

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXII ° Sept.-Octubre 1996 ° Núm. 636

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
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. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández.
D. José Luis Iglesias Prada.

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

I.S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs

ESTUDIOS

«Protección administrativa: el Registro de la Propiedad Intelectual», por PILAR RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS.	1733
«Incidencia en el régimen de la auditoría de cuentas de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada y de la reforma proyec- tada del Reglamento del Registro Mercantil», por MIGUEL ANGEL CUEVAS DE ALDASORO	1747
«Las bases dogmáticas de las garantías bancarias», por K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN	1799
«Los iberoamericanos en el Derecho español», por SALOMÉ ADROHER BIOSCA	1867
«El <i>Corpus Iuris Civilis</i> Historia y ediciones», por MANUEL MEDINA DE LEMUS	1905

DICTAMENES Y NOTAS

«Análisis y valoración del artículo 648.2.º del Código Civil frente al artículo 338 bis del Código Penal (actual artículo 195 del nuevo Código Penal)», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	1951
«Interpretación de un contrato desde el trópico», por EDUARDO VÁZ- QUEZ BOTE	1963
«Precedentes históricos de la publicidad registral: el Libro Registro de Censos de Ecija (Real Provisión de 8-VIII-1590)», por LUIS M.º CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA	2003

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2013
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2019
---	------

II. Resoluciones de la Dirección General, por FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA y JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	2023
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE y JOSÉ QUESADA SEGURA	2047
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2059

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«El deslinde de las costas», de SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	2069
«200 preguntas sobre los Mercados de Valores», de JOSÉ ENRIQUE CACHÓN BLANCO, por IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO	2072
«Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo», de ALVARO D'ORS, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	2074
«La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales», de ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, por ANTONIO JIMÉNEZ CLAR	2077
«El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo», de JOSÉ MANUEL SERRANO ALBERCA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	2081
«La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico» de MANUEL MEDINA DE LEMUS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2084

REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN. Comentarios de M.ª ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2087
--	------

ESTUDIOS

Protección administrativa: el Registro de la Propiedad Intelectual (*)

SUMARIO: INTRODUCCION.—ANTECEDENTES.—LEY 22/1987 —LA INSTITUCION REGISTRAL: 1. ¿QUÉ «NATURALEZA» TIENE ESTE REGISTRO? ¿ES UN REGISTRO JURÍDICO O ES SIMPLEMENTE ADMINISTRATIVO? 2. OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN. 3. PRINCIPIOS QUE LO RIGEN.—REGLAMENTOS ACTUALES DEL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.—A) ANALISIS DEL REAL DECRETO 1584/1991, DE 18 DE OCTUBRE: 1. ESTRUCTURA Y COMPETENCIAS. 2. OTROS PRINCIPIOS QUE INTERVIENEN EN LAS INSCRIPCIONES. 3. ¿QUIÉNES PUEDEN SOLICITAR INSCRIPCIONES? 4. SOLICITUDES DE INSCRIPCIÓN. 5. PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN. 6. ¿QUÉ DOCUMENTACIÓN HAY QUE PRESENTAR CON LAS SOLICITUDES DE INSCRIPCIÓN CON INDEPENDENCIA DE LA QUE IDENTIFICA LA OBRA CUYOS DERECHOS SE PRETENDEN INSCRIBIR? 7. QUÉ DATOS SON LOS QUE SE INSCRIBEN. 8. EN DÓNDE SE PRACTICAN LOS ASIENTOS. 9. PROBLEMÁTICA DE LAS ANOTACIONES.—B) BREVE ANALISIS DEL REAL DECRETO 733/1993, DE 14 DE MAYO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. ORGANIZACIÓN DEL NUEVO REGISTRO GENERAL. 3. REGISTRO TERRITORIAL COMPETENTE.

INTRODUCCION

El Libro III de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual titulado «De la protección de los derechos reconocidos en la Ley» dedica su título II al Registro de la Propiedad Intelectual.

Antes de hacer más comentarios al mismo, hay que aclarar que se trata de un mecanismo administrativo de tutela de los derechos de Propiedad Intelectual añadido a los instrumentos judiciales previstos en la Ley y cuyo núcleo de protección radica en el carácter público del mismo, así como en la presunción, salvo prueba en contrario, de que los derechos inscritos

(*) Ponencia comunicada en las Jornadas sobre el Derecho de Propiedad Intelectual de los Escritores, el 21-12-1995 en la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE).

existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en los asientos respectivos.

ANTECEDENTES

La Ley de 10 de junio de 1847 creó en el Ministerio de Fomento un registro que consistía en un «Libro talonario» donde por orden de fechas se anotaban las obras presentadas a tal efecto.

La centenaria Ley de 1879 dedicaba varios artículos al Registro, algunos —más bien la mayoría— destacaban que la inscripción era constitutiva, otros y muy especialmente José M.^a CHICO indicaban que dicha ley partía de una inscripción «estimulada» y reconociendo que la creación daba vida a la propiedad intelectual y que desde la misma existía dicho derecho, señalaba un plazo para que el autor pudiese inscribir su obra y si no lo hacía, la misma podía pasar provisionalmente al dominio público y si transcurrían diez años sin inscribirla, la obra pasaba definitivamente al dominio público.

LEY 22/1987

Retomando la actual Ley y sea cual sea la postura por la que se incline cada uno respecto al pasado, debe destacarse que el artículo 1 de la misma indica que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación; y que, a mayor abundamiento, en su propia exposición de motivos se indica que si bien el reconocimiento de los derechos de la propiedad intelectual no está sujeto a requisitos formales de ningún tipo, la ley faculta a los titulares de los mismos para que como medida especial de protección y salvaguarda proceda a su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual; ello nos lleva a hablar de un Registro meramente declarativo de derechos.

Los dos artículos de nuestra actual Ley que se refieren al Registro de la Propiedad Intelectual, el 129 y el 130, se vieron afectados por la reforma que se produce en el año 1992 (Ley 20/1992, de 7 de julio). El primero fue nuevamente redactado y el segundo sufrió la derogación de su numeral 5. Al respecto, quiero significar que en el borrador del nuevo texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que se encuentra pendiente de la emisión del dictamen del Consejo de Estado, no sufren variación alguna.

La modificación operada en el artículo 129, a consecuencia de la Ley 20/1992, supone pasar de un modelo registral centralizado a otro descentralizado, se mantiene el carácter de registro único pero permitiendo que las

Comunidades Autónomas con competencia en la materia de Propiedad Intelectual determinen la estructura y funcionamiento del Registro en sus respectivos territorios, los cuales no se limitarán a efectuar una mera toma de razón de las solicitudes de inscripción sino que asumirán su llevanza.

El artículo 130 se refiere básicamente al objeto de inscripción, a las actuaciones del Registrador, al valor del contenido registral y al carácter del mismo.

LA INSTITUCION REGISTRAL

1. ¿QUÉ «NATURALEZA» TIENE ESTE REGISTRO?
¿ES UN REGISTRO JURÍDICO O ES SIMPLEMENTE ADMINISTRATIVO?

Soy de la opinión que no se le puede negar cierta naturaleza jurídica, pues el artículo 130, ya mencionado, establece que el Registrador calificará las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a derechos inscribibles; y, por supuesto, que esa calificación abarca extremos que van desde la capacidad, representación, requisitos de forma y fondo de las solicitudes hasta la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos; lo que conlleva un cierto carácter jurídico.

2. OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN

Se inscriben derechos de Propiedad Intelectual de obras y producciones protegidas por la Ley; recuérdese que la legislación anterior hablaba de inscripción de obras. La fórmula empleada por la Ley es amplia, pues, al hablar de derechos de propiedad intelectual, abarca a los que pueda ostentar el autor y sus sucesores, así como los adquirentes por transmisión inter vivos. Luego más adelante haré una referencia a la problemática de las anotaciones.

3. PRINCIPIOS QUE LO RIGEN

a) Todos los principios que se recogen a continuación están intrínsecamente formulados en el artículo 130, ya varias veces citado, y son los siguientes:

Principio de voluntariedad (punto 1 del art. 130): El Registro es voluntario y va unido a la actuación «rogada» del Registrador, al que hay que pedir la inscripción, éste no actúa de oficio. Así, la Ley indica que podrán

ser objeto de inscripción, es decir, no se manifiesta con un término imperativo.

b) *Principio de calificación* (punto 2 del art. 130): El Registrador califica las solicitudes y la legalidad de los actos o contratos relativos a los derechos inscribibles, pudiendo denegar o suspender la práctica de los asientos. Llama la atención que luego se indique que contra el acuerdo del Registrador pueden ejercitarse directamente ante la Jurisdicción civil las actuaciones correspondientes de lo que parece desprenderse que se rechaza el recurso administrativo o gubernativo, para luego ser adecuado el procedimiento contenido en el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

c) *Principio de presunción de certeza* (punto 3 del art. 130): El contenido del asiento registral se presume exacto, pues los derechos que en el mismo se inscriben se presumen que existen y que pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. Es una presunción positiva, por lo que el que figura como autor o titular en el correspondiente asiento registral deberá ser demandado.

d) *Principio de publicidad* (punto 4 del art. 130): El Registro es público, o mejor dicho, el asiento registral es público, por lo que esa referencia que hace el artículo 130 al artículo 100 que trata de programas de ordenador, es totalmente confusa en el sentido de que el asiento registral no refleja argumentos de obras sino datos de inscripción.

REGLAMENTOS ACTUALES DEL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En cumplimiento del numeral 5 ya derogado del artículo 130 que establecía que reglamentariamente se determinará el procedimiento de inscripción, así como la estructura y funcionamiento del Registro; se procedió a la aprobación del Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. Dicho Real Decreto, derogado por el Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo, que entró en vigor el día 1 de marzo de 1994 y que aprueba un nuevo Reglamento del Registro, derivado de la modificación operada en el artículo 129 por la Ley 20/1992, de 7 de julio, sigue aplicándose en virtud del punto tercero de la disposición transitoria única de ese Real Decreto 733/1993 que indica: Hasta la entrada en funcionamiento del Registro territorial a que se refiere el apartado anterior, las funciones registrales seguirán ajustándose a las disposiciones del Real

Decreto 1584/1991, por el que se aprobó el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. Es decir, que este Real Decreto 733/1993, todavía tiene una vigencia parcial y el derogado tiene una plena aplicación aunque con carácter transitorio.

Por ello nos vamos a centrar primeramente en el Reglamento del Registro aprobado por el Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, que entró en vigor el día 9 de noviembre de 1991 y que hoy por hoy se aplica.

A) ANALISIS DEL REAL DECRETO 1584/1991, DE 18 DE OCTUBRE

1. ESTRUCTURA Y COMPETENCIAS

El Registro General que según su artículo 1 depende del Ministerio de Cultura y tiene carácter único para todo el territorio nacional, sigue funcionando de forma centralizada, es decir, un único Registrador, el Registro General califica las solicitudes, así como la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, inscribe, suspende o deniega las inscripciones con competencia en todo el territorio nacional. A ello hay que añadir que en todas las capitales de provincia existen unas oficinas provinciales, llamadas por costumbre Registros provinciales, a los solos efectos de recepción y tramitación de las solicitudes de inscripción.

Por otro lado el Registro tiene competencias para emitir informes en materias propias del Registro de la Propiedad Intelectual, cuando para ello es requerido por Juzgados, Tribunales u Organismos Públicos. Certifica y elabora notas informativas sobre sus asientos registrales, ya que éstos son públicos; aunque la consulta directa de los expedientes archivados en el Registro solamente es factible al titular del derecho o a aquel que acredite un interés legítimo (por ejemplo —una determinada persona es requerida notarialmente para que paralice una determinada actividad relacionada con la propiedad intelectual, ya que vulnera derechos de otra que los tiene inscritos y el primero quiere conocer el contenido de esa obra cuyos derechos están inscritos, etc...).

El Registro tiene una división en secciones según las clases de obras, actuaciones y producciones objeto de derechos de propiedad intelectual; estas secciones van de la I a la VII para las distintas clases de obra y de la VIII a la XI para las actuaciones y producciones, luego más tarde, y dado que estas jornadas están dirigidas a la problemática de los escritores en la práctica, nos centraremos en la sección I que abarca las obras literarias y científicas en cualquiera de sus modalidades con exclusión de las incluidas en la sección III (que es para las obras dramáticas, dramático-musicales, coreografías, pantomimas y en general las obras teatrales).

Aunque el Reglamento indica que cada sección podrá contar según su naturaleza con una subsección para obras y producciones no divulgadas, no existen dichas subsecciones; téngase en cuenta que analizamos una norma que aunque su disposición final faculta al Ministro de Cultura para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la misma, hasta el día de hoy no se ha dictado ninguna, pues el desarrollo legislativo ha ido por otros derroteros (modificación del art. 129 de la Ley, aprobación de un nuevo Real Decreto con otro Reglamento...).

2. OTROS PRINCIPIOS QUE INTERVIENEN EN LAS INSCRIPCIONES

Aparte de los ya indicados al comentar el artículo 130 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, deben destacarse los siguientes:

a) *Tracto sucesivo*: A él hace referencia el artículo 8 del Reglamento que se comenta, que dice lo siguiente:

1.º Para inscribir actos o contratos por los que se transmiten, modifican o extinguen derechos de propiedad intelectual deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho del transmitente salvo en el supuesto de productores de obras audiovisuales y de los editores de publicaciones periódicas.

2.º Cuando dicha inscripción previa no exista el solicitante deberá acreditar fehacientemente que la persona de quien trae su derecho lo adquirió en virtud de documento público.

Este segundo apartado, desde mi punto de vista, es de imposible cumplimiento en los supuestos de que se traiga el derecho del propio autor en cuanto titular originario, y éste, acogiéndose a la voluntariedad del Registro, no inscriba.

b) *Necesidad de documento público para la inscripción de actos y contratos objeto de Registro*: El artículo 6 del Reglamento indica que los actos o contratos objeto de Registro sólo podrán ser inscritos o anotados en virtud de documento público, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial.

c) *Efectos de la inscripción desde la presentación de la solicitud con ciertas matizaciones*: A este principio hace referencia el artículo 7 del Reglamento que establece lo siguiente:

— Se considera como fecha de la inscripción, para los efectos que ésta deba producir, la fecha de presentación de la solicitud, a condición de que ésta reúna los requisitos esenciales previstos en el Reglamento.

Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma obra, producción o actuación, se atenderá a la hora de la presentación en la oficina provincial de la solicitud respectiva, acompañada de la documentación necesaria.

3. ¿QUIÉNES PUEDEN SOLICITAR INSCRIPCIONES?

El artículo 5 del Reglamento indica que están legitimados para solicitar las inscripciones, bien por sí mismos o a través de sus representantes:

1.º Los autores y demás titulares originarios de derechos de Propiedad Intelectual con respecto a la propia obra, actuación o producción.

2.º Los sucesivos titulares de derechos sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8.2 (recordemos que este punto indica que: cuando dicha inscripción previa no existe, el solicitante deberá acreditar fehacientemente que la persona de quien trae su derecho lo adquirió en virtud de documento público).

3.º Los productores de obras audiovisuales y los editores de publicaciones periódicas, siempre que acrediten de forma fehaciente mediante documento público la adquisición de su derecho.

Teniendo en cuenta que el Registro es un mecanismo administrativo de tutela de derechos, específico de la legislación española, se debería ver afectado por lo dispuesto en el artículo 145 de nuestra Ley (ámbito de aplicación) a los que solamente habría que añadir los miembros de la Unión Europea por la aplicación del principio comunitario de igualdad de trato.

4. SOLICITUDES DE INSCRIPCIÓN

a) *Forma y lugar de presentación*: Indica el artículo 13 del Reglamento que nos ocupa que se presentarán en impreso oficial en las oficinas provinciales. Estas harán constar la fecha, hora y minuto de la presentación y verificarán si se acompaña la documentación expresada en aquélla. Las oficinas provinciales remiten al Registro General las solicitudes y documentación correspondiente (indica la normativa que la remisión se hará en el plazo máximo de siete días, en la práctica se hace en los primeros días del mes siguiente al que se presentaron, salvo en el caso del Registro u Oficina Provincial de Madrid que está ubicado físicamente en los locales del Registro General y de Barcelona que hace las remisiones semanales).

b) *Datos de las solicitudes*: En el caso de obras es necesario cumplimentar unos datos generales con independencia del tipo de obra, es decir, con independencia de su sección de encuadre —recordemos que para las

obras las secciones van de la I a la VII, inclusive— y unos datos específicos según la correspondiente sección.

Estos datos generales se cumplimentan en el modelo A común para las ya citadas secciones y son a grandes rasgos los siguientes: Datos identificativos del solicitante, título de la obra cuyos derechos de propiedad intelectual se pretenden inscribir, datos identificativos del autor o autores de la misma, datos identificativos del titular o titulares de los derechos de explotación, indicación de si la obra está divulgada o no, y en caso positivo, lugar y fecha de la divulgación. En cuanto al modelo accesorio para las diferentes secciones y sólo por lo que respecta a la Sección I que abarca obras literarias y científicas en cualquiera de sus modalidades con excepción de las incluidas en la Sección III —obras dramáticas, etc.— es necesario cumplimentar los siguientes datos:

- Clase de obra: Por ejemplo, novela, ensayo, poesía, programa de televisión, guión de cine, etc...
- Número de páginas u hojas.
- Número de volúmenes y formato. Además, indica el Reglamento, que si la obra no ha sido objeto de divulgación se depositará en el Registro un ejemplar de la misma y si se trata de una obra divulgada se anotará el número de Depósito Legal y de ISBN.

Luego más adelante indicaré cuál es la documentación correspondiente que se exige según los casos de titularidad originaria o derivativa y cuáles son los datos que se inscriben; ahora conviene apuntar que en un 95 por 100 de solicitudes de inscripción, se viene indicando que la obra no ha sido divulgada y que en la mayoría del 5 por 100 restante no es posible aportar el número de depósito legal y de ISBN por no estar sujetos a la obtención de ellos, ya que el Reglamento y por lo que aquí respecta, equivoca el término divulgación con el de publicación, pues sólo son objeto de depósito legal los escritos, estampas, etc..., producidos en territorio nacional en ejemplares múltiples con fines de difusión, hechos por procedimiento mecánicos o químicos, siendo el objeto del ISBN todavía más reducido que el anterior. No cabe duda que esta ponencia es un objeto de propiedad intelectual y, en su consecuencia, los correspondientes derechos de Propiedad Intelectual, son objeto de inscripción, cuando finalice su exposición habrá sido divulgada y tal vez mañana, en mi calidad de autora y titular originaria de derechos de explotación, quisiera solicitar la correspondiente inscripción, resultando imposible, por estar exento de ello, aportar su número de Depósito Legal e ISBN. Si a ello añadimos que para calificar la solicitud debe tenerse en cuenta el articulado de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, entre los que se encuentra el artículo 6 —se presume autor al que figura

como tal en la obra—; el 131 —símbolos de copyright—, etc., y que además viene siendo frecuente que los tribunales soliciten al Registrador de la Propiedad Intelectual certificación del ejemplar cuyos derechos están inscritos; es obvio, no sólo que deben presentarse en el Registro, junto a las correspondientes solicitudes, las obras cuyos derechos de propiedad intelectual se pretenden inscribir, sino que, además, una vez practicada la inscripción, deben de permanecer depositadas hasta que sus derechos pasen a dominio o uso público

5. PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN

El Reglamento aprobado por el Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, establece un procedimiento de inscripción de sólo cuatro artículos, donde se indica que si el Registrador apreciase una falta subsanable en los documentos presentados para la inscripción lo notificará al solicitante para su subsanación en tres meses. Si transcurridos tres meses desde la fecha de notificación tales defectos no se han subsanado, el Registrador acordará la caducidad del procedimiento y la consiguiente denegación de la inscripción. De ello parece desprenderse que se desconoce que tanto la caducidad como la denegación son formas de terminar un procedimiento administrativo como también lo es, por lo que aquí interesa, el desistimiento.

En lo que respecta a las resoluciones denegatorias del Registrador destaca la necesidad de su motivación y notificación, lo que es obligatorio en todas las resoluciones denegatorias propias de un procedimiento administrativo.

Este procedimiento administrativo especial fue adecuado a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por el Real Decreto 1694/1994, de 22 de julio, estableciéndose un plazo de seis meses para que el Registrador resuelva las solicitudes expresamente; asimismo, reduce el plazo de tres meses para la subsanación de defectos por parte del administrado a diez días, ampliables a cinco más, ya sea de oficio o a petición del interesado y establece un efecto de silencio negativo.

6. ¿QUÉ DOCUMENTACIÓN HAY QUE PRESENTAR CON LAS SOLICITUDES DE INSCRIPCIÓN CON INDEPENDENCIA DE LA QUE IDENTIFICA LA OBRA CUYOS DERECHOS SE PRETENDEN INSCRIBIR?

1.º Supuesto de autor = titular de derechos de explotación:

Sabemos que el autor es titular originario de los derechos de propiedad intelectual, para ello es suficiente observar el artículo 1 de la Ley. En estos

casos bastará que así se declare en el impreso de solicitud; al figurar alguien como autor, llevará aparejado los derechos morales sobre su obra y también figurará como titular de derechos de explotación de la misma. El 95 por 100 de las solicitudes que se presentan en el Registro General responden a este supuesto.

2.º Hay supuestos donde la titularidad de derechos de explotación derivan de una transmisión, y así nos encontramos con los supuestos de:

a) Transmisión *mortis causa* donde habrá que presentar siempre en original y fotocopia para su cotejo los siguientes documentos:

- Partida de defunción del anterior titular.
- Certificado del Registro de actos de última voluntad.
- Testamento válido o, en su caso, acta de notoriedad notarial o auto de declaración de herederos.
- En caso de más de un heredero, escritura pública notarial de partición y de aceptación de herencia.
- En cumplimiento del artículo 33 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de sucesiones y donaciones, justificante de que los correspondientes documentos se han presentado a liquidación ante la Hacienda Pública.

b) Supuesto de transmisión *inter-vivos*:

- Documento público de cesión redactado de conformidad con los artículos 43 y siguientes de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre y, en su caso, con los específicos de cada contrato (contrato de edición, etc.).
- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos documentados, deberá presentarse, además, el justificante expedido por la Hacienda Pública de pago exención o no sujeción al referido impuesto.

c) En los supuestos de titularidad de derechos de explotación derivados de una relación laboral entre el autor-trabajador y su empresario, interesa conocer y desde luego probar que:

1. El trabajador al momento de crear la obra estaba sujeto a relación laboral con el presunto titular. 2. La creó en sus horas de trabajo, y 3. La creó en virtud de una relación laboral con ciertas especialidades para las obras de clase, programas de ordenador a partir de la entrada en vigor de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español

de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

7. QUÉ DATOS SON LOS QUE SE INSCRIBEN

— *Con carácter general:*

1.º Nombre del autor o autores, nacionalidad, DNI y residencia, salvo en el caso de que una obra se divulgue mediante anónimo, seudónimo o signo. En ese caso se hace constar el seudónimo, el signo, o que el autor es anónimo. Recuérdese que el uso del seudónimo, anónimo o signo corresponde a una facultad del autor al momento de divulgar su obra (derecho moral).

2.º Titular o titulares de los derechos de explotación con sus específicas condiciones; por ejemplo: en una titularidad derivada de una transmisión *mortis causa* se indica si el titular tiene un pleno dominio, un usufructo o una nuda propiedad, la cuota de cada heredero, la fecha de la transmisión e incluso un extracto o resumen donde se detalla la transmisión.

3.º Título de la obra, especificándose, si los hubiera, sus títulos contenidos.

4.º Datos referentes a si la obra ha sido o no divulgada.

5.º Fecha y hora de presentación. También, y aunque no lo establece el Reglamento, se hace constar el número de la solicitud y un dígito de la provincia donde se presentó, para facilitar las búsquedas, un número de clave equivalente al número de inscripción definitiva que existía en el procedimiento registral, ya derogado, al que hacía referencia la Orden de 15 de febrero de 1949, un objeto sobre el que giran los derechos de Propiedad Intelectual (por ejemplo, texto adaptado, etc...).

— *Con carácter específico para cada Sección.*

Diversos datos, debiendo destacar que en las secciones I a VII siempre se indica la clase de obra y además, por lo que aquí interesa, en la sección I (obras literarias y científicas), también se hace constar el número de depósito legal e ISBN, en el supuesto de que existieran.

8. EN DÓNDE SE PRACTICAN LOS ASIENTOS

El artículo 12 del Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, indica que éstos se practicarán en libros, cuerpos o soportes materiales apropiados para recoger y expresar, de modo indubitado y con adecuada garantía jurídica,

seguridad de conservación y facilidad de acceso y comprensión, todos los datos que deban constar en el Registro.

Los asientos registrales, confeccionados a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, figuran informatizados, habiéndose empleado para ello la combinación de una base de datos y un procesador de textos.

9. PROBLEMÁTICA DE LAS ANOTACIONES

El Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, tantas veces mencionado, dedica los artículos 37 y 38 a las anotaciones preventivas; dichos artículos son del tenor literal siguiente:

«Artículo 37. Podrá pedir anotación preventiva de su derecho: 1. El que obtenga a su favor mandamiento judicial ordenando la anotación preventiva de demanda sobre la titularidad de derechos de propiedad intelectual o la constitución, declaración, modificación o extinción de los mismos. 2. El que obtuviera a su favor un mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en derecho de propiedad intelectual del deudor. 3. El que obtuviera sentencia ejecutoria que, previo los trámites procesales establecidos, pueda hacerse efectiva sobre derechos de propiedad intelectual. 4. El que expresamente estuviera autorizado».

«Artículo 38. 1. Las anotaciones preventivas se extinguen por su cancelación, por caducidad o por su conversión en inscripción. La extinción de las anotaciones preventivas puede ser total o parcial. 2. Los plazos de caducidad de las anotaciones preventivas y el procedimiento para su cancelación se regularán por lo establecido en la legislación hipotecaria».

Desde mi punto de vista, la entrada de las anotaciones de embargo en el Registro General de la Propiedad Intelectual en la forma en que están establecidas, es de lo más desafortunada. No debemos olvidar que la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, atribuye en sus artículos 68 y 69, la competencia para anotar los mandamientos judiciales de embargo y los de su cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario —entre los que se encuentran, por lo que aquí interesa, los derechos de explotación de la propiedad intelectual de una obra— al Registro de la Propiedad de Madrid que determine el Ministerio de Justicia (se determinó que lo fuera el número cuatro de los de dicha capital). Es decir, que la misma competencia la tienen atribuida organismos diferentes —Registro de la Propiedad Inmobiliaria y Registro de la Propiedad Intelectual— a través de normas de distinto rango jerárquico —el primero

por Ley y el segundo por Real Decreto— sin coordinación entre los mismos, en lo que concierne a la práctica de anotaciones de embargo; lo que podría provocar consecuencias no deseadas. Pensemos, por ejemplo, que sobre los derechos de explotación de una obra determinada, que figuran inscritos en el Registro General de la Propiedad Intelectual, se constituye una hipoteca, la cual se inscribe en el Registro de la Propiedad número 4 de Madrid, pero no se practica en el Registro General, antes citado, la anotación a la que se refiere el artículo 76 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 (no se olvide que la falta de toma de razón respecto de la constitución de hipoteca, en este Registro especial, no altera, en ningún caso, los efectos de la inscripción en el Libro de Hipoteca Mobiliaria); que posteriormente el Registrador de la Propiedad Intelectual reciba un mandamiento judicial para que, sobre dichos derechos de explotación, practique una anotación de embargo y certifique las cargas inscritas que afectan a los mismos, resultando negativa la certificación solicitada y que entonces se ejecute el embargo, perjudicándose así al acreedor hipotecario.

B) BREVE ANALISIS DEL REAL DECRETO 733/1993, DE 14 DE MAYO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Recordemos al respecto, como ya he indicado anteriormente, que este Real Decreto deriva de la modificación operada en el artículo 129 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, por la Ley 20/1992, de 7 de julio; y que, a pesar de que en su disposición final segunda expresamente consta que entrará en vigor el día 1 de marzo de 1994, hoy por hoy todavía tiene una vigencia parcial.

2. ORGANIZACIÓN DEL NUEVO REGISTRO GENERAL

El Registro General seguirá siendo único en todo el territorio nacional, según establece el Real Decreto que ahora analizamos.

Este nuevo Registro General estará integrado por:

- *Los Registros territoriales* (al menos uno por cada Comunidad Autónoma o ciudad autónoma, como es el caso de Ceuta y Melilla): Serán establecidos y gestionados por las diferentes Comunidades o ciudades autónomas.

Sus funciones básicas serán las siguientes: a) La tramitación y resolución de los expedientes de inscripción o anotación. b) La prác-

tica de las inscripciones que procedan. c) La certificación y emisión de notas informativas sobre los asientos registrales. d) La emisión de informes de carácter técnico en cuestiones referentes a las inscripciones cuando sean requeridas para ello por Juzgados, Tribunales u otros órganos o entidades públicas.

Es probable que en los próximos meses de marzo o abril empiece ya a funcionar el Registro Territorial de Cataluña.

- *El Registro Central*, formando parte de la Administración General del Estado y dependiendo del Ministerio de Cultura, con competencia para sus funciones específicas en todo el territorio nacional. Sus funciones básicas serán las siguientes: a) El diseño y gestión de la red de información del Registro General de la Propiedad Intelectual. b) La publicidad general, meramente informática de los asientos de los Registros territoriales. c) La recepción de escritos y solicitudes que se dirijan a cualquier Registro territorial.
- *La Comisión de Coordinación*: Se constituyó el 7 de abril de 1994; está integrada por un representante de cada Comunidad Autónoma, incluidas las ciudades de Ceuta y Melilla y por el titular del Registro Central que es el secretario de la misma; aunque, dado que todavía no existe el Registro Central, el Registrador General ejerce, transitoriamente, estas funciones. Este órgano colegiado tiene competencias, tanto de propuesta como de resolución.

3. REGISTRO TERRITORIAL COMPETENTE

Para la primera inscripción —o inmatriculación— de derechos de propiedad intelectual, será competente el Registro territorial correspondiente al domicilio del autor o titular. De haber varios, se citará al que figure en primer lugar.

Para las sucesivas inscripciones será competente el Registro territorial donde se hubiese efectuado la inscripción primera.

Para las personas o entidades carentes de domicilio en España y en lo que respecta a la primera inscripción, será competente el Registro territorial que les resulte más conveniente.

PILAR RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS
Subdirectora General de la Propiedad Intelectual

Incidencia en el régimen de la auditoría de cuentas de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de la reforma proyectada del Reglamento del Registro Mercantil (1)

A don Angel María García Cuevas y a don Miguel Pérez-Guillermo Cuevas.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ANTES DE LA REFORMA DE 1989. 2. LA AUDITORÍA COMO INNOVACIÓN EN LA REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES. 3. LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE 1995.—II. MODIFICACIONES EN EL REGIMEN GENERAL DE LA AUDITORIA DE CUENTAS INTRODUCIDAS POR LA LEY DE 23 DE MARZO DE 1995, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: 1. ENTIDADES SOMETIDAS A AUDITORÍA. 2. NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR LA JUNTA GENERAL: A) *En las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada* B) *En las sociedades colectivas y comanditarias simples y por acciones*. 3. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE AUDITORÍA.—III. LA AUDITORIA EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: 1. AUDITORÍA LEGAL GENÉRICA. 2. AUDITORÍA LEGAL ESPECÍFICA: A) *La auditoría en la enajenación de participaciones sociales*. B) *La auditoría en el usufructo de participaciones sociales*. C) *La audi-*

(1) El presente trabajo tiene como base la ponencia presentada por el autor en el curso organizado por el Ilustre Colegio de Titulares Mercantiles de la Región de Murcia, los días 16 y 17 de noviembre de 1995, bajo el título «Modificación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, incidencia en el ámbito de la auditoría y reforma en el Reglamento del Registro Mercantil».

toría en la reducción de capital para compensar pérdidas D) *La auditoría en la separación y exclusión de socios*. 3. AUDITORÍA A PETICIÓN DE LOS SOCIOS. 4. AUDITORÍA JUDICIAL. 5. AUDITORÍA VOLUNTARIA.—IV. LA REFORMA DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. INNOVACIONES QUE CONTIENE. 3. INNOVACIONES QUE DEBERÍA CONTENER Y NO CONTIENE.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 supone la primera reforma de cierta consideración del nuevo Derecho español de sociedades promulgado en 1989, con su anticipo a nivel de auditoría contenido en la Ley reguladora de la misma de 1988. En efecto, la Ley de 1995 no se limita a dar una nueva regulación al tipo societario al que va dirigida, sino que introduce por vía de disposiciones adicionales determinadas modificaciones al sistema, algunas de las cuales tienen por objeto precisamente la verificación de cuentas. La reforma, por otro lado, no quedará cerrada hasta que no se promulgue la del Reglamento del Registro Mercantil, como ya previene la propia Ley.

Va a ser objeto de estudio en el presente trabajo la nueva Ley, pero sólo en cuanto introduce alteraciones al régimen de la auditoría de cuentas, buscando todos aquellos aspectos de la misma que han sido objeto de modificación; y habré de referirme también al nuevo Reglamento del Registro Mercantil proyectado, en cuanto su tramitación se encuentra en fase avanzada y nos puede ofrecer una idea bastante aproximada de sus contenidos. En la exposición serán de especial interés las conclusiones obtenidas por la doctrina y por la jurisprudencia en la materia durante la vigencia de la regulación de 1988 y 1989.

El estudio está dividido en cuatro apartados. El presente apartado I, de carácter introductorio, trata de ofrecer una idea sintética del significado de la aparición del sistema de auditoría de cuentas dentro de la reforma del Derecho de sociedades de 1989; me referiré por separado a la configuración de la sociedades de capital antes de dicha reforma y al régimen de revisión de cuentas introducido por la misma; comentaré después a grandes rasgos la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y las modificaciones que ha introducido en el régimen de la auditoría. El apartado II recoge específicamente estas modificaciones en cuanto afectan al régimen general de la auditoría, a las entidades sujetas a auditoría, al nombramiento de auditor por la Junta General y su plazo y a la modificación del plazo del contrato de auditoría. El apartado III se refiere al régimen de la auditoría en la sociedad de responsabilidad limitada y a sus diferentes supuestos. El apartado IV tiene por objeto el estudio de las innovaciones que contiene el

proyectado nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los extremos cuya regulación o reforma se echa de menos. Y, por último, dedico el apartado V a formular dos consideraciones finales que la reforma me ha suscitado.

I. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ANTES DE LA REFORMA DE 1989

Señala GARRIGUES la existencia histórica de tres sistemas legislativos sucesivos en cuanto al modo de configurar la sociedad anónima, sociedad capitalista por excelencia: el de «octroi», propio de las Compañías de Indias de los siglos XVII y XVIII, que se creaban por Decreto del monarca, lo que suponía un auténtico acto de soberanía; el de autorización gubernativa, instaurado por el Código de Comercio francés y seguido por los de otros países; y el sistema de las disposiciones normativas, que liberó a la sociedad anónima de la autorización previa, pero la sometió a una serie de normas imperativas tendentes a controlar su adecuado funcionamiento (2).

Si atendemos a los intereses que por ella pueden verse afectados, no es de extrañar el sumo cuidado observado por los legisladores a la hora de admitir y reglamentar la sociedad capitalista. Pueden sintetizarse esos intereses de la siguiente forma: en primer lugar, la responsabilidad de estas sociedades limitada a su propio patrimonio puede afectar al interés de los acreedores de la sociedad, que no cuentan con otros bienes para realizar sus créditos. En segunda instancia, el interés de los socios que no participan en la gestión social puede verse afectado por la evolución de la vida de la sociedad, determinando desde un menor rendimiento de las aportaciones sobre el que sería posible hasta la pérdida de éstas. Por último, por la posibilidad de aglutinar grandes capitales, esta clase de sociedad puede afectar al interés general, como sujeto de derecho constituido en empresario, con unas relaciones comerciales, con unos clientes y con unos trabajadores que de ellas dependen, constituyendo un eslabón más o menos importante en la economía. Desde este punto de vista, es también la sociedad sujeto pasivo del régimen tributario y su actividad económica interesa asimismo al Estado y a los entes públicos a los que incumbe la recaudación de los correspondientes tributos.

El sistema legislativo de las disposiciones normativas, iniciado por la ley francesa de 24 de julio de 1867, viene a significar el triunfo de la consideración de que la sociedad de capital, como supuesto de limitación

(2) JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, séptima edición revisada con la colaboración de ALBERTO BERCOVITZ, tomo I, Madrid, 1976, págs. 410 a 412.

de responsabilidad a lo aportado por los socios, no sea una construcción jurídica excepcional que haya de requerir el previo control administrativo para adquirir su existencia. Pero al mismo tiempo, el sistema no desconoce la trascendencia económica y jurídica del modelo societario creado y los muchos peligros que para los intereses en juego podría llegar a encerrar; por ello se dota a la sociedad de una regulación amplia y de carácter imperativo. La Ley española de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 es un magnífico ejemplo de este sistema.

La aparición de la sociedad de responsabilidad limitada es consecuencia del anhelo de conseguir la limitación de responsabilidad para las sociedades familiares y de pequeño volumen, sociedades que no se caracterizan por tener como sustrato básico exclusivo la aportación de un capital. Surgida en la práctica merced al principio de *numerus apertus* que en materia de formas societarias mercantiles consagraba el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 (3), obtuvo su consagración legislativa merced a su Ley reguladora de 17 de julio de 1953, que la dotó de un régimen normativo completo con preceptos de Derecho cogente y con la posibilidad, en aquellas cuestiones en que el interés general lo permitía, de establecer un régimen convencional a través de la escritura de constitución con mayor libertad que en las sociedades anónimas por vía de estatutos.

En la sociedad de responsabilidad limitada, al igual que en la anónima, tal limitación de responsabilidad supone un riesgo para los acreedores, que no tienen otra cobertura para sus créditos que el patrimonio de la sociedad. También es posible en esta clase de sociedades que algunos de los socios, los que sean minoritarios y estén en desacuerdo con la mayoría de capital, puedan verse perjudicados en sus legítimos intereses por la marcha de los negocios sociales. Y, aunque lo normal es que no alcancen los capitales ni los volúmenes de negocio de las grandes socie-

(3) La flexibilidad en la materia de este Reglamento del Registro Mercantil permitió la configuración de la sociedad limitada por la práctica notarial. Así lo reconoció la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, al afirmar que «corresponde especialmente a la técnica notarial española el mérito de haber encauzado jurídicamente el impulso de comerciantes e industriales favorables a este tipo de sociedad». La creación y evolución de la sociedad limitada puede verse, magistralmente tratada, en MANUEL ANDRINO, «El nacimiento y desarrollo de la sociedad limitada en España», en COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, tomo I, Madrid, 1995, págs 17 y sigs. En cuanto a las razones económico-jurídicas que impulsaron el nacimiento de la sociedad limitada como tipo societario, ver: JOSÉ MARÍA GONDRA ROMERO, «La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades», en COLEGIOS NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES Y NOTARIAL DE MADRID, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, *La reforma del Derecho español en sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs 920 a 923.

dades anónimas, también pueden afectar a la economía general, a sus trabajadores y a las Haciendas Públicas. Al tener un componente capitalista, sin que se desconozca su carácter híbrido con un elemento personalista, también las sociedades limitadas requieren de un adecuado régimen de control de su funcionamiento.

