 37.
- Cuentas anuales y cuentas consolidadas de los Bancos y de otras entidades financieras en el Derecho comunitario*, por CARLOS CUBILLO, página 45.
- La Directiva sobre coaseguro. Aplicación en España*, por LUIS LATORRE LLORENS, pág. 55.
- Recomendación de la Comisión de la CEE sobre sistemas de garantía de depósitos bancarios*, por JOSÉ MARÍA MARTÍN OVIEDO, pág. 61.
- El monopolio francés de la potasa. Problemas suscitados en torno a su adaptación como consecuencia de la adhesión de España y Portugal a la CEE*, por JOSÉ FRANCISCO MATEU ISTURIZ, pág. 67.
- La adaptación de los monopolios comerciales franceses de abonos potásicos, fósforos y tabacos manufacturados tras la adhesión a la CEE de España y Portugal*, por PABLO G. MEXÍA, pág. 73.
- Seminario sobre aproximación en la Comunidad Europea de las normas y las políticas de la competencia*, por JOAQUÍN MARTÍN CANIVEL, pág. 85.
- Los problemas fiscales que plantea el Libro Blanco. La supresión de las fronteras fiscales y la realización del mercado interior*, por PIERRE GUINEU, pág. 89.

La decimotercera Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre el IVA, por JOSÉ A. PUEYO MASÓ, pág. 99.

La defensa de las PYME mediante el Derecho Comunitario de la Competencia, por BRIGITTE CASTELL BORRAS, pág. 105.

Las empresas alternativas en el ámbito de la Comunidad Económica Europea, por SEBASTIÁN REYNA FERNÁNDEZ, pág. 115.