Por otro lado, en la práctica, las diferencias entre sociedad anónima y limitada, tal y como las regulaban sus respectivas leyes de 1951 y 1953 no eran sustanciales, y las pequeñas y medianas empresas se constituían, indistintamente, en sociedades de una u otra forma (4).

2. LA AUDITORÍA COMO INNOVACIÓN EN LA REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951, dentro de las medidas imperativas de control que introdujo, reguló el control de la cuentas sociales atribuyendo tal función a un órgano social, los accionistas censores de cuentas, con la posibilidad de que la minoría que alcanzara el 10 por 100 del capital social desembolsado nombrase un tercer censor, que habría de pertenecer al Instituto de Censores Jurados de Cuentas (art. 108). La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 no previó por su parte otro sistema de control de las cuentas sociales que el basado en la posibilidad de que los socios examinaran las cuentas y el balance de cada ejercicio en la época y durante el plazo que señalase la escritura social (art. 27).

La doctrina desde muy pronto criticó el sistema de control de la contabilidad en la sociedad anónima, por la natural falta de competencia al respecto de los accionistas y porque en la práctica vino a dar en una fórmula estereotipada aprobatoria (5). En cuanto a la sociedad limitada, no había propiamente sistema de control, sino sólo la enunciación del derecho de información de los socios (6).

La insuficiencia del sistema, y la necesidad de asimilación con las legislaciones de los países de la Comunidad Económica Europea, cuyas IV

(4) Así lo reconoce la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995. núm I/1.

(5) JOAQUÍN GARRIGUES y RODRIGO URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, tercera edición, revisada, corregida y puesta al día por AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, Madrid, 1976, pág. 469. MANUEL BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, sexta edición, Madrid, 1985, pág. 269.

(6) Véase LUIS CARLÓN SÁNCHEZ, en *Revista de Derecho Privado*. «Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial», dirigidos por MIGUEL MOTOS y MANUEL ALBALADEJO, tomo XXIII, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1984, págs. 309 y sigs

y VII Directivas (7) lo exigían, determinaron que la doctrina se decantara por el sistema de control externo de la contabilidad por medio de profesionales titulados que respondieran civilmente de su actuación (8).

El establecimiento del régimen vigente de la auditoría de cuentas en lo que se refiere a las sociedades objeto de nuestro estudio, sin citar los sucesivos anteproyectos y proyectos de ley de reforma, puede centrarse en los siguientes hitos:

1.º La Ley de Auditoría de Cuentas, 19/1988, de 12 de julio. Esta Ley ofrece una regulación general de la auditoría, en base a la adaptación a la VIII Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas y a la necesidad de colmar una exigencia impuesta por el desarrollo empresarial y el propio aumento de la demanda del servicio de auditoría de cuentas. Se configura la auditoría como la actividad que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión, tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de los documentos contables auditados (9). En su disposición adicional primera se determinan las empresas y entidades que deberán someterse en todo caso a auditoría, adelantándose, en lo que a sociedades mercantiles se refiere, a la Ley de reforma y adaptación del Derecho de Sociedades. La Ley se desarrolla en su Reglamento introducido por Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre.

2.º La Ley de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, 19/1989, de 25 de julio. La incidencia de esta Ley en los cuerpos normativos que ahora nos interesan es triple. Introduce, en efecto, modificaciones sustanciales en los siguientes:

- a) En el Código de Comercio, determinando una nueva regulación de la contabilidad mercantil. En ella se establece la posibilidad de que

(7) Cuarta Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78-660-CEE), artículo 51. Séptima Directiva del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas (83-349-CEE), artículo 37.

(8) MANUEL BROSETA PONT, en varios autores, *La reforma del Derecho Mercantil*, Editorial Cívitas, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, págs. 200 y 201. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, Valencia, 1981, pág. 214. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 11.ª edición, Madrid, 1985, pág. 171. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, «Régimen de cuentas anuales», en COLEGIOS NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES Y NOTARIAL DE MADRID, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, *La reforma del Derecho español en sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 729 a 731.

(9) La función de auditar cuentas viene definida en el número II de la Exposición de Motivos y en los artículos 1 al 6 (capítulo primero, *Del ejercicio de la auditoría de cuentas*) de la propia Ley de 12 de julio de 1988.

el Juzgado competente acuerde el sometimiento de las cuentas a auditoría, incluso en vía de jurisdicción voluntaria, a petición fundada de quien acredite un interés legítimo, remitiendo además a las leyes que obligan a someter las cuentas anuales a auditoría y a las normas especiales sobre sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones (arts. 40 y 41).

- b) En la Ley de Sociedades Anónimas, dando lugar a la publicación posterior del vigente Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. El texto vigente por fin dedica una sección (la octava del capítulo VII, el dedicado a las cuentas anuales, artículos 203 al 211) a la «verificación de las cuentas anuales». El primero de tales artículos establece el sometimiento de las cuentas anuales y del informe de gestión a la revisión por auditores de cuentas, si bien su número 2 exceptúa de tal obligación a las sociedades que puedan presentar balance abreviado. Los restantes artículos de la sección se refieren al nombramiento de auditor por la Junta General, por el Registrador Mercantil y por el Juez, a la remuneración, al objeto de la auditoría, al informe, al plazo para emitirlo y a la responsabilidad del auditor.
- c) Y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Modificó en ella determinados artículos e introdujo un capítulo, el sexto, dedicado a las «cuentas anuales y distribución de beneficios». En su artículo 26 remitía a lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas, establecía el derecho de todo socio al examen de las cuentas y sus antecedentes, por sí o en unión de persona perita, y añadía que tal derecho no quedaba excluido en caso de que la minoría hubiera ejercitado su derecho a nombrar auditor. Pero, a diferencia de la regulación de la sociedad anónima, además de esa referencia indirecta, no había ninguna otra a la auditoría de cuentas.

3.º El Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, publicado en 30 de diciembre y que entró en vigor el primero de enero de 1990, siendo objeto de la histórica, por su magnitud, corrección de errores publicada el 9 de enero, cuando ya llevaba nueve días en vigor. El Reglamento desarrolla lo dispuesto en el Código y en las Leyes. Introduce este Reglamento el libro de nombramientos de expertos independientes y de auditores (arts. 23 y 29), en cuanto tal es una de las nuevas funciones encomendadas al Registro Mercantil por la reforma legislativa; exige la inscripción en la hoja de las sociedades del nombramiento de auditores (arts. 94.4.º, 95, 114.6.º y 174.16); se regula la inscripción del nombramiento y el cese de los auditores (arts. 153 y 154);

determina la necesidad del informe del auditor en la ampliación y reducción de capital, fusión y escisión de las sociedades anónimas, según lo prevenido en su Ley reguladora (arts. 166, 168, 171, 194.5.ª y 202); y regula ampliamente el nombramiento por el Registrador Mercantil de auditores de cuentas (arts. 314 al 328).

3. LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE 1995

La Ley de Sociedades Limitadas, tal y como quedó tras la reforma de 1989, ha sido objeto de muchas críticas doctrinales (10), partiendo del hecho de que contenía una casi constante remisión a la Ley de Sociedades Anónimas, corroborada por la remisión general del artículo 177 del Reglamento del Registro Mercantil al régimen previsto para la sociedad anónima. Esto repugnaba tanto a la importancia práctica de la sociedad limitada como a su peculiar naturaleza jurídica y a sus caracteres, lo que determinaba que en muchos casos fuera complicado discernir si había que recurrir al criterio de la Ley de anónimas o entender que la regulación general de la limitada exigía la solución contraria.

La necesidad de reforma legislativa venía además determinada por la propia Ley de Reforma y Adaptación de 25 de julio de 1989, cuya disposición final primera facultaba al Gobierno para que en el plazo de un año elaborase y aprobase un texto refundido de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. El Gobierno no llegó a aprobar tal texto refundido; pero en su lugar se ha promulgado la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 2/1995, de 23 de marzo, que se encuentra en vigor desde el primero de junio de 1995.

Consta la Ley de 129 artículos, divididos en once capítulos, de los cuales el VII está dedicado a las «cuentas anuales». Especial importancia tienen sus siete disposiciones adicionales, que, conteniendo reformas del Código de Comercio y de las Leyes de Sociedades Anónimas y Auditoría, normas autónomas de carácter sustantivo y fiscal y ordenando al Gobierno la confección de un proyecto de Ley de Sociedades Laborales que actualice el régimen de la sociedad anónima laboral y regule la sociedad limitada laboral, pueden considerarse como una segunda Ley asociada a la que consagra el régimen de la sociedad limitada y que tiene por objeto la actualización o reforma del Derecho Mercantil. Consta también la Ley de dos disposiciones derogatorias y dos finales.

(10) La propia Exposición de Motivos de la actual Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada reconoce la insuficiencia y las críticas a la situación legislativa anterior en el punto 1/2.

La Exposición de Motivos de la Ley justifica que se haya optado por la reforma global del Derecho español de sociedades de responsabilidad limitada en base a una concepción más ajustada a las exigencias de la realidad y para ofrecer un régimen jurídico suficiente y preciso (11). Su braya asimismo los tres postulados que sirven de base a este nuevo Derecho de sociedades limitadas: el carácter híbrido de la sociedad limitada, capitalista y personalista a la vez; su carácter cerrado; y, por último, la flexibilidad de su régimen jurídico (12). Justifica también la Exposición de Motivos la modificación del Código de Comercio y de la Ley de Sociedades Anónimas, no nominalmente la de la Ley de Auditoría, en la necesidad de adaptación a las últimas directivas comunitarias y en la corrección de deficiencias de la normativa y la adecuación a la práctica (13).

A mi modo de ver, se puede caracterizar la Ley en base a las cuatro ideas siguientes:

1.^a Es una Ley completa en cuanto a su contenido, pues determina el régimen jurídico global de la sociedad de responsabilidad limitada. Así lo plantea, como ha quedado dicho, la Exposición de Motivos. La sociedad limitada, que es la que más se da en la práctica y cuyo régimen jurídico era casi permanentemente tributario del propio de la anónima, con las dificultades que ello conllevaba, goza ya tras esta Ley de un régimen jurídico completo, claro y preciso, sin cláusulas generales de remisión y en el que la referencia a la Ley de anónimas es sólo puntual, produciéndose también el fenómeno inverso, de remisión de la Ley de anónimas a la de limitadas.

2.^a Es una Ley, no un texto refundido, y ello tanto en la forma como en el fondo. El legislador se ha dado cuenta de la insuficiencia de la reforma de 1989 para el régimen jurídico de la sociedad limitada. Al propio tiempo, la práctica y la normativa comunitaria han puesto de manifiesto nuevas necesidades. La consecuencia ha sido que pronto se abandonara la idea del decreto legislativo que contuviera un texto refundido de la Ley para elaborar una Ley nueva que, además de recoger las ideas consagradas en la Ley de 25 de julio de 1989, las desarrollara y actualizara.

3.^a Es una Ley de actualización que se inscribe dentro del proceso global de reforma del Derecho de Sociedades que se inicia en 1988 y 1989, sin que quepa afirmar que sea la reforma de la reforma. Efectivamente, no creo que se hayan conmovido con la nueva Ley las bases de la reforma de 1989. Por el contrario, sobre tales bases y teniendo en cuenta las peculiaridades de la sociedad limitada, las exigencias de la misma y las necesida-

(11) Exposición de Motivos, punto I/2.

(12) Exposición de Motivos, punto II

(13) Exposición de Motivos, punto III y IV.

des prácticas, se le ha dotado de un régimen jurídico inscrito a la perfección en los postulados que sirvieron de base a la reforma. Al propio tiempo, no cabe decir tampoco que esta Ley culmine la reforma, pues exige la del Reglamento del Registro Mercantil, necesaria en cuanto se hace preciso suprimir, entre otras cosas, la remisión global al régimen de la sociedad anónima y dotar al aspecto registral de la sociedad limitada de un régimen completo, y en cuanto ella misma determina la elaboración de un proyecto de Ley de Sociedades Laborales.

4.^a Es una Ley con el contenido de al menos dos. El legislador ha aprovechado la ocasión presentada por la promulgación de la Ley de Sociedades Limitadas para acometer una reforma de otras leyes, fundamentalmente del Código de Comercio y de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Auditoría, por vía de disposición adicional y extralimitándose ampliamente en relación con el título de la Ley. De esta manera, utilizada con demasiada frecuencia por nuestro legislador, se distorsiona la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, si es que, en contraposición a su nombre, tiene alguna, y se llega a vulnerar el principio de seguridad jurídica, al tratarse cuestiones cuya relación con el título de la norma no puede entenderse (14).

La regulación general de la auditoría de cuentas se mantiene en el Código de Comercio y en las Leyes de Auditoría de Cuentas y de Sociedades Anónimas, habiendo sido objeto de reforma por la Ley que estudiamos.

La Exposición de Motivos de la Ley reconoce explícitamente que contiene una «reforma parcial de la disciplina contable de las sociedades mercantiles»; se basa esta reforma en la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a las Directivas 90/604 y 90/605, ambas de 8 de noviembre de 1990, del Consejo de la Comunidad Económica Europea, las cuales reforman las Directivas 78/660 y 83/349, relativas a las cuentas anuales de

(14) Esto es lo que se viene denominando técnica o teoría del autobús, cuya noción no me resisto a formular. cuando hay determinadas materias normativas que requieren de la aprobación de una Ley, pero no se consideran de la suficiente entidad para merecer por sí solas la promulgación de una disposición de tal rango, se les hace esperar en la «parada» hasta que llegue la primera Ley con objeto suficiente «que pase», para, cual autobús, albergarlas por vía de disposición adicional y transportarlas al campo del Derecho vigente. Esto hace que los juristas y las personas que están más o menos cercanas al mundo del Derecho examinemos en primer lugar, al aparecer una nueva Ley en el *BOE*, sus disposiciones adicionales, pues éstas han producido ya más de un sobresalto y podría esperarse, incluso, que llegaran a modificar en profundidad el mismísimo Código Civil. Naturalmente, el empleo de esta técnica puede calificarse de deleznable, por contrariar el carácter sistemático del ordenamiento y aun el principio de seguridad jurídica.

determinadas formas de sociedad y a las cuentas consolidadas. Al propio tiempo justifica su inclusión en la Ley por cuanto el régimen de las sociedades limitadas ha de ser el mismo, y de ahí su remisión general en la materia (15). Ya ha quedado dicho que no se refiere la Exposición de Motivos a la reforma que contiene de la Ley de Auditoría de Cuentas.

En la reforma del Código de Comercio (disposición adicional primera), el nuevo número 2 del artículo 22 mantiene el nombramiento de auditores como objeto de inscripción en la hoja de las sociedades, y, en lo que sí supone novedad, somete al capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, relativo a las cuentas sociales, excepto a lo dispuesto en la sección 9.^a, pero incluyendo la 8.^a, que es la dedicada a la verificación de cuentas anuales, a las sociedades colectivas y comanditarias simples, cuando a la fecha de cierre del ejercicio todos los socios colectivos sean sociedades españolas o extranjeras.

Por lo que atañe a la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas (disposición adicional segunda), se modifica el artículo 181, que determina las sociedades que pueden formular balance abreviado, y que no están sujetas a auditoría conforme al artículo 203.2; se reforma el número 1 del artículo 204, sobre nombramiento de auditor y plazo para el ejercicio de sus funciones; se adapta el artículo 212 en cuanto ya no es siempre obligatorio el informe de gestión; se da nueva redacción al artículo 221, relativo al régimen sancionador para el caso de incumplimiento de la obligación de formalizar el depósito de cuentas; y se añade un segundo párrafo al artículo 222 para permitir que las cuentas anuales se expresen, además de en pesetas, en ecus. Para cohonestar la nueva redacción del número 1 del artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas, se modifica (disposición adicional sexta) el apartado 4 del artículo 8 de la Ley de Auditoría, relativo al plazo en que el auditor ha de ejercer sus funciones.

Por lo que atañe a las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 84 de la Ley establece con carácter general la aplicación del capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, introduciendo además el artículo 86 un derecho de examen de la contabilidad que no impide el derecho de la minoría a que se nombre auditor. Y se refiere además al informe del auditor en caso de transmisión de participaciones por título oneroso distinto de la compra-venta o por título gratuito *inter vivos* (art. 29), en caso de transmisión *mortis causa* (art. 32), en determinados supuestos de usufructo de participaciones sociales (art. 36. en cuanto remite a la Ley de Sociedades Anónimas), en caso de reducción de capital para compensar pérdidas (art. 82) y en caso de separación y exclusión de socios

(15) Exposición de Motivos, punto V.

(art. 100). La Ley determina además la competencia de la Junta General para el nombramiento, en su caso, de auditores de cuentas (art. 44.b), aunque la competencia corresponde al órgano de administración en caso de reducción de capital para compensar pérdidas, si es que la sociedad no estuviera obligada al nombramiento de auditor (art. 82.2).

Para la exposición de la reforma que la Ley supone en materia de auditoría, voy a referirme por separado a continuación al régimen general de la verificación de las cuentas anuales (número II de este trabajo), y a los diferentes supuestos de auditoría de cuentas en las sociedades de responsabilidad limitada (número III).

II. MODIFICACIONES EN EL REGIMEN GENERAL DE LA AUDITORIA DE CUENTAS INTRODUCIDAS POR LA LEY DE 23 DE MARZO DE 1995, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Estas modificaciones, como ha quedado expuesto, han sido recogidas en las disposiciones adicionales de la Ley, y afectan a tres cuestiones fundamentales: a la determinación de las sociedades o entidades que están sujetas a auditoría de cuentas, al nombramiento de auditores por la Junta General de las sociedades anónimas y al plazo por el que puede contratarse con un determinado auditor. Paso a su estudio.

1. ENTIDADES SOMETIDAS A AUDITORÍA

Conforme a la disposición adicional primera de la Ley de Auditoría de cuentas, 19/1988, de 12 de julio, deberán someterse en todo caso a la misma las empresas o entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en las que concurren alguna de las circunstancias siguientes: *a)* Que coticen sus títulos en Bolsas Oficiales de Comercio. *b)* Que emitan obligaciones en oferta pública. *c)* Que se dediquen a la intermediación financiera o sean empresas o entidades financieras que deban estar inscritas en los correspondientes Registros del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España. *d)* Que tengan por objeto cualquier actividad sujeta a la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan. *e)* Que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones o suministren bienes al Estado y demás Organismos Públicos, dentro de los límites que reglamentariamente fije el Gobierno. Quedarán también sujetas a auditoría de cuentas las empresas y entidades que superen los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real Decreto.

De la norma que acabo de exponer sólo ha sufrido modificación, y de una manera indirecta, la letra «b», relativa a las entidades que emitan obligaciones en oferta pública, por cuanto el artículo 9 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada dispone que «La sociedad de responsabilidad limitada no podrá acordar ni garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones», y la disposición adicional tercera establece igual norma para «las personas físicas y las sociedades civiles, colectivas y comenditarias simples» (16). Parece claro que estarán sujetas a auditoría tales entidades mientras las obligaciones que hayan emitido al amparo de la legislación anterior, que son válidas conforme a la disposición transitoria séptima de la Ley, no hayan sido amortizadas.

También están sujetas a auditoría de cuentas, conforme al artículo 203 de la Ley de Sociedades Anónimas, las sociedades de esta clase, si bien quedan exceptuadas en esta obligación las sociedades que puedan presentar balance abreviado. Esta norma es aplicable a las sociedades limitadas, conforme a la remisión del artículo 84 de su Ley reguladora, y a las comanditarias por acciones, conforme al artículo 152 del Código de Comercio.

La determinación de las sociedades que pueden formular balance abreviado sí ha sufrido modificación por la Ley objeto de estudio. Se ha dado nueva redacción al artículo 181 de la Ley de Sociedades Anónimas actualizando magnitudes e introduciendo un segundo párrafo al número 1, un nuevo número 2 y pasando al 3 el antiguo 2.

En el Derecho hoy vigente «pueden formular balance abreviado las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no supere los trescientos millones de pesetas. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los seiscientos millones de pesetas. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta».

La modificación operada en la norma transcrita del número 1 del artículo 181 afecta a la sustitución del término «años» por el de «ejercicios» y a la variación al alza de las dos primeras circunstancias, manteniendo invariable la tercera. La doctrina ha aplaudido la primera variación, por utilizar un lenguaje técnicamente más adecuado y evitar incluso posibles

(16) La expresión «obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones» no es demasiado afortunada, por lo que ha dado lugar a serios problemas doctrinales y es previsible que ocasione serios problemas prácticos. Excediendo ampliamente el objeto del presente trabajo, remito a la breve nota de PABLO VIDAL FRANCÉS, «Interrogantes sobre la disposición adicional tercera de la Ley 2/1995, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año 1995, septiembre-octubre, núm. 8 (segunda época), págs. 1993 y 1994.

confusiones (17). Y la alteración de los dos primeros números se fundamenta en el cambio de cotización del ecu (18). PABLO ALBERT (19) ha criticado, en relación con la tercera circunstancia, letra c), que no se haya aprovechado la reforma para concretarla más, dada la gran variedad actual de contratos laborales que admite y regula nuestro ordenamiento. No estoy de acuerdo con tal necesidad por ser clara, a mi juicio, la redacción del precepto, en el sentido, defendido por el propio ALBERT como solución doctrinal al problema, de que habrá que incluir a todos los trabajadores que hayan prestado sus servicios a la sociedad durante el ejercicio, cualquiera que fuera el tipo de relación laboral. Como indica FERRER CAZORLA (20) y se viene entendiendo en la práctica, para determinar el número medio de trabajadores empleados habrá que promediar el tiempo efectivo de las correspondientes relaciones laborales a lo largo del ejercicio considerado.

El nuevo párrafo segundo del número 1 determina que «Las sociedades no perderán la facultad de formular balance abreviado (y, por tanto, de no someterse a auditoría de cuentas) si no dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior».

En consecuencia, las sociedades que hayan venido reuniendo las circunstancias necesarias para formular balance abreviado y dejen de reunir al menos dos de las circunstancias requeridas al final de un ejercicio, no por eso perderán la facultad y quedarán sometidas a la obligación general de auditar las cuentas, siendo necesario que se repita tal circunstancia en dos ejercicios consecutivos (21).

El nuevo número 2 del precepto establece por su parte que «En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular balance abreviado (y no someterse, por ende, a

(17) En este sentido: JOAQUIM BISBAL I MÉNDEZ, «Las cuentas anuales», en *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario, 1994; *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, pág. 594; PABLO ALBERT ALBERT, en OSCAR ALZAGA VILLAMIL y SANTIAGO RODRÍGUEZ-MIRANDA GÓMEZ, *Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1995, pág. 546; e IGNACIO FERRER CAZORLA, *Las cuentas anuales en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, tomo I, Madrid, 1995, pág. 402

(18) PABLO ALBERT ALBERT, obra citada en la nota anterior, págs. 546 y 547.

(19) PABLO ALBERT ALBERT, obra citada en las dos notas anteriores, pág. 548.

(20) IGNACIO FERRER CAZORLA, obra citada en la nota 17, pág. 403.

(21) En este sentido: VARIOS AUTORES, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Editorial Práxis, coordinados por RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO, pág. 493; IGNACIO FERRER CAZORLA, obra citada en las notas 17 y 20, págs. 402 y 403; y RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ, «Disposiciones Adicionales», en COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, tomo I, Madrid, 1995, pág. 568.

auditoría) si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior».

En cuanto a los supuestos de constitución, incluidos los de fusión por creación de una nueva sociedad, recoge esta norma lo dispuesto en la disposición adicional novena de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria (22), modificando lo dispuesto inicialmente en la Ley de Sociedades Anónimas que, según el sentido literal de sus palabras, exigiría el balance ordinario y la auditoría de cuentas en el primer ejercicio de todas las sociedades.

Pero, en cuanto a los supuestos de absorción y de transformación, creo que la reforma ha ido demasiado lejos, pues, literalmente entendida, cabría pensar que, aunque la sociedad absorbente o transformada hubiera estado obligada en los años inmediatamente anteriores a la formulación de balance ordinario, si el año de la fusión o absorción no lo estuviera, podría presentar balance abreviado y no estaría obligada a la auditoría de cuentas. Aunque el texto legal es claro, a mi modo de ver, en estos casos, según se desprende del número 1 del propio artículo 181 y de la permanencia de la personalidad jurídica de la sociedad absorbente y de la sociedad transformada, la sociedad debe entenderse sujeta al balance ordinario y a la auditoría de cuentas. Según estas consideraciones, el tenor literal del precepto se salvaría entendiéndolo referido a las sociedades creadas en la fusión y a las sociedades absorbentes y transformadas que antes de las operaciones de fusión y transformación no estuvieran sujetas a balance ordinario y a verificación de cuentas, bien por cumplir los requisitos del número 1 del artículo 181, o bien por ser colectivas o comanditarias simples distintas de las expresadas en el nuevo número 2 del artículo 41 del Código de Comercio, al que me refiero a continuación.

Por último, conforme al número 2 del artículo 41 del Código de Comercio, introducido por la Ley de 1995, también estarán sometidas a auditoría de cuentas, por la remisión que hace a las normas del título VII de la Ley de Sociedades Anónimas, salvo a las de la sección 9.^a, «las sociedades colectivas y comanditarias simples, cuando a la fecha de cierre del ejercicio todos los socios colectivos sean sociedades españolas o extranjeras». Ello, naturalmente, siempre y cuando no puedan formular balance abreviado, por aplicación del artículo 203.

Esta reforma está inspirada por la Directiva 90/605, que, a su vez, trató de salir al paso de las prácticas aparecidas en algunos países europeos, consistentes en la creación de sociedades personalistas, cuyos únicos socios eran sociedades capitalistas con limitación de responsabilidad,

(22) RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ, obra citada en la nota anterior, pág. 568.

consiguiendo con ello eludir la normativa sobre estados contables y cuentas consolidadas (23).

Esta regla afecta a las sociedades colectivas y comanditarias simples, siempre que todos sus socios sean sociedades, nacionales o extranjeras, y cualquiera que sea la naturaleza jurídica de las sociedades. Los requisitos que determinan la sujeción o no al balance ordinario y a la auditoría de cuentas, han de darse en la propia sociedad colectiva o comanditaria, no en las que son sus socios colectivos, para que aquéllas queden afectadas por tales obligaciones. La norma del Código afecta sólo a la sociedad colectiva o comanditaria que se encuentre en las circunstancias dichas, no a las que son sus socios, sin perjuicio del régimen jurídico que les sea aplicable (24).

2. NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR LA JUNTA GENERAL

Conforme a la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable, al menos en principio, a las sociedades limitadas, colectivas y comanditarias, simples o por acciones sujetas a auditoría, el nombramiento de auditor corresponde, según los casos, a la Junta General, al Registrador Mercantil o al Juez (25).

No me voy a referir al nombramiento por el Registro Mercantil ni por el Juez, por no haber sido objeto de modificación alguna por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

A) *En las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*

El nombramiento por la Junta General viene regulado en el artículo 204, cuyo número 1 dispone que los auditores serán nombrados «por la

(23) RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ, obra citada en las dos notas anteriores, págs. 566 y 567.

(24) VARIOS AUTORES, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Editorial Práxis, citada en la nota 21, pág. 761; ANTONIO VIANA CONDE, en OSCAR ALZAGA VILLAMIL y SANTIAGO RODRÍGUEZ-MIRANDA ARIAS, *Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid, 1995, pág. 525

(25) JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO ha criticado, creo que con razón, que la competencia para el nombramiento de auditor recaiga en la Junta General. Dice que «la Junta General no es órgano estructuralmente estatuido para realizar concretas designaciones, que pueden luego ser fallidas por la negativa del profesional nominado para aceptar el encargo. Para evitar esto, sugeriría que los administradores lleven a la Junta un compromiso de alguna firma auditora de aceptar el cargo, de ser nominada, compromiso que, para evitar todo problema, deberá ir acompañado de una propuesta de retribución». Ver: JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO, «El control externo de la Sociedad Anónima. Los auditores de cuentas», conferencia pronunciada el día 5 de marzo de 1992, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXII, Madrid, pág. 298.

Junta General antes de que finalice el período a auditar, por un período de tiempo determinado inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar», añadiendo tras la reforma introducida por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que tales auditores podrán ser reelegidos por la Junta General «anualmente una vez haya finalizado el período inicial». El artículo 204, ya en la parte no afectada por la reforma, prevé también el nombramiento de auditores suplentes (número 2) y establece que «la Junta General no podrá revocar a los auditores antes de que finalice el período para el que fueron nombrados, a no ser que medie justa causa» (número 3).

Según mi criterio, la reforma del artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas requiere plantear el análisis de la única modificación operada, la del sistema de reelección, y el de dos cuestiones que no han sido abordadas, el tiempo en que puede llevarse a cabo el nombramiento de auditor por la Junta General, y las causas de revocación del nombramiento de auditor por la propia Junta.

Por lo que atañe a la modificación operada, la nueva norma alude al plazo determinado inicial, en contraposición al viejo artículo, que hablaba sólo de plazo determinado no inferior a tres ni superior a nueve años. A mi entender, el añadir la palabra «inicial» sirve para especificar que cuando se nombra a un auditor que no sea quien venía auditando las cuentas hasta el ejercicio inmediatamente anterior al primero para el que es nombrado, ha de serlo por ese plazo de entre tres y nueve años. Al propio tiempo se suprime en el precepto la prohibición de reelección del auditor cuyo plazo inicial hubiese caducado (no podía ser reelegido el auditor hasta transcurridos tres ejercicios desde la terminación del período en que ejerció la auditoría en la sociedad, según prescribía el artículo 204 en su anterior redacción). Pero sólo se autoriza la reelección del auditor que viniera siéndolo de la sociedad por períodos anuales (26).

En los mismos términos ha tenido que ser reformado el artículo 4 de la Ley de Auditoría, que, en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pasa a establecer en su número 1 que «Los auditores serán contratados por un período de tiempo determinado inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, pudiendo ser contratados anualmente una vez haya finalizado el período inicial».

La reforma de ambos textos legales, permitiendo las reelecciones anuales de los auditores, ha merecido el aplauso de la doctrina, en base a que la independencia del auditor, valor que se pretendía salvaguardar con las

(26) RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ, obra citada en la nota 21, pág. 572

normas anteriores a la reforma, no tiene por qué depender de la duración de su relación con la sociedad, sino que se basa en la profesionalidad del propio auditor, considerando bastante la limitación temporal de la reelección a un ejercicio (27).

La Ley, tras la reforma, sigue sin distinguir entre prórroga y reelección del auditor, como hace la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. A mi modo de ver, es perfectamente aplicable tras la reforma, la sentada por la Resolución de 25 de octubre de 1993, y la de 13 de septiembre de 1994, en el sentido de que puede prorrogarse el nombramiento de auditor mientras no se agote el término de los nueve ejercicios que como plazo determinado inicial máximo determina el artículo 204, y cabe la prórroga mientras no ha caducado el encargo, esto es, que puede prorrogarse por la Junta General ordinaria que aprueba las cuentas del último ejercicio incluidos en el nombramiento o en un momento anterior (aplicando con ello por analogía el régimen propio de los administradores), pero no con posterioridad a aquella Junta ordinaria, en cuyo caso se habría producido la *vacatio* del cargo y sólo procedería la reelección, antes prohibida y ahora sujeta a la limitación de que ha de efectuarse por término de un solo ejercicio cada vez. En mi opinión, cabe la prórroga por más de un año, siempre que estemos en el período inicial para que el auditor haya sido nombrado, y siempre que con tal prórroga no se sobrepase el período inicial máximo de nueve años previsto en la Ley. Cuando se trate de auditores reelegidos no será posible la prórroga, pues el plazo de reelección es necesariamente de un ejercicio.

Pasando al estudio del tiempo hábil para que la Junta General realice el nombramiento, cuestión esta no afectada por la reforma, ya ha quedado

(27) El legislador ha rectificado el criterio sostenido inicialmente en la reforma del Derecho de Sociedades, recogiendo las críticas doctrinales que llegaron a tachar el criterio ahora derogado de contrario al principio constitucional de libertad de empresa en base a la mera sospecha de que la continuidad de la relación entre la sociedad y el auditor podría menoscabar la profesionalidad e independencia de éste. Ver: PABLO ALBERT ALBERT, obra citada en la nota 17, págs. 557 y 558; y GREGORIO MARAÑÓN BERTRÁN DE LIS, en la misma obra, págs. 579 a 581.

El criterio, de todos modos, no es unánime. En contra del mismo se pronuncia CHRISTI AMESTI MENDIZÁBAL, «Modificaciones introducidas por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada en materia de auditoría», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XIV, julio-septiembre de 1995, págs. 785 a 787; y la misma autora, en «Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz en relación a la renovación del nombramiento de auditores y violación del artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas», en la misma revista y número, págs. 788 y 789. La sentencia que cita la autora, de 19 de diciembre de 1994, argumenta en relación con el viejo texto del artículo 204 que se trata de una medida de cautela encaminada a dotar a los auditores del máximo de pureza y profesionalidad en el ejercicio de sus funciones, facilitando la alternancia de diversas auditorías.

expuesto que el artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que habrá de hacerse «antes de que finalice el ejercicio por auditar». A ello añade el artículo 205 la procedencia del nombramiento por el Registrador, a petición de los administradores, del comisario del sindicato de obligacionistas o de cualquier socio, cuando la Junta General no nombre auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar o cuando las personas nombradas no acepten el cargo o no puedan cumplir sus funciones. Y todo ello vino a ser desarrollado por el artículo 314 del Reglamento del Registro Mercantil en el sentido de que «Una vez finalizado el ejercicio a auditar, la competencia para el nombramiento de auditores para la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión de sociedades obligadas a ello, corresponderá exclusivamente al Registrador Mercantil del domicilio social o, previa revocación del designado por el Registrador, al Juez de Primera Instancia del domicilio social».

Como consecuencia de tal estado legislativo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 13 de marzo de 1992 ha negado categóricamente la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil el nombramiento de auditor realizado por la Junta General de una sociedad sujeta a auditoría con posterioridad al cierre del ejercicio a auditar. GARCÍA URBANO, ILLESCAS ORTIZ y ALCOVER GARAU (28) critican la dureza del precepto reglamentario y de la resolución dicha, por cuanto el texto legal se limita a enunciar la obligación de realizar el nombramiento antes de que finalice el ejercicio a auditar y a determinar la posibilidad de que se inste el nombramiento ante el Registrador Mercantil, pero sin prohibir expresa-

(28) La crítica al criterio reglamentario y de la Dirección General es prácticamente unánime: JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO, *Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil*, Madrid, 1992, pág. 279; el mismo autor, *El control externo de la Sociedad Anónima: Los auditores de cuentas*, citado en la nota 25, pág. 297; RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, dirigido por RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, tomo VIII, volumen 2.º, Editorial Cívitas, Madrid, 1993, págs. 42 y 43; GUILLERMO ALCOVER GARAU, «Nombramiento de auditor (RDGRN de 13 de marzo de 1992)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, año I/1993, núm. 1, págs. 176 a 178; y RAFAEL DE LAS CASAS GÓMEZ y RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, «Sobre la posibilidad del nombramiento de los auditores por la Junta General una vez finalizado el ejercicio a auditar», en *Revista de Derecho de Sociedades*, año II/1994, núm. 3, págs. 260 y sigs.

De todos modos, aunque generalmente es criticado el Reglamento del Registro Mercantil y no tanto la Ley de Sociedades Anónimas por cuanto de su tenor literal no ha de desprenderse necesariamente la imposibilidad del nombramiento extemporáneo por la Junta General, lo cierto es que el artículo 109.a), núm. 3, de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma y adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, sí que cabe inferir tal imposibilidad de nombramiento por la Junta una vez cerrado el ejercicio a auditar, y de esa Ley es de la que obtiene su fuerza de tal el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo.

mente el nombramiento extemporáneo por la Junta General, cuya posibilidad, al margen de lo dispuesto en el artículo 314 del Reglamento, podría venir amparada por la incongruencia de que la Junta no pudiera nombrar auditor en caso de vacante o, ni siquiera, en caso de revocación del auditor nombrado. A ello hay que añadir que sólo una vez cerrado el ejercicio puede saberse a ciencia cierta si la sociedad está o no sujeta a auditoría con carácter obligatorio.

Quizá reconociendo la excesiva contundencia del artículo 314 del Reglamento y de su propia doctrina anterior, la Dirección General, en su Resolución de 16 de junio de 1994, admite la inscripción del nombramiento de auditor en base a una certificación de acuerdo de Junta de la cual resulta que se adoptó antes de la finalización del ejercicio a auditar, argumentando que el contenido del acta certificada por persona legitimada se presume veraz y exacto, de suerte que no cabe exigir que conste fehacientemente la fecha del acuerdo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 1993 también se muestra en cierto modo tolerante en relación con la interpretación del artículo 314 del Reglamento, en un caso en que el auditor nombrado por la Junta General renunció al cargo poco antes de la Junta que debía aprobar las cuentas, ante lo que el Consejo de Administración nombró otro que realizó la revisión; impugnado el acuerdo, la Audiencia manifiesta que, si bien debió acudir al procedimiento del artículo 205 de la Ley, tal irregularidad puede hallar lógica explicación en la imperiosa necesidad de auditar las cuentas en un plazo que permitiese celebrar la junta, en cumplimiento del artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que hubiese sido muy difícil, si no imposible, salvo habiendo omitido la preceptiva auditoría, lo que habría dado lugar a que los actores impugnasen el acuerdo por falta de tan especial requisito. Sobre esa base, y ya que no se pone en cuestión ni el trabajo del auditor ni la corrección de su examen de las cuentas, lo que denota que el motivo de impugnación descansa en una cuestión puramente formal, y ello a su vez la mala fe de los actores, la sentencia desestima la impugnación del acuerdo.

La reforma del régimen de las sociedades anónimas introducida por la Ley de 1995 podría haber sido una buena ocasión para suprimir la interpretación que hace el Reglamento del Registro Mercantil de la norma legal objeto de estudio, y más, si tenemos en cuenta que el texto reglamentario se basa en el antecedente directo del legal, el artículo 109.a), número 3, de la Ley de Sociedades Anónimas introducido por la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades, texto legal en que funda su rango el Texto Refundido vigente. En todo caso, no lo ha entendido así el legislador y

tampoco figura corregida la regulación del Reglamento del Registro Mercantil proyectado, al que me referiré más adelante.

Tampoco se ha aprovechado la reforma para determinar por vía legislativa qué ha de entenderse por justa causa para la revocación del nombramiento de auditor, como se exige desde algún sector doctrinal (29). En el actual estado legislativo, la calificación de la causa como justa y su apreciación corresponde a la Junta General, pudiendo ser objeto de revisión judicial mediante la impugnación del acuerdo de revocación dentro del procedimiento oportuno (30).

B) *En las sociedades colectivas y comanditarias simples y por acciones*

La competencia atribuida por la Ley de Sociedades Anónimas a la Junta General para el nombramiento de auditor nos ha de llevar a plantearnos a qué órgano corresponde tal competencia en las sociedades colectivas y comanditarias sujetas a auditoría.

En relación con las sociedades colectivas, si la administración de la compañía no se ha limitado, según permite el artículo 129 del Código de Comercio, a alguno de los socios, la designación corresponderá a los propios socios colectivos. No se requerirá la unanimidad, pues sólo se exige el acuerdo de los socios para contratar y asumir obligaciones (arts. 129 y 130 del propio Código). Aunque el vínculo con el auditor es contractual, el precepto del Código que exige el acuerdo de los socios presentes para contratar debe referirse al giro o tráfico de la compañía, sin extenderse a un acto referente al control interno de la sociedad y que viene impuesto por

(29) En este sentido son muy interesantes dos trabajos de JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: uno de carácter general, «La revocación del auditor de cuentas en la sociedad anónima», en *Revista de Derecho de Sociedades*, año II/1994, núm. 2, págs. 53 y sigs.; y otro más breve y específico, «Francia: La ingerencia del auditor en la gestión de la sociedad como causa de revocación», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XIV, abril-junio 1995, núm. 58, págs. 584 a 586.

(30) Ver, además de los dos trabajos citados en la nota anterior, JOSÉ MARÍA NEILA NEILA, *La nueva Ley de Sociedades Anónimas, doctrina, jurisprudencia y directivas comunitarias*, volumen II, Madrid, 1990, pág. 801. Este autor ciñe la posibilidad de revocación del auditor a la resolución del Juez de Primera Instancia que preveía el artículo 109.b) de la Ley de Sociedades Anónimas previo al vigente Texto Refundido. Ver también RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, tomo VIII, *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, volumen 2.º, *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, Madrid, 1993, págs. 53 a 56. ILLESCAS, como SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE en el primero de los trabajos citados en la nota anterior, admite la revocación por acuerdo de la Junta General, sin perjuicio de la impugnabilidad ante los Tribunales de dicho acuerdo.

la Ley de tal manera que incumbe en las sociedades capitalistas a la Junta General. En consecuencia, creo que para nombrar auditor será necesario el acuerdo de la mayoría de los socios colectivos.

En el caso de que la administración de la sociedad colectiva corresponda sólo a alguno o algunos de los socios, cabe plantear si la designación de auditor será competencia de los socios gestores o de todos los socios de la entidad. A favor del nombramiento por los socios gestores pueden invocarse los siguientes argumentos: la inexistencia de estas sociedades de Junta General; que la competencia que a este órgano atribuye el artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas se basa en que su cometido es el de expresar la voluntad social, y la formulación de tal voluntad social correspondería en las sociedades colectivas a los socios gestores; y que tener que contar con los socios no gestores podría ser complicado o poco operativo desde el punto de vista del funcionamiento del órgano gestor. A favor del nombramiento por todos los socios cabe aducir lo siguiente: que la atribución de la competencia a la Junta General supone la intención del legislador de no atribuirla a los administradores como tales; que al propio tiempo, implica la intención legal de que la designación se realice por los socios; y que en la práctica, por su carácter de absolutamente personalistas, no son sociedades de muchos socios, por lo que no será difícil obtener el consentimiento o la opinión de todos los socios o de la mayoría de ellos. Yo me inclino personalmente por estos últimos argumentos, y entiendo que el acuerdo ha de estar adoptado por la mayoría de los socios colectivos, administradores o no.

En cuanto a las sociedades comanditarias simples, después de lo expuesto en el párrafo anterior, será claro, siempre a mi modo de ver, que el nombramiento corresponde a los socios colectivos, administren o no; la cuestión está en si los socios comanditarios han de tener o no participación en el nombramiento. Por los mismos razonamientos expuestos en relación con la sociedad colectiva, considero que los socios comanditarios tienen derecho a participar en el nombramiento de auditor, de suerte que éste habrá de ser designado por la mayoría de socios colectivos y comanditarios.

Por lo que atañe a la sociedad comanditaria por acciones, respecto de la cual la doctrina coincide en afirmar que constituye en el actual estado legislativo un tipo societario autónomo (31), está claro que el nombramiento

(31) En este sentido, MERCEDES VÉRGEZ SÁNCHEZ, «El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de Sociedades», en COLEGIOS NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA Y NOTARIAL DE MADRID, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, *La reforma del Derecho español de sociedades de*

to de auditor corresponde a la Junta General, por aplicación del artículo 152 del Código de Comercio.

3. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE AUDITORÍA

La disposición adicional sexta de la Ley ha introducido un nuevo texto para el apartado 4 del artículo 8 de la Ley de Auditoría de Cuentas, apartado que consta de dos párrafos. El párrafo primero ha sido examinado en el anterior número 2, y establece que los auditores podrán ser contratados por un período determinado inicial que no podrá ser inferior a tres ejercicios ni superior a nueve, pudiendo ser contratados anualmente una vez finalizado el período inicial. A ello añade el nuevo párrafo segundo que «No obstante, cuando las auditorías de cuentas no fueran obligatorias, no serán de aplicación las limitaciones establecidas en el párrafo anterior».

La nueva redacción, como dice MARAÑÓN (32), no establece en estos casos ningún límite de tiempo, y responde a la intención del legislador de no poner ningún tipo de trabas a que las sociedades sin obligación legal de hacerlo decidan someter sus cuentas a auditoría.

Creo en este punto que la Ley, como tampoco lo era antes de la reforma, no está sobrada de precisión técnica. Distingue el precepto entre auditorías obligatorias, para las que exige el período determinado inicial no inferior a tres años ni superior a nueve, y auditorías no obligatorias, que no están sujetas a esas limitaciones. Pero además de las auditorías obligatorias así configuradas, hay otras que con arreglo a la normativa que las establece también tienen ese carácter obligatorio; así ocurre con las que se pueden llamar auditorías obligatorias específicas, que se exigen en supuestos concretos, como los de determinadas ampliaciones o reducciones de capital, en que de la simple interpretación del precepto que las prescribe se desprende que no es necesaria la contratación del auditor por tres años. Quizá el legislador haya entendido que estas auditorías no son obligatorias por cuanto no es obligatorio para la sociedad ampliar o reducir capital, pero lo cierto es que, producido el hecho o adoptado el acuerdo que las determina, es legalmente obligatorio realizarlas. También son, a mi modo de ver, obliga-

capital. Madrid, 1987, págs. 889 y sigs., especialmente, 894, 898 y 899. Ver asimismo, LUIS FERNÁNDEZ DE LA CÁNDARA, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigidos por RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, tomo XIII, *La sociedad comanditaria por acciones*, comentario al artículo 151 del Código de Comercio, Madrid, 1992, págs. 15 y sigs.

(32) GREGORIO MARAÑÓN BERTRÁN DE LIS, en OSCAR ALZAGA VILLAMIL y SANTIAGO RODRÍGUEZ-MIRANDA GÓMEZ, *Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, pág. 581.

torias las auditorías realizadas a petición de los socios que representen al menos el 5 por 100 del capital social, conforme al número 2 del artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas, una vez dichos socios las han solicitado. Y también son obligatorias las auditorías que se ordenen judicialmente por la vía del artículo 40 del Código de Comercio, cuyo objeto corresponderá determinarlo al propio Juez. Sólo son puramente voluntarias las que la propia entidad acuerda realizar, bien por disposición estatutaria o bien por disposición de sus órganos, en cumplimiento o no de una norma estatutaria. Creo, por tanto, que el criterio del nuevo número 4 del artículo 8 de la Ley de Auditoría es erróneo por cuanto hace una distinción sumamente general entre auditorías obligatorias y no obligatorias, sin entrar en las diferentes modalidades de auditoría que, desde el punto de vista de su origen, establece nuestra legislación, por lo que constituye una norma ambigua y en cuya interpretación exige tener en cuenta el resto de las que determinan el régimen de cada modalidad de auditoría.

Por último, la contratación de una auditoría voluntaria puede plantear el problema de si el número de ejercicios durante los que se haya prolongado computarán o no a los efectos de los artículos 204 de la Ley de Sociedades Anónimas y 8 número 4 de la Ley de Auditoría en el supuesto de que la sociedad devenga obligada al nombramiento de auditor con arreglo al artículo 203. ILLESCAS ORTIZ (33) considera que, si la sociedad sujeta a auditoría nombra auditor y durante algunos ejercicios deja de estar sujeta, volviéndolo a estar posteriormente, los ejercicios no revisados no computan a efectos del plazo para el que el auditor fue nombrado. Ahora bien, si, aún no estando sujeta la sociedad a auditoría, los ejercicios fueron auditados, considero que sí computarán.

De esta manera, a mi modo de entender, y dado que el artículo 203 somete al régimen de la auditoría a todas las sociedades y sólo por vía de excepción establece los supuestos en que las sociedades no están obligadas por él, y en cuanto el artículo 204 no distingue entre sociedades sujetas obligatoriamente o no, habrá que entender que los ejercicios en que se sometieron las cuentas a auditoría computarán en todo caso, estuviera sujeta o no la sociedad obligatoriamente a control de cuentas, y no computarán aquellos ejercicios en que, no estando obligada la sociedad, no se sometiera a auditoría. Ahora bien, para que compute el ejercicio a efectos del artículo 204, el auditor habrá de haber sido designado en los términos de ese mismo artículo, esto es, por la Junta General y antes de la finalización del ejercicio a auditar, y habrá de haberse inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, en cuanto modo de que opere la publicidad regis-

(33) RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, obra citada en la nota 30, págs. 48 y 49.

tral y requisito necesario para que el Registrador lo tenga en cuenta a la hora de calificar los nombramientos o las prórrogas posteriores.

Todo lo dicho, naturalmente, debe entenderse sin perjuicio de las relaciones jurídicas que se deriven en cada caso del contrato de auditoría de cuentas concertado entre la sociedad y el auditor.

III. LA AUDITORIA EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La Ley de Sociedades Limitadas contiene sólo tres artículos en el Capítulo VII, dedicado a las cuentas anuales, el primero de los cuales, el 84, se limita a decir que «En todo lo no previsto en esta Ley será de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada lo establecido en el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas». No conteniendo ninguna referencia genérica, sí las específicas a que me referiré en el número 2 de este mismo apartado III del trabajo, que la contenida en el número 3 del artículo 86, según el cual, «Lo dispuesto en el párrafo anterior (el derecho del socio o socios que representen al menos el 5 por 100 del capital social a examinar los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales) no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre un auditor de cuentas con cargo a la sociedad».

El régimen de la auditoría de las sociedades limitadas es, por consiguiente, el mismo de las anónimas, además del general del Código de Comercio. Paso a tratarlo partiendo de la base de una clasificación de la auditoría desde el punto de vista de su origen, lo que permitirá, a mi modo de ver, una mejor determinación de los regímenes jurídicos aplicables, que expondré, en lo no modificado por la Ley objeto de este estudio, de forma resumida.

Desde el punto de vista del origen de la sujeción de una entidad a la verificación de cuentas o auditoría, puede hablarse, desde mi punto de vista, de auditoría legal genérica, auditoría legal específica, auditoría a petición de los socios, auditoría judicial y auditoría voluntaria. Auditoría legal genérica es la que sujeta con carácter general a auditoría a determinadas entidades, de manera que sus cuentas han de someterse cada año a su verificación. Es específica cuando la Ley impone la auditoría en un caso concreto y con determinada finalidad, esté o no sujeta la entidad con carácter general a auditoría, como ocurre en los casos de reducción de capital de sociedades anónimas y limitadas para reestablecer su equilibrio patrimonial. Auditoría a petición de los socios es la que pueden exigir los que representen una determinada proporción del capital social. Auditoría judicial es la decretada por el Juez competente. Y auditoría voluntaria es la que, sin

imposición legal ni judicial, decide realizar la propia persona o entidad de cuyas cuentas se tratan. Voy a referirme por separado a la incidencia de la reforma en estas cinco categorías en que clasifico la auditoría.

1. AUDITORÍA LEGAL GENÉRICA

Las sociedades sujetas a auditoría de cuentas vienen determinadas en la disposición adicional primera de la Ley de Auditoría de Cuentas y en el artículo 203 de la Ley de Sociedades Anónimas, que ya han sido expuestos en el apartado II anterior, número 1.

El nombramiento de auditor puede corresponder a la Junta General, al Registrador Mercantil y al Juez de Primera Instancia. Al nombramiento por la Junta General me he referido ya en el apartado II, número 2, de este trabajo, y se rige por lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El nombramiento por el Registrador Mercantil viene regulado en el artículo 205, número 1, de la Ley de Anónimas, que no ha sufrido variación, y en los artículos 314 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Procede el nombramiento por el Registrador a petición de los administradores, del presidente del sindicato de obligacionistas o de cualquier socio, y siempre y cuando no lo hubiera hecho la Junta General antes de que finalice el ejercicio a auditar o las personas nombradas no acepten el cargo o no puedan cumplir sus funciones.

El nombramiento por el Juez de Primera Instancia del domicilio viene regulado en el artículo 206 de la Ley de Sociedades Anónimas, que tampoco ha sufrido variación. Presupone la existencia de un auditor nombrado, bien por la Junta General, bien por el Registrador Mercantil, y que haya incidido en una «justa causa» de revocación. En estos casos, «los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor» podrán solicitar al Juez la revocación y el nombramiento de un nuevo auditor.

La norma es sumamente imprecisa a la hora de determinar la legitimación activa para solicitar del Juez la revocación y el nuevo nombramiento. Coincido con NEILA (34) en que la legitimación corresponderá a los administradores, al presidente del sindicato de obligacionistas y a cualquier socio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 205, número 1. También peca de imprecisión el precepto en cuanto a la inconcreción de qué se entienda por justa causa que fundamente la revocación del nombramiento

(34) JOSÉ MARÍA NEILA NEILA, obra citada en la nota 30, tomo II, págs. 812 y 813.

de auditor, con lo que, en último extremo, habrá que recurrir al arbitrio judicial (35). El procedimiento adecuado, según el propio NEILA (36), será el declarativo ordinario de menor cuantía.

La auditoría de cuentas se sujetará a lo previsto en los artículos 208 al 210 de la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Auditoría de Cuentas y su Reglamento y la normativa que los desarrollan y complementan, específicamente las Resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. El artículo 207 de la Ley de Sociedades Anónimas regula la retribución del auditor, y el 211 la legitimación activa para exigirle responsabilidad, remitiendo a la normativa propia de los administradores.

En cuanto a las innovaciones introducidas por la Ley en el régimen general de la auditoría, ya han sido tratadas en el apartado II de este trabajo.

2. AUDITORÍA LEGAL ESPECÍFICA

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada exige la auditoría en cuatro supuestos específicos: con motivo de la enajenación de participaciones sociales, en determinados casos de usufructo de participaciones sociales, en la reducción de capital para compensar pérdidas y en los casos de separación o exclusión de socios.

A) *La auditoría en la enajenación de participaciones sociales*

Dispone el artículo 29, número 1, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que, salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión de participaciones sociales por actos entre vivos a favor de socios o a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes del transmitente o de sociedades del mismo grupo que la transmitente. «En los demás casos (añade), la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta Ley». Las reglas legales para la transmisión entre vivos vienen en las diferentes letras en que se divide el número 2 del mismo artículo 29, de las cuales la «d» se refiere al precio. Sus párrafos segundo y tercero dicen lo siguiente: «En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor real de las partici-

(35) Ver las notas 29 y 30.

(36) JOSÉ MARÍA NEILA NEILA, obra citada en la nota 30, tomo II, pág. 813.

paciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor real el que determine el auditor de cuentas de la sociedad y, si ésta no estuviera obligada a la verificación de cuentas anuales, el fijado por un auditor designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de cualquiera de los interesados. En ambos casos, la retribución del auditor será satisfecha por la sociedad. En los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones, se entenderá por valor real de las participaciones el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil».

Esto supone una notable variación respecto del artículo 20 de la Ley derogada, que establecía un régimen único para toda transmisión *inter vivos*, con un procedimiento de fijación del precio de venta, en caso de discrepancia, por medio de tres peritos, nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo, y, no lográndose éste, por el Juez, y ello sin perjuicio de lo que dispusiera la escritura de constitución de la sociedad.

No ha faltado quien critique el establecimiento del derecho de adquisición preferente en los casos de transmisión onerosa distinta de la compra-venta y de transmisión gratuita *inter vivos*, con base en que es posible que el transmitente no quiera desprenderse de las participaciones sociales si no es del modo específico que lo hace, y no a cambio de dinero (37). No obstante, hay que tener en cuenta que ya el Derecho anterior establecía el tanteo en estos casos, por medio de la norma del artículo 20, y que el legislador en todo caso hace prevalecer sobre las intenciones y conveniencias del socio el carácter personalista de la sociedad, por cuanto los demás componentes de la misma lo son en base a las personas que la integran, de suerte que no considera adecuada la admisión de cualquier persona como socio sin su consentimiento directo o indirecto, o sin la posibilidad al menos de pagar el importe de las participaciones del socio que pretende salir de la sociedad.

El número 1 del artículo 29 permite que los estatutos sociales establezcan un régimen distinto al legal o que modifiquen éste, con la limitación que supone la regulación por el artículo 30 de una serie de cláusulas estatutarias prohibidas en la materia. El número 1 de dicho precepto prescribe la nulidad de las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos entre vivos. Considero que con arreglo a esta norma puede liberalizarse la transmisión de partici-

(37) Ver ANTONIO B. PERDICES HUETOS, «Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada (Observaciones a propósito del derecho proyectado)», en *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 1993, núm. 8, págs. 325 a 327.

paciones por título oneroso distinto de la compra-venta y por donación, dada la especialidad de estos supuestos que impide la subrogación en la posición del adquirente, y dado el interés que puede tener el socio de desprenderse de las participaciones sociales sólo para obtener otra adquisición concreta que no sea la de dinero, o bien para otorgar su liberalidad a otra persona determinada. No quedaría con ello burlada la prohibición, pues subsistiría la limitación en las transmisiones por título de compra-venta, en las que el transmitente pretende cambiar las participaciones por dinero, que es lo que obtendría en caso de ejercitarse el derecho de adquisición preferente.

Existiendo el derecho de adquisición preferente en las transmisiones objeto ahora de estudio, cabe plantear si los estatutos podrían establecer un sistema para determinar el precio distinto del contenido en la Ley. No hay, creo, inconveniente para ello, con la limitación consagrada por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado anterior a la Ley vigente (Resoluciones de 15 de noviembre de 1991, 20 de agosto de 1993 y 7 de junio de 1994) de que el precio que se determine lo sea con criterios de objetividad, imparcialidad y adecuación al valor real, por cuanto el derecho de la sociedad y de los socios a impedir el ingreso de nuevos miembros no deseados no puede ser reconocido en detrimento del no menos legítimo derecho del socio a obtener el valor real de las participaciones que pretende enajenar.

Admitiendo la posibilidad de que, respetando las anteriores consideraciones, los estatutos determinen un modo diferente del legal para fijar el precio de las participaciones, cabe preguntar si podría establecerse que la valoración fuera llevada a cabo por un auditor nombrado por la Junta General de la sociedad o por su órgano de administración.

Si la sociedad no estuviera obligada al nombramiento de auditor, creo que no hay inconveniente en afirmar tal posibilidad, por el carácter profesional e independiente de los auditores de cuentas y porque el transmitente que se crea perjudicado siempre tendrá la posibilidad de acceso a la vía judicial para litigar sobre el valor real. No creo que pueda establecerse estatutariamente que el nombramiento lo realice el Juez, toda vez que, al ejercer función pública, solamente puede intervenir en los supuestos legalmente contemplados, y sin que su actuación pueda depender de una disposición puramente voluntaria de las partes. Sí cabrá que el nombramiento lo haga el Registrador Mercantil sobre la base de que los estatutos recojan la norma legal del artículo 29 o simplemente la modalicen sin alterarla sustancialmente, pero no en otro caso, por las mismas razones expuestas para el Juez.

Si la sociedad estuviera sujeta a auditoría con carácter general, creo que, de encomendar los estatutos la valoración a un auditor, sólo podría hacerlo

el que lo sea de la sociedad. Me baso para afirmarlo en la aceptación previa del auditor nombrado por la misma sociedad o en haberle sido impuesto; en la idea que ofrecen las Leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades Limitadas de auditor «de la sociedad», como dice SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (38), lo que da al mismo una configuración orgánica o cuasi-orgánica, cuyo nombramiento y cese se regula de forma paralela a los de los administradores; y en la consideración de que la posibilidad de nombrar un segundo auditor podría ser entendida en el sentido de pretender desviar de alguna manera su informe del valor verdadero de las participaciones sociales en provecho de quienes ostentan una posición dominante en la sociedad.

Pasando ya al régimen supletorio del que puedan prever los estatutos, recogido en el artículo 29, número 2, sólo cabe hacer dos observaciones. La primera es que, en caso de que el nombramiento del auditor corresponda al Registrador Mercantil, como subrayan los comentaristas dirigidos por CAVANAS TREJO y CALAVIA MOLINERO (39), es muy difícil que el auditor emita su informe antes de que transcurra el plazo de un mes desde la notificación de la sociedad al transmitente de quienes han de ser los adquirentes, cuyo plazo viene establecido en la letra «e» del número 2 del artículo 29 para el otorgamiento del título transmisivo de la propiedad. A mi modo de ver, en este caso el plazo ha de contarse desde que el auditor que nombra el Registrador Mercantil acepta el cargo, pues es el momento en que hay auditor que pueda realizar la valoración, con lo que se cumplen los dos requisitos de notificación fehaciente y de determinación del auditor que haya de valorar, requisitos estos que son imprescindibles para que exista la posibilidad de realizar la valoración y que se cumplen para las sociedades obligadas a auditoría genérica sólo con la notificación, pues el auditor ya está nombrado.

Ahora bien, para el caso de nombramiento por el Registrador Mercantil, el artículo 327, número 3, del vigente Reglamento del Registro Mercantil establece que el plazo que tiene el auditor para emitir el informe será de un mes desde la aceptación, y podrá ser prorrogado a petición fundada del propio auditor. En contra del criterio de los antes expresados comentaristas-

(38) JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La revocación del auditor de cuentas en la sociedad anónima», en *Revista de Derecho de Sociedades*, año II/1994, núm. 2, págs. 63 y sigs. Subraya este autor el carácter doctrinal más que legal del concepto de órgano en Derecho Societario español, al propio tiempo que las discrepancias entre las Leyes sobre sociedades y la Ley de Auditoría hacen que la tesis contractualista de la relación entre la sociedad y su auditor tenga su base en la normativa propia de la auditoría de cuentas, mientras que la tesis organicista encuentre apoyo en la Ley de Sociedades Anónimas y, por remisión, en la de Sociedades Limitadas.

(39) VARIOS AUTORES, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Editorial Praxis, coordinados por RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO, pág. 119.

tas (40), considero que este precepto no es aplicable, por ser contrario a una norma de mayor rango, la Ley, que exige que se otorgue el título público de adquisición en el plazo de un mes, en los términos en que lo acabo de interpretar, corrigiéndole en base a su propia teleología.

En todo caso, hay que hacer notar el criterio diverso que muestra el legislador para resolver cuestiones idénticas, cuales son los distintos casos en que procede valorar participaciones sociales. Así, en el supuesto del artículo 29 se fija el plazo de un mes en los términos ya expuestos, mientras que en el artículo 100, para los casos de separación y exclusión de socios, que es también aplicable en los casos de ejercicio del derecho de adquisición preferente en las transmisiones *mortis causa*, se da al auditor un plazo de dos meses a contar desde el nombramiento del auditor para elaborar su informe.

Pero también cabe la posibilidad de que el auditor, el de la sociedad o el nombrado por el Registrador, no haya emitido su informe una vez transcurrido el plazo establecido para el otorgamiento del título de transmisión de las participaciones, lo cual, y siempre que no se sobrepase el límite de los dos meses del artículo 100, no parece que pueda dar lugar por sí solo a que se aprecie responsabilidad del auditor. En este caso, creo que adquirente y transmitente deberán obrar de común acuerdo, en base a las exigencias de la buena fe, para otorgar el título traslativo tan pronto conozcan el informe, y, caso, de no actuar de consuno, deberán recurrir al Juez para exigir sus derechos, acreditando que, una vez conocido el informe, han procedido diligentemente y de buena fe para obtener la titulación de la transmisión sin causar daño a la otra parte.

La segunda consideración, también puesta de manifiesto por los comentaristas aludidos (41), es que, en caso de aportación de las participaciones a sociedad limitada, aunque no esté expresamente previsto por el precepto, si los fundadores recurren al experto independiente para la valoración de las participaciones que se intentan aportar, conforme al artículo 21, número 5, de la Ley, también se entenderá por valor real de las mismas el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil. Base para ello es la identidad de razón entre los supuestos de sociedad anónima y comanditaria por acciones y sociedad limitada en que se recurra al experto independiente nombrado por el Registrador para la valoración de las aportaciones no dinerarias.

Para terminar, quiero subrayar que en todos estos supuestos, la misión del auditor no es específicamente la de revisar las cuentas sociales, sino la de determinar el valor real de las participaciones sociales. Cabe recordar con ello la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección General

(40) Obra citada en la nota anterior, pág. 119.

(41) Obra citada en la nota anterior, pág. 119.

de los Registros y del Notariado de 20 de agosto de 1993 y 10 de junio de 1994, que niegan que el valor real haya de coincidir necesariamente con el valor contable, en tanto habría que tener en cuenta las expectativas y los elementos inmateriales pero valiables de la empresa.

Para determinar ese valor real, pienso que será de aplicación la Resolución de 23 de octubre de 1991 del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial en los supuestos establecidos en los artículos 64, 147, 149 y 225 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Dice su número dos que tiene por objeto los informes requeridos por los artículos específicamente determinados en su enunciado; pero es clara la identidad de razón en los supuestos del artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas y el que ahora es objeto de estudio de la Ley de Sociedades Limitadas. Sienta la Resolución como métodos a utilizar (excluimos el del valor de cotización en Bolsa porque no pueden las participaciones sociales ser objeto de cotización en mercados secundarios oficiales) el del valor del activo neto real, el del valor de capitalización de resultados y el del valor actual de flujos monetarios netos (núm. 6). El auditor, dice el número 8, no ha de emitir una opinión, como en una auditoría de cuentas, sino determinar un valor de transmisión o reembolso de acciones (en este caso participaciones sociales) en base a su juicio como experto independiente en asuntos contables, económicos y financieros. Los números 10 y 11 se refieren, respectivamente, al procedimiento a aplicar y al contenido del informe.

El momento al que el auditor ha de referir la valoración viene determinado por el propio artículo 29 de la Ley, y es «el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir».

Los costos de la valoración que realice el auditor serán a cargo de la sociedad, por la aplicación analógica del artículo 100, y porque el ejercicio del derecho de adquisición preferente no debe perjudicar al socio que quiere separarse de la sociedad y tiene derecho a obtener la totalidad del importe de sus participaciones.

La valoración, por último, podrá ser impugnada ante la autoridad judicial por medio del procedimiento declarativo ordinario correspondiente según cuantía, lo cual no suspenderá el procedimiento de ejercicio del derecho de tanteo, según se desprende del apartado «e» del mismo artículo 29.

Por último, para la transmisión *mortis causa*, el número 2 del artículo 32 de la Ley establece que, en caso de fallecimiento de un socio, «los estatutos podrán establecer en favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieren al día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se registrará por lo dispuesto en el artículo 100 y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo

de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria». Remito al apartado «C» de este número 2, en cuanto allí afrontaré el análisis del artículo 100. Sólo quiero incidir especialmente ahora en la referencia de la valoración de las participaciones al día del fallecimiento del socio.

B) *La auditoría en el usufructo de participaciones sociales*

Dispone el número 3 del artículo 36 de la Ley que «Salvo que el título constitutivo del usufructo disponga otra cosa, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas a la liquidación del usufructo y al ejercicio del derecho de asunción de nuevas participaciones. En este último caso, las cantidades que hayan de pagarse por el nudo propietario al usufructuario, se abonarán en dinero».

En este punto concreto no ha variado en nada la regulación, pues el anterior texto legal se limitaba a establecer en su artículo 24, como única norma en la materia, que «Al usufructo de participaciones sociales se aplicará lo dispuesto para el usufructo de acciones».

No habiendo, por tanto, variado la regulación, voy a limitarme a enunciar la regulación de la Ley de Sociedades Anónimas.

En materia de liquidación del derecho de usufructo, por aplicación del artículo 68, finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea su naturaleza o denominación. Si la sociedad se disuelve durante el usufructo, el usufructuario tendrá derecho a una parte de la cuota de liquidación equivalente a aquel incremento de valor de las participaciones. Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre el importe a abonar, éste será fijado a petición de cualquiera de ellas y a costa de ambas por el auditor de la sociedad, y, si ésta no estuviera obligada a verificación contable por el designado por el Registrador Mercantil del domicilio de la sociedad.

Queda claro que este criterio es supletorio respecto del que se haya establecido en el título constitutivo del usufructo, en el cual podrá configurarse libremente tal derecho. Siendo de aplicación el criterio del artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, parece que el acuerdo de las partes puede tener por objeto tanto un importe concreto a abonar por el nudo propietario al usufructuario como un criterio de valoración, incluida la designación de un auditor distinto al de la sociedad o al que pudiera nombrar el Registrador Mercantil. Por otro lado, siendo una cuestión que inte-

resa sólo al nudo propietario y al usufructuario, no es necesario que el importe que se fije sea el estrictamente exacto, pudiendo transigir y contratar libremente al amparo del artículo 1.255 del Código Civil.

C) *La auditoría en la reducción de capital para compensar pérdidas*

Viene exigida en el número 2 del artículo 82 de la Ley, que no tiene precedente en la Ley anterior y que se inspira en lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley de Sociedades Anónimas. Dispone que «El balance que sirva de base a la operación deberá referirse a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo y estar aprobado por la Junta General, previa su verificación por los auditores de cuentas de la sociedad, cuando ésta estuviere obligada a verificar sus cuentas anuales, y si no lo estuviere, la verificación se realizará por el auditor de cuentas que al efecto designen los administradores. El balance y su verificación se incorporarán a la escritura pública de reducción».

PABLO ALBERT y VICTORIA FERNÁNDEZ LÓPEZ (42) subrayan que la necesidad del informe del auditor, introducida en el Senado, se basó en la consideración de que debía en este caso concreto predominar la idea de la garantía de los acreedores sobre la de disminuir lo más posible los gastos de administración de este tipo de sociedad. La necesidad de proteger a los acreedores se hace más patente por el hecho de que no tienen en este caso derecho de oposición (43). De todos modos, compete realizar el nombramiento de auditor, tratándose de sociedades no sujetas a la obligación genérica de auditoría de las cuentas anuales, al órgano de administración, con base sin duda en el carácter independiente de los auditores.

El precepto, en cuanto establece una garantía para la sociedad, para los socios y para los terceros, es imperativo y no puede obviarse, en consecuencia, por los estatutos sociales.

Observa la comisión del Colegio Notarial de La Coruña que ha comentado el precepto (44) la presencia en el número 1 del mismo de la expre-

(42) PABLO ALBERT ALBERT y VICTORIA FERNÁNDEZ LÓPEZ, en la obra colectiva citada en las notas 17 y 32 dirigida por OSCAR ALZAGA VILLAMIL y SANTIAGO RODRÍGUEZ-MIRANDA GÓMEZ, pág. 354.

(43) Ver PEDRO YANES YANES, «La designación de auditores de cuentas por los administradores de la sociedad anónima», en *Revista de Derecho de Sociedades*, año III/1995, núm. 4, especialmente en la pág. 178.

(44) SANTIAGO BOTAS PREGO, JOSÉ LUIS ESPINOSA DE SOTO, GERARDO GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, EDUARDO MÉNDEZ APENELA, FRANCISCO ORDÓÑEZ ARMAN, JOSÉ MARÍA RUEDA PÉREZ y RAFAEL SANMARTÍN LOSADA (Comisión del Colegio Notarial de La Coruña), en COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, tomo I, Madrid, 1995, págs. 386 y 387.

sión «patrimonio contable», que, según su criterio, no sería suficiente para apartarse del criterio seguido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de noviembre de 1992, recaída en un supuesto de reducción de capital para compensar pérdidas de una sociedad anónima, y de la cual se infiere, en palabras de los citados comentaristas, que el desequilibrio patrimonial que produzca la reducción tiene que ser real y no meramente contable, en el sentido de que si existen plusvalías reales no trasladadas al balance, no se produce el supuesto de hecho de la reducción.

Mi postura al respecto no es acorde con la de mis compañeros de La Coruña. El criterio expuesto mantenido por la Resolución de 23 de noviembre de 1992 ha sido rebatido sobradamente por LUIS SANZ PARAÍSO y AMALIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (45). Se basó la Dirección General en que, si los artículos 38 y 39 del Código de Comercio y 138 de la Ley de Sociedades Anónimas determinan que la contabilización se realice por el precio de adquisición o coste de producción, el artículo 34 del Código, en sus números 3 y 4, exige que se deje de aplicar la norma contable que distorsione la imagen fiel que de la situación económica de la sociedad ha de dar la contabilidad. Ahora bien, los autores citados, con base en el principio de prudencia, previsto en el artículo 38 del Código de Comercio, a la evolución doctrinal y legal de la noción de imagen fiel y a la interpretación conjunta de las normas del Código y del Plan General de Contabilidad, llegan a la conclusión de que esa imagen fiel que persigue nuestro ordenamiento contable ha de ser una imagen fiel prudente, llegando a la conclusión de la imposibilidad de apreciar las plusvalías sin haberse realizado el bien valorado, salvo en los casos en que una disposición legal o administrativa lo permita. Creen en consecuencia estos autores que es erróneo el criterio de la Resolución, de manera que en estos supuestos habrá que atender como valor de los bienes al precio de adquisición o coste de producción. Y a mi modo de ver, esto es lo que trata de subrayar el número 1 del artículo 82 de la Ley de Sociedades Limitadas con la expresión «patrimonio contable».

D) *La auditoría en la separación y exclusión de socios*

El artículo 100 de la Ley regula la valoración de las participaciones sociales para los casos de separación y exclusión de socios. En sus tres

(45) LUIS F. SANZ PARAÍSO y AMALIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Reducción de capital para compensar pérdidas, criterios de valoración de los elementos del activo y procedimientos de reducción», en *Revista de Derecho de Sociedades*, año II/1994, núm. 2, págs. 231 y sigs.

números dispone lo siguiente: «1. A falta de acuerdo sobre el valor real de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, las participaciones serán valoradas por el auditor de cuentas de la sociedad y, si ésta no estuviera obligada a verificación contable, por el que nombre el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas. 2. Para el ejercicio de su función, el auditor podrá obtener de la sociedad todas las informaciones y documentos que considere útiles y proceder a todas las verificaciones que estime necesarias. En el plazo máximo de dos meses a contar desde su nombramiento, el auditor emitirá su informe, que notificará inmediatamente a la sociedad y a los socios afectados por conducto notarial, acompañando copia, y depositará otra en el Registro Mercantil. 3. La retribución del auditor correrá a cargo de la sociedad. No obstante, en los casos de exclusión, de la cantidad a reembolsar al socio excluido podrá la sociedad deducir lo que resulte de aplicar a los honorarios satisfechos el porcentaje que el socio excluido tuviere en el capital social».

Sin parangón tampoco en la vieja Ley de Sociedades Limitadas, hay que buscar el antecedente de esta norma en los artículos 147, 149 y 225 de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre derecho de separación de los accionistas.

Tres críticas fundamentales merece la regulación comentada: 1.^a El establecimiento de un régimen único para los casos de separación y de exclusión, sin parar a considerar los antecedentes legislativos ni el hecho de que en la separación el socio ejerce un derecho, mientras que la exclusión es una sanción a un incumplimiento contractual que ha cometido (46). 2.^a El procedimiento que establece como supletorio en defecto de acuerdo para determinar el valor de las participaciones es, en principio, complejo y costoso para una sociedad de tamaño pequeño o mediano, pudiendo llegar a tener un efecto disuasorio del ejercicio de la separación o de la exclusión (47). 3.^a Como ya he dicho más arriba, no se pueden entender las hondas diferencias de tratamiento legislativo de que son objeto la valoración a efectos del ejercicio del derecho de adquisición preferente previsto en el artículo 29 de la Ley por un lado, y la valoración a efectos de exclusión y separación de socios por otro.

(46) RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, «Exclusión de socios», en *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario, 1994, «La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada», pág. 377.

(47) AGUSTÍN AGUILERA RAMOS, «El derecho de separación del socio», y RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, «Exclusión de socios», ambos en el número extraordinario de la *Revista de Derecho de Sociedades* aludido en la nota anterior, págs. 360 y 377, respectivamente.

El sistema de valoración previsto en el artículo 100 se establece para el caso de que no haya acuerdo acerca del «valor real» de las participaciones o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración. Coincide la doctrina en que han de ser partes de tal acuerdo para la sociedad, por medio de sus administradores, y el socio o los socios excluidos o que se separan (48). Asimismo, en caso de que sean varios los socios salientes y no todos estén de acuerdo con la valoración o el criterio para determinarla, sólo los que no lo estén quedarán sometidos al criterio supletorio de valoración (49).

Para el caso de que el acuerdo entre la sociedad y el socio saliente haya fijado el valor de las participaciones, no parece necesario que tal valor sea el «real», como parecería colegirse de la literalidad del texto legal. En efecto, podría fijarse un valor distinto al amparo del principio de autonomía de la voluntad enunciado en el artículo 1.255 del Código Civil. Ahora bien, cuando el objeto del acuerdo es la determinación de la persona o personas que hayan de fijar el valor real y el procedimiento, los autores coinciden en que el valor resultante del proceso sí ha de ser ese valor efectivo o real de las participaciones, no siendo admisible ningún procedimiento que pueda llevar a un valor distinto (50). GARCÍA VILLAVERDE (51) considera que en cuanto el acuerdo no contenga las reglas que determinen un procedimiento completo para obtener la valoración de las participaciones, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el propio artículo 100.

Pasando ya al estudio del régimen de valoración previsto con carácter supletorio de la voluntad de los interesados en el artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, voy a referirme por separado a la designación de auditor, al plazo de que dispone para la emisión de su informe, a la forma de determinar el valor de las participaciones, a la posibilidad de que el socio cesante obtenga su haber social *in natura*, y a la de impugnación de la valoración.

(48) En este sentido se pronuncian los autores de la obra colectiva *La sociedad de responsabilidad limitada*, coordinada por RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO, citada en notas anteriores, pág. 674, y OSCAR ALZAGA VILLAMIL y JOSÉ MIGUEL LÓPEZ LÓPEZ-ALEAGA en la obra también colectiva y citada antes, dirigida por el propio OSCAR ALZAGA VILLAMIL y SANTIAGO RODRÍGUEZ-MIRANDA GÓMEZ, pág. 416.

(49) En este sentido, AGUSTÍN AGUILERA RAMOS. «El derecho de separación del socio», en el número extraordinario de la *Revista de Derecho de Sociedades* citado en la nota 46, pág. 359, y la obra colectiva *La sociedad de responsabilidad limitada*, coordinada por RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO, pág. 674.

(50) En este sentido se pronuncian los autores citados en la nota anterior, en los mismos lugares y páginas expresados en la misma.

(51) RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, «Exclusión de socios», en el número extraordinario de la *Revista de Derecho de Sociedades* citado en la nota 46, pág. 378.

En lo que atañe a la designación del auditor, éste será el que lo sea de la sociedad, si ésta está obligada a auditoría de cuentas con carácter general, o el que designe el Registrador Mercantil a solicitud de la sociedad o de los socios que dejan de serlo. MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ (52) se pregunta qué ocurrirá si la sociedad no está sometida con carácter general a revisión de cuentas pero tiene nombrado auditor al amparo del número 2 del artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas, esto es, a petición de socios que representen al menos el 5 por 100 del capital, contestando que en tal caso correspondería el nombramiento al Registrador, según se desprende del precepto legal y en base también a la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 26 de junio de 1992 (referida a un supuesto de ampliación de capital de sociedad anónima con cargo a reservas) y al artículo 327 del Reglamento del Registro Mercantil. ALZAGA y LÓPEZ (53) recuerdan la enmienda del Grupo Parlamentario del Partido Nacionalista Vasco durante el trámite parlamentario de la Ley, proponiendo que el auditor, caso de no estar la sociedad obligada a tenerlo nombrado, pudiera ser designado por los administradores de la sociedad.

En todo caso, el sentido del precepto examinado es claro y no admite dudas. Pero lo que sí cabe plantear es si por vía de estatutos podría variarse el criterio de designación de auditor. En tal sentido, creo, en primer lugar, que la valoración, no existiendo acuerdo *ad hoc* de los interesados sobre valoración concreta o medio para realizarse ha de ser realizada por auditor de cuentas, por cuanto la Ley exige que se determine el valor real de las participaciones y el medio más adecuado para determinarlo es el examen de auditoría, criterio establecido además por el propio artículo 100. Si la sociedad está sujeta a auditoría con carácter genérico, estimo que ha de ser el auditor de la sociedad quien realice la valoración, por las mismas razones que ya expuse al estudiar la auditoría en la transmisión de participaciones sociales (núm. 1 anterior), esto es, por la especial vinculación orgánica o cuasi-orgánica de la sociedad con «su» auditor y porque el nombramiento de otro para este fin específico de valoración sí podría incitar sospechas.

Mas cuando la sociedad no esté obligada con carácter general a la auditoría de cuentas, considero que los estatutos pueden establecer que pueda ser realizada la valoración por el auditor nombrado al amparo del número 2 del artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas o por el designado por los administradores o la Junta General de la sociedad. Me baso en los siguientes argumentos: 1.º La posibilidad de incorporar a la

(52) MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ, en Colegios Notariales de España, *La sociedad de responsabilidad limitada*, tomo I, Madrid, 1995, pág. 450.

(53) OSCAR ALZAGA VILLAMIL y JOSÉ MIGUEL LÓPEZ LÓPEZ-ALEAGA, obra citada en la nota 48, pág. 416.

escritura (y a los estatutos, como parte integrante de ella) los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni a los principios configuradores de la sociedad limitada (art. 12 de la Ley). 2.º Que la intervención de auditor garantiza en todo caso la objetividad, imparcialidad y corrección técnica de la valoración. 3.º Que, en todo caso, siempre cabría la impugnación de la valoración ante los Tribunales de Justicia.

La opinión que acabo de exponer quizá no se atempere con el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Su Resolución de 8 de octubre de 1993, dictada en un supuesto de ampliación de capital de sociedad anónima por vía de compensación de créditos en el que se planteaba si el nombramiento del auditor debería corresponder al Registrador Mercantil o a los administradores, llegó a la conclusión de que había de ser el primero en base a que la auditoría viene exigida no sólo en interés de la sociedad y sus socios, sino también en el de los terceros que pudieran verse afectados. En garantía de esos terceros entiende el Centro Directivo que la designación del auditor no puede quedar a merced de la propia sociedad. En el caso ahora objeto de examen, la adecuada valoración interesa a la sociedad y a los socios que permanecen, por una parte, y a los socios que dejan de serlo por otra, por lo que, en aplicación de aquellos criterios, no podría quedar la designación al solo arbitrio de la sociedad. Efectivamente, tras la reforma del Derecho de Sociedades de 1989, nuestro ordenamiento recoge la auditoría como gran innovación y la configura, ya desde la Ley de 1988, como una actividad técnica, objetiva, imparcial, profesional y responsable; pero al mismo tiempo, se observan unas ciertas reticencias a la hora de llevar esos caracteres hasta sus últimas consecuencias, reticencia que, siguiendo el camino marcado por las Leyes y el Reglamento del Registro Mercantil, recoge también la Dirección General de los Registros y del Notariado. A mi modo de ver, la intervención de auditor, en base a sus dichas características, es suficiente garantía. Bien está que a falta de norma estatutaria determine la Ley el procedimiento de su nombramiento; pero no creo que haya que llegar en modo alguno a entender que tal sistema de nombramiento constituye Derecho imperativo cuya aplicación no pueda excluirse por pacto estatutario.

El nombramiento del auditor por el Registrador Mercantil se sujetará a lo dispuesto en el artículo 327 del Reglamento del Registro Mercantil, que remite a los artículos 315 y siguientes.

En cuanto al plazo de que dispone el auditor, el artículo 100 de la Ley de Sociedades Limitadas señala el de dos meses desde su nombramiento como máximo, apartándose del criterio del artículo 327 del Reglamento del Registro Mercantil, que prescribe para estos casos el de un mes desde la aceptación, prorrogable por el Registrador a petición fundada del auditor.

Obviamente, en esta materia prevalece lo dispuesto en la Ley. GARCÍA VILLAVERDE (54) critica la rigidez del precepto en cuanto al plazo, toda vez que puede ser sobrado o excesivamente breve, según las circunstancias de cada sociedad.

El auditor tiene que determinar el «valor real» de las participaciones, sin que esté sujeto por el valor contable, según se desprende del empleo de aquella expresión y de la posibilidad que tiene el auditor de obtener de la sociedad todas las informaciones y documentos que considere útiles y proceder a todas las verificaciones que estime necesarias (55). La doctrina coincide también en la aplicación al caso de la Resolución de 23 de octubre de 1991 el Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial en los supuestos establecidos en los artículos 64, 147, 149 y 225 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (56). Como en el caso del artículo 29, aunque la Norma Técnica tiene por objeto las actuaciones profesionales del auditor de cuentas que tengan por finalidad la elaboración de un informe de acuerdo con los artículos «específicamente» enunciados en ella (núm. 2 de la misma Norma Técnica), la identidad de razón entre los supuestos de los artículos 147, 149 y 225 de la Ley de Sociedades Anónimas y los del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada deben llevar a afirmar la aplicabilidad de la Resolución a estos últimos casos. Remito en cuanto al contenido de la misma a lo dicho con motivo del análisis del artículo 29.

La necesidad de obtener el valor real de las participaciones exige la concreción del momento a que dicho valor real se ha de referir, cosa que el artículo 100, a diferencia del 29, no hace. Entre los comentaristas de la nueva Ley hay dos posiciones: Una está sostenida por MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ (57), quien considera que hay que referir la valoración al día del hecho o del acuerdo social que da nacimiento al derecho de separación o produce la exclusión del socio, esto es, el día en que se

(54) RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, «Exclusión de socios», en el número extraordinario de la *Revista de Derecho de Sociedades* citado en la nota 46, pág. 377.

(55) En este sentido. AGUSTÍN AGUILERA RAMOS, «El derecho de separación del socio», en el número extraordinario de la *Revista de Derecho de Sociedades* citado en la nota 46, pág. 359; *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, obra colectiva coordinada por RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO, citada, págs. 674 y 675; OSCAR ALZAGA VILLAMIL y JOSÉ MIGUEL LÓPEZ LÓPEZ-ALEAGA, obra citada en la nota 48, pág. 416; y MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ, obra citada en la nota 52, pág. 450.

(56) AGUSTÍN AGUILERA RAMOS, obra citada en la nota anterior, pág. 360; RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO (coordinadores), obra citada en la nota anterior, pág. 675.

(57) MANUEL ANGEL RUEDA PÉREZ, obra citada en las notas 52 y 55, pág. 450.

produce la disolución parcial de la compañía, sin perjuicio de que se proceda posteriormente a su liquidación. La segunda postura, mantenida en los Comentarios coordinados por CABANAS TREJO y CALAVIA MOLINERO (58), sostiene que la valoración ha de referirse al día en que el socio causa baja en la sociedad. Este día será aquél en que los socios obtengan el reembolso de sus participaciones o en que se consigne su importe, en los términos del artículo 101 de la Ley, pues tal hecho es el que permite otorgar la escritura de reducción de capital (art. 102). Personalmente no estoy de acuerdo con ninguna de las dos teorías. No estoy de acuerdo con la primera por cuanto el socio lo sigue siendo mientras no se le reembolsen sus participaciones, y, siendo propietario de las mismas, habrán de afectarle todos aquellos cambios que puedan ir acaeciendo y que incidan en su valoración; tampoco lo estoy con la segunda porque se exige del auditor una valoración que necesariamente ha de ser previa al reembolso, según se desprende del artículo 101, de manera que no pueden ser tenidos en cuenta sucesos posteriores a esa valoración y anteriores al pago, por ejemplo, nuevas posibilidades de negocio surgidas o siniestros que afecten al activo de la sociedad. Creo, en conclusión, que la valoración ha de referirse al momento en que se emite el informe, abarcando las expectativas de futuro y los riesgos que sean en ese momento conocidos, por cuanto el socio saliente sigue siendo titular de las participaciones y el propio sistema de auditoría exige una fecha límite para determinar el valor de las que han de reembolsarse, y éste también es el criterio que puede inferirse del contenido de la Norma Técnica contenida en la Resolución de 23 de octubre de 1991.

También se ha planteado la doctrina la posibilidad de que los estatutos sociales contengan una norma en base a la cual el socio separado o excluido pueda obtener el reembolso *in natura* de su cuota, mediante la devolución de los bienes que él hubiera aportado. Los comentaristas dirigidos por CABANAS TREJO y CALAVIA MOLINERO (59) niegan tal posibilidad, entendiendo que así se desprende de la propia regulación legal, basada en el «valor real» y sin resquicio que permita considerar tal posibilidad, y en la consideración de que en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la liquidación de la sociedad, ésta va a permanecer viva y va a necesitar de sus activos, pudiendo verse seriamente perjudicada la vida de la sociedad si tiene que desprenderse por fuerza de alguno o algunos de ellos. Otros autores, como AGUILERA RAMOS y GARCÍA VILLAVERDE (60) sí admiten el

(58) RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MANUEL CALAVIA MOLINERO (coordinadores), obra citada en las notas 55 y 56, pág. 674.

(59) Obra citada en la nota anterior, págs. 673 y 674.

(60) AGUSTÍN AGUILERA RAMOS, «El Derecho de separación del socio», y RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, «Exclusión de socios», ambos trabajos en el número extraordinario

reembolso *in natura*. Está fuera de toda duda que cabrá el reembolso *in natura* cuando se hace en el pacto entre el socio saliente y la sociedad. Y creo que también es posible el pacto estatutario que lo determine en caso de valoración de las participaciones por auditor, por cuanto no es contrario a ningún precepto legal y tampoco a los principios inspiradores de la sociedad limitada (art. 12). En estos supuestos, el informe del auditor habrá de referirse también al valor de los bienes que hayan de ser objeto de restitución y, en su caso, procederá la pertinente compensación en metálico.

Por último, en cuanto a la impugnación de la valoración realizada por el auditor, no cabe duda que procederá cuando la sociedad o el socio cesante consideren que el informe del auditor no ha determinado el valor real de las participaciones en perjuicio de una u otro. La impugnación habrá de ser judicial a través del juicio declarativo ordinario que corresponda según la cuantía (61).

3. AUDITORÍA A PETICIÓN DE LOS SOCIOS

La determina el número 2 del artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable por la remisión genérica del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Dice aquél que «En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los accionistas (habrá que entender en nuestro caso los socios) que representen al menos el 5 por 100 del capital social podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio, siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

No ha variado con ello el régimen anterior a la Ley de 1995, por lo que no me voy a detener en su análisis (62). Sí lo ha hecho, aunque ligeramen-

de la *Revista de Derecho de Sociedades*, citado en la nota 46, págs 361 y 378, respectivamente.

(61) Obras de AGUSTÍN AGUILERA RAMOS y RAFAEL GARCÍA VILLAVARDE, citadas en la nota anterior, págs. 360 y 361 y pág. 377, respectivamente

(62) Esta materia ha dado lugar a una grandísima cantidad de cuestiones prácticas, que han motivado un elevado número de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y diversos trabajos doctrinales. Al ser una materia que no ha sido objeto de reforma por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no puedo detenerme en su estudio; sí remito a tres obras que sintetizan el estado doctrinal de la cuestión y las posiciones de la Dirección General al tiempo de su cierre. JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO, *Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil*, Madrid, 1992; el mismo autor, «El control externo de la Sociedad Anónima. Los auditores de cuentas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXII, págs 289 y sigs.; y EDUARDO LÓPEZ ANGEL, *Criterios a tener en consideración en materia de Auditores de*

te, la configuración del derecho de información de los socios, el cual, tal y como está regulado, puede ofrecer la oportunidad de intervención del auditor de cuentas. Determina el número 3 del artículo 86 que desde la convocatoria de la Junta General que haya de aprobar las cuentas, «y salvo disposición contraria de los estatutos, el socio o socios que representen al menos el 5 por 100 del capital social podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales».

El texto vigente de la Ley ha cercenado notablemente este derecho de información mediante el examen directo de los antecedentes, toda vez que puede excluirse por los estatutos, cosa que antes no se admitía, y exige para su ejercicio que se reúna al menos el 5 por 100 del capital social, de suerte que antes correspondía a todo socio. La Ley trata, sin duda, de evitar el bloqueo de la sociedad en base al ejercicio de derechos que no tienen entidad en sí bastante como para poder llegar a motivar graves trastornos en el desenvolvimiento de la vida social. Por otro lado, la referencia que el Derecho anterior hacía a «persona perita» se convierte en la alusión a «experto contable», dentro de cuya categoría no habrá inconveniente ninguno en admitir al auditor de cuentas. La alusión a la persona perita y al experto contable en singular cabe interpretarla en el sentido de que el socio o socios sólo pueden auxiliarse de una persona (63). El coste de la intervención del experto contable será a cargo de los socios que lo hayan empleado (64).

Para terminar, el número 3 del propio artículo 86 determina que el ejercicio de tal derecho no impide ni limita el que tiene la minoría a que se nombre un auditor de cuentas a cargo de la sociedad.

4. AUDITORÍA JUDICIAL

La auditoría de cuentas judicial es la que ordena el Juez. Aparece enunciada por el artículo 40, número 1, del Código de Comercio, en la redacción, aún vigente, de 1989. Dispone que «Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que obliguen a someter las cuentas anuales a la auditoría... todo

Cuentas, y formularios relativos al expediente de su nombramiento por el Registrador Mercantil, Madrid, 1995.

(63) En este sentido, con relación al artículo 26 de la vieja Ley, que se refería a *persona perita* en singular, se pronuncia la obra colectiva *La sociedad de responsabilidad limitada*, dirigida por JUAN BOLÁS ALFONSO, Madrid, 1991, pág. 239.

(64) En este sentido, JOSÉ ANTONIO CAREAGA MUGUERZA, en OSCAR ALZAGA VILLAMIL y SANTIAGO RODRÍGUEZ-MIRANDA GÓMEZ (directores), *Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, citada, pág. 368.

empresario vendrá obligado a someter a auditoría las cuentas anuales de su empresa, cuando así lo acuerde el Juzgado competente, incluso en vía de jurisdicción voluntaria, si acoge la petición fundada de quien acredite un interés legítimo».

Añade a ello el número 2 del mismo precepto que «En este caso, el Juzgado exigirá al peticionario caución adecuada para responder del pago de las costas procesales y de los gastos de la auditoría, que serán a su cargo cuando no resulten vicios o irregularidades esenciales en las cuentas anuales revisadas, a cuyo efecto presentará el auditor en el Juzgado un ejemplar del informe realizado».

Dos matizaciones interesa realizar en torno a este precepto. La primera es que esta auditoría judicial es completamente independiente del supuesto previsto en el artículo 206 de la Ley de Sociedades Anónimas de nombramiento judicial del auditor de sociedad obligada a la auditoría de sus cuentas anuales; es más, aun en ese supuesto, podría el Juez designar un segundo auditor si lo estimara oportuno, pues el artículo 40 del Código no condiciona el nombramiento a que la entidad no esté sujeta a auditoría con carácter general; al propio tiempo, sólo cabe la imposición de costas al solicitante de la auditoría en este supuesto del artículo 40 del Código de Comercio, no en los previstos en los artículos 205 y 206 de la Ley de Sociedades Anónimas, en que los costes de la auditoría son claramente a cargo de la sociedad (65). La segunda matización es que este precepto ha de entenderse complementado por las disposiciones sobre prueba de las leyes procesales; en este sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 admitió la denegación de una diligencia de prueba consistente en la auditoría de una empresa en base a los principios sobre prueba sentados por el Tribunal Constitucional, pero admitiendo implícitamente la admisibilidad de tal medio probatorio.

(65) Considero que la aclaración es importante, pues en la práctica circulan estatutos en que se aplica al supuesto del artículo 205, párrafo segundo de la Ley de Sociedades Anónimas, el criterio del artículo 40 del Código de Comercio, estableciéndose que sean a cargo de los peticionarios los gastos de auditoría si no resultan de la misma vicios o irregularidades sustanciales en las cuentas examinadas. Este criterio parece recoger también la obra de FERNANDO LUIS BLANCO GIRALDO y FRANCISCO JAVIER ROLDÁN MONTAUD, *Código de Comercio*, tomo I, Madrid, 1992, pág. 207, al remitir en las concordancias del artículo 40 del Código al artículo 206 de la Ley de Sociedades Anónimas. Ahora bien, aunque en los supuestos de los artículos 205 y 206 de la Ley de Sociedades Anónimas los gastos de auditoría sean necesariamente a cargo de la sociedad, lo que sí cabe, en caso de que la auditoría se haya pedido imprudentemente, abusando de tal derecho o con mala fe, es que la sociedad repita contra los socios peticionarios al amparo del los artículos 7 y 1.902 del Código Civil.

5. AUDITORÍA VOLUNTARIA

La auditoría voluntaria, que es la acordada libremente por la persona o entidad que se sujeta a la misma, puede ser estatutaria, cuando viene impuesta por los estatutos sociales, o simplemente voluntaria, cuando se acuerda sin que exista tal imposición por aquella vía.

En cuanto a la primera, opino que por vía de estatutos no se puede imponer al Juez ni al Registrador Mercantil la designación de auditor, pues en cuanto ejercen funciones públicas, vienen sujetos a la normativa que rige sus respectivos cargos. Otra cosa es que los estatutos se limiten simplemente a recoger o a modalizar lo dispuesto por la Ley sobre nombramiento de auditor por aquéllos, en cuyo caso la designación ya no vendría impuesta por los estatutos, sino por el precepto legal.

Respecto de la auditoría simplemente voluntaria, puede ser acordada por el órgano de administración, en cuanto ostenta la representación de la sociedad y es el encargado de llevar las cuentas de la misma. Pero también puede acordarla la Junta General. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1992, en relación con una sociedad anónima, afirmó que la Junta es «órgano de vigilancia y control de la actividad de los administradores y que puede censurar los actos que éstos realicen con la consiguiente adopción de los acuerdos precisos (recogiendo la doctrina sentada por la de 22 de junio de 1979), y consecuencia de esa actividad de control de la Junta fue la adopción del acuerdo... por el que se ordenaba una auditoría». No obstante, acordada la auditoría por la Junta General, la ejecución del acuerdo corresponde al órgano de administración, en cuanto ostenta la representación de la sociedad.

IV. LA REFORMA DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

El estudio de las modificaciones introducidas por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se completa con el de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto desarrolla y complementa la norma legal. Voy a referirme al anteproyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil de 26 de junio de 1995, texto sobre el que actualmente se trabaja y que comprende la totalidad del Reglamento, con artículos que no quedan afectados por la reforma y otros que sí.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Siguiendo el Preámbulo del Real Decreto proyectado, se basa éste en las siguientes ideas:

1.^o En la necesidad de dar acogida en el Reglamento a las innovaciones que para la sociedad limitada ha introducido su nueva Ley reguladora, toda vez que ha dejado de tener valor lo dispuesto en el viejo artículo 177 que, como ya quedó expuesto, remite en bloque al régimen de inscripción de la sociedad anónima.

2.^o En la introducción por la propia Ley de la nueva figura de la sociedad unipersonal, con un específico régimen registral, y en una serie de innovaciones que ya han sido objeto de comentario a lo largo de la exposición.

3.^o En la conveniencia de introducir reformas concretas en aquellas materias en las que la experiencia de más de cinco años de vigencia del actual Reglamento exigía algún perfeccionamiento.

4.^o No se ha elaborado un Reglamento completo de nueva planta, sino que se ha mantenido la estructura íntegra del anterior, si bien se han introducido nuevas secciones en cuanto ha venido impuesto por los nuevos contenidos objeto de regulación. En este sentido, se ha procurado mantener la numeración de los artículos, lo que se ha logrado hasta el 173.

Si prospera el texto proyectado, no creo que tenga muy buena acogida doctrinal en lo que se refiere al tratamiento que hace de la auditoría de cuentas. Desde los primeros momentos de la vigencia del anterior texto de 1989, los autores, y aun la propia jurisprudencia, han puesto de manifiesto las carencias y las imperfecciones del mismo. Pues bien, el nuevo prácticamente no introduce otras modificaciones en la materia que las estrictamente impuestas por las innovaciones legislativas, de manera que su entrada en vigor podría ser calificada de ocasión perdida para dotar a la revisión de cuentas de un régimen completo, absolutamente coherente y adecuado para satisfacer las necesidades suscitadas en la práctica.

2. INNOVACIONES QUE CONTIENE

En materia de auditoría de cuentas podemos señalar las siguientes:

1.^o Se añade un número 3 al artículo 153, sobre nombramiento de auditores de cuentas, con el siguiente tenor: «Para la inscripción de la revocación del auditor efectuada por la Junta General antes de que finalice el período para el cual fue nombrado, será suficiente que se exprese que ha mediado justa causa».

Con esta norma se facilita enormemente la inscripción registral de la revocación del nombramiento, pues ni tan siquiera es preciso enunciar cuál sea esa justa causa. Pero en todo caso quedarán a salvo las acciones entre sociedad y auditor en relación a si tal causa existió y a si es o no justa a los efectos de determinar los efectos en la relación contractual entre ellos. Queda claro, además, que para la remoción del auditor no es imprescindible recurrir a la autoridad judicial en los términos del artículo 206 de la Ley de Sociedades Anónimas, como algún autor propuso en su momento (66).

2.^a El artículo 188, relativo a las cláusulas estatutarias sobre transmisión de las participaciones sociales, en sus números 2 y 3, admite la inscribibilidad de cláusulas por las que se reconozca un derecho de adquisición preferente, cuando precisen las transmisiones a que afecten y las condiciones y plazo para el ejercicio de aquel derecho, así como la de aquéllas que impongan al socio la obligación de transmitir las.

Parece que estos preceptos, dada su amplitud y la garantía que supone la intervención de auditor, pueden servir de argumento para sostener la posibilidad de la norma estatutaria por la que se atribuya la valoración de las participaciones objeto de la transmisión al auditor designado por los administradores o por la Junta General.

3.^a El artículo 192, en su número 2, remite a lo dispuesto en los artículos 153 y 154, relativos a la sociedad anónima, en lo que atañe a la inscripción del nombramiento y del cese de los auditores de cuentas de las sociedades de responsabilidad limitada.

4.^a El artículo 204, en su número 4, regula la reducción de capital de la sociedad limitada para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio contable disminuido por consecuencia de pérdidas. Se limita a recoger la norma del artículo 82 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, siendo de destacar la referencia reglamentaria al patrimonio contable, lo que sería, creo, un argumento más a favor de la tesis que he defendido al comentar el precepto de la Ley de entender que no cabe la revalorización de los activos del balance.

5.^a El artículo 208, sobre inscripción de la separación y la exclusión de socios de sociedades limitadas, en su regla 2.^a, exige la incorporación a la escritura del informe del auditor cuando se haya emitido.

6.^a El artículo 351, sobre nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, recoge el viejo artículo 315, añadiendo la exigencia de que la instancia lleve la firma legitimada notarialmente.

7.^a Se matiza ligeramente el procedimiento de oposición de la sociedad al nombramiento de auditor solicitado al Registrador Mercantil, deter-

(66) Ver notas 30 y 29 de este trabajo.

minando que el recurso a la Dirección General de los Registros y del Notariado contra la resolución del Registrador se presentará en el Registro, correspondiendo al Registrador su elevación a la Dirección General.

8.^a El artículo 361, que recoge el anterior artículo 325, al regular la emisión del informe por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil, prevé que no se haya podido realizar la auditoría por causas no imputables al propio auditor, en cuyo caso, «emitirá informe con opinión denegada de sus trabajos por limitación absoluta en el alcance de sus trabajos y entregará el original al solicitante remitiendo copia a la sociedad».

Esta regla sale al paso de un problema relativamente frecuente en las auditorías solicitadas por la minoría, que encuentran fuerte oposición por parte de la sociedad hasta el punto de hacerlas en muchos casos inviables.

3. INNOVACIONES QUE DEBERÍA CONTENER Y NO CONTIENE

A mi modo de ver, el Reglamento del Registro Mercantil debería regular de nuevo o determinar las siguientes cuestiones que no están comprendidas en el texto del proyecto:

1.^a En la regulación de la inscripción de las sociedades colectivas y comanditarias se debería contener una remisión a los preceptos sobre inscripción de sociedades anónimas en relación con la auditoría de cuentas, ya que, conforme al artículo 41, número 2, del Código de Comercio introducido por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pueden estar sujetas a auditoría en los términos examinados más arriba.

Parece claro, no obstante, que, aun a pesar de no existir la norma, sería de aplicación analógica lo dispuesto para los auditores de las sociedades anónimas. Lo que tampoco determina ni el Código de Comercio ni el proyecto de Reglamento del Registro Mercantil es la competencia para designar auditor. En relación con el nombramiento de auditor en estas sociedades remito a lo dicho más arriba, apartado II, número 2, letra B.

2.^a El actual artículo 314 se mantiene en toda su integridad en el proyectado artículo 350. Ratifica con ello el Reglamento su criterio de que no es posible el nombramiento de auditor por la Junta General una vez finalizado el ejercicio que haya de auditar, de manera que sólo será posible el nombramiento registral o judicial. Se aparta con esto del clamor de la doctrina que he expuesto en el apartado II, número 2, de este trabajo y del propio criterio dulcificador en lo posible del precepto reglamentario manifestado por la jurisprudencia. De todos modos, ya ha quedado expuesto más arriba que tal reforma requeriría rango de Ley (67).

(67) Ver la nota 28 de este mismo trabajo.

3.^a Mantiene el procedimiento de nombramiento de auditor por el Registrador (arts. 351 y siguientes, que coinciden con los arts. 315 y siguientes), con el trámite de la oposición, criterio que ha sido criticado por GARCÍA URBANO (68) por conllevar un matiz contencioso ajeno a la naturaleza del procedimiento registral y que le aproximaría a los que exigen el conocimiento por el órgano jurisdiccional, hasta el punto de ser necesaria la integración de los preceptos reglamentarios con otros ajenos a la regulación del Registro Mercantil, fundamentalmente con los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Al propio tiempo, al mantenerse la regulación, se mantienen los vacíos normativos puestos de manifiesto por la doctrina (69).

4.^a En la regulación del nombramiento de auditores para determinar el valor real de las acciones y participaciones sociales, el artículo 363 mantiene el actual 327, con el plazo para emitir el informe de un mes a contar desde la aceptación del auditor y la posibilidad de concesión de prórroga por el Registrador Mercantil a petición fundada de aquél.

El mantenimiento de este precepto supone el de los problemas que suscita su aplicación en relación con el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que da un plazo de un mes desde la notificación a la sociedad de la intención de enajenar para el otorgamiento del título transmisivo de las participaciones sociales, y con el 100, en cuanto fija un plazo de dos meses desde el nombramiento para la emisión del informe.

Por otro lado, mantiene la necesidad, no exigida por la Ley, de que el auditor que verifique las cuentas en los casos de ampliación de capital de sociedades anónimas previstos en los artículos 156 y 157 de su Ley reguladora, tratándose de sociedades no obligadas a la que he llamado auditoría legal genérica, haya de ser nombrado por el Registrador Mercantil, en contra del criterio sentado y argumentado por YANES (70).

En resumidas cuentas, confío que durante la tramitación del proyecto se subsanen, en lo que a auditoría de cuenta se refiere, los defectos que acabo de apuntar.

(68) JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO, «El control externo de la sociedad anónima: Los auditores de cuentas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXII, págs. 300 a 302.

(69) JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO, obra citada en la nota anterior, págs. 302 a 304.

(70) PEDRO YANES YANES, «La designación de auditores de cuentas por los administradores de la sociedad anónima», en *Revista de Derecho de Sociedades*, año III/1995, núm. 4, págs. 174 y sigs., especialmente 185 y sigs

V. CONSIDERACIONES FINALES

Quisiera terminar este trabajo con dos consideraciones que me ha suscitado la reflexión sobre su contenido. Una es de carácter general, mientras que la otra se refiere específicamente a la actual situación legislativa de la auditoría de cuentas.

En primer lugar, y sin que ello suponga que considero mala en términos generales la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es evidente la existencia en ella y en el anteproyecto de reforma del Reglamento del Registro Mercantil de imperfecciones de diverso grado, algunas de las cuales creo haber puesto de manifiesto a lo largo de este estudio. Pues bien, las leyes, con independencia de que puedan ser buenas o malas en abstracto, hemos de hacerlas buenas, dentro de lo posible, los prácticos, y eso se consigue a base de trabajo, de coherencia, de sentido común y de profesionalidad.

En segundo lugar, la reforma de 1988 y 1989 implanta en España un sistema de auditoría profesional, independiente y responsable, en cuyas consideraciones se basa todo el sistema. Pero al mismo tiempo, en una especie de desdoblamiento esquizoide, sienta una serie de normas que parecen hacer residir la independencia del auditor, más que en su consideración profesional, en una retahíla de incompatibilidades y de cautelas, las cuales, siendo necesarias en su justa medida, llegan a distorsionar el sistema y han podido suscitar ciertos problemas de organización a las empresas. Estas cautelas, que en algunos casos no dudo en calificar de excesivas, se manifiestan fundamentalmente en la imposición del nombramiento del auditor por el Registrador Mercantil en una serie de supuestos en que no debería haber inconvenientes en que lo hiciera la sociedad; en la incompatibilidad que establecía el Derecho ahora derogado del auditor que finalizaba su plazo inicial o en la necesidad del nombramiento por la Junta General y no por el órgano de administración.

Aunque haya autorizadas voces disonantes en nuestra doctrina (71), suscribo plenamente las palabras de GARCÍA URBANO (72) cuando dice que «Soy

(71) En este sentido, MARÍA VICTORIA PETIT LAVALL, «Prórroga del nombramiento de auditor de cuentas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, año III/1995, núm. 4, págs. 267 y sigs.; CHRISTI AMESTI MENDIZÁBAL, «Modificaciones introducidas por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada en materia de auditoría», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XIV, julio-septiembre de 1995, págs. 785 a 788; y CHRISTI AMESTI MENDIZÁBAL, «Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz en relación a la renovación del nombramiento de auditores y violación del artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas», en la misma revista y número, págs. 788 y 789.

(72) JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO, obra citada en la nota 68, pág. 294. Ver también la nota 27 de este mismo trabajo.

partidario, y comparto, pues, plenamente, lo que creo es el espíritu de la Ley, de que la función del auditor se objetivice del origen de su designación, de forma que con independencia de quién lo elija, en sus actuaciones sólo podrá guiarse por criterios de profesionalidad e independencia, criterios garantizados por la legislación especial de auditorías mediante las correspondientes fianzas, inspecciones de autoridades administrativas, etcétera».

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha dado un paso importante en este sentido, pero no ha terminado de llevar hasta sus últimas consecuencias esos criterios de independencia del auditor, sea cual sea el origen de su nombramiento, y el texto proyectado del Reglamento del Registro Mercantil parece anclado en los criterios que anteriormente mantenía, más rigurosos a estos efectos que los de las propias disposiciones legales. Espero que cambien sus criterios, en los términos antes expuestos, en el texto que definitivamente entre en vigor.

MIGUEL ANGEL CUEVAS DE ALDASORO
Notario de Cartagena

Las bases dogmáticas de las garantías bancarias

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. UNA PRIMERA APROXIMACION A LAS GARANTIAS BANCARIAS: II.1. LA APORTACION DE STAMMLER. II.2. LAS GARANTIAS BANCARIAS EN EL TRAFICO INTERNACIONAL.—III. LAS GARANTIAS BANCARIAS ABSTRACTAS: III.1. LA ABSTRACCION DE CAUSA COMO FUNDAMENTO PARA LA INDEPENDENCIA DE LAS GARANTIAS ABSTRACTAS. III.2. LA VIABILIDAD DE LAS GARANTIAS ABSTRACTAS EN UN SISTEMA CAUSAL: LA TESIS DE PORTALE.—IV. LA ABSTRACCION DE CAUSA Y LA ACCESORIEDAD EN LAS GARANTIAS BANCARIAS.—V. LAS GARANTIAS BANCARIAS NO ACCESORIAS (LA ACCESORIEDAD FUNCIONAL): V.1. LA ACCESORIEDAD EN LAS GARANTIAS PERSONALES. V.2. EL SIGNIFICADO DE LA ACCESORIEDAD. V.3. LA MODULACION CONTRACTUAL DE LA ACCESORIEDAD. V.4. LA ELIMINACION DE LA ACCESORIEDAD: V.4.a) *La exclusión de la nulidad de la relación garantizada.* V.4.b) *El límite de la renuncia de las excepciones de la relación garantizada.* V.5. LA POSTURA DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA: V.5.a) *La admisión de la fianza no accesoria: la fianza «a primera demanda» en el Derecho alemán* V.5.b) *La accesoriidad funcional en el Derecho italiano.* V.5.c) *La postura de la doctrina y de la jurisprudencia española.*—VI. LAS GARANTIAS BANCARIAS AUTONOMAS: VI.1. LA CONFIGURACION AUTONOMA DE LAS GARANTIAS BANCARIAS. VI.2. LOS INTERESES. LAS FUNCIONES Y EL RIESGO EN LAS GARANTIAS BANCARIAS: VI.2.a) *Los intereses del ordenante de la garantía, del garante y del beneficiario* VI.2.b) *La función liquidadora.* VI.2.c) *El riesgo financiero* VI.3. LA DECLARACION PROMISORIA EN LAS GARANTIAS BANCARIAS. VI.4. LA RIGIDEZ FORMAL DE LAS GARANTIAS BANCARIAS. VI.5. LA PARTICULAR ESTRUCTURA DE LAS GARANTIAS BANCARIAS.

I. INTRODUCCION

La característica básica de las garantías bancarias (1) es su independencia. Precisamente en la independencia de las garantías bancarias respecto de

(1) Utilizamos expresamente el plural, ya que bajo la denominación «garantía bancaria» hay multitud de garantías que participan de esta característica por excelencia,

la relación garantizada reside la utilidad de este instrumento jurídico. El uso de estas garantías en el tráfico comercial internacional se debe a que cumplen las funciones de una garantía personal, pero sin estar sujetas a las vicisitudes de la relación material o de base existente entre el deudor principal y el acreedor. Y tampoco inciden en la garantía las vicisitudes de la relación de cobertura.

Las ventajas que ofrecen estas garantías han prevalecido sobre cualquier consideración jurídico-dogmática, como lo demuestran las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías «a demanda» (RUGD) (2) y los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL) (3), los cuales parten de su naturaleza sustancialmente independiente (4) (5).

Pero esta pretendida independencia plantea no pocos problemas en el orden estrictamente jurídico-dogmático, especialmente en el momento en que se «internalizan» las garantías bancarias, con sujeción, por tanto, al respectivo ordenamiento jurídico nacional, sobre todo cuando el ordenamiento jurídico en particular no contempla garantías independientes, que es

cual es la independencia, como las garantías de buena ejecución o de buen fin, de restitución de anticipos o de reembolso, de sumisión o de oferta o licitación, de retención o descuento y la de mantenimiento...

Participan de esta independencia también las contragarantías, ya que, como las garantías, no se les puede oponer ninguna excepción que tenga su origen en las relaciones subyacentes, pudiendo oponer el contragarante frente al garante sólo las excepciones derivadas de la propia carta de contragarantía, pudiéndose limitar aún más su oponibilidad si así se acuerda, ya que la contragarantía no tiene por qué coincidir con la carta de garantía.

(2) En España, para una completa visión de estas Reglas Uniformes, puede consultarse el trabajo reciente de DÍAZ MORENO, «Las reglas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías "a demanda"», en *Revista Derecho de los Negocios*, 1993, núm. 36, págs. 1 y sigs. Un seguimiento de la evolución de propuestas hasta su aprobación definitiva lo podemos encontrar en los estudios de SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, «Proyecto del Código para la práctica de garantías y fianzas "a primera demanda" (Comentario al Proyecto de la Cámara Internacional de Comercio)», *RDBB*, núms. 13 (primera parte) y 15 (segunda parte), 1984, págs. 55 y sigs., y 587 y sigs.; así como también en la obra colectiva, *Contratos bancarios*, dirigida por GARCÍA VALVERDE, Madrid, 1992, págs. 711 y sigs.

(3) Una exposición muy completa la ofrece nuevamente DÍAZ MORENO en «Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales», *RDM*, 1993, págs. 151 y sigs.

(4) Así, se expone en la introducción a las RUGD y también constituye la premisa para el Trabajo de UNCITRAL cuando se redactó el artículo 2 del PCCGI, con especial referencia a la garantía documentaria.

(5) La necesidad de una uniformidad en el tráfico jurídico internacional es subrayada en el trabajo de ILLESCAS ORTIZ, «El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», *RDM*, núm. 207, 1993, págs. 37 y sigs. En el mismo número, vid. también las reflexiones de OLIVENCIA, *Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI*, págs. 9 y sigs.

el caso de casi todos los sistemas legales. Mientras que a nivel del tráfico comercial puede resultar dogmáticamente indiferente que una garantía personal sea independiente de la relación que garantiza, más cuando la independencia está respaldada por la *lex mercatoria*, pudiendo someter cualquier cuestión litigiosa que susciten estas garantías a los tribunales arbitrales internacionales, en el orden interno nos podemos encontrar con serias dificultades, sobre todo de tipo jurídico-dogmático, para la admisión y calificación de garantías independientes, así como para entender su estructura y su funcionamiento jurídico. Además, nada impide que las garantías bancarias puedan otorgarse en el tráfico comercial nacional (6).

Las ventajas que ofrecen estas garantías han dado lugar a que la independencia con la relación asegurada constituya también la característica de otras cláusulas «a primer requerimiento» en otros contratos mercantiles, como el seguro de caución y el aval bancario, llegando a ser calificados igualmente por algún sector de la doctrina como garantías independientes (7). De concebirse así, los problemas que suscitan son prácticamente los mismos que las garantías bancarias en lo referente a la relación de dependencia o no con la relación subyacente.

La dificultad dogmática principal de las garantías bancarias reside en que las garantías personales vienen concebidas en los ordenamientos jurídicos nacionales como garantías sustancialmente accesorias, por ser la fianza el prototipo de las garantías personales. Siendo la accesoriedad uno de los principios básicos de la fianza, resulta difícil la admisión de garantías independientes cuando se pretende reconducir estas garantías a la fianza. La independencia pasa necesariamente por la eliminación de la accesoriedad, lo que puede chocar con un sistema jurídico que tiene como prototipo legal de las garantías personales a la fianza. No deja de ser un contrasentido que, desde la perspectiva de la fianza, se califique a las garantías bancarias como garantías no accesorias, cuando la fianza es esencialmente una garantía accesoría.

Los obstáculos, que obviamente existen cuando se trata de encontrar en la fianza las bases de las garantías bancarias, se intentan solventar mediante el recurso a la abstracción de causa, siendo frecuente la afirmación de que son garantías abstractas. Aparte de que la mayoría de los sistemas jurídicos son causalistas, lo que impide, en principio, la abstracción de causa, tam-

(6) No deja de ser llamativo que las pocas resoluciones judiciales que hasta ahora se han pronunciado en nuestro país sobre garantías «a primera demanda» tienen su origen en contrataciones de ámbito nacional.

(7) No obstante, la naturaleza jurídica del seguro de caución es bastante más controvertida. planteándose la doctrina y la jurisprudencia si es una garantía personal o una modalidad aseguradora, sobre todo cuando se le incorpora una cláusula «a primera demanda»; el aval bancario, por el contrario, constituye, en el fondo una fianza claramente mercantil, y, por tanto, participa de las características intrínsecas de toda fianza.

poco es satisfactorio este enfoque por cuanto simplifica excesivamente el funcionamiento económico y jurídico de las garantías bancarias.

Cualquier intento dogmático en los dos sentidos apuntados parte inevitablemente de categorías jurídicas perfectamente perfiladas por el Derecho, como son la fianza y el negocio abstracto obligacional. Por ello, cada vez más se propugna que se indague en la estructura y el funcionamiento de las garantías bancarias para encontrar la razón de ser de su independencia.

El objetivo del presente trabajo no es otro que profundizar en el debate dogmático de la independencia de las garantías bancarias, y, sobre todo, clarificar los diversos caminos que se han seguido para justificar esta pretendida independencia. Una atenta lectura de los muchos estudios que se han realizado sobre estas garantías evidencia, en más de una ocasión, una cierta confusión cuando en un mismo plano se trata de instituciones tan diversas como la abstracción de causa y el principio de la accesoriedad. Para iniciar este análisis debemos tener presente la sabia advertencia de HORN, formulada precisamente cuando entró en el estudio de las garantías bancarias: «La base de toda práctica contractual, para que sea segura y ajustada al tráfico jurídico, es una suficiente explicación dogmática, siempre que la dogmática no sea concebida como algo contrario a la praxis, sino como un complemento de la teoría a la praxis» (8).

II. UNA PRIMERA APROXIMACION A LAS GARANTIAS BANCARIAS

II.1. LA APORTACIÓN DE STAMMLER

En términos muy amplios, el contrato de garantía comprende todos aquellos contratos cuyo objeto constituye el aseguramiento del cumplimiento de una obligación contractual o extracontractual a favor de un tercero, comúnmente el acreedor, siendo, por tanto, la fuente de estas obligaciones una relación jurídica distinta (9). Ello implica necesariamente que los contratos de garantía, de la naturaleza que sean, están en una relación de mayor o menor dependencia con la obligación o el contrato garantizado, con un nexo estructural o funcional, según el grado de dependencia. Cuando la garantía la presta un tercero —que es la regla general— de alguna manera

(8) «Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern», *NJW*, 1980, pág. 2154.

(9) Comúnmente el «contrato de garantía» no es un tipo normativo, sino a lo más es una categoría doctrinal y didáctica, como señala BLANCO CAMPAÑA, en «Aval cambiario y aval como contrato de garantía», *RDBB*, 1982, pág. 685.

entra en contacto con la relación garantizada, especialmente cuando garantiza una obligación ajena.

La denominación jurídica «contrato de garantía» tiene también un significado más preciso, concretamente cuando el nexo con la relación garantizada sólo es funcional. A partir de la obra de STAMMLER, un sector importante de la doctrina reserva el término «contrato de garantía» a aquellos contratos de garantía que funcionan con independencia de las vicisitudes de la relación jurídica subyacente. Cuando STAMMLER acuña el término «Garantievertrag» lo hace en un sentido muy concreto: son aquellos contratos de garantía que son independientes de la obligación asegurada, en virtud de los cuales el garante asume, no por un interés determinado, un riesgo, además como si fuese propio, normalmente de carácter comercial, obligándose el mismo garante al pago de una deuda, que para él es una deuda propia y, por tanto, no ajena, de alcance generalmente indemnizatorio (10). Sus notas caracterizadoras son muy claras: *a*) un contrato independiente de las relaciones jurídicas garantizadas; *b*) la deuda que se asume es una deuda propia; *c*) el riesgo que corre el garante lo asume también como propio; *d*) no responde a ningún interés concreto; y *e*) el pago que realiza el garante responde a una obligación de carácter resarcitorio.

Como es propio del momento cultural en que vive STAMMLER, la investigación y la construcción dogmática se hace sobre la base de textos romanos y manifestaciones de la praxis jurídica de su época. A través de los numerosos ejemplos que extrae de ambas fuentes de conocimiento pretende demostrar que estas garantías eran ya conocidas en el Derecho romano (11), como también su utilización en el siglo XIX bajo diversas for-

(10) «Es kommt in unserem Rechts und Verkehrsleben häufig vor, dass Jemand einer auf Vermögensgrund gerichteten Unternehmung eines Anderen dadurch Unterstützung und Forderung angedeihen lässt, dass er unentgeltlich das Risiko, das mit derselben verbunden ist, ganz oder in bestimmter Begrenzung vertragsmässig übernimmt. Im Anschluss an den Sprachgebrauch der neueren Zeit, wie er besonders in dem Geschäfts und Handelsverkehr und auch der Gerichtspraxis hervorgetreten ist, nennen wir solche Verträge»: («Der Garantievertrag», AcP, 69, 1886, pág. 1).

(11) Su fuente principal son los textos de Velleianum que admiten la *promissio indemnitis* y el *mandatum qualificatum* como contratos autónomos de los que nacen una obligación resarcitoria independiente (en especial, págs. 52 y sigs.), siendo la *stipulatio* o el mandato de crédito las fórmulas usuales para expresar estas voluntades. Constituye una clara excepción a la prohibición de la *intercessio* cuando intercedía era una mujer. La intercesión en el Derecho romano facilitaba la concesión de un crédito por un tercero, quien asumía una obligación ajena. Si era una mujer no podía asumir una obligación ajena. Pero en los textos que cita se faculta, en concreto, a las madres para poder asumir como propia una obligación de resarcir frente a los tutores cuando los hijos sujetos a tutela causen algún perjuicio (L. 8 párrafo 1 D. ad S.C. Velleianum —16,1—; Ulpianus libro XXIX ad edictum), el patrimonio de éstos no sea suficiente para el pago de los gastos que ha tenido que desembolsar el tutor en el

mas (12), para defender que las garantías pueden ser totalmente independientes de la relación asegurada, lo que puede ser de gran utilidad para el tráfico comercial. Para ello hay que presuponer que el deudor principal va a asumir un determinado comportamiento, para que, como consecuencia de este tipo de garantía, realice la actividad comercial encargada. La garantía, cuando es independiente, asegura que la actividad comercial se va a ejecutar, ya que el acreedor podrá hacer uso de esta garantía en el plazo señalado, sin que el garante pueda oponer excepción alguna. STAMMLER parte del supuesto de que estas garantías tienen sentido cuando el deudor principal y también el tercero son garantizados en caso de pérdidas o ganancias que no se han podido obtener. Este tipo de garantía independiente es calificado por KLEINER «reine Garantie», a diferencia de otras garantías independientes, como las garantías bancarias, en especial la garantía «a primera demanda», en las que no se exige ningún comportamiento específico a los que forman parte de la relación de valuta (13).

ejercicio de la tutela (L.6.C. ad. S.C. Velleianum —4,29—; Imp. Alexander A. Torquato) o exista el temor de que los tutelados ejerciten después la *actio tutelae directa* contra el tutor (L. 2.C. si mater indemnitem promiserit —5,46—; Imp. Philippus A. et Philippus C. Asclepiadi et Menandro). En todos estos supuestos, el riesgo que supone el ejercicio de la tutela es asumida por una tercera persona mediante la *stipulatio*, en concreto mediante la *promissio indemnitas*. Otro supuesto es el recogido en el texto L. 19 pr. D ad S.C. Velleianum: Africanus libro VI quaestionum. La mujer asume la garantía de que el llamado a la herencia, como consecuencia de la aceptación, no tenga que sufrir ciertos perjuicios. STAMMLER cita también un texto histórico que parece traslucir un contrato encauzable en el contrato de garantía (Suetoius vita Claudii, capítulo 18). Relata la preocupación del emperador por el hambre que padecía Roma, buscando diversas fórmulas para incrementar la importación del trigo. En especial, prometió a los cultivadores y a los mercaderes ventajas directas, ofreciéndoles garantías de que no iban a soportar posibles perjuicios, además de garantizarles una ganancia mínima, mediante la fórmula contractual «nam et negotiatoribus certa lucra proposuit, suscepto in se damno, si cui quid per tempestates accessisset».

También los textos contenidos en L. 32 D. mandati vel contra —17,1—, Julianus libro III ad Urseinum Ferocem y L. 19, parágrafo 1, 2 D. ad S.C. Velleianum —16-1—: Africanus libro IV quaestionum son acreditativos de que los romanos admitían el mandato de crédito con fines de garantía, diferenciándolo de la intercesión, siendo este contrato afín, según STAMMLER, al contrato de garantía (vid. págs. 64-72).

(12) Presta una especial atención a las llamadas «Zinsengarantien», en virtud de las cuales el Estado garantizaba el pago de los dividendos a los accionistas de sociedades anónimas, práctica muy común en Francia durante el siglo XVIII, pero con menor trascendencia en Alemania por la poca presencia de estas sociedades capitalistas en la vida económica del país, para centrarse, después, propiamente en las garantías de dividendos (vid. págs. 84-118).

(13) *Bankgarantie* (Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes), Zürich, 1990, ed. 4.ª, pág. 23. Subraya esta profesora que en la actualidad responden a este tipo de garantía independiente figuras como las siguientes. «Defizitgarantien», «Dividendengarantien» y «Erfolgsgarantien», utilizadas frecuentemente en la praxis bancaria.

La aportación doctrinal más relevante de STAMMLER es la de concebir el contrato de garantía como un contrato independiente, dando por sentado que es un contrato autónomo, con sustantividad propia, ajeno, por tanto, a las vicisitudes de las relaciones subyacentes —tanto de la relación de cobertura como de la relación de valuta—, no dependiendo para nada de ellas. Por tanto, defiende que pueden existir garantías no accesorias, con lo que la no accesoriedad se convierte en el criterio delimitador por excelencia de otras garantías personales, como la fianza. Por ello, presta una especial atención a ciertas situaciones límites en las que se puede cuestionar la accesoriedad de la fianza. Mientras que la fianza indemnizatoria sigue siendo esencialmente una fianza, si bien sujeta a una condición suspensiva, el afianzamiento de una obligación inexistente o de una obligación más gravosa choca claramente con la accesoriedad que rige en toda fianza. O son obligaciones o contratos que no pueden tener eficacia jurídica si se subsumen en la fianza, ya que son contrarios a la de la accesoriedad de la fianza, o son obligaciones o contratos innominados... Excepcionalmente, dice STAMMLER, pueden ser contratos de garantía cuando su finalidad es la de garantizar (14) (15) (16).

II.2. LAS GARANTÍAS BANCARIAS EN EL TRÁFICO INTERNACIONAL

La originalidad de la tesis de STAMMLER, aunque es seguida y desarrollada por algunos de sus discípulos (17), pasa un tanto desapercibida para la doctrina dominante en aquella época, para caer después prácticamente en el olvido. Sólo cuando a partir de la segunda mitad del presente siglo empiezan a ser utilizadas garantías en el tráfico comercial, concretamente en las relaciones internacionales, ajenas a las operaciones garantizadas, para reforzar, así, la garantía prestada, la obra de STAMMLER vuelve a ser de

(14) Auch in dem Thatbestande eines Garantievertrages als elementarer Bestandtheil die Burgschaft für ungelte Schuld oder unterer härteren Modalitäten als der Hauptschuldner entdeckt werden; wiederum von der anderen Seite herausgedrückt: es kann eine derartige «Verbürgung» auch zu den Zwecken eines Garantievertrages genommen werden, *op. cit.*, pág. 42.

(15) En el análisis comparativo analiza someramente las diferencias del contrato de garantía con el contrato de seguro, los contratos aleatorios como el juego y la apuesta, el negocio diferencial, la pena convencional y la donación condicionada.

(16) También STAMMLER contraponen el contrato de garantía al «Garantieauftrag» o «mandato de garantía», si bien las diferencias son mínimas, ya que la posición de los garantes es la misma en ambos contratos; no obstante, la segunda fórmula contractual estará condicionada por el particular régimen jurídico del mandato (*op. cit.*, págs. 64 y sigs.).

(17) El profesor MEO, en su magnífica obra *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, cita en la nota 91 de la pág. 45 discípulos de STAMMLER. También KLEINER hace referencia a la «escuela de Stammler», *op. cit.*, ed. 4.ª, Zürich, 1990, págs. 2 y 23.

interés (18). No obstante, prima la efectividad y la utilidad de estas garantías sobre consideraciones propiamente dogmáticas, dando por sabido y establecido que son garantías que necesitan de la independencia. Pero, a falta de una regulación legal en casi todos los países, pronto surgieron obstáculos para su admisión en los ordenamientos jurídicos nacionales, que, por norma general, parten de la accesoriedad como característica esencial de las garantías. Es entonces cuando la doctrina empieza a preocuparse nuevamente de las garantías independientes, con la fortuna, además, de tener como base de trabajo las sugerentes reflexiones de STAMMLER. Nace, así, un debate jurídico sobre múltiples aspectos de las garantías bancarias, el cual ha empezado a tener eco en nuestro país a partir de los años ochenta. A excepción de algunas aisladas incursiones exclusivamente dogmáticas, se parte, sin más, del carácter independiente de estas garantías, quizá por la idea de que se trata ya, en palabras de PEGELS, de una *terra cognita* (19), lo que no es ni mucho menos cierto. Como es normal, interesa mucho más la estructura y el funcionamiento de las garantías independientes, sobre todo su nexo funcional con las relaciones de cobertura y de valuta, y, por consiguiente, las posiciones jurídicas que ocupan el garante, el beneficiario de la garantía y el deudor principal. Hay también un lógico esfuerzo doctrinal de pretender encuadrar las garantías independientes en algunos de los tipos legales más próximos a ellas (en especial, la delegación y la promesa por hecho ajeno). Ultimamente hay, además, un especial énfasis de ocuparse de lo que ha llamado BOZZI «la patología» de las garantías independientes (20), en particular, cuando el beneficiario utiliza con fines abusivos la garantía. La atención doctrinal dirigida básicamente a las garantías bancarias, además en las relaciones internacionales, ha hecho olvidar la viabilidad de estas garantías en el tráfico nacional, incluso fuera del ámbito estrictamente comercial, es decir, como garantías independientes sin más (21).

Uno de los principales problemas con los que se enfrenta la doctrina es la justificación de la independencia de las garantías bancarias. En principio, para que las garantías personales puedan cumplir con su función no necesitan ser independientes, como lo evidencia la regulación legal de la fianza,

(18) Todos los estudios sitúan el comienzo de la aparición de las garantías bancarias a partir de la segunda guerra mundial. Y con ello el resurgimiento de un debate doctrinal que no ha concluido ni mucho menos.

(19) *Das Verhältniss von Bürgschaft, Garantievertrag, Schuldbeitritt zueinander*. Erlangen, 1936, pág. 1.

(20) *L'Autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*. Napoli, 1990, pág. 9 y, en especial, págs. 269 y sigs.

(21) Precisamente ha sido un autor español el que quizá mejor ha sabido desviar la atención para que nos fijemos en la garantía independiente fuera del contexto de las garantías bancarias y del tráfico internacional. Nos estamos refiriendo a la obra de CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Las Rozas (Madrid), 1991.

entre cuyos principios está la accesoriedad, el cual ha inspirado todos los Códigos Civiles decimonónicos y también los más modernos (el último, el Código Civil holandés).

Lo que es perfectamente justificable, atendiendo a la fuerza creadora de la autonomía de la voluntad, es decir, la facultad que tienen los particulares de poder crear una garantía independiente, es negado, en principio, por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, al basarse en la accesoriedad de las garantías personales. De ahí que cuando la doctrina intenta reconducir muchas veces el contrato de garantía independiente a los tipos legales previstos en el ordenamiento jurídico, no lo hace tanto por un afán de querer demostrar que hay figuras jurídicas conocidas que pueden servir de vestidura a este contrato atípico, sino para justificar que es perfectamente viable una garantía totalmente ajena a las vicisitudes de las relaciones subyacentes aun cuando las garantías personales, por excelencia la fianza, se caracterizan precisamente por todo lo contrario (22).

La independencia que se predica de las garantías no accesorias, en especial de las garantías bancarias, se empieza a cuestionar, sobre todo a raíz de una línea jurisprudencial iniciada en los años setenta, en casos casi siempre excepcionales, negando que esta independencia pueda hacerse valer cuando el beneficiario utiliza abusivamente la garantía. Los pronunciamientos judiciales que se han dictado en este sentido han provocado que se hable ya de una fisura en el carácter independiente de las garantías no accesorias, defendido a ultranza hasta entonces, sobre todo, cuando se trata de garantías bancarias. Incluso para demostrar que la independencia no es tan ventajosa. Obviamente es un problema de equilibrio entre las diversas prestaciones que cada uno de los sujetos intervinientes ha de realizar en las distintas relaciones jurídicas, debiendo ofrecer el Derecho los instrumentos jurídicos para lograrlo, pero no sobre la base de negar la independencia cuando la garantía es utilizada abusivamente por el beneficiario, sino mediante acciones que permitan el restablecimiento del desequilibrio producido en su caso. Las distintas soluciones que pueden adoptarse han enriquecido enormemente el debate doctrinal y han permitido analizar las garantías independientes desde ángulos jurídicos hasta entonces desconocidos.

Como podremos comprobar a lo largo del presente trabajo, la admisibilidad, la tipicidad y el abuso de las garantías independientes tienen res-

(22) Hay que matizar, no obstante, que la relación de cobertura no suele interferir en la fianza, como ha subrayado LACRUZ BERDEJO en su estudio «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, 1981, págs. 732 y sigs., y en especial, págs. 740 y sigs. La razón fundamental para él es que la relación entre deudor y garante es *res inter alios acta*, y el hecho de que el garante contrate por cuenta del deudor, no hace que la relación entre ellos forme parte del contrato de hipoteca, prenda o fianza (pág. 735).

puestas doctrinales muy diversas, condicionadas, por norma general, por las particularidades de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

En realidad, el debate doctrinal sobre las garantías independientes es un debate abierto, en especial, cuando se trata de justificar su independencia con respecto de las relaciones subyacentes. Recurrir exclusivamente a la autonomía de la voluntad no es suficiente, ya que no se puede desconocer la estructura triangular cuando se presta una garantía, en la que cada uno de los sujetos ocupa una posición jurídica muy determinada. Por otra parte, están los propios límites de cada ordenamiento jurídico, en los que la causa ha de ser tenida en cuenta como criterio de control de la relación de base cuando es contraria a Derecho y la necesidad de que toda atribución debe tener una causa, con el fin de mantener un equilibrio entre las prestaciones. Para evitar los inconvenientes, la abstracción de causa puede ser la respuesta adecuada, siempre que un sistema jurídico la admita. Otro límite a tener en cuenta, pero en un plano diferente, es la accesoriedad, máxime cuando se concibe como un principio o un dogma de las garantías personales. Como tendremos ocasión de analizar en capítulos posteriores, la justificación de la independencia, cuando se trata de garantías bancarias, se ha movido entre la abstracción y la no accesoriedad, con planteamientos que no pueden ser coincidentes, al tratarse de instituciones con significados muy diversos. Una nueva dificultad se ha interpuesto con la acogida por la jurisprudencia, y también por la doctrina, de la llamada fianza no accesorial o fianza «a primera demanda». Si a ello añadimos que se ha realizado un esfuerzo encomiable, pero a nuestro entender vano, para encontrar en algunas de las figuras legales conocidas paralelismos con las garantías independientes, se comprende nuestra afirmación anterior de que el debate doctrinal no está ni muchos menos cerrado.

III. LAS GARANTÍAS BANCARIAS ABSTRACTAS

III.1. LA ABSTRACCIÓN DE CAUSA COMO FUNDAMENTO PARA LA INDEPENDENCIA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS

La independencia que se predica de las garantías bancarias, y también de las que se titulan puras, se pretende fundamentar, incluso en los mismos sistemas causalistas, sobre la base de la abstracción de causa, a pesar de su atipicidad y no sujeción a una forma determinada (23) (24). Las garantías

(23) Vid., con carácter general, MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, quien hace una exposición general sobre la abstracción de causa y su relación con las garantías bancarias (págs. 239 y sigs.).

(24) En ningún caso, cabe construir la independencia de las garantías bancarias

bancarias encuentran en las características del negocio abstracto (25) (26) su apoyo más directo (27) (28). El objetivo principal de la abstracción de causa es la separación formal de un negocio de otro negocio anterior, que constituye la causa de aquel negocio, de tal modo que se independiza el negocio posterior del anterior. El grado de independencia varía en función del tipo de abstracción (que puede ser absoluta o relativa). Se trata de una construcción claramente artificiosa, con una mínima proyección en los ordenamientos jurídicos, pero no por ello deja de ser atractiva y constituye un recurso fácil para explicar ingenierías jurídicas en las que se busca la separación formal entre diversos negocios.

Es comprensible, por tanto, que se recurra a la abstracción de causa para justificar la separación formal entre la garantía que un tercero presta y la relación de base, origen de la garantía, sobre todo cuando hay similitudes

sobre la base de la presunción de causa, como señala CERDÁ OLMEDO en *Garantía independiente*, Granada, 1991, nota 22 y pág. 156, ya que la obligación amparada en la presunción de causa permanecerá conectada a las relaciones causales entre el acreedor y el obligado por la promesa, efecto que es incompatible con la función que pretende realizar la garantía bancaria. En el momento de pago de la garantía, en virtud de la presunción de causa, siempre cabe la inversión de la carga de la prueba, pudiendo demostrar el garante que el pago al beneficiario carece de justificación, si bien se limita siempre a la causa de la relación de base.

(25) Para una comprensión exacta de lo que significa el negocio abstracto en el Derecho actual, vid. FLUME, quien en su espléndido *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. 2.º, referido al «Rechtsgeschäft», 3.ª ed., 1979, Berlin-Heidelberg-New York, hace un extenso análisis de la contraposición entre negocios causales y negocios abstractos, págs. 152 y sigs., poniendo, mejor que nadie «las cosas en su sitio».

(26) Sobre algunos fundamentos históricos de la abstracción de causa y, sobre todo, la crítica a la misma, puede consultarse *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*. Granada, 1986, págs. 111 y sigs., del que soy autor.

(27) Entre los defensores de la abstracción de causa, como base jurídica para fundamentar la independencia de las garantías bancarias, hay que citar a v. WESTPHALEN, quien en su monografía *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, ed. 2.ª, Heidelberg, 1990, lo analiza detenidamente, en especial, a partir de las págs. 54 y sigs.

(28) En el Derecho alemán el parágrafo 780 del BGB, que regula la promesa de pago, sirve de apoyo directo a la garantía bancaria, defendido por v. WESTPHALEN (que ya lo sostuvo en «Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel», en *WM*, 1981, págs. 294 y sigs.), sino por otros autores como AUHAGEN, *Die Garantie einer Bank auf «erstes Anfordern»*, Freiburg im Breisgau, 1966, págs. 44 y sigs. THIETZ-BARTRAM, en su estudio comparativo entre los Derechos alemán e italiano, precisa que esta calificación no se puede seguir sistemáticamente, sino que habrá que calibrar de qué tipo de negocio abstracto se trata, en *Die Bankgarantie im italienischen Recht*, Berlin, 1989, pág. 41 y págs. 172 y sigs. También por los mismos tribunales; así, por ejemplo, el LG de Frankfurt en su Sentencia de 14 de diciembre de 1979, en *WM*, 1981, pág. 284; igualmente la Sentencia del LG de Stuttgart, de fecha de 8 de agosto de 1980, en *WM*, 1981, págs. 633 y sigs. La abstracción externa ha sido subrayada específicamente por la Sentencia del BGH, de 22 de abril de 1984 (publicada en *NJW*, 1985, págs. 1829 y sigs.), poniendo, además, de manifiesto, a juicio de este Tribunal, la similitud que tienen estas garantías con los créditos documentarios.

entre la garantía y el negocio abstracto obligacional. El carácter netamente independiente de las garantías bancarias tiene en la abstracción de causa una base dogmática que no se puede ignorar.

La promesa de pago que se formula cuando un tercero ofrece una garantía independiente al acreedor participa de las características del negocio abstracto obligacional: *a)* la declaración de promesa por parte del garante se presta separadamente de las relaciones de valuta y de cobertura; *b)* el contenido de esta declaración es comúnmente estereotipado, incluso cuando se trata de garantías documentarias; y *c)* sobre todo, el garante tiene sólo el derecho de reembolso aun cuando el pago al beneficiario es indebido.

De esta última característica se desprende que el grado de abstracción es mayor que en otros negocios abstractos, en los que es viable la *condictio indebiti* cuando falta la causa del desplazamiento patrimonial, como sucede cuando se ejecuta un reconocimiento de deuda o una simple promesa de pago sin causa.

Con este enfoque se logra una independencia prácticamente absoluta, no ya sólo porque el garante no puede oponer ninguna excepción de las relaciones subyacentes en el momento del requerimiento de pago, sino porque tampoco puede restablecer el equilibrio cuando el pago es indebido, mediante el ejercicio de la *condictio indebiti*. Este esquema se adapta perfectamente a las garantías bancarias en las que una entidad financiera asume una garantía a favor de un acreedor para asegurar el cumplimiento de una obligación, pero sin que el garante pueda oponer excepción alguna de las relaciones de valuta y de cobertura, pero no como consecuencia de una renuncia a oponer cualquier excepción, sino porque la relación de garantía no tiene ningún nexo jurídico con las otras relaciones subyacentes. Y aunque el pago de la garantía es indebido, no por ello el garante está desprotegido, ya que siempre tiene a su alcance la acción de reembolso. Con la exclusión del ejercicio de la *condictio indebiti* por parte del garante —que corresponde al ordenante de la garantía—, se produce, en realidad, como dice MEO, la definitiva «autonomizzazione dei presupposti di legittimazione della garanzia rispetto ai presupposti sostanziali» (29).

Esta abstracción más elevada de las garantías bancarias es subrayada especialmente por v. WESTPHALEN, quien ve en la abstracción de causa la mejor base dogmática para que puedan cumplir su verdadera función en el tráfico internacional. Se trata, como él explica, de una abstracción externa e interna a la vez. Externa, en cuanto la promesa de garantía no se verá afectada por las vicisitudes de las relaciones subyacentes (30) (31). E in-

(29) *Op. cit.*, pág. 87.

(30) *Op. cit.*, pág. 59

(31) También para AUHAGEN, quien se fija sólo en el alcance que puede tener la

terna, en cuanto para la ejecución de las garantías es suficiente que se den los condicionantes contenidos en el documento de garantía, es decir, el supuesto formal de la garantía (no por el hecho de que existan condiciones para el pago de la garantía, la garantía bancaria está condicionada) (32). Esto significa que la garantía no responde a un fin negocial concreto («Geschäftszweck»), que siempre vendrá determinado por la relación de base, al que el garante es totalmente ajeno, siendo suficiente que se produzca el supuesto garantizado («der formelle Garantiefall») para que el garante tenga que cumplir con su obligación de pago (33). De este modo, la garantía bancaria no se contagia de lo que suceda entre el acreedor y el deudor, y para nada tiene que interferirse en sus relaciones el garante, por no estar legitimado para ello al haber asumido una deuda como propia, y, por tanto, distinta de la deuda garantizada.

Frente a las voces críticas de la doctrina, argumentando que la abstracción de causa es algo artificial, ajena a las realidades del tráfico jurídico, se puede aducir que también la voluntad abstracta responde a un fin negocial, si bien previamente establecido por la ley, como sucede cuando se presta un reconocimiento de deuda, una promesa de pago, una letra de cambio o se garantiza la prestación mediante la concertación de un crédito documentario (34). De ahí que cuando un ordenamiento jurídico regula negocios abstractos específicos, el fin negocial ya está predeterminado legalmente, por lo que la voluntad real queda postergada, siendo indiferente a esta voluntad el propósito subjetivo que pueda subyacer también en estos negocios, a no ser que la voluntad sea expresión de otro fin negocial, el cual debe manifestarse claramente. Para despejar cualquier duda, el ordenamiento jurídico somete los negocios abstractos a una determinada forma, como la letra de cambio o el cheque. El fin negocial, aunque formal, que subyace en todo negocio abstracto, constituye, desde una perspectiva causalista, la causa interna, totalmente objetivada por cuanto ya está preestablecida por la propia ley, por lo que cabe hablar, de alguna manera, de una causa objetiva interna legal idéntica para todos los negocios abstractos. En el

relación de valuta sobre la garantía bancaria, señala: «Die mit der Sofortzahlungsklausel ausgestattete Bankgarantie ist als abstraktes Schuldversprechen besonderer Art anzusehen, das vom Valutaverhältnis unabhängig ist und bei dem kein auf Mangel des Valutaverhältnisses gestützter Kondiktionsanspruch im Sinne von §§ 821, 812 Abs. 2 BGB gegeben ist» (*op. cit.*, pág. 51)

(32) V. WESTPHALEN, *Die Bankgarantie* .. *op. cit.*, pág. 58.

(33) *Idem*, pág. 57.

(34) Evidentemente toda voluntad consciente, con relevancia jurídica, contiene una causa. También la voluntad abstracta responde a un fin económico o jurídico, si bien previamente ya determinado por el legislador. Este fin concreto, objetivo, está en las propias necesidades de asegurar, garantizar, facilitar el tráfico jurídico. Vid. ALBIEZ DOHRMANN, *El reconocimiento de deuda* .. *op. cit.*, págs. 127 y sigs.

contrato de garantía el fin negocial es el aseguramiento de pago, sirviendo la garantía como instrumento de liquidación para el acreedor, con la certeza, por tanto, de que se va a cumplir la garantía una vez requerida la entidad financiera para el pago.

Se puede objetar que el fin de aseguramiento («der Sicherungszweck») está presente en todos los tipos de garantías que se utilizan en el tráfico exterior, con independencia de su configuración abstracta o causal (35). Al fin y al cabo, en toda garantía bancaria el beneficiario quiere tener la seguridad de que al menos puede obtener una indemnización en caso de que falle la relación de base; de no ser así ni siquiera estaría interesado en ella. Pero para lograr este efecto tiene que producirse un cambio de funciones, es decir, que el garante deje de estar interesado en las circunstancias que puedan liberar al deudor principal de su obligación (en tal caso la garantía pierde su razón de ser). Sólo por el cambio de funciones («aufgrund der Verschiebefunktion») se cierra el paso al garante de poder oponer excepciones de la relación de base frente al beneficiario (36). Se logra así, la independencia, tan característica en la garantía bancaria, pero no como consecuencia de la abstracción de causa, sino por el cambio de funciones que se produce cuando el garante asume una garantía bancaria.

Dado el contenido estereotipado de la mayoría de los negocios abstractos, podría pensarse que sólo las garantías puras participan de la naturaleza abstracta. Entenderlo así, sería un craso error. La alusión en una promesa de garantía al negocio de base, no necesariamente significa causalizar el negocio abstracto, ni que la garantía sea más accesoria. La sola referencia a la relación jurídica precedente puede dejar intacto no obstante el negocio abstracto. Sólo cuando llega a integrarse como parte del mismo negocio jurídico, en concreto por la voluntad de los particulares, es cuando se causaliza el negocio posterior, además externamente, en el sentido de que las vicisitudes de aquella relación afectarán directamente al negocio en el que se ha incorporado. Lo mismo se puede decir cuando se incorpora la relación de cobertura en el negocio de garantía.

Las garantías bancarias se prestan especialmente a que en el documento de garantía haya alguna referencia a la relación de valuta, y, en este sentido, como señala CANARIS, se diferencian de los negocios abstractos «tout cort» en cuanto no son «incoloras», dotadas, por otra parte, de un fin negocial determinado, pero aun así siempre abstractas en cuanto están separadas de la relación causal que existe entre la parte beneficiaria y el tercero (37). El

(35) MULBERT, *Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz*, Tübingen, 1985, pág. 46.

(36) MULBERT, *op. cit.*, págs. 63 y 201.

(37) *Bankvertragsrecht*, ed. 3.^a, Berlin 1988, pág. 583.

alcance destructivo, cuando proviene de la causa inexistente o ilícita, no llega a la garantía bancaria. La alusión a la relación subyacente sólo tiene un alcance formal, debiendo acreditar el beneficiario de la garantía que se ha dado el supuesto formal de garantía —el descrito, en su caso, en la garantía— para exigir su cumplimiento, siendo indiferentes, a partir de este momento, las vicisitudes que se hayan podido producir en cuanto al supuesto material garantizado. Si el beneficiario acredita que se da el supuesto formal («formeller Garantiefall»), por ejemplo, mediante la acreditación de una prueba documental, previamente determinada, y a requerimiento por parte del Banco, no puede afectar ya a su crédito que la relación subyacente contenga una causa inexistente o ilícita. A partir de que se cumplan los condicionantes del documento de garantía, el beneficiario tiene la legitimación sustantiva para hacer valer su crédito frente al garante (38). En consecuencia, como precisa v. WESTPHALEN, la abstracción externa e interna de las garantías bancarias queda intacta, a pesar de posibles referencias al negocio base (39).

Cada vez es más frecuente la inserción en las garantías documentarias de las llamadas cláusulas de efectividad («Effektivklauseln»). En virtud de estas cláusulas, la efectividad de la garantía bancaria vendrá condicionada a determinados supuestos materiales, con lo que, de alguna manera, se rompe en parte la independencia de la garantía bancaria y con ello la abstracción de causa, hasta el punto de convertir las garantías bancarias en garantías accesorias. Pero en contra de aquellos que consideran que la garantía bancaria con cláusulas de efectividad tiene una mayor afinidad con la fianza «a primera demanda», dada la mayor dependencia que existe en este caso con las relaciones subyacentes, v. WESTPHALEN entiende que se mantiene la abstracción externa, ya que el garante sigue sin tener la facultad de poder oponer las excepciones de las relaciones subyacentes (40). Supone, pues, una clara diferencia con la fianza «a primera demanda», que por mucho que se quiera independizar, reduciendo el grado de accesoriedad, nunca llegará al grado de independencia que se logra, sin embargo, cuando se opta por una garantía bancaria (la reducción de la accesoriedad en la fianza tiene su límite en la causa y demás elementos esenciales de la obligación garantizada; aparte de que es muy discutible que se pueda redu-

(38) Muy claramente expuesto por KLEINER, *op. cit.*, págs. 181 y sigs.

(39) *Die Bankgarantie...*, *op. cit.*, págs. 97-98.

(40) In der Sache verschiebt sich also das Problem von «Effektivklauseln» auf die im einzelnen geforderte Nachweispflicht des Begünstigten, mit der die entsprechende Prüfpflicht der Bank korrespondiert. Mit der Bejahung oder Verneinung der abstrakten Rechtsnatur einer auf «erstes Anfordern» zahlbar gestellten Bankgarantie/Burgschaft hat also die Frage, wie «Effektivklauseln» zu bewältigen sind, letzten Endes nichts zu tun (*Die Bankgarantie...*, págs. 101-102).

cir la accesoriedad en el grado que se propugna cuando se trata de un elemento característico de la fianza).

En los términos trazados hasta ahora, la construcción dogmática sobre la base de la abstracción de causa es perfecta para justificar la independencia de la garantía bancaria, pero de difícil aceptación en sistemas que desconocen la abstracción de causa (especialmente cuando el sistema se basa en el control de la causa preexistente de la relación de base y no hay un medio directo para restablecer el desequilibrio patrimonial cuando se cumple una obligación sin causa). La abstracción de causa se ha movido siempre entre el formalismo y el materialismo, entre lo externo y lo interno, con distintas graduaciones, aunque la abstracción de la causa nunca es absoluta, a lo que no pueden ser ajenas las garantías bancarias. Y tampoco se escapan las garantías bancarias del debate doctrinal sobre la propia existencia del negocio abstracto, aunque no necesariamente reñida con la independencia de las garantías bancarias, cuya fundamentación puede encontrar explicaciones por otros derroteros de la dogmática jurídica (41).

No han faltado incluso voces críticas dentro del sistema de la abstracción de causa, como el sistema alemán. Entre los más críticos hay que citar a HEIN. Para este autor, la base («die Grundlage») de la garantía es el aseguramiento contenido en la misma garantía (42), siendo, además, común que en ella se haga referencia al negocio garantizado. Esto significa que el negocio de garantía es propiamente causal. Responde, además, a un fin negocial. Incluso, el beneficiario ha de acreditar que ha tenido lugar el supuesto de garantía, lo que va en contra de una promesa que pretende ser abstracta (43). Pero en virtud de la causa de aseguramiento, por la que el beneficiario tiene la certeza de que no se le puede oponer ninguna excepción de las relaciones subyacentes, es un negocio a la vez no accesorio. La causa confirma que justamente en los casos no previstos (por ejemplo, imposibilidad de cumplimiento del deudor principal por falta de una auto-

(41) La posición más frontal a la abstracción de causa en el ordenamiento jurídico alemán es la adoptada por KÜBLER, quien desmonta, uno por uno, los argumentos que se aducen a favor de la abstracción de causa. Según él, «wo die unmittelbar wirkende autonome Gestaltung möglich und ohne Formzwang zulässig geworden ist, hat die Konstruktion des abstrakten Schuldvertrages jede Bedeutung verloren», *Feststellung und Garantie*. Tübingen, 1967, pág. 189. Por tanto, para él es perfectamente posible una garantía bancaria independiente, sin tener que recurrir a la abstracción de causa, ya que no hay ninguna norma jurídica que regule esta forma de garantía, siendo la voluntad la que tiene fuerza para configurar esta garantía como una relación independiente de las relaciones subyacentes.

(42) «Grundlage der Garantie ist die ihr innewohnende Sicherungsabrede», *Der Zahlungsanspruch des Begünstigten einer Bankgarantie «auf erstes Anfordern»*, Giesen, 1982, pág. 24.

(43) *Op. cit.*, págs. 24-25.

rización administrativa o por tratarse de una exportación ilícita) es cuando el garante debe cumplir con su garantía (44). De ahí que la garantía bancaria es un negocio causal pero no accesorio.

También MÜLBERT comparte la naturaleza causal y no accesorio de la garantía bancaria (45), por lo que no hay que recurrir a la abstracción de causa para lograr la independencia (46). Pretender subsumir la garantía en el párrafo 780 del BGB no añade nada al interrogante de la independencia inherente a ella. Según él, basarse en la abstracción de causa responde más al deseo dogmático de querer subrayar la no accesoriedad en las garantías independientes que una toma de postura ante la causa (47). En realidad, la atribución del carácter abstracto es una cuestión meramente terminológica (48). Pero a diferencia de HEIN, defiende que la independencia de estas garantías se basa en la exclusión voluntaria de las excepciones que puedan oponerse de las relaciones subyacentes, con la particularidad de que el garante asume la deuda como propia. Pero esta exclusión no es definitiva. Como él mismo reconoce, la exclusión de las excepciones tiene un valor sólo provisional, por lo que la accesoriedad en realidad nunca llega a romperse (49).

Más que combatir la abstracción de causa, ofrecen unas bases dogmáticas alternativas, precisamente en la no accesoriedad de las garantías, pero sin plantearse si la eliminación definitiva o parcial de la accesoriedad choca con la fianza, dando por sentado que pueden ser no accesorias por voluntad de las partes.

III.2. LA VIABILIDAD DE LAS GARANTÍAS ABSTRACTAS EN UN SISTEMA CAUSAL: LA TESIS DE PORTALE

En principio, resulta imposible la abstracción de causa en un sistema exclusivamente causal. De admitirse, iría frontalmente contra el sistema jurídico preestablecido, a no ser que exista alguna regulación legal para un tipo de negocio abstracto concreto. No obstante, hay quien propugna la

(44) Bedenkt man, dass der Garant eben für alle «nicht typischen Zufälle haftet», so lässt sich aus der Sicherungsabrede das nicht bestehen oder der Wegfall der Forderung aus dem Grundgeschäft, einem Anspruch auf Auszahlung der Garantie grundsätzlich nicht entgegenhalten. Ein Fall des Wegfalls der causa liegt dann nicht vor. Im Gegenteil, die causa besagt, dass just in diesen Fällen die Garantehaftung eingreifen soll (*op. cit.*, pág. 27).

(45) *Op. cit.*, pág. 48.

(46) *Idem.*, pág. 43

(47) *Ibidem.*, pág. 35.

(48) *Ibidem.*, pág. 27.

(49) *Ibidem.*, págs. 39-41

naturaleza abstracta de las garantías bancarias en un sistema causal sólo por la voluntad de las partes (50).

El más claro defensor es PORTALE (51) (52), para quien la justificación del carácter autónomo de las garantías bancarias sólo se puede encontrar en el negocio abstracto. Ello no constituye un especial impedimento, aun cuando el sistema es causal, teniendo en cuenta que cualquier garantía bancaria tiene una causa suficiente, que está expresada en el propio documento de garantía, pero a la vez es abstracta en cuanto la atribución económica prometida a favor del beneficiario aparece independiente de los vicios de su función económica. El contrato de garantía es causal internamente, puesto que en él hay una referencia al fundamento económico de la operación. Pero externamente no hay un nexo jurídico con la relación de base. Tal planteamiento coincide con la estructura de cualquier negocio abstracto, como se ha puesto de manifiesto más arriba.

Según PORTALE, sólo así se puede impedir cualquier intento de reconducir estas garantías al tipo legal de la fianza (53). Aunque también comprende la objeción de aquéllos que temen que con este planteamiento se pueden hacer legítimos los desplazamientos patrimoniales privados de justa causa, lo que es inadmisibles en cualquier sistema, sea causal o no.

Para frenar este temor, PORTALE les recuerda que ni siquiera la abstracción es absoluta y, por tanto, admite diversos grados. Además, en algún momento hay que controlar la justificación de la atribución patrimonial. Si no es en el momento del ejercicio del derecho de crédito —lo que significaría que la garantía bancaria es causal o accesoria—, cabe un control posterior accionando la *condictio indebiti*. El grado de abstracción varía según quién pueda ejercitar la *condictio indebiti* una vez producido el pago, si el garante o el ordenante de la garantía (54). Se trata de una opción que necesariamente hay que resolver atendiendo a la estructura triangular y también teniendo en cuenta la función que desempeña el negocio abstracto.

(50) Vid. ALBIEZ DOHRMANN, *El reconocimiento de deuda...*, op. cit., págs. 197 y sigs., quien analiza los fundamentos para la abstracción de causa en un sistema causal, como el español; en particular, la autonomía de la voluntad como fuente productora del negocio abstracto, la presunción de causa y la admisión de la acción de enriquecimiento sin causa.

(51) Vid. «Le garanzie bancarie internazionali», *RBB*, parte 1.ª, 1988, en especial págs. 12 y sigs.

(52) Una síntesis de su tesis puede encontrarse en NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992, págs. 51 y sigs.

(53) Así, en «Le Sezioni Unite e il contratto autonomo di garanzia ("causalità" ed "astrattezza" nel Garantievertrag)», *Rev. Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, pág. 515. Existe una traducción a cargo de TIRADO SUÁREZ, en *RDBB*, 1990, págs. 633 y sigs.

(54) *Le Sezioni Unite e il contratto autonomo di garanzia...*, op. cit., pág. 518

Precisamente en atención del primer criterio, PORTALE se inclina por el mayor grado de abstracción, es decir, que el ejercicio de la *condictio indebiti* sólo cabe cuando se haya cumplido la garantía y el garante haya hecho uso de su derecho de reembolso. Pero también por la función misma que asume el garante, éste no está interesado realmente en hacer valer la *condictio indebiti* por un desplazamiento patrimonial injustificado una vez cumplida la garantía. Su función es otra, concretamente la de ofrecer un medio de garantía que permita la concertación de unas relaciones comerciales, pero en la que el garante no tiene ningún interés. En cualquier caso, el control sobre el desplazamiento patrimonial se ejerce, si bien en un momento posterior, siempre por quien realmente está interesado, que es el ordenante de la garantía. Así funciona en otras relaciones triangulares, por ejemplo, en el crédito documentario irrevocable y en la relación cambiaria cuando quien ejecuta la cambial es el tenedor anterior (al final el delegante o el librado pueden ejercitar las acciones correspondientes frente al delegatario o al librador si el pago de la garantía carece de causa) (55). Por tanto, no se llega a forzar el sistema causal, como entienden otros, en cuanto en algún momento se produce el control sobre la causa.

Aquí es donde reside la principal crítica a la tesis de PORTALE. El control en un sistema causal ha de ser lo más directo posible, por lo que el control debería realizarse en el momento en que el beneficiario reclame el cumplimiento de la garantía, pero indebidamente. Es en este momento cuando se debe determinar si el desplazamiento patrimonial que se produce con el pago de la garantía está justificado o no, ejercitando la oportuna excepción por parte del garante. Para ello hay que conocer todas las vicisitudes de la relación de base. En realidad, es un control que va más allá de la causa, puesto que cualquier circunstancia producida en esta relación podría oponerse al beneficiario. De ser tan amplio el control, la garantía bancaria dejaría de ser una garantía independiente.

Para superar estas dificultades, el camino que se debe seguir es otro. La respuesta de la independencia está en la garantía bancaria misma, en su función y su estructura. Esta idea está presente en la formulación de PORTALE, pero no por eso hay que recurrir al negocio abstracto. Para muchos

(55) A juicio de PORTALE, el artículo 2 033 del Código Civil italiano admite la *condictio indebiti*, como el artículo 1.271-3 la abstracción de causa en la delegación, trasladable al crédito documentario (en cuanto a la estrecha relación existente entre la delegación y la garantía bancaria son interesantes las reflexiones de MEO, *op. cit.*, págs. 240 y sigs., y, en especial, las notas 32 y 33, quien subraya el esquema suficientemente elástico que existe en los créditos documentarios, para organizar un «collegamento» entre las operaciones de base, lo que no es viable en las garantías bancarias en las que hay que preservar, por encima de todo, la independencia con la relación de base).

la abstracción de causa es simplemente un pretexto para justificar la independencia de determinadas garantías. Si la independencia puede tener su justificación en otras bases dogmáticas, el recurso al negocio abstracto carece de sentido, más cuando el sistema es causal. Además, el carácter incoloro o neutral del negocio abstracto relega totalmente, según MEO, la razón justificativa del compromiso en el plano interpretativo, y, por tanto, las condiciones del equilibrio interno de la «fattispecie» (56).

III.3. LA BUENA FE COMO LÍMITE DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS ABSTRACTAS

La independencia tan indiscutible de las garantías bancarias se ha visto cuestionada desde hace ya algún tiempo por una línea jurisprudencial, que incluso ha encontrado un eco positivo en la doctrina, al admitir, bajo determinados presupuestos, la *exceptio doli*, pudiendo ser opuesta por el garante cuando el beneficiario ejerce abusivamente su derecho. Para esta jurisprudencia resulta indiferente que la garantía bancaria sea concebida como un negocio abstracto, puesto que por encima debe primar la buena fe contractual (57) (58).

Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, la *exceptio doli* no debería admitirse cuando la garantía bancaria se concibe como un negocio abstracto. No ya sólo porque supone una clara excepción a la separación formal que con la abstracción de causa se consigue entre el negocio precedente y el negocio posterior, sino, sobre todo, porque el carácter neutral del negocio abstracto desaparece cuando se entra en consideraciones subjetivas, referidas siempre a la relación de base. En principio, resulta ajeno al negocio

(56) *Op. cit.*, pág. 97.

(57) Un claro exponente de esta línea jurisprudencial constituyen las Sentencias del BGH de 12-3-1984 y 29-9-1989, según las cuales, aun cuando se trata de garantías abstractas, la exclusión de las excepciones está sometida a la buena fe contractual, es decir, tienen como límite el parágrafo 242 del BGB.

(58) En un plano procesal diferente se plantea también la posible adopción de medidas cautelares para evitar, momentáneamente, el pago de la garantía, concretamente cuando puedan existir elementos probatorios que indiquen que el requerimiento del beneficiario está injustificado. La naturaleza abstracta de las garantías se invoca a veces para negar la posibilidad de la adopción de medidas cautelares, como la interdicción de pago. En cualquier caso, se trata de medidas que tienen un carácter provisional. Ahora bien, una vez admitida por la jurisprudencia la *exceptio doli*, se abre el paso para admitir la adopción de medidas cautelares, debiéndose estar entonces a las normas procesales que rigen en cada país, para poder determinar qué medidas concretas se pueden adoptar. Los problemas procesales que pueden surgir no son pocos según la práctica judicial internacional. Entre los trabajos más recientes pueden verse específicamente, además de la obra de MÜLBERT (*op. cit.*, en especial, págs. 149 y sigs.), el estudio de DOHM, «Messures provisionnelles et séquestre pour empêcher l'appel abusif d'une garante bancaire sur demande», *Rev. Droit des Affaires Internationales*, 1992, págs. 887 y sigs.

abstracto la buena fe con que actúa el acreedor, quien, con base en un título formal hace valer su derecho, sin que sea necesario hacer ninguna otra valoración, una vez que se den los condicionantes del título. Y si el negocio abstracto obligacional es un instrumento de pago, reforzando al máximo la garantía de pago con la exclusión de las excepciones de la relación de base, carece de sentido la *exceptio doli* en esta clase de negocios. El riesgo que asume el deudor o un tercero, a sabiendas que debe cumplir con su obligación aun cuando carece de causa o no está justificado el cumplimiento por cualquier otra circunstancia, es una característica intrínseca de todo negocio abstracto. En cualquier caso, uno u otro tiene a su alcance la *condictio indebiti* una vez cumplida la obligación abstracta. Con la abstracción de causa, al fin y al cabo, sólo se posponen los recursos para después del vencimiento. Si el deudor o el tercero quieren tener mayores defensas, entonces deben optar por negocios que dependan jurídicamente de la relación de base.

Ciertamente la *exceptio doli* no es oponible en cualquier caso, pudiendo ejercitarse sólo cuando es notoria la lesión de la buena fe contractual o existe una «prueba líquida» de la pretensión injustificada del beneficiario. Este carácter restrictivo de la excepción no impide, sin embargo, una importante fisura en el alto grado de independencia que tienen las garantías bancarias, al introducir el elemento de la buena fe contractual en negocios concebidos como abstractos y, por tanto, neutros (59). En realidad, con la *exceptio doli* las garantías bancarias dejan de ser garantías abstractas, para convertirse en garantías más accesorias, puesto que no sólo es posible entrar en el control de la causa, sino en cualquier vicisitud de la relación de base (por ejemplo, incumplimiento de la obligación, cumplimiento defectuoso, incumplimiento parcial, imposibilidad de cumplimiento por causa sobrevenida...). La amplitud con que se puede examinar entonces la relación de base puede poner en entredicho incluso el carácter restrictivo con que se quiere aplicar esta excepción, dada la enorme variedad de supuestos que pueden tener cabida en esta excepción (60). Cuántos más supuestos entran en la *exceptio doli* menor es la independencia de las garantías bancarias, lo que no se evita exigiendo que la prueba de las vicisitudes sea mediante la llamada «prueba líquida» o que

(59) Así, en el Derecho alemán, el parágrafo 242 del BGB constituye, con la admisión de la *exceptio doli*, un límite al carácter abstracto de las garantías bancarias, precepto del que han hecho uso los tribunales para negar las reclamaciones de beneficiarios que actuaron abusivamente.

(60) Especialmente crítico es MEO, denunciando la elasticidad con que se utiliza la *exceptio doli*, *op. cit.*, págs. 101 y sigs., además de negar la abstracción de la garantía, pág. 110. También PORTALE tiene sus reservas, puesto que con las garantías bancarias se tutela al beneficiario de los denominados riesgos atípicos del contrato de base. Así lo expresa claramente en el breve comentario a la Sentencia de la «Corte di Cassazione», de 6-10-1989, recogido en la traducción española de su trabajo «Le Sezione Unite..».

su constancia sea notoria. En realidad, con la admisión de la *exceptio doli* todo el discurso dogmático sobre las garantías bancarias se relativiza —y con ello también su naturaleza abstracta—, lo decisivo entonces es que se determinen con claridad los presupuestos de la excepción y en qué casos es oponible. Para muchos es este el tema central de las garantías bancarias (61), aunque ya se ha advertido que con este enfoque se pierde la perspectiva de lo que realmente son las garantías bancarias, tanto en cuanto a su funcionamiento interno como por lo que respecta a su estructura (62).

IV. LA ABSTRACCION DE CAUSA Y LA ACCESORIEDAD EN LAS GARANTIAS BANCARIAS

Las garantías personales, cuando son independientes, o son abstractas o no accesorias, en clara contraposición a las garantías accesorias, por lo que, inevitablemente, hay alguna interrelación entre la abstracción de causa y la accesoriedad (63), pero que es sólo aparente. Ambas concepciones jurídicas encuentran su razón de ser en que siempre hay una relación jurídica preexistente, la cual sirve precisamente de base a una relación posterior, que puede ser abstracta o sólo accesorio. Ello ya implica de por sí un diverso grado de dependencia, que es casi total cuando el nexo entre ambas relaciones está presidido por la accesoriedad. Y, sin embargo, es prácticamente inexistente en el negocio abstracto que tiene por función básica la ruptura con la relación anterior (64). Atendiendo a este diferente significado de dependencia, la abstracción de causa y la accesoriedad más que relacionarse se contraponen.

op. cit., págs. 660-661. En cualquier caso, la *exceptio doli* sólo cabe en casos excepcionales. La necesidad de una prueba notoria o «líquida» al menos objetiva la valoración de las vicisitudes de la relación de base («Le Garanzie bancarie...», *op. cit.*, pág. 21). No obstante, con la admisión de la *exceptio doli*, la entidad financiera garante se ve en la obligación de proteger al ordenante cuando el requerimiento de pago del beneficiario carece de justificación. En caso de omisión de este deber de protección, el ordenante puede oponer al garante el incumplimiento de este deber cuando éste ejercite la acción de reembolso (*idem.* págs. 23 y sigs.).

(61) Un ejemplo claro lo constituye la monografía de MÜLBERT, *op. cit.*

(62) Así, BOZZI, *op. cit.*, pág. 9.

(63) Según THIETZ-BERTRAM, «die Begriffe Akzessorietät und Abstraktion stehen nicht gleichsam im "luftleeren Raum". Sie bedürfen vielmehr, wenn ihre Verwendung aussagekräftig sein soll, jeweils eines Beziehungsobjektes. Dabei stehen Akzessorietät und Abstraktion in einem reziproken Verhältnis zueinander» (*op. cit.*, pág. 179).

(64) Una mayor independencia se logra también cuando un negocio causal sucede a otro, modificando o novando la relación anterior, incluso para constituir un nuevo negocio jurídico (por ejemplo, los negocios declarativos y constitutivos tienen un alto grado de independencia).

En realidad, cumplen cometidos muy diferentes. Mientras que la abstracción de causa, en el ámbito de las relaciones obligacionales, tiene su razón de ser en una determinada concepción sobre el control de la causa, el desplazamiento patrimonial que previamente debe haberse producido y la protección de los intereses de los acreedores, la accesoriedad es una consecuencia meramente lógica cuando una relación posterior tiene por objeto una relación anterior. Esto explica que la abstracción de causa sólo puede darse cuando expresamente está prevista, además por ley, por la enorme trascendencia que ello supone cuando la causa de la atribución patrimonial, que constituye la base de la relación anterior, deja de ser trascendente para la relación posterior, independizándose ésta a los efectos de tener su propia validez y eficacia jurídica. En la accesoriedad, por el contrario, se da por sentado que siempre habrá un nexo de unión entre ambas relaciones, por supuesto también en cuanto a la causa, lo que no tiene que ser un obstáculo para que tenga la relación posterior su autonomía, incluso pueda reducirse la dependencia, a los efectos de tener su vida jurídica propia, bien por ley o bien por voluntad de los particulares.

La fianza, en su regulación legal y en sus manifestaciones de la vida práctica, constituye una muestra clara de esta posibilidad de otorgar a una relación accesoria una mayor autonomía para poder distanciarse de la relación subyacente. Por el juego de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de desligarse de la relación garantizada puede ir más lejos que la regulación legal de la fianza, la cual está construida sobre la base de la accesoriedad. La cuestión entonces son los límites. ¿Hasta dónde puede llegar el distanciamiento? ¿Cabe incluso romper con la accesoriedad? ¿Cabe eliminarla? ¿O estamos ante una figura contractual *ex novo* cuando se deja de lado la accesoriedad, como se apunta cuando se ha constituido una fianza «a primera demanda»?

La accesoriedad implica, como se ha dicho más arriba, un alto grado de dependencia, de tal manera que la relación accesoria queda impregnada, durante toda su vida jurídica, por la relación principal, en cuanto a su nacimiento, existencia, extensión y desarrollo. Cuando se trata de una garantía personal accesoria, la seguridad que puede ofrecer al acreedor estará condicionada por este alto grado de dependencia, pero asumida por el propio acreedor, que sabe que su objeto lo constituye la relación garantizada. En la medida en que la garantía viene configurada teniendo por objeto otra relación jurídica, la accesoriedad tiene como efecto que cualquier vicisitud de esta relación puede afectar a la garantía si el garante quiere hacer valer las excepciones de la relación de base. Para reducir este alto grado de dependencia cabe el pacto expreso de la renuncia de las excepciones oponibles, correspondientes a la relación garantizada. Pero aun así no se llega a romper del todo la accesoriedad en las

garantías personales próximas a la fianza, ni siquiera cuando la fianza es «a primera demanda».

La abstracción de causa, por el contrario, corta de raíz toda posible dependencia de otra relación, mediante la separación, creada, eso sí, artificialmente, entre la causa de la atribución patrimonial y la voluntad negocial posterior. Con ello deja de ser indiferente para la relación posterior no sólo la extensión y el desarrollo de la relación preexistente, sino su propia existencia y validez. Cuando la garantía se concibe como independiente, sea como negocio abstracto o no, la relación jurídica posterior ni siquiera tiene por objeto una relación anterior, sino que tiene su propio objeto, en la que el garante asume la deuda como suya, por tanto como propia, por lo que la relación de base queda separada totalmente de la garantía.

Estas reflexiones justifican nuestra afirmación anterior de que la abstracción de causa y la accesoriedad operan en planos bien diferenciados. La primera atañe a la causa, trata de evitar el control directo de la causa sobre un negocio posterior (en cualquiera de sus acepciones). La segunda, sin embargo, se explica por sí misma, atendiendo a la estructura de ciertas relaciones en las que una constituye el objeto de la otra. En estos casos, la accesoriedad resulta inevitable. Por estas razones rechazamos cualquier equiparación. Incluso eliminada toda dependencia accesorias, cuando se trata de garantías propiamente accesorias, la causa de la relación garantizada seguirá proyectando su sombra sobre la garantía. Es algo que no se puede evitar en las garantías accesorias. Para poder romper totalmente con la relación garantizada, las garantías deben ser abstractas o simplemente independientes.

Aun así, puede resultar provechoso, desde el punto de vista dogmático, una aproximación entre la abstracción de causa y la accesoriedad. A veces para explicar (65) en qué medida la garantía de naturaleza abstracta puede, no obstante, estar condicionada por la relación garantizada. También para explicar si el fin negocial de la garantía abstracta responde a una causa propia o tiene su origen en una causa anterior.

Incluso hay quien propugna la equiparación absoluta. Para FLUME, la contraposición de los negocios causales y abstractos se puede llevar también al terreno de las garantías, que pueden ser accesorias o causales, como la fianza, o no accesorias o abstractas, como la deuda territorial y la transmisión fiduciaria (66).

Lo que sí puede resultar interesante, para una mayor profundización en las garantías independientes, sobre todo cuando se comparan diversos sistemas jurídicos, es la intercambiabilidad de la abstracción de causa y de la accesoriedad. Este es el camino seguido por THIETZ-BARTRAM en su

(65) Así MULBERT, *op. cit.*, pág. 33.

(66) *Op. cit.*, págs. 155-156.

estudio comparativo entre los sistemas jurídicos alemán e italiano. Sobre la base de que la accesoriedad puede ser estructural o exclusivamente funcional, el grado de independencia es mayor cuando el nexo de unión es meramente funcional, es decir, cuando la garantía se presta en función de una deuda, pero desligada de ésta. El grado de independencia que se logra se asemeja a la independencia que se obtiene con la abstracción calificada por él de estructural. Lo que caracteriza a la accesoriedad funcional, o también llamada abstracción estructural (o relativa), es que en virtud de la causa-función del contrato de garantía existe una cierta relación con la relación de base. El fin de aseguramiento hace que la garantía siga vinculada a la relación principal, aun cuando para su eficacia le es indiferente la existencia y el cumplimiento de la relación principal (67). Sólo cuando la abstracción de causa es absoluta o funcional, ninguna accesoriedad se da, ya que para nada interesa al fin negocial la relación precedente. Como nada tiene que ver con la abstracción la accesoriedad estructural, es decir, cuando la dependencia de la relación accesoria con la relación principal es casi total.

Para THIETZ-BARTRAM existe una relación directa entre la accesoriedad funcional y la abstracción estructural. Esta relación puede justificar la independencia que debe darse en toda garantía bancaria, también cuando el sistema es causal, puesto que por la causa o el fin negocial de aseguramiento, contenido en la garantía, sigue habiendo un nexo, si bien sólo funcional, con la relación garantizada. Como en un sistema causal es imposible que las obligaciones de garantía sean estructuralmente abstractas (68), y, por otra parte, cualquier construcción basada en la fianza choca con la accesoriedad desde el punto de vista también estructural (69), la única explicación es que la garantía bancaria, como contrato con autonomía propia, sea concebida como una garantía accesoria en el sentido funcional (70), que es lo mismo que decir que su abstracción es al menos estructural (o relativa), ya que por su fin negocial está unida a la relación garantizada, aun cuando la causa de la atribución patrimonial (la causa externa o la justa causa) no puede afectar a la garantía.

(67) *Op. cit.*, págs. 88, 94 y 97.

(68) *Idem.* págs. 97-98

(69) *Ibidem.* págs. 98-99.

(70) Esta parece ser su conclusión, pág. 99 y sigs., con independencia de que caben distintas modalidades de garantías bancarias, pero en todas se intenta el máximo grado de independencia para que la accesoriedad sea sólo funcional. Como él mismo precisa, «der Abstraktionsgrad der Bankgarantie ergibt sich jeweils aus dem Willen der Parteien, insbesondere dem Inhalt der Vertragsurkunde. Dabei nimmt die garanzia bancaria "a prima richiesta" wegen ihrer nur funktionellen Akzessorietät einen recht hohen Abstraktionsgrad ein ("astrattezza relativa")» (pág. 97)

Esta construcción dogmática trata de encontrar una respuesta a un problema fundamental: cuando una relación jurídica sucede a otra, la causa de la primera condiciona a la posterior, sobre todo justifica el desplazamiento patrimonial producido ya anteriormente (por ejemplo, el pago del precio a cambio de una contraprestación). Cuando ese desplazamiento patrimonial no se produce, falta la razón jurídica para exigir el cumplimiento de la relación posterior. En cualquier sistema causal se trata de evitar situaciones en las que falta la causa de la atribución patrimonial (o es ilícita o inmoral), incidiendo negativamente la causa anterior en la causa posterior. Pero para que la relación posterior tenga su autonomía, especialmente importante cuando mediante ella se trata de ofrecer una seguridad al acreedor, debe tener una función propia y ajena a la causa de la atribución patrimonial precedente. Esta autonomía sólo se logra, según THIEZ-BARTRAM (71), atribuyendo a esta relación un fin negocial propio —el fin de aseguramiento—, que, lógicamente, no existe por sí solo, sino que encuentra también su explicación en la relación garantizada. De este modo, no se produce ninguna colisión con un sistema causal cuando la garantía tiene su propia causa. El fin negocial de aseguramiento, que constituye la causa funcional de la garantía, da la suficiente independencia a la promesa de garantía para que queden al margen de ella no sólo la vigencia y el cumplimiento de la obligación garantizada (se excluye, así, la accesoriadad estructural), sino la existencia de la misma, y, con ello, la causa de la relación de base (se aproxima, en cuanto a los efectos, a la abstracción de causa, o, que es lo mismo, a la abstracción estructural) (72). Este grado de independencia, sin embargo, no puede llegar a ser tan radical que la abstracción sea incluso funcional o absoluta, es decir, que la garantía no incorpore una causa-función, ni siquiera en el sistema alemán (73).

En un sistema causal, sin embargo, no se puede desconocer el nexo estructural existente entre ambas relaciones —la relación garantizada y la relación de garantía—. En virtud de este nexo jurídico, el garante de una garantía autónoma está al menos facultado para ejercitar directamente la *condictio* («Direktkondiktion») para descubrir la ilicitud o inexistencia de la causa de las relaciones subyacentes («nullità doppia causa») (74). También cuando el beneficiario ha utilizado abusivamente la garantía (75). Por

(71) En su planteamiento influye considerablemente la tesis de PORTALE, quien califica a la garantía bancaria como un «contratto autonomo di garanzia».

(72) Así lo pone de manifiesto THIEZ-BARTRAM, *op cit.*, págs. 100-101.

(73) *Idem*, pág. 94.

(74) *Ibidem*, *op. cit.*, págs. 142-143

(75) *Ibidem*, pág. 142.

tanto, la accesoriedad no llega nunca a romperse, puesto que en algunos casos cabe actuar directamente contra el beneficiario (76).

La accesoriedad así entendida —es decir, funcionalmente— hace mucho más borrosa la distinción entre la garantía bancaria y la fianza «a primera demanda», al pretender, con este enfoque, unir las ventajas de la abstracción de causa con las ventajas de la eliminación de la accesoriedad. Por otra parte, se corre el peligro de que se alteren las bases dogmáticas de uno y otro instrumento de garantía. Un ejemplo lo constituyen algunas resoluciones judiciales del BGH alemán, cuando, sobre la base de la accesoriedad funcional, conceden al garante de una fianza «a primera demanda» la *condictio indebiti* del parágrafo 812 del BGB, cuando esta acción está reservada sólo al deudor de una obligación abstracta (77).

V. LAS GARANTIAS BANCARIAS NO ACCESORIAS

V.1. LA ACCESORIEDAD EN LAS GARANTÍAS PERSONALES

La accesoriedad está siempre presente en las garantías, personales y reales, dado que, por norma general, el objeto de las garantías es la obligación asegurada, existiendo, por tanto, una íntima relación entre esta obligación y la obligación de garantía que se manifiesta mediante la accesoriedad. Tiene un significado claramente estructural, puesto que expresa la dependencia de la obligación o relación de garantía con la obligación o relación asegurada. Como elemento estructural de las garantías personales, tiene su más claro exponente en la fianza, presente en su regulación legal,

(76) «Eine Direktkondition steht der Garantiebanc gegen den Begünstigten grundsätzlich nicht, ausnahmsweise nur in den folgenden Fällen zu: bei Nichtigkeit der Bankgarantie, bei Anfechtbarkeit nur, wenn das Kreditinstitut nicht in Kenntnis darüber aus freien Stücken gezahlt hat; im Falle offensichtlichen Rechtsmissbrauchs; beim sog. "Doppelmängels"; bei Unterlassen der Anzeige an den Auftragsgeber, dass das Kreditinstitut zahlen wird; und schliesslich bei Zurechenbarkeitsmängeln, sei es wegen fehlenden oder gefälschten Garantiauftrags, sei es wegen Konkurses des Auftraggebers vor Stellung der Garantie» (THIETZ-BARTRAM, *op. cit.*, pág. 144).

(77) Según v. WESTPHALEN, die BGH-Judikatur bewirkt zur Bürgschaft auf «erstes Anfordern», dass die Trennlinie zur international akzeptierten, auf «erstes Anfordern» zahlbar gestellten Bankgarantie undeutlich wird. Ihre dogmatische Begründung verschiebt —und darin liegt der Nachteil— die bürgschaftspezifische Akzessorietät auf den nach § 812 BGB durchzuführenden Rückforderungsprozess zwischen Begünstigten und Burgen. Der Grundsatz der Abstraktheit im Sinn der «ausserlichen Abstraktheit» wird nur für die vorläufige Zahlung auf «erstes Anfordern» beibehalten. Aus diesem Grund vereint die Sonderform der Bürgschaft auf «erstes Anfordern» die kurzfristigen Vorteile der Abstraktheit mit den bürgschaftspezifischen Nachteilen der Akzessorietät im Rückforderungsprozess, *Die Bankgarantie...*, *op. cit.*, págs. 77-78.

siendo una característica de la misma. Tan es así que mayoritariamente se considera que es esencial a la fianza, incluso llega a ser concebida como un principio dogmático.

Es tan evidente la accesoriedad de la fianza que no se pone en duda la unión inseparable que tiene con la relación garantizada, que abarca al nacimiento, desarrollo, extensión y extinción de ésta, además por exigencia legal como lo aseveran muchos preceptos del Código Civil, que rigen, a su vez, para la fianza mercantil. Sólo últimamente, por la aparición de nuevas garantías mercantiles, como el aval bancario, la fianza «a primera demanda», las garantías independientes y bancarias y el seguro de caución con cláusula «a primer requerimiento», la accesoriedad vuelve a ser referencia básica para la doctrina y la jurisprudencia, seguramente conscientes de que constituye un serio obstáculo para la admisión de estas nuevas garantías personales por su ruptura con el dogma de la accesoriedad.

La limitación, o incluso la derogación, de la accesoriedad, disminuyendo o eliminando la dependencia con la relación garantizada, para reforzar aún más la garantía, aunque sea por la voluntad contractual, en razón, además, de determinadas necesidades del tráfico mercantil, choca inevitablemente con la regulación legal de la fianza, que está, por norma general, en los Códigos Civiles, dada la brevedad de su articulación en los Códigos de Comercio (nuestro sistema jurídico es un claro ejemplo de lo que acabo de decir). En definitiva, como subraya VALENZUELA, la realidad de que el tráfico mercantil actual supera su ámbito típico de las previsiones legales sobre el contrato de fianza, habrá de quedar ahora complementada, en todo caso, por un segundo factor: el del recurso al principio de autonomía contractual privada, en los límites que señala cada ordenamiento jurídico (78). Hay garantías que suponen, como señala este autor, una «huida» de los inconvenientes de la fianza típica; y, muy marcadamente, se trata de una reacción frente a los inconvenientes extrañables de las disposiciones que comportan la nota de la accesoriedad que caracteriza aquélla. En este sentido, va a ser ampliamente constatable que el intento de supresión o debilitamiento de la accesoriedad mucho tiene que decir en el origen de la aparición de las garantías personales atípicas (79).

La posibilidad de limitar o de eliminar la accesoriedad se ha cuestionado sobre todo a raíz del reconocimiento jurisprudencial de la figura de la fianza «a primera demanda». Un fenómeno bien distinto son las garantías independientes, y más concretamente las garantías bancarias, cuya aparición

(78) *El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales*, trabajo mecanografiado, pág. 6 (el cual me ha sido entregado amablemente por su autor).

(79) *Idem*, pág. 8.

es bastante anterior, y que constituyen la antítesis de las garantías accesorias. Por tanto, la referencia a la accesoriedad debería servir, en este caso, sólo como criterio delimitador de aquellas otras garantías, por excelencia la fianza, que no son independientes. Sin embargo, últimamente, a nivel dogmático y también jurisprudencial, se está produciendo una confusión entre ambos tipos de garantía, precisamente por la accesoriedad, por entender que no es tan absoluta en las garantías bancarias y es admisible su casi eliminación en la fianza «a primera demanda». Con ello se quiere dar a entender que son instrumentos de garantía prácticamente idénticos, lo que, a nuestro parecer, nos parece totalmente equivocado, sobre todo porque ambas garantías tienen una base dogmática diferente. Mientras que la fianza «a primera demanda» tiene necesariamente por base la fianza, teniendo, por tanto, siempre como límite la accesoriedad, las garantías bancarias son garantías *sui generis* que tienen su razón de ser en la independencia. Planteamientos en sentido contrario, no sólo tienen como resultado final la denegación de la existencia jurídica de las garantías bancarias, sino que necesariamente quedarían sometidas a las características de la fianza, borrando toda diferenciación entre aquéllas y la fianza «a primera demanda».

Por ello, es necesario que se determine el significado de la accesoriedad en las garantías personales, la posibilidad de su modulación contractual, incluso su eliminación por voluntad de las partes. Ello nos permitirá comprender la figura de la fianza «a primera demanda» y sus diferencias con las garantías bancarias.

V.2. EL SIGNIFICADO DE LA ACCESORIEDAD

La accesoriedad supone que se toma por relación otro objeto, en este caso, una relación jurídica, que en las garantías tiene carácter de principal. Esta sucesión de relaciones necesariamente conduce a una dependencia, que tiene, ante todo, un significado jurídico pero también funcional y económico. Hay un nexo jurídico por lo que respecta a las vicisitudes de la relación principal que condiciona la vida jurídica de la relación accesoría. El nexo funcional explica la razón de ser del aseguramiento de una obligación anterior. Y el nexo económico está presente en todas las garantías cuando tienen por objeto la garantía de obligaciones pecuniarias.

La accesoriedad explica la dependencia de una relación con otra, marcando una la vida jurídica de la otra. En el caso de las garantías accesorias quien determina la vida jurídica es la obligación garantizada. Esta dependencia jurídica, como precisa MEDICUS, significa que «un derecho determina el destino de otro, pero no inversamente. Un derecho es “dirigente” (la obligación principal) y otro es el “dirigido” (la obligación de garan-

tía)» (80). Hay, por tanto, una unión que viene de abajo arriba, que, en palabras de VATTIER FUENZALIDA, supone la existencia de una relación vertical y jerarquizada de subordinación y dependencia entre la obligación principal y la obligación accesoria, y, con ello, se produce una comunicación de régimen jurídico en el sentido de que el de la obligación principal se extiende a la obligación accesoria (81). En definitiva, siguiendo a LETE DEL RÍO, es de esencia al vínculo de accesoriedad que el derecho accesorio está unido absolutamente al derecho principal, es decir, el derecho accesorio debe seguir la misma suerte del derecho principal (82).

La accesoriedad tiene también un claro significado funcional cuando se trata de garantías, especialmente cuando son de naturaleza personal, subrayado por GUILARTE ZAPATERO, quien hace hincapié en el nexo de unión funcional que existe entre la obligación de garantía y la obligación garantizada. Hay, refiriéndose a la fianza, una dependencia funcional al vínculo fiado, con el que, a diferencia de lo que ocurre en otros casos de accesoriedad, el subordinado no llega nunca a confundirse, siendo posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias que integran un fenómeno complejo pero sometidas a un régimen propio y distinto (83). Esta identidad de fin e interés de la fianza y de la obligación principal aclara suficientemente todas las situaciones en las que parece enturbiarse la accesoriedad ante la aparente autonomía de aquélla respecto de ésta... (84). En consecuencia, según GUILARTE ZAPATERO, la dependencia se manifestará siempre que persista el interés del acreedor al que la garantía sigue hasta su satisfacción plena (85).

Por último, la accesoriedad en las garantías tiene un significado también económico. CASANOVAS MUSSONS, cuyas reflexiones giran igualmente en torno a la fianza, explica la accesoriedad como una función de naturaleza económica. El concepto de accesoriedad atiende al mundo de los bienes o cosas susceptibles de apropiación y señala la relación de servicio o utilidad que la voluntad humana establece entre ellas. Se trata, según él, de una función económica, a la que el Derecho reconoce determinada trascendencia. Esta relevancia jurídica de la accesoriedad se sintetiza en

(80) «Die Akzessorietät im Zivilrecht», *JuS*, 1971, pág. 497.

(81) Pág. 39.

(82) Notas sobre los derechos accesorios, *RGLJ*, pág. 50.

(83) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXIII, artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil, Jaén, 1980, págs. 16-17. El mismo autor, en términos mucho más generales, también en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERCOVITZ, DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y SALVADOR CODERCH, Madrid, 1991, págs. 1782-1783.

(84) *Idem*, pág. 17.

(85) *Ibidem*, pág. 17.

la aplicación a los accesorios del mismo régimen jurídico que se aplica a las cosas de las que funcionalmente dependen (86). Este concepto de accesoriedad es trasladable al campo de los derechos de crédito en general (87) y es inherente a los derechos de garantía: forma parte de su naturaleza jurídica (88).

Estas connotaciones de la accesoriedad, propias de las garantías personales, están presentes en el prototipo legal de la fianza, de tal manera que la fianza, en su concepción tradicional, sólo se concibe teniendo en cuenta la obligación principal. Sin prejuzgar la autonomía de la fianza, incluso su propia sustantividad, la dependencia —en sus tres significados: jurídico, funcional y económico—, es una característica tan intrínseca de ella, presente a lo largo de su regulación legal, que ha hecho que algunas de sus normas estén quedando caducas ante las nuevas necesidades del tráfico jurídico. Sobre la base de la autonomía privada y, sobre todo, por razones económicas están apareciendo, especialmente en el ámbito mercantil y bancario, nuevas formas de garantía que están vaciando de contenido las normas legales de la fianza, algunas de ellas cada vez más obsoletas, convirtiéndose la fianza en su concepción más tradicional, lentamente, en un instrumento de garantía para el pequeño mundo comercial y artesanal.

V.3. LA MODULACIÓN CONTRACTUAL DE LA ACCESORIEDAD

La fianza, como garantía personal por excelencia, está cambiando sustancialmente, adaptándose a las nuevas exigencias del tráfico jurídico, especialmente en el ámbito comercial, tanto que algunas normas civiles de la fianza están cayendo en desuso o se están derogando por la práctica contractual diaria. No sólo se busca la mayor efectividad del cumplimiento de la obligación de garantía en beneficio del acreedor (como, por ejemplo, cuando se constituye la fianza solidaria o se renuncia expresamente al beneficio de excusión, fórmulas utilizadas en todas las garantías mercantiles, con lo cual se están derogando las normas de la fianza basadas en la subsidiariedad), sino incluso que la ejecución de la garantía sea rápida (89), buscando un cierto automatismo, como, por ejemplo, cuando la fianza es por deudas futuras, concretamente cuando es indemnizatoria u *omni-*

(86) *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 8.

(87) *Idem*, pág. 8.

(88) *Ibidem*, pág. 10.

(89) Una exposición general de la modulación contractual de las fianzas puede encontrarse en «Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas», L. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *RDN*, 1993, págs. 9 y sigs.

bus (90) o cuando se presta un aval como garantía (91). Para lograr esta última finalidad, se puede incluso independizar la garantía de la obligación asegurada. Cuanto mayor sea la independencia, mayor garantía tiene el acreedor de cobrar la cuantía asegurada. Esta es la función de la fianza «a primera demanda», que coincide, por tanto, con la función de las garantías bancarias.

Para lograr este efecto hay que eliminar la accesoriedad de la fianza, excluyendo cualquier grado de dependencia con la obligación asegurada. La eliminación de la accesoriedad es un presupuesto básico de la fianza «a primera demanda» y también de las garantías bancarias si se considera que son afines a la fianza. Sin embargo, habrá que preguntarse si la voluntad de las partes puede configurar una garantía sobre la base de la eliminación de la accesoriedad cuando la accesoriedad constituye si no un elemento esencial de la fianza, sí un principio dogmático. En cualquier caso, con la eliminación de la accesoriedad se configura una garantía que poco tiene que ver con la fianza en su concepción más clásica.

Ciertamente, la accesoriedad puede ser modulada por la voluntad y el interés de los particulares. Como dice VATTIER FUENZALIDA, «es un factor relativo de índole subjetiva que depende primordialmente de la configuración que los contratantes hayan dado al conjunto de prestaciones debidas y a la relación interna existente entre ellos» (92). Por lo que respecta a la fianza, cabe, por la autonomía de la voluntad, establecer una mayor o menor accesoriedad con la obligación garantizada. ¿Pero se puede llegar tan lejos hasta eliminarla?

V.4. LA ELIMINACIÓN DE LA ACCESORIEDAD

De antemano hay dos obstáculos jurídicos que dificultan en cualquier sistema jurídico una respuesta afirmativa. Así, claramente, la fianza no puede existir sin una obligación válida (arts. 1.824 Código Civil, 767 BGB, 1.939 Codice Civile, 2.012 Code Civil...). Y es propio de la fianza que el fiador pueda oponer todas las excepciones que competen al deudor principal y son inherentes a la deuda (arts. 1.853 Código Civil, 768 BGB, 1.945 Codice Civile, 2.036 Code Civil...). Son características que tienen su base precisamente en la accesoriedad de la fianza. Como efecto principal es

(90) Vid., entre la doctrina española, el trabajo de M. DE COSSIO, en «La fianza por deudas futuras Interpretación y perspectivas del artículo 1.825 del Código Civil», *Revista de los Negocios*, 1993, núm. 31, págs. 1 y sigs.

(91) Vid. BLANCO CAMPAÑA, *op cit.*, págs. 684 y sigs.

(92) *Op cit.*, pág. 39.

impensable una fianza cuando la obligación garantizada es nula. Y aunque es posible que el fiador pueda renunciar a excepciones de la relación garantizada, no puede renunciar a cualquier excepción.

También es propia de la fianza, debido precisamente a la accesoriedad, que la condición del fiador no puede ser más onerosa que la del deudor principal (arts. 1.826 Código Civil, 1.941 Codice Civile, 2.013 Code Civil...). Como también se exige que la fianza sea expresa y que no pueda extenderse a más de lo contenido en ella (arts. 1.827 Código Civil, 766 BGB, 1.937 Codice Civile, 2.015 Code Civil...).

En los términos en que están redactadas las reglas podría pensarse que se trata de reglas imperativas, inderogables por la autonomía privada (93). Pero en realidad expresan lo que es la fianza en su estructura más tradicional, una garantía que depende de la relación garantizada. Es decir, más que reglas esenciales de la fianza son reglas básicas o connaturales de una garantía que sustancialmente es accesoría. En definitiva, constituyen en palabras de VALENZUELA, elementos tipificadores de la fianza (94).

En cualquier caso, son reglas difícilmente conciliables con las garantías bancarias, como también lo son para la fianza «a primera demanda», al ser garantías básicamente no accesorias.

V.4.a) *La exclusión de la nulidad de la relación garantizada*

Para las garantías bancarias es indiferente cualquier vicisitud de la relación de valuta, inclusive su nulidad. Mediante las garantías se quiere evitar todo tipo de control sobre la relación principal, y, por supuesto, el control sobre la causa de la atribución patrimonial, la ilicitud del objeto, el incumplimiento de ciertas formalidades administrativas o fiscales, posibles operaciones fraudulentas... Cualquier posible repercusión de la nulidad de la obligación asegurada sobre la garantía prestada se debe impedir si realmente se quiere lograr que sea una garantía independiente. A las propias entidades bancarias no les interesa, ya que les obligaría a controlar la relación de valuta y oponer, en su caso, la correspondiente excepción para no verse perjudicadas, con posterioridad, en el ejercicio de la acción de regreso contra el deudor principal. Por otra parte, al asumir un riesgo, que no es sólo comercial sino también financiero, las garantías bancarias independientes se convierten en instrumentos jurídicamente neutros, por la pro-

(93) Así, lo apunta M DE COSSÍO, al comentar el artículo 1.824 del Código Civil, afirmando que es de derecho necesario, lo que no impide, con criterios siempre restrictivos —a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil—, unos ciertos límites de maniobrabilidad, *op. cit.*, pág. 9.

(94) Así califica a la accesoriedad en el ámbito de la fianza. *op. cit.*, pág. 14.

pia posición que ocupan las entidades bancarias en este tipo de prestaciones, y, por tanto, ajenas a las anomalías de la relación garantizada (95). Esta indiferencia a las anomalías de la relación de base explica, en gran parte, que cualquier intento de aproximación a la fianza fracasa de antemano (96).

Esta misma indiferencia debería existir para la fianza «a primera demanda». Sin embargo, la regla general de que la fianza no puede existir sin una obligación válida (97) es difícilmente conciliable con una fianza que quiere ser lo más independiente posible de la relación garantizada. Esta indiferencia alcanza tanto a la nulidad absoluta como a la nulidad relativa. O en términos más amplios a la inexistencia (98) y a la ineficacia (99). En definitiva, cualquier anomalía jurídica de la relación garantizada destruye la garantía accesoria (100). Por tanto, la regla general va mucho más lejos que el control sobre la causa de la atribución patrimonial, siendo la máxima expresión de lo que es la accesoriedad, en términos casi absolutos, dado que la existencia misma de la relación principal rige la vida jurídica de la fianza. Por ello, resulta difícil admitir la renuncia de excepciones referentes a la misma existencia jurídica de la obligación principal, como la nulidad absoluta, cuya sanción siempre tiene lugar cuando se colisiona con una norma prohibitiva o imperativa o se atenta contra el orden público o la moral, lo que iría, además, en contra del propio ordenamiento jurídico. Lo

(95) Vid. MEO, *op. cit.*, págs. 179 y sigs. y, en especial, págs. 306 y sigs., donde matiza lo que él llama vicios de tipo «comercial», debiéndose distinguir claramente entre los vicios que tienen su origen en la relación subyacente y los vicios propios de las garantías bancarias.

(96) Así, v. WESTPHALEN, *Die Bankgarantie...*, *op. cit.*, págs. 92-93, cuando se pregunta por la aplicación analógica del parágrafo 767 del BGB. Lo impide el principio de accesoriedad, por lo que el banco, emisor de la garantía, no está legitimado para referirse a la inexistencia de la relación garantizada. En todo caso, podría ser de aplicación el artículo 139 del BGB, de existir una unidad jurídica entre la relación garantizada y la garantía independiente.

(97) Me parecen acertadas las reflexiones de CARRASCO PERERA cuando afirma que el principio de comunicación, que también se da cuando hay una fianza, no se puede aplicar a todo tipo de nulidades, por ejemplo, cuando se produce una infracción administrativa o falta alguna autorización contractual o la forma en el negocio base (*op. cit.*, pág. 203). Puede consultarse también mi trabajo «La repercusión de la nulidad “dentro” y “fuera” del contrato», en *El negocio jurídico La ineficacia del contrato, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXV, CGPJ, 1995, págs. 59 y sigs., en especial, págs. 66-68; y en cuanto a la extensión de la nulidad del contrato principal al contrato accesorio, págs. 100-103.

(98) Así, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pág. 201.

(99) Así, GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 69

(100) Algunas causas de nulidad se excluyen expresamente como la prevista en el párrafo segundo del artículo 1.824 del Código Civil, dado su carácter eminentemente personalista.

mismo se puede decir de la nulidad relativa, sólo que, en este caso, la anomalía que padezca la relación garantizada afectará sólo temporalmente a la garantía, puesto que cabe siempre la subsanación entre el deudor principal y el acreedor o la prescripción de la acción de nulidad.

Cuando no obstante se presta una fianza, a sabiendas que la relación principal es nula radicalmente, se argumenta que se trata, en realidad, de una obligación diferente, resultado de una donación, una promesa indemnizatoria, una promesa por hecho ajeno o una garantía en general... (101). Pero de ser así, al tratarse de relaciones jurídicas nacidas *ex novo*, carecen de una causa externa, por lo que resulta ya indiferente lo que sucedió anteriormente. Es como si estas declaraciones de voluntad se hubiesen realizado sin tener en cuenta las circunstancias anteriores. Como si nunca hubieran existido con anterioridad. La causa de estas declaraciones de voluntad habrá que buscarla entonces en esta nueva relación jurídica.

Pero cuando se trata de garantías, incluso cuando son independientes, siempre hay algún ligamen, al menos funcional, con la obligación garantizada. Según palabras de TIETZ-BARTRAM (102), en las garantías propiamente accesorias la accesoriedad es claramente estructural —hay un nexo jurídico proyectado por la relación principal sobre la garantía—. En las garantías independientes la accesoriedad es, en todo caso, funcional —hay un nexo funcional en cuanto la garantía tiene su razón de ser en asegurar el cumplimiento de una relación principal—. Además se prestan para que no se discuta posteriormente una nulidad detectada —sobrevenida o no— en la relación de base, pero no cuando la nulidad es ya conocida por el garante.

Mientras no ofrece dudas la intrascendencia de la nulidad de la relación de base (o en términos más amplios la ineficacia o la invalidez) en las garantías bancarias, habrá que preguntarse cómo opera cuando la garantía prestada es una fianza «a primera demanda». ¿No opera, en este caso, la regla general de que no cabe una fianza sin una obligación válida? ¿O está excluida por la renuncia implícita de las excepciones que pueden oponerse por motivos de nulidad, inexistencia o invalidez de la relación asegurada? En atención a la regla general parece claro que no es posible evitar, en términos generales, la propagación de la nulidad, más cuando es una consecuencia intrínseca de la accesoriedad. Un planteamiento en sentido contrario, convierte la fianza «a primera demanda» en una garantía independiente, por tanto, idéntica a las garantías bancarias. Al menos cuando se entiende que no le afecta la regla según la cual no puede existir una fianza sin una obligación válida. Distinto alcance puede tener sin embargo la

(101) Vid., por todos, con carácter general, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, págs. 201-205.

(102) *Op. cit.*, págs. 91 y sigs., y 172 y sigs.

fianza cuando el fiador renuncia a las excepciones, eliminando en parte el vínculo accesorio con la relación garantizada, pero esta ruptura nunca puede ser total (el límite es la nulidad de la relación garantizada, que necesariamente afectará a la garantía prestada).

V.4.b) *El límite de la renuncia de las excepciones de la relación garantizada*

El fiador puede oponer «cuantas excepciones derivadas de la validez, de la eficacia del contenido de la obligación fiada, de su resolución y extinción de vicios del consentimiento, de la novación, confusión, compensación, transacción y, en general, cualquier hecho o acto que haya extinguido total o parcialmente el crédito garantizado» (103). Sólo son inoponibles las que no sean inherentes a la deuda principal, como son las puramente personales y también aquéllas que se refieren a la insolvencia del deudor principal.

Esta amplitud de excepciones que se concede al fiador es como consecuencia del alto grado de dependencia de la fianza con la relación de base (104). Dado que con la fianza se asegura una obligación ajena, el fiador, en realidad, no sólo está facultado para oponer las excepciones de la relación de base, sino que está obligado por su relación interna con el deudor principal.

La oponibilidad de las excepciones de la relación de base, tan connatural a la fianza, ¿puede renunciarse sin más?, ¿sin límite alguno? Lo cierto es que una renuncia de todas las excepciones no encaja bien en una garantía que por su naturaleza es accesorias.

En principio, podría objetarse incluso que sea admisible cualquier renuncia por parte del fiador de las excepciones inherentes a la deuda asegurada, si se considera la accesoriedad como algo inherente, hasta esencial, de la fianza. CERDÁ OLMEDO, no sin razón, se pregunta si la accesoriedad en la fianza es de orden público; de ser así no sería posible la renuncia a ninguna de las excepciones (105).

Más que un requisito esencial de la fianza, la accesoriedad es algo connatural a ella, pudiendo ser modulado el grado de dependencia que tiene la fianza con la relación de base, por lo que es perfectamente viable un

(103) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., pág. 342.

(104) CASANOVAS MUSSONAS explica esta amplitud en razón de la subsidiariedad de la fianza. «Al afectar a la eficacia de la obligación (por ejemplo, el dolo, la violencia, la cosa juzgada, el juramento decisorio o la transacción) en razón de la obligación misma (que constituye el presupuesto de la del fiador), se legitima a éste, como obligado subsidiario, para su oposición (op. cit., pág. 46)

(105) *Op. cit.*

pacto de renuncia de excepciones (106), normalmente acordado con anterioridad entre el deudor principal y el garante. Al menos de la concepción legal y tradicional de la fianza no se deriva que la accesoriedad no pueda reducirse, incluso limitarse, si es en interés de las partes —deudor principal, fiador y acreedor—. Al menos la autonomía privada no lo impide como tampoco las normas que tienen por base la accesoriedad de la fianza, cuyos contenidos responden sólo a la estructura lógica de la fianza. Esta estructura es moldeable contractualmente (107). Ahora bien, ¿puede moldearse de tal manera que se rompa con la estructura básica de la fianza? Por poder se puede, pero, en este caso, no se trata de una fianza, sino de otra garantía cuando la función que asume es asegurar una obligación, pero sin conexión jurídica alguna con la obligación precedente.

En la fianza rige también la regla según la cual el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Esta regla prohíbe, en realidad, la fianza *in duriorem causam* (108). Un serio obstáculo, pues, no ya sólo para cualquier pacto de renuncia de una excepción determinada (por ejemplo, inoponibilidad de la excepción de incumplimiento —en sus más variadas acepciones—), sino para la misma fianza «a primera demanda». Para evitar los efectos negativos —reducción de la garantía a los límites de la obligación principal— se propone que el deudor principal renuncie igualmente a las excepciones que pudiera oponer frente al acreedor y beneficiario de la garantía, con lo cual se neutraliza la posición jurídica del deudor y del garante, manteniéndose la identidad entre la obligación asegurada y la fianza y no hace más gravosa la posición jurídica del fiador. O al menos que el deudor principal renuncie a oponer al fiador las excepciones que éste hubiera podido esgrimir frente al acreedor (109). De este modo se salva la

(106) Así, la Sentencia del RG, de 8 de febrero de 1937, y la Sentencia del BGH de 13 de noviembre de 1952, citadas por WETH, «Bürgschaft und Garantie auf erstes Anfordern», *AcP*, 1989, págs. 319 y 320, respectivamente.

(107) También CARRASCO PERERA que cree que «no pueda sostenerse en nuestro derecho esa especie de “formalización” del juicio de validez que supone negar que el artículo 1.853 sea irrenunciable en sede de fianza, pero que sea perfectamente excluible si las partes se han puesto de acuerdo en llamarlo contrato de garantía o similar». Refiriéndose expresamente a la STS de 14 de noviembre de 1989, matiza que «este proceder deja de considerar la justificación o injustificación “material” de esta exclusión, que al cabo es la única relevante» (*op. cit.*, pág. 241).

(108) Vid. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 95

(109) Así CARRASCO PERERA: «el artículo 1 826 no resulta afectado si va acompañado con la renuncia lógica por parte del deudor a oponer *ex* artículo 1.840 sus excepciones de valuta en vía de regreso» (*op. cit.*, pág. 240). Además, añade que el pago realizado por el fiador, también cuando se renuncia a las excepciones, es provisorio, ya que existirá siempre la acción de regreso: «al final el fiador “a primer requerimiento” pagará lo mismo (o menos) de lo que hubiera debido pagar el deudor principal» (pág. 240).

accesoriedad que existe en toda fianza y no se desnaturaliza una garantía que quiere ser lo más independiente posible de la relación garantizada (110). Planteamientos como éstos, en realidad, poco tienen que ver con la fianza. Ya no se trata de modular la fianza, reduciendo su grado de accesoriedad, sino lo que se intenta es construir nuevas relaciones entre el deudor principal, el garante y el acreedor con el fin de lograr los mismos efectos que las garantías independientes pero mediante la fianza.

Como ha señalado HORN, el fiador puede renunciar a excepciones cuando éstas constituyen determinados medios de defensa del deudor principal siempre y cuando subsista básicamente la deuda principal y con ello la base de la responsabilidad accesoria. Pero si con la renuncia de las excepciones la responsabilidad del garante no varía aun cuando se reduce la responsabilidad del deudor principal, entonces no puede tratarse propiamente de una fianza, sino de una declaración de otro alcance (111).

En definitiva, por mucho que se quiera reducir la accesoriedad, hasta eliminarla, hay toda una serie de reglas que cuando se alteran, como sucede cuando la fianza es «a primera demanda», desnaturalizan tanto que las fianzas no accesorias son, en realidad, garantías independientes. Ello no ha constituido, sin embargo, un obstáculo para que desde la década de los setenta empiece a ser admitida la fianza «a primera demanda», concretamente en Alemania, como figura contractual distinta a las garantías independientes. Es más, a pesar de la accesoriedad, se han intentado fundamentar las garantías independientes en la propia fianza, especialmente en los sistemas jurídicos que desconocen garantías abstractas.

Sobre la base de estas últimas consideraciones, queremos ahora profundizar en los esfuerzos que en algunos países ha realizado la doctrina y la jurisprudencia para dar cabida a la fianza «a primera demanda» y a las garantías bancarias aun cuando la regla general es la accesoriedad en la fianza.

V.5. LA POSTURA DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA

V.5.a) *La admisión de la fianza no accesoria: la fianza «a primera demanda» en el Derecho alemán*

La figura de la fianza «a primera demanda» tiene en el Derecho alemán su principal valedor en el reconocimiento expreso de la jurisprudencia y también de una parte de la doctrina alemana. Por ello es interesante un

(110) Así HORN, *op. cit.*, pág. 2154. También KLEINER, *op. cit.*, págs. 90-91.

(111) *Op. cit.*, pág. 2154.

acercamiento a esta garantía, que, al ser una variante de la fianza tradicional, plantea los mismos problemas que en cualquier otro ordenamiento jurídico. Y también porque sólo en el Derecho alemán hay una conciencia clara de diferenciar esta garantía de las garantías bancarias, aun cuando los efectos de ambas garantías son prácticamente iguales.

El significado y el alcance de la accesoriedad en el contrato de fianza son idénticos en el Derecho alemán, a tenor de los párrafos 765 y sigs. del BGB, en especial los párrafos 767, 768, 770, 771, 772, 773, 776 y 777, cuyos contenidos son muy semejantes a los preceptos gemelos del Código Civil, debido a la concepción, también predominante, de que la fianza sigue la suerte de la obligación principal. Por tanto, si se pretende romper con la accesoriedad se plantean los mismos problemas en cualquier sistema jurídico, en particular cuando se trata de una fianza «a primera demanda», figura diseñada por la práctica bancaria y admitida por la jurisprudencia alemana, por lo que son de interés las respuestas que han dado a esta nueva figura de garantía.

Seguramente por la imposibilidad jurídica de excluir totalmente la proporción de las anomalías de la relación garantizada sobre la garantía fideusoria, la jurisprudencia alemana reconduce la fianza «a primera demanda» a las garantías independientes al conceder al fiador la *condictio indebiti* (la acción de regreso), lo que desdibuja totalmente la fianza en su concepción legal y tradicional, borrando, además, cualquier diferencia que pudiera existir entre esta garantía y las garantías bancarias. Toda la discusión sobre ambas formas de garantía se convierte simplemente, para un sector de la doctrina alemana, en una cuestión de *nomen juris*, sin la mayor trascendencia jurídica (112) (113).

Como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, hasta la década de los setenta se concebían las garantías bancarias como garantías indepen-

(112) Denunciado claramente por v. WESTPHALEN a lo largo de su obra, *Die Bankgarantie*, op. cit., y, en particular, con motivo del párrafo 767 del BGB. También por NIELSEN, «Rechtsmissbrauch bei der Inanspruchnahme von Bankgarantien als typisches Problem der Liquiditätsfunktion abstrakter Zahlversprechen». ZIP, 1982, pág. 257. Muy tajante es también WETH, op. cit., págs. 319 y sigs., en especial, págs. 324 y sigs.

(113) Simpatiza con esta postura jurisprudencial HORN, aunque mantiene las diferencias entre ambas figuras —Garantie zur Zahlung auf erstes Anfordern y Burgschaft auf erstes Anfordern—, ya que, según él, si se trata de ofrecer a los beneficiarios un instrumento de pago lo más fácil y rápido posible, esto es perfectamente compatible con el principio de accesoriedad de la fianza, puesto que supone que sólo momentáneamente queda postergada la accesoriedad, pero nunca eliminada del todo, dada la acción de regreso que tiene el garante de la fianza «a primera demanda» con base en el párrafo 812 del BGB cuando el pago es indebido (op. cit., págs. 2155-2156).

Con matizaciones, BYDLINSKI, «Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht», AcP, 1990, págs. 168-169 y pág. 181.

dientes, por tanto, como contratos autónomos, sin tener ninguna semejanza con la fianza, siendo catalogadas aquéllas como contratos abstractos, con apoyatura incluso en el propio ordenamiento jurídico alemán, en concreto, los parágrafos 784 y 812 del BGB. Hasta entonces, como señala WETH, «la accesoriedad constituye “plásticamente” la línea divisoria entre las garantías bancarias independientes —él las titula “a primera demanda”— y la fianza» (114).

Por ello sorprende que con posterioridad las entidades bancarias ofrecieran a sus clientes fianzas desvinculadas de la relación de base, denominando a estas garantías «fianzas a primera demanda» para expresar que es suficiente el requerimiento de pago para que se proceda a la ejecución de la garantía. No menos sorprendente es la acogida favorable de la jurisprudencia, la cual no ve en la eliminación de la accesoriedad un especial obstáculo jurídico para su admisión. Desde el primer momento, a partir de la sentencia de 3 de marzo de 1976 del BGH, la preocupación es bien otra: precisar, de acuerdo con los términos en que están redactados los documentos de garantía, si realmente se trata de una fianza «a primera demanda» o bien de una garantía bancaria independiente. Resultado de esta preocupación es la elaboración de una serie de indicios para la correcta calificación (115).

En aquella sentencia se sentaron las bases para la admisión de la fianza «a primera demanda». En ningún caso la fianza se convierte en un contrato inmoral («sittenwidrig») por el pacto de exclusión de las excepciones derivadas de la relación de base. Y si en la declaración de afianzar la prestación «a primer requerimiento» se quiere ver una declaración que rompe con la fianza, entonces lo que hay es una promesa de deuda, añadida a la fianza. En cualquier caso, nunca se llega a excluir totalmente la accesoriedad, ya que el fiador siempre tiene a su alcance la *condictio indebiti*, lo que significa que una vez que ha cumplido con su prestación, puede reclamar, después del pago indebido, la cantidad desembolsada, a tenor del parágrafo 812 del BGB. Estos razonamientos han sido seguidos por sentencias posteriores, dictadas por el BGH, como las de 2 de mayo de 1979, 24 de noviembre de 1983, 11 de diciembre de 1986, 21 de abril de 1988 y 9 de marzo de 1989.

Fue HORN uno de los primeros en preguntarse cómo es posible una fianza «a primera demanda», que pretende ser lo más independiente de las relaciones de valuta y de cobertura, cuando la fianza es ante todo una

(114) *Op. cit.*, pág. 104.

(115) Vid. MULBERT, «Neueste Entwicklungen des materiellen Rechts der Garantie “auf erstes Anfordern”», *ZIP*, 1985; pág. 1104. Los indicios seguidos por la jurisprudencia son analizados extensamente por KLEINER, págs. 36 y sigs. También con amplitud por GRAF VON WESTPHALEN, *Die Bankgarantie...* op. cit., págs. 59 y sigs.

garantía accesoria. Sin descartar que la accesoriedad puede ser moldeada por la autonomía privada, HORN recuerda que no puede reducirse la responsabilidad del deudor principal, quedando intacta la responsabilidad del fiador. En este caso se altera sustancialmente la accesoriedad que en toda garantía debe existir (116). Aún así entiende que puede tener cabida la fianza «a primera demanda», puesto que la eliminación de la accesoriedad es meramente provisional, al poder ejercitar después del pago de la garantía la acción del parágrafo 812 del BGB. Desde este punto de vista, las sentencias del BGH que se pronuncian a favor de la fianza «a primera demanda» son, a su juicio, conciliables con el principio de accesoriedad de la fianza, y, por tanto, no entran en conflicto con aquella jurisprudencia que proclama que el principio de accesoriedad es de naturaleza imperativa (117).

En consecuencia, según el planteamiento de HORN, la fianza «a primera demanda» no es accesoria hasta el mismo momento del pago, constituyendo un medio de pago inmediato a requerimiento del beneficiario. Una vez cumplida la prestación por parte del fiador, la fianza «a primera demanda» deja de ser una garantía no accesoria, dado que el fiador tiene a su alcance la acción de enriquecimiento injusto si el pago no debió haberse efectuado (por ejemplo, por extinción del crédito por cualquier causa; por resolución, rescisión, novación del vínculo obligacional garantizado...) (118).

En términos muy parecidos se pronuncia v. WESTPHALEN. Desde luego, no rechaza *ad limine* la fianza «a primera demanda». Las partes tienen en sus manos, dice él, la posibilidad de configurar la garantía bancaria como una promesa de garantía de carácter abstracto o accesorio (119). Después de examinar la jurisprudencia llega a varias conclusiones: *a*) el desarrollo dogmático por la jurisprudencia de la fianza «a primera demanda» ha concluido; *b*) en realidad, sobre todo después de la Sentencia de 24 de noviembre de 1983, no existen diferencias entre ambas formas de garantía; y *c*) no obstante, deben existir criterios interpretativos que permitan delimitar una y otra figura jurídica, teniendo en cuenta que en el ámbito internacional la garantía bancaria abstracta se configura como un tipo de garantía autónoma (120).

Se pregunta v. WESTPHALEN si para lograr una mayor independencia basta con que se formule expresamente la fianza «a primera demanda» o

(116) *Op cit.*, pág. 2154.

(117) *Idem*, págs. 2154 y 2156.

(118) En términos parecidos se pronuncia también CLEMM, quien analiza más específicamente la fianza «a primera demanda» dentro del ámbito del contrato de obra, en *Die Stellung des Gewährleistungsbürgern, insbesondere bei der Burgschaft «auf erstes Anfordern»*, Zbaur, 1987, págs. 123 y sigs.

(119) *Die Bankgarantie*, op. cit., pág. 60.

(120) *Idem*, págs. 70-71.

hace falta algo más. Considera que es perfectamente encajable, dentro del ámbito de la fianza, que la fianza «a primera demanda» tenga como principal efecto la renuncia de las excepciones oponibles, siendo lo más particular de esta garantía que la misma implica un deber de pago provisional por parte del fiador. Comparte, pues, también la tesis de HORN, si bien en términos invertidos, cuando afirma que la fianza «a primera demanda» se beneficia momentáneamente de las ventajas de la abstracción y, al mismo tiempo, comparte los perjuicios específicos de la accesoriedad de la fianza en la acción de regreso («Rückforderungsprozess») (121). Por consiguiente, es suficiente, para lograr la independencia, que se formule como tal fianza «a primera demanda», sin que sea necesario que a la fianza se le añada una promesa de pago de naturaleza abstracta como en algún momento han apuntado los tribunales (en particular, en la Sentencia de 3 de marzo de 1976, que, precisamente, es la primera del BGH que se pronuncia sobre este tipo de fianza).

Ciertamente la tesis de HORN es ingeniosa, pero tiene poco que ver con la fianza, que, por su esencia, es accesoria desde su nacimiento; además, al fiador le interesa poder oponer las excepciones inherentes a la deuda principal en el momento en que es requerido por el acreedor al pago de la cantidad garantizada. Posponer su oposición a otro momento posterior, agrava su situación de defensa para poder recuperar lo que no debió pagar (el beneficiario se cuidará en dificultar la acción de regreso mediante toda clase de maniobras...). Incluso a las entidades bancarias no les interesará excesivamente pleitear después de haber cumplido con la garantía, ya que el deudor principal nunca les puede objetar que no han opuesto las excepciones que a él le correspondían, precisamente en virtud del pacto de renuncia de excepciones, consentido por el propio deudor principal. Y tampoco tienen la obligación de ejercitar la acción del parágrafo 812, propia de los negocios abstractos, pero no de las garantías no accesorias. Al final todo queda reducido a las dos relaciones que subyacen: la relación de cobertura (el banco cobrará de su cliente lo que desembolsó, más la comisión correspondiente) y la relación de valuta (el deudor principal tendrá que accionar contra el beneficiario si el pago que ha recibido es indebido).

La artificiosidad de la tesis de HORN es criticada por WETH. Si se ha cumplido con la fianza, pagando al beneficiario, la fianza deja de existir, por lo que no tiene sentido ya hablar de accesoriedad, en todo caso de sustitución de la accesoriedad («Akzessorietätsersatz»), según terminología de MEDICUS, dado que en sustitución de la accesoriedad se concede al fiador la acción del parágrafo 812 (122). De este modo, refiriéndose WETH direc-

(121) *Ibidem*, pág. 78.

(122) *Op. cit.*, pág. 326.

tamente a la jurisprudencia, se examina en el marco de este precepto lo que hubiera sucedido de existir la accesoriedad (123). Se trata, según él, de una «accesoriedad hipotética» que nada tiene que ver con la accesoriedad que está presente en cualquier fianza (124). Por supuesto, se rompe toda relación con la obligación asegurada si la declaración de promesa de pago de la fianza «a primer requerimiento» del beneficiario es concebida como una declaración abstracta y, por tanto, añadida a la fianza (125). Por consiguiente, no existen, en realidad, bases jurídicas para admitir la fianza «a primera demanda» (126).

En cualquier caso, hay que reconocer que esta figura de garantía chocará siempre con la fianza en su concepción legal. Fuerza también la interpretación de las normas de la fianza, a veces excesivamente, y tiene, como otro efecto negativo, que la garantía bancaria independiente pierde la autonomía jurídica que siempre ha tenido. ¿Pueden aplicarse a la fianza «a primera demanda», al menos por analogía, los preceptos reguladores de la fianza (parágrafos 765 y sigs. del BGB)? Y, sobre todo, ¿en qué se diferencia de la garantía independiente? Los tipos híbridos siempre plantean estas dificultades. Por eso se prefiere reconducirlos directamente a los tipos legales, en este caso a la fianza, pero entonces surge el interrogante —ya analizado antes cuando se versó, con carácter general, sobre la accesoriedad en la fianza— de cómo se puede lograr una independencia partiendo de la regulación legal de la fianza. Las respuestas difícilmente pueden ser satisfactorias, y cuando se dan resultan artificiosas (como cuando se dice que esta garantía es sólo provisionalmente no accesoría, o es abstracta momentáneamente, pero, al final, es accesoría). Como si al final hubiese vencido la fianza «a primera demanda» cuando las garantías independientes, desde su creación dogmática y admisión en el orden internacional, siempre se han diferenciado claramente de la fianza. No se comprende, por otra parte, que teniendo los particulares, en especial las entidades bancarias, el poder de ofrecer garantías independientes, recurran, sin embargo, a la fórmula de la fianza «a primera demanda», cuando su construcción no es sólo artificiosa, sino siempre difícil de casar con las reglas generales de la fianza. Pero una vez admitida la fianza «a primera demanda», por qué se opta por una y otra garantía si las diferencias apenas existen, al menos para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, teniendo en cuenta que, según la jurisprudencia, el garante-fidador tiene, en ambas garantías, la posibilidad de ejercitar directamente frente al beneficiario la acción del parágrafo 812 del BGB,

(123) *Idem*, op. cit., pág. 327.

(124) *Ibidem*, pág. 327

(125) *Ibidem*, pág. 328

(126) *Ibidem*, pág. 329.

siendo de aplicación en ambas figuras también el párrafo 242 (así, por ejemplo, las Sentencias del BGH de 31 de enero de 1985 y de 21 de abril de 1988, que tienen por base litigiosa una fianza «a primera demanda», invocan el párrafo 242 como límite de su independencia con respecto de la obligación asegurada). No obstante, se debe precisar que en las garantías bancarias el grado de independencia es mayor, ya que no cabe ni siquiera que el garante pueda hacer valer la *condictio indebiti*. Y, además, esta acción no se puede confundir con la *exceptio doli*, que, de admitirse, requiere por parte de los tribunales una aplicación muy restrictiva. Al menos en el Derecho alemán, que es de los pocos ordenamientos jurídicos que ofrece una apoyatura legal para la admisión de las garantías independientes sobre la base de los negocios abstractos, resulta llamativo que se haya dado carta de naturaleza a la fianza «a primera demanda» como si se tratase de otra garantía independiente cuando no lo es. Quizá a la práctica bancaria poco le importa una u otra formulación de garantía, pero dogmáticamente es un contrasentido que a una garantía que se llama fianza se le apliquen los párrafos 812 y 242 del BGB, y, al mismo tiempo, se mantenga que es una fianza. No podemos negar que la autonomía de la voluntad tiene un gran poder de configuración para moldear las figuras legales hasta límites insospechables, pero llegar a desnaturalizar una figura claramente definida, como la fianza, entonces o estamos ante una figura contractual nueva, atípica, o tiene que reconducirse nuevamente al prototipo legal. Se puede comprender ahora la afirmación de BYDLINSKI cuando dice que la fianza «a primera demanda» constituye un «Musterbeispiel» entre la fianza accesoría y la garantía claramente abstracta (127). Planteamientos de este tipo no tienen en cuenta el genuino sentido que tienen para el Derecho dogmas tan básicos como la abstracción de causa y la accesoriedad en la fianza. Es la principal crítica a la «fianza a primera demanda», al pretender participar, al mismo tiempo, de las ventajas de la abstracción de causa y de las ventajas de la accesoriedad, cuando ambos dogmas tienen un significado jurídico bien diferente.

V.5.b) *La accesoriedad funcional en el Derecho italiano*

A diferencia del Derecho alemán, la accesoriedad, como principio dogmático, se conecta, de modo casi automático, con las garantías bancarias independientes, llevándolas directamente a la fianza, por lo que el debate, sobre todo doctrinal, no es idéntico al del país germánico, centrándose mucho más en la admisión *a priori* de las garantías independientes que en

(127) *Op. cit.*, pág. 170.

si es viable la fianza «a primera demanda». Pero con este traslado de la garantía independiente al ámbito de la fianza el resultado es prácticamente el mismo, es decir, que, en realidad, una y otra figura constituyen un mismo tipo de garantía y que plantean los mismos problemas cuando se reconducen a los artículos 1.939, 1.941, 1.942 y 1.945, entre otros, del Codice Civile, claros exponentes de la dependencia que rige para toda fianza con la obligación asegurada (128).

En el Derecho italiano el artículo 1.939 del Codice Civile es un claro obstáculo para que la fianza «a prima richiesta» sea totalmente independiente, incluso para la admisión de las garantías independientes si se fundamentan en la fianza (129) (130). Como señala MEO, refiriéndose particularmente a la causa externa cuando la misma es ilícita, y criticando con ello la jurisprudencia italiana que admite este tipo de garantía bajo la figura de la fianza, la pretendida accesoriedad funcional que se le quiere asignar queda entonces bastante desdibujada, no hay, en realidad, tal accesoriedad funcional (131).

Se comprende entonces que el principal problema para la doctrina italiana es la accesoriedad, obstáculo difícil de salvar si se parte de la fianza como prototipo legal básico para cualquier garantía personal. Muy claras son las palabras de MEO: «Ogni tentativo di scalvare l'equivalenza tra accessorietà e garanzia, infatti, fino apparire sulla scena dei traffici di questi istituti, era miseramente naufragato sugli escoli dell'inderogabilità della disciplina della fideiussione» (132). En términos parecidos se pronuncia SANNA cuando dice que la tendencia de hacer de la fianza el modelo de las garantías personales se revela arbitrario y peligroso, porque conduce a un resultado inaceptable, al confrontar el contrato con el mismo sistema jurídico (133).

Cuando la accesoriedad es estructural, es decir, cuando la dependencia alcanza directamente a la garantía, como sucede en la fianza tradicional, una ruptura con la misma supone poner en duda la accesoriedad misma como principio regulador de la fianza. De ahí la gran dificultad dogmática de construir la garantía independiente sobre la base de la fianza, por mucho

(128) Sobre el estado doctrinal en Italia de la accesoriedad en la fianza, con carácter general, vid. ALCARO, «Fideiussione e garanzie personali», *Riv. dir. civ.*, 1983, págs. 616-617.

(129) Vid. THIEZ-BARTRAM, *op. cit.*, pág. 104.

(130) Lo ha analizado detenidamente NATUCCIE, señalando que es inadmisibile la derogación convencional del artículo 1.939 (*op. cit.*, págs. 39 y sigs.).

(131) *Op. cit.*, págs. 223 y sigs.

(132) *Op. cit.*, págs. 94-95

(133) *Accesorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, pág. 42.

que se discuta sobre si la accesoriedad es una exigencia imperativa del propio sistema jurídico o un principio dogmático de los derechos de garantía o es algo meramente connatural (134). En cualquier caso, la eliminación de la accesoriedad, aunque sea sólo con carácter provisional, choca claramente con la fianza.

Tiene cierto predicamento entre la doctrina italiana que la accesoriedad de las garantías bancarias es de tipo funcional (135), pero nunca genética o estructural, por ser irreconciliable con garantías que pretenden ser autónomas de la obligación principal. Con la accesoriedad funcional se quiere expresar una idea muy clara: no cabe desligar por completo la garantía de la obligación asegurada (no se trata de una promesa por hecho ajeno). También en las garantías autónomas, según SANNA, existe un ligamen, siempre hay un «quid» que se pretende garantizar (136). Pero se trata de una accesoriedad tan desdibujada que poco tiene que ver con la accesoriedad de la fianza (137) (138).

La Corte di Cassazione parece inclinarse por la accesoriedad funcional de las garantías autónomas. Las Sentencias de 1 de octubre de 1987 y 6 de octubre de 1989 parten de una idea común: las garantías autónomas son contratos autónomos, pero permanecen funcionalmente vinculadas a la relación de base.

En la Sentencia de 1 de octubre de 1987 se parte de la consideración de la inoponibilidad de las excepciones por parte del garante —parece que en toda su amplitud—, cuando es una garantía autónoma. Pero la autonomía no es absoluta, sino relativa, ya que es posible que, de haberse producido un pago injusto, pueda lograrse nuevamente el equilibrio patrimonial mediante el ejercicio de la acción de regreso. Esta autonomía sólo relativa lleva al Tribunal a encauzar la garantía «a primera demanda» dentro del ámbito de la fianza: «Aunque de forma contraria a los principios que disciplinan la fianza, es posible considerar válido el contrato que consienta al acreedor exigir del fiador el pago inmediato, sin que en aquella fase puedan serle opuestas excepciones por el deudor garantizado». «Todo esto se concreta en una inversión de la carga de la prueba... mediante el ejercicio de

(134) Vid. MEO, *op. cit.*, pág. 224.

(135) Vid. NATUCCI, *op. cit.*, págs. 43-47. También THIETZ-BARTRAM, *op. cit.*, que, como hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, pone en relación la abstracción y la accesoriedad, siendo el principal hilo conductor de su estudio comparativo entre los Derechos alemán e italiano.

(136) *Op. cit.*, pág. 43.

(137) Así, MEO, *op. cit.*, pág. 229.

(138) Quizá, por eso, SANNA trata de encontrar en el artículo 1.381 del Codice Civile una base jurídica para fundamentar la independencia de las garantías autónomas (*op. cit.*, en especial, págs. 64 y sigs.).

las acciones de regreso..., siendo evidentemente inadmisibles, y no tutelables por el ordenamiento jurídico, que a través de la cláusula de pago “a primera demanda” el acreedor pueda conseguir dos veces la prestación debida...»

Dogmáticamente resulta difícil conciliar pronunciamientos tan dispares: por una parte se proclama en la sentencia la autonomía de la garantía, pero no constituye un impedimento para llevarla a la fianza, siendo, por tanto, viable también la fianza «a primera demanda», que, a juicio del Tribunal, puede dar lugar, en cualquiera de las formas de garantía, a la inversión de la carga de la prueba por parte del garante en el caso de que no esté justificado el requerimiento de pago del beneficiario. Pero esta inversión de la carga de la prueba podrá tener lugar una vez que se haya pagado la obligación asegurada al beneficiario, ejercitando la *condictio indebiti*.

En este pronunciamiento pesan también consideraciones propias de las garantías independientes. Incluso parece que hay una aproximación a la teoría de la abstracción de causa, subrayado por PORTALE (139), quien en las afirmaciones del Tribunal ve una especial preocupación por el desplazamiento patrimonial injustificado, que, una vez producido, tiene que dar lugar a una acción que permita el restablecimiento del desequilibrio causado por el pago *sine causa*. MEO, en su valoración, observa que la sentencia contiene dos líneas interpretativas (140), una referente al reconocimiento expreso de la acción de repetición por pago indebido, cuya justificación se puede encontrar en la regla general del *solve et repete*. Y otra referida claramente a la inversión de la carga de la prueba. Ello supone que corresponde al garante ejercitar la acción de regreso, pero con posterioridad al pago de la garantía, con lo cual la independencia es idéntica a las garantías abstractas.

Tal grado de independencia se ha cuestionado en la posterior sentencia, de 6 de octubre de 1989, al admitir la *condictio indebiti* antes de haber cumplido el garante con su garantía, pudiendo ser ejercitada por el propio garante. En esta sentencia se precisa claramente que esta acción se puede ejercitar directamente contra el beneficiario.

Supone una clara ruptura con el pronunciamiento anterior al admitir, en el fondo, la *exceptio doli*, y, con ello, una independencia sólo relativa de las garantías no accesorias. No hay una independencia absoluta cuando, como defiende la resolución judicial, el garante está legitimado para rechazar el pago al beneficiario en el caso de que la reclamación sea manifiestamente abusiva. De alguna manera la accesoriedad funcional de las garantías independientes queda a la merced del garante y a la flexibilidad de los tribunales a la hora de enjuiciar la *exceptio doli*. Cuanto mayor uso se haga

(139) *Op. cit.*, en especial, págs. 652 y sigs.

(140) *Op. cit.*, págs. 192-195.

de la *exceptio doli* más se cuestionará la accesoriidad funcional de las garantías bancarias. Y si los Tribunales interpretan la excepción con elasticidad, pudiendo tener cabida cualquier situación anómala de la relación de base, la accesoriidad funcional puede perder el significado que tiene para las garantías no accesorias. En realidad, con la admisión de la *exceptio doli* la accesoriidad vuelve a ser estructural en las garantías bancarias, al menos hipotéticamente en algunos casos.

V.6.c) *La postura de la doctrina y de la jurisprudencia española*

La doctrina española se decanta mayoritariamente por la accesoriidad funcional de las garantías independientes. En especial, la doctrina mercantil ha subrayado la incompatibilidad de la accesoriidad estructural con una garantía que por naturaleza es independiente. Lo tiene muy claro SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE cuando niega cualquier carácter accesorio, al menos sustancialmente, a las garantías bancarias, aunque no les niega una cierta accesoriidad desde el punto de vista de su función económica. Está en su propia esencia. «El banco que otorga una garantía asume una obligación que, cumpliendo con la natural función de aseguramiento, no persigue garantizar el cumplimiento de la obligación principal» (141). Como él mismo precisa, «la falta de accesoriidad no se limita a una discusión de matiz teórico únicamente, sino que tiene relevancia práctica considerable, por cuanto va a determinar el régimen jurídico de este contrato» (142). «De este modo, la falta de accesoriidad se convierte en la fundamental nota diferenciadora de las garantías “a primera demanda”» (143). Es más, el criterio de la accesoriidad, siguiendo aquí a ECHENIQUE GORDILLO, sirve para delimitar qué preceptos van a resultar aplicables a estas garantías, puesto que quedan excluidos automáticamente todos aquéllos inspirados sobre dicha nota. Opina este mercantilista que la accesoriidad en su significado estructural es totalmente extraño a estas garantías (144), de tal modo que la regulación legal de la fianza ofrece —son palabras suyas— unos perfiles «inhóspitos» para las mismas (145). Del mismo parecer es L. DE ANGULO

(141) Garantías bancarias: las cartas de «patrocinio» y las garantías «a primera demanda», en *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 752. Sus ideas sobre la falta de accesoriidad en las garantías a primera demanda ya las expuso en su comentario al Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda, *RDBB*, 1984, págs. 55 y sigs., y págs. 582 y sigs., en especial, en la primera parte.

(142) *Contratos*, op. cit., pág. 752.

(143) *Idem*, pág. 753.

(144) Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones, *RDBB*, 1982, pág. 156.

(145) *Idem*, pág. 157.

RODRÍGUEZ (146) y BARRES BENLOCH (147). En esta línea también siguen los diversos trabajos realizados sobre la materia por CAMACHO DE LOS RÍOS, quien niega el carácter «fideusorio» de la obligación contenida en las garantías bancarias (148). De este parecer es igualmente VALENZUELA, aunque no rechaza la posibilidad de acudir por vía analógica a las previsiones de la figura de la fianza en lo no previsto por las partes, o sea, en lo que se derive del elemento de la accesoriedad (149). Al mismo tiempo, da vía libre a la fianza «a primera demanda», en la que la obligación principal del deudor y la accesoriedad del fiador quedan sometidas a un régimen diverso y propio, el cual puede justificar en su caso la concurrencia de alguna de las disfunciones de la accesoriedad de la fianza antes mencionada. Pese a ello —matiza este mercantilista—, ambas obligaciones pasan a integrarse en una estructura obligacional compleja, en donde existe una dependencia (o «vis atractiva») funcional de la obligación accesoría respecto de la principal, en orden al cumplimiento de la función auxiliar de garantía o de refuerzo del derecho de crédito del acreedor que la fianza cumple (150). Por eso al final, de un modo un tanto contradictorio, afirma que se puede hablar de la unión funcional existente entre la obligación principal y la accesoría, justificada por esa dependencia de fin e interés de ambas obligaciones, a través de la cual se manifiesta la accesoriedad (151). Para concluir, afirma que en el caso de las garantías autónomas, por contra, se habrá de decir que la obligación de garantía se actuará únicamente conforme a su contenido, aun cuando haya de seguir existiendo un nexo funcional entre la obligación de garantía y el contrato u obligación principal, pues sin tal nexo no tendría sentido alguno (152). Otro mercantilista —VICENT CHULIÁ— precisa que estas garantías no deben extenderse a los fiadores que no sean entidades de crédito, quienes no deben usar los formularios utilizados en el tráfico bancario, por ir en contra de los artículos 1.261 y 1.274 del Código Civil. Pesan aquí consideraciones propias de quien ve en estas garantías un con-

(146) *Op. cit.*, págs. 24-25

(147) «El aval bancario como garantía autónoma» (Comentario a la STS de 27 de octubre de 1987), *La Ley*, t. 3, pág. 319.

(148) Así, en «Interpretación de las cláusulas "a primera demanda" en los contratos mercantiles», *RDBB*, núm. 54, 1994, págs. 398-399. Así como en su monografía, *El seguro de caución. Estudio crítico*, Madrid, 1994. Vid., también su trabajo «Reglas Uniformes de la CCI para las fianzas contractuales», en *Revista Española de Seguros*, núm. 79, 1994, págs. 23 y sigs.

(149) «El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales», en la obra colectiva *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, pág. 438.

(150) *Idem*, pág. 441.

(151) *Ibidem*, pág. 441.

(152) *Ibidem*, pág. 441.

trato de naturaleza abstracta, por lo que tampoco es de aplicación cuando se presta en las relaciones de consumo por prohibición del artículo 10 de la LGDCU (153) (que de por sí ya prohíbe no sólo la abstracción material, sino también la de tipo procesal, aunque esto debería matizarse cuando el contrato abstracto es bancario). Pero lo decisivo para él, para que sea autónoma la garantía, es que se preste por y entre profesionales, en definitiva, por entidades de crédito y a favor de personas dedicadas a actividades empresariales, muy en la línea del Derecho extranjero.

También entre los estudios civilistas más recientes hay quienes abogan claramente por la no accesoriidad estructural de las garantías «a primera demanda». Para CERDÁ OLMEDO estas garantías se alejan de la fianza por cuanto su régimen legal, anclado en el dogma de la accesoriidad, y las consecuencias que del mismo derivan, responden a un modelo socio-económico de «garante amigo», al que no se le somete al riesgo de quedar obligado con independencia y de manera más severa que la asumida por el deudor principal (154). Una función muy concreta tienen las garantías bancarias que no cumplen las garantías personales tradicionales, como señala MARTÍNEZ CALCERRADA: atribución de un aseguramiento puro, cobertura frente a riesgos atípicos, medio de presión contundente para constreñir al obligado a la realización de la prestación. Una desconexión que es jurídica pero no económica (155). Incluso si prevaleciera la opinión de PÉREZ ALVAREZ, para quien, en apoyo de la jurisprudencia, la accesoriidad es esencial en la fianza (156), quedaría descartada cualquier aproximación de las garantías no accesorias a la fianza. Una postura más híbrida es la mantenida por M. DE COSSÍO cuando subraya que la accesoriidad es un elemento básico de la fianza, con motivo de su análisis del artículo 1.825 del Código Civil (157), y, sin embargo, considera que, pese a los términos imperativos del artículo 1.824 del Código Civil, no causaría excesiva violencia el encasillamiento de garantías independientes o «a primer requerimiento» (158).

Se distancia de estas formulaciones GULLÓN BALLESTEROS, quien dice que cambiar el tipo, cambiar el nombre, significa que se trata de una figura no

(153) «Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español», en la obra colectiva *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, pág. 412.

(154) *Op. cit.*, Granada, 1991, pág. 67

(155) «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, 1992, t. 3, pág. 826.

(156) *La solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985.

(157) *Op. cit.*, pág. 2

(158) *Idem*, pág. 9.

(159) «En torno a nuevas formas de garantía», *AAMN*, t. XXXIII, pág. 329.

equiparable a la fianza (159). Renunciar a las excepciones del negocio base supone cambiar estructuralmente el tipo, y, por tanto, estamos ante un negocio distinto. Lo que hay tener en cuenta, y en esta línea también me nuevo yo también, es que se trata una relación triangular, en la que la causa juego de modo diferente cuando se garantiza sólo un contrato de compraventa o un préstamo (160). Esta relación triangular responde a unos intereses y a unas operaciones económicas que nada tienen que ver cuando se pide una garantía para asegurar el precio de una simple compraventa o una cantidad prestada (de no excesiva cuantía). Otro elemento que nunca se debe desprestigiar es el factor riesgo que tiene un significado muy distinto en estas operaciones económicas.

Frente a estas posturas casi unánimes, defendiendo el carácter no accesorio o autónomo de las garantías bancarias, CARRASCO PERERA intenta demostrar que la accesoriedad de la fianza es lo suficientemente elástica para dar entrada a garantías autónomas (161), por lo que, a su juicio, el contrato de garantía autónoma no es más que una fianza en la cual el fiador ha renunciado a la oposición de las excepciones derivadas de la relación de valuta (162). Por primera vez se plantea de un modo frontal y directo la posibilidad de la renuncia de excepciones inherentes a la deuda principal (163), viable, en principio, ya que el artículo 1.853 del Código Civil no es una norma imperativa. «El problema —como señala CARRASCO PERERA— es el de saber hasta dónde se extiende la exclusión de excepciones. El límite del orden público es evidente. Puesto que nuestra jurisprudencia no suele distinguir entre infracción de orden público, infracción de norma imperativa y causa ilícita, podemos englobar todas estas fórmulas bajo la expresión de ilicitud causal del artículo 1.275» (164). Pero con la matización de que también el deudor renuncie, en la vía de regreso, a las excepciones (al menos así interpreta él el artículo 1.853 en concordancia con el artículo 1.826, por lo que el pacto de renuncia de excepciones no entra tampoco en colisión con el artículo 1.840) (165).

Pienso que este límite ya viene establecido en el artículo 1.824 cuando de forma tajante extiende los efectos de la nulidad de la obligación principal a la fianza, debido, precisamente, a la accesoriedad. Mientras que el ar-

(160) *Idem*, pág. 329.

(161) Habla expresamente de un margen libre para la accesoriedad (*op. cit.*, págs. 134 y sigs.).

(162) *Idem*, vid., sobre todo págs. 209 y sigs., y en especial, págs. 239 y sigs.

(163) No se lo plantea directamente GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 339-346; *idem*, en *Comentario del Código Civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 1854-1855. Y tampoco CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, págs. 40-49.

(164) *Op. cit.*, pág. 245.

(165) Véase, nuevamente. pág. 240

título 1.275 es una norma general para toda contratación, el artículo 1.824 es una norma consecuente con la naturaleza accesoria de la fianza. Por consiguiente, si la dependencia jurídica es prácticamente absoluta cuando se trata de nulidades (total o relativa) o casos análogos (fraude, inexistencia...), no puede tener eficacia jurídica la renuncia de una excepción inherente a la obligación principal para hacer inoperante el artículo 1.824. Enfocar el límite exclusivamente desde el artículo 1.275 es dejar de lado el artículo 1.824, verdadero escollo para cualquier tipo de fianza no accesoria. El artículo 1.275 tiene mucho más sentido cuando se trata de garantías independientes, el cual, a semejanza del parágrafo 242 del BGB, puede servir de freno legal cuando por el beneficiario se pretenden utilizar de forma ilícita, fraudulenta o abusiva estas garantías.

Además, las críticas que se formularon contra la tesis de HORN se pueden trasladar aquí. Para impedir que la fianza sea más gravosa y para mantener no obstante la accesoriedad renunciando el fiador y el deudor a las excepciones que pudieran oponerse de la relación de valuta y lograr, así, la independencia, no deja de ser una construcción artificiosa que poco tiene que ver con la fianza.

Por eso, CARRASCO PERERA refuerza su tesis recurriendo a la «intercesión» para explicar el carácter autónomo de la obligación que asume el garante, esto es, asunción de una obligación añadida a la principal garantizada (166) (167). Una intercesión que es posible mediante un pacto añadido en una multiplicidad de contratos, no sólo en el ámbito estricto de las garantías personales. Por esta otra razón, para CARRASCO PERERA, no tiene utilidad alguna, y conduce al fracaso, cualquier intento de elaborar una construcción dogmática de un cierto tipo de contrato definido por una cláusula a primer requerimiento. No comparte, en realidad, ninguno de los apelativos dados a la obligación de la garantía independiente: abstracta, independiente y no accesoria. Desde un planteamiento mucho más pragmático opta por una definición que no pretende forzar las normas del sistema y no entrar en colisión directa con la fianza cuando afirma que bajo el nombre de la garantía a primer requerimiento se significa aquel contrato de garantía personal por la que un tercero intercede ante el acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal. Con la particularidad de que la obligación del pago

(166) Nuevamente en su reciente estudio «Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», en la obra colectiva *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, págs. 623 y sigs.

(167) Sigue a CARRASCO PERERA el mercantilista DÍAZ MORENO, en su otro trabajo «Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil*, Homenaje a Evelio Verdero y Tuells, T. I, Madrid, 1944, págs. 627 y sigs., en especial, págs. 643 y sigs.

del garante se funda en, y vence por, la sola reclamación de pago hecha por el acreedor, sin que el garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal, ni oponer al pago de las excepciones que este deudor pudiera oponer al acreedor en la relación de valuta (168). Pero, como sucede muchas veces cuando la pescadilla se muerde la cola, tal inoponibilidad pasa por la renuncia a las excepciones también del negocio base. Esta desconexión no puede ser, sin embargo, tan absoluta si la garantía se pretende situar dentro de la fianza. Por eso, hay que buscar la autonomía fuera de esta garantía personal, teniendo en cuenta, además, los intereses de quienes ofrecen y necesitan garantías bancarias, que son, ante todo, intereses de orden económico. El planteamiento de CARRASCO PERERA peca de excesiva generalización de las cláusulas a «primer requerimiento», arrastrando con ello a las garantías bancarias, cuando éstas responden a unas operaciones económicas de un riesgo a veces muy elevado.

El Tribunal Supremo, que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de garantías, no puede ser ajeno a este debate doctrinal sobre la accesoriedad o no de las garantías bancarias. Entre las diversas resoluciones que se han dictado por este Alto Tribunal sobre garantías no accesorias (169), hay dos que de manera directa se pronuncian sobre las garantías «a primera demanda». En primer lugar, la Sentencia de 2 de octubre de 1990, que tiene por sustrato fáctico una fianza de arrendamiento de obra. El TS señala, más bien como *obiter dicta*, «que por mucha amplitud que quiera dársele a las expresiones “Aval a primera demanda” o “primer requerimiento”, hay que ponerlos necesariamente en relación con “las obligaciones derivadas del contrato”, y sólo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador». Constituye la conclusión principal, después de que estableciera que para la prosperabilidad de la acción ejercitada «será indispensable examinar las obligaciones contraídas en este contrato, y contrastar el incumplimiento de las obligaciones y las responsabilidades que de ellas se derivan». Como por las pruebas efectivamente se acreditó que el retraso de las obras no se debió al constructor sino por el gran número de modificaciones solicitadas por los propietarios del edificio (aseverado, en este caso, por el propio garante), a juicio de la ya extinta Audiencia Territorial de Zaragoza y del Tribunal Supremo no se daba la base material para dar cumplimiento de la fianza, constituida exclusivamente para cuando existiesen demoras imputables al contratista. Se da la particularidad de que

(168) *Idem*, pág. 687.

(169) Así, Sentencias de 24-12-1978, 21-3-1980, 16-2 y 11-7-1983, 26-12-1986, 14-11-1989, 15-4-1991 y 7-4-1992

esta fianza se constituyó bajo la modalidad de «aval a primera demanda» o «a primer requerimiento». Sin lugar a dudas, el planteamiento tradicional de la accesoriedad ha llevado al Tribunal a estas consideraciones, negando cualquier desnaturalización de la fianza, además de que este tipo de fianzas violentan claramente los artículos 1.822 y 1.826 del Código Civil (170). En realidad, el Tribunal analizó toda la relación de base para determinar si estaba justificada la reclamación de la garantía, desestimando la pretensión del beneficiario de la garantía no por entender que procede la *exceptio doli*, sino porque no se dan los presupuestos de la garantía, es decir, el incumplimiento del contrato de obra. Este pronunciamiento judicial parece rechazar frontalmente las garantías independientes, incluso niega la virtualidad de la fianza «a primera demanda». Es un tanto curiosa la afirmación de que este tipo de fianza es un simple reconocimiento de deuda (quizá quiso decir promesa de pago), como si la declaración emitida por el garante fuese una declaración de naturaleza abstracta. Como sucede tantas veces, se puede discrepar del revestimiento jurídico dado a una institución, sobre todo cuando sus perfiles no son muy claros, pero se puede compartir la solución material, sobre todo si las partes lo que quisieron, como en el caso de autos, fue algo distinto. Parece que la voluntad real fue una fianza de corte tradicional, por lo que, a partir de este momento dejan de tener relevancia las fórmulas empleadas (aval «a primera demanda» o «a primer requerimiento») (171).

Distinta es la postura del TS en la Sentencia de 27 de octubre de 1992, también debido en parte a que la garantía que sirve de base a la litis no es una fianza sino un aval o garantía «a primera solicitud» en su significado más genuino. Por ello, no tiene ningún problema en afirmar, previo reconocimiento de que caben garantías distintas a la fianza porque lo permite el artículo 1.255 del Código Civil, que «la obligación que asume el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza..., siendo nota característica de ella su no accesoriedad...». «De ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido». Este pronunciamiento constituye un apoyo claro a favor de la tesis de quienes defienden la viabilidad jurídica de garantías independientes, no condicionadas para nada por la accesoriedad, sólo predicable de la fianza.

(170) Según CARRASCO PERERA, el artículo 1.826 del Código Civil no puede utilizarse en la forma hecha por el TS para excluir el juego de una garantía no accesoría, *op. cit.*, pág. 19.

(171) En términos parecidos, CERDÁ OLMEDO, *op. cit.*, págs. 231-232.

Sin embargo, la sentencia sigue después criterios que coinciden en gran parte con la pronunciada por la Corte di Cassazione de 1 de octubre de 1987: subraya, por una parte el carácter abstracto, basándose en la Sentencia de 14 de noviembre de 1989 y, por otra, cabe la inversión de la carga de la prueba, en aras de la buena fe al amparo del artículo 1.258 del Código Civil, si bien, a diferencia de aquella sentencia italiana, el TS no alude directamente a la *condictio indebiti*, haciendo sólo referencia, con carácter general, a la acción de regreso del garante contra el ordenante y a las acciones propias entre los interesados de la relación subyacente. Introduce como novedad la posibilidad de oponerse directamente al pago si es abusivo el ejercicio de la reclamación de pago del beneficiario, siguiendo así la línea iniciada por el TS federal alemán y la Sentencia de 6 de octubre de 1989 de la Corte di Cassazione (172). Las críticas que entonces hicimos son trasladables a esta sentencia, como las demás observaciones sobre la procedencia de hacer valer frente al beneficiario situaciones claramente abusivas. No obstante, el pronunciamiento es muy claro al no dejarse influir para nada por la figura de la fianza, no siendo, en ningún caso, de aplicación los artículos 1.822, 1.824, 1.826 y 1.827 del Código Civil, quedando fuera cualquier accesoriadad de signo sustancial o estructural (173). Es un paso importante, iniciado ya en la Sentencia de 11 de julio de 1983 y perfilado un poco más en la Sentencia de 14 de noviembre de 1989, apostando más categóricamente que la jurisprudencia italiana por el carácter independiente de las garantías no accesorias, aunque hay que reconocer que el TS, en realidad, todavía no ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre garantías bancarias propiamente.

(172) Precisa DÍAZ MORENO, en la Sección de Jurisprudencia de la revista *Derecho de los Negocios*, 1993, núm. 31, al comentar la sentencia, que el Tribunal Supremo no deja claro si sólo puede admitirse cuando el garante tenga a su disposición medios probatorios tales que hagan indudable, evidente y manifiesto el carácter abusivo de la reclamación por adolecer de bases plausibles. Y recuerda que lo que no puede aceptarse —so pena de poner en cuestión la propia esencia de la institución— es que el garante pueda introducir en el litigio una discusión sobre el cumplimiento o vicisitudes de la relación subyacente. Tal debate debe quedar reservado para un eventual posterior litigio entre ordenante y beneficiario de la garantía en virtud de la relación subyacente (pág. 26).

(173) En este sentido, algunas resoluciones de la jurisprudencia menor, como la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de julio de 1994, negando expresamente la aplicación del artículo 439 del Código de Comercio, por referirse a la fianza como contrato accesorio (AZC, 1994, núm. 1308). Como también la SAP de Segovia, de 31 de octubre de 1993 (AZC, 1993, núm. 2520), que recoge la doctrina jurisprudencial dominante.

VI. LAS GARANTÍAS BANCARIAS AUTONOMAS

VI.1. LA CONFIGURACIÓN AUTÓNOMA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS

Donde es posible una configuración autónoma de las garantías bancarias no hay que recurrir a la abstracción de causa (174) y tampoco a la eliminación de la acesoriedad (175). La independencia de las garantías respecto de las relaciones de valuta y de cobertura deviene de un conjunto de elementos caracterizadores que los distingue claramente de otras garantías personales. Indagar en estos otros elementos es quizá como mejor se puede entender la independencia que en toda garantía bancaria se busca y demostrar así que los intentos dogmáticos de justificarla en la abstracción de causa o en la eliminación de la acesoriedad son caminos un tanto tortuosos que conducen a resultados a veces difíciles de compartir. Otro camino puede ser partiendo de la propia configuración de las garantías bancarias, que necesariamente viene marcada por la independencia, tan fundamental para el buen funcionamiento de las mismas.

No es suficiente basar la independencia de las garantías bancarias en la autonomía de la voluntad de las partes, aunque es el primer eslabón para lograr este efecto jurídico. Esta posibilidad de configurar, por la exclusiva voluntad de las partes, una garantía no acesoria no puede ser negada por ningún sistema jurídico abierto. Pero la justificación de la independencia hay que buscarla en la propia estructura de estas garantías. Por una parte, están los intereses de cada una de las partes, ya que tanto el garante como el beneficiario, así como el ordenante de la garantía, están especialmente interesados en romper cualquier vínculo jurídico con la relación garantizada. Por otra, las funciones que cumplen estas garantías son muy específicas y sólo se logran cuanto mayor sea la independencia. Precisamente por la mayor independencia que se busca, los riesgos que asume cada uno de los intervinientes en la constitución de estas garantías son mayores que en las garantías de corte tradicional. Un cuarto elemento a tener en cuenta —el más importante— es la ajeneidad de la garantía, al faltar cualquier nexo jurídico con las relaciones subyacentes. En toda garantía bancaria hay una declaración promisorias desvinculada de la relación de base, que tampoco se rompe por el hecho de que existan referencias a ella en el documento de garantía. Lo garantiza la rigidez formal de las mismas. Por último, la

(174) Así, KUBLER, *op. cit.*, pág. 207.

(175) Un claro exponente de esta tesis en nuestra doctrina es SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, quien acertadamente, al final, ha optado por escribir una monografía, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995, después de varios trabajos sobre el particular, en especial págs. 137 y sigs.

independencia de las garantías bancarias pasa por un reparto de las acciones entre los sujetos integrantes para evitar situaciones injustas.

VI.2. LOS INTERESES, LAS FUNCIONES Y EL RIESGO EN LAS GARANTÍAS BANCARIAS

VI.2.a) *Los intereses del ordenante de la garantía, del garante y del beneficiario*

Las garantías bancarias responden a intereses muy concretos de cada uno de los sujetos intervinientes.

Es un interés totalmente justificado que un acreedor exija una garantía que se desvincule en lo máximo de la relación garantizada. Interés que se hace valer especialmente cuando la relación subyacente ofrece cierta complejidad, que, en la mayoría de las veces, tiene su causa en que se desarrolla en un país diferente al país del acreedor, con lo cual pueden interferir en su buen desarrollo factores muy diversos, desde culturales y políticos hasta estrictamente jurídicos. Y el primer interesado en que estos factores no influyan para nada en la garantía es el acreedor. Precisamente la principal razón de las garantías bancarias reside en la inseguridad que existe por parte del acreedor de que por elementos ajenos a la relación subyacente no se pueda cumplir. Por ello exige una garantía independiente. Las expectativas que se pueden tener o las inversiones que se realizan para una operación de cierta envergadura exigen como contrapartida unas garantías para el caso de que fracasen, como si de una compensación económica o de una indemnización se tratara. Ahora bien, no tiene por qué limitarse al comercio exterior (176), pudiendo existir la misma inseguridad en el comercio interior, si bien por causas normalmente diversas. Es, por tanto, un interés diferente al interés que puede tener el acreedor cuando pide que un tercero afiance una deuda ajena. No se trata tanto de obtener una garantía para que un tercero pague la totalidad del débito, sino de una indemnización que un tercero ofrezca ante el eventual fracaso de la relación subyacente (177). Por lo tanto, más que garantizar una relación subyacente, lo que se garantiza es una indemnización calculada sobre la base de aquella relación. Debido a este interés indemnizatorio, el acreedor quiere, al mismo tiempo, un instrumento de pago rápido, sin tener que discutir con el tercero si su pretensión

(176) Vid. MULBERT, quien analiza la posición de los intereses atendiendo exclusivamente al comercio exterior (*op. cit.*, págs. 10-16).

(177) Participa, desde este punto de vista, de las características de la *fideiussio indemnuitatis*, sobre cuya autonomía la doctrina no se pone de acuerdo. Vid., con carácter general, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, págs. 140-142.

está justificada, debiendo limitarse el pago al contenido de lo establecido en el documento de garantía.

No ya sólo por las cuantías que se aseguran en este tipo de garantías, sino por la función de pago que asumen, no cualquier tercero está interesado en ofrecer garantías de este tipo. Seguramente por razones estrictamente de mercado financiero los principales interesados en estas garantías son las entidades bancarias. Los bancos han encontrado en las garantías bancarias un instrumento de captación de clientela (178), lanzando este tipo de garantías, como cualquier otro producto financiero, al mercado. En estos ámbitos hay que olvidarse de la imagen del fiador-amigo, como tradicionalmente viene concebida la figura del fiador: los bancos son fiadores profesionales que calculan al máximo la posición jurídica y económica que adoptan cuando a un tercero prestan una garantía a petición de sus clientes. En ocasiones pueden ser los primeros interesados en ofertar garantías independientes. Una vez calculados los beneficios que pueden lograr con la oferta al mercado de garantías independientes, y que vendrán determinados por la relación de cobertura con sus clientes, las entidades bancarias-garantes pueden estar interesadas en que no se entre para nada en la relación de valuta, debiendo limitarse la garantía al propio documento en que viene extendida. Por la posición que ocupan y la función que asumen en el mercado financiero, las entidades bancarias son las menos interesadas en hacer de «portavoz» de sus clientes frente a un tercero, estando mucho más interesadas en hacer sólo de intermediario de una operación en la que asumen la función de garante. No hay, por tanto, ningún mandato del cliente al banco para que haga valer los derechos de aquél frente al acreedor, cuando éste, en calidad de beneficiario de la garantía, reclame su crédito. El interés por la independencia deviene, por tanto, por el propio papel que asume la entidad bancaria cuando suscribe una garantía independiente. Por ello, los bancos tienen cierta predilección por garantías abstractas, incondicionadas o independientes (179). Y aunque es cada vez más frecuente la inserción de una serie de condicionantes para la reclamación del pago de la garantía (por norma general la presentación de documentos que avalen los presupuestos para el pago de la garantía), el interés del banco sigue siendo ajeno a la relación garantizada por cuanto tiene sólo el deber de examinar los condicionantes de acuerdo con lo establecido en el contrato de garantía, pero sin poder entrar directamente en la relación de valuta, en la que no tiene ningún interés el banco. En este sentido, las garantías puras y las

(178) Vid. MÜLBERT, *op. cit.* p. págs. 12-13.

(179) Así, lo pone de manifiesto, HORN, *op. cit.*, pág. 2153.

garantías documentarias comparten la misma característica esencial, cual es su independencia con respecto de la relación de base.

Ningún interés jurídico puede tener el deudor y ordenante de la garantía cuando es independiente. La desvinculación con la relación de valuta no le favorece en absoluto, debiendo pagar antes lo desembolsado por el garante aun cuando carece de toda justificación. Sólo entonces es cuando puede actuar contra el beneficiario ejercitando la acción de enriquecimiento sin causa o la *condictio indebiti*. Si no obstante opta el deudor por la garantía independiente es porque lo exige el acreedor, por lo que su interés es económico. Sólo así puede competir con terceros. Ello implica, a su vez, una confianza del acreedor en la solvencia del deudor cuando un tercero se ofrece como garante, que no es un garante cualquiera. Desde este punto de vista, las garantías bancarias son un producto de mercado en el que por diversas razones están interesados todos, tanto el acreedor y el deudor como el garante. Más es este mercado el que justifica su existencia. Como dice NIELSEN, los intereses que subyacen responden a un mercado que las ha aceptado plenamente (180).

VI.2.b) *La función liquidadora*

La función típica de las garantías bancarias es la de ofrecer al beneficiario un título ejecutable inmediatamente cuando se dan los condicionantes contenidos en él. Cumplen claramente una función liquidadora, por cuanto el documento de garantía constituye por sí mismo el título de pago, calculado previamente entre el acreedor y el deudor y aceptado por el garante. Dándose los presupuestos formales del título de garantía, el beneficiario tiene la total certeza de que el garante pagará la cantidad garantizada. Responde a la idea básica de «primero pagar y después litigar». Desde este punto de vista, las garantías bancarias son verdaderos instrumentos de pago (como el crédito documentario, el cheque, la letra de cambio, el reconocimiento de deuda...). Subyace en ellas la fórmula clásica de *solve et repete*. En el tráfico comercial internacional al acreedor no le interesa que se le pueda discutir aspectos de la relación de valuta, como tampoco cuando las relaciones comerciales se mueven dentro de las fronteras, especialmente cuando las relaciones son complejas o hay elementos de riesgo de que no se lleven a cabo (por ejemplo, en la exportación de mercancías con anticipo de pago de parte del precio o la concertación de un contrato de obra amenazado por interrupciones ajenas a la voluntad del ejecutor de la obra).

(180) *Op cit*, pág. 255.

En estos casos, al acreedor no sólo le interesa una garantía independiente, sino que a la vez sea ejecutable inmediatamente. Se comprende, por tanto, que sean preferentemente entidades financieras las que se ofrezcan para asumir esta función, ya que ellas están capacitadas económicamente más que nadie para realizar pagos rápidos, como también están capacitadas profesionalmente para cumplir con el deber de examinar los documentos que comúnmente se exigen para la realización del pago (cuando las garantías son documentarias).

Por tanto, las garantías bancarias no sólo asumen una función de aseguramiento de una relación de base («Sicherungsfunktion»), sino que cumplen una función más específica, que es la de ofrecer al acreedor un instrumento de garantía líquido y ejecutable inmediatamente cuando se dan los condicionantes para su pago («Liquiditätsfunktion»). Esta función no la puede asumir la fianza desde el momento en que se pueden oponer excepciones de la relación garantizada. Y aunque la renuncia de las excepciones por parte del fiador supone para el acreedor una mejor posición frente a aquél, no es inherente a la fianza una función liquidadora y tampoco cumple propiamente una función de pago.

Dado que las garantías bancarias son ejecutables directamente una vez cumplido el supuesto formal («formeller Garantiefall»), el acreedor puede ejercer sobre el deudor, bajo la amenaza de que va a exigir el pago de la garantía, una presión para que cumpla con su obligación o subsane las anomalías de la relación subyacente (181).

Según el tipo de garantías bancarias, pueden contener otras funciones, por ejemplo, indemnizatorias (así, en ocasiones, la garantía de «buena ejecución» o de «buen fin» y siempre cuando la garantía es de sumisión o de oferta o de licitación) o sancionadoras, establecidas en atención a la relación de base (también la puede asumir la garantía de «buena ejecución» o de «buen fin»).

VI.2.c) *El riesgo*

La atribución de la independencia se explica en parte también por el riesgo que asume el garante. No sin razón NIELSEN subraya que la separación del pago de la garantía y el desarrollo del negocio de base es resultado de un claro reparto comercial de riesgos (182). El garante y el deudor principal asumen un riesgo comercial diferente, uno condicionado al desarrollo de

(181) Vid. MULBERT, *op. cit.*, pág. 11.

(182) *Op. cit.*, pág. 254.

la relación subyacente y otro exclusivamente en función de los condicionantes del documento de garantía. No es exclusivamente la única razón de la independencia de las garantías bancarias, como parece dar a entender él, pero explica cómo el garante asume un papel muy diferente al fiador, quien, de alguna manera, asume el mismo riesgo que el deudor principal.

Dado que son entidades financieras las que prestan este tipo de garantías, el riesgo que no obstante asumen está previamente calculado en la relación de cobertura, por lo que el riesgo es mínimo, máxime cuando tienen a su alcance la acción de reembolso. Así que el riesgo que asumen es diferente al riesgo del deudor en la relación subyacente. Es en realidad, como ha subrayado MEO, un riesgo típicamente financiero, que es el que sustituye al riesgo comercial de la relación garantizada. Esto explica el singular papel que realizan las entidades financieras cuando ofrecen este tipo de garantías, actuando como verdaderos intermediarios financieros por la específica actividad económica que desarrollan (183).

El riesgo del garante no aumenta por el deber que tiene de examinar los documentos que deben presentarse por parte del beneficiario cuando reclama el cumplimiento de la garantía. Se trata más bien de un deber formal, debiendo atenerse a los condicionantes recogidos en el documento de garantía, y con base en ellos examinar los demás documentos que debe aportar el beneficiario, pero sin hacer una valoración que vaya más allá del supuesto formal para el cumplimiento de la garantía, ya que, de lo contrario, se entraría a valorar la relación de base, que, en cualquier caso, debe quedar siempre al margen. Por ello, aun cuando son garantías documentarias, el riesgo de que no puede obtener el reembolso por algún incumplimiento en el deber de examinar los documentos accesorios es mínimo. En todo caso, el garante siempre tiene a su alcance la acción de repetición cuando no opone la *exceptio doli*, especialmente cuando tiene el temor de que el ordenante de la garantía excepcione el incumplimiento del deber de protección que tiene con él, aunque sólo limitado a los documentos accesorios al documento de garantía.

(183) «L'assunzione del rischio, invece, e la sua manipolazione in senso finanziario costituiscono l'oggetto di una specifica attività di impresa, e all'interno della complessiva gestione di questa il rischio trova una sua neutralizzazione economica e tecnica, senza però che vi sia alcun riverbero sul singolo atto di intermediazione» (*op. cit.*, pág. 197). «Il garante intermediario, infatti, assume il suo impegno nel contesto di un'attività professionale svolta fondamentalmente per conto e nell'interesse del proprio cliente, debitore della transazione commerciale sottostante, dal quale riceve un compenso per l'intermediazione effettuata in base alla sua promessa "pura" di pagamento rivolta direttamente a favore del beneficiario» (pág. 196). «Nell'ambito delle garanzie passive di ogni tipo (standby letter of credit, contratto autonomo di garanzia e Bankgarantie) la funzione di intermediazione si è rivelata la chiave di volta dell'interno equilibrio del complesso rapporto di finanziamento e garanzia» (pág. 199).

Quien no asume riesgo alguno es el beneficiario de la garantía. Las garantías bancarias le ofrecen la máxima seguridad de que al menos va a obtener alguna compensación económica en caso de que la relación garantizada no se cumpla. Sólo le pueden ser opuestas excepciones derivadas del propio documento de garantía. El peligro de que se le discuta su título de garantía ejercitando el garante la *exceptio doli* está condicionado, al fin y al cabo, al valor que le darán los tribunales, los cuales deberán interpretar esta excepción con un carácter restrictivo (sólo en casos notorios o cuando la prueba es líquida) (184).

VI.3. LA DECLARACIÓN PROMISORIA EN LAS GARANTÍAS BANCARIAS

La ajeneidad de la garantía no deviene sólo de que la garantía es un contrato autónomo, sino de la obligación principal que contiene el documento de garantía, quedando, por tanto, limitada la relación entre el garante y el beneficiario a lo establecido en ese documento. Cuando cabe configurar autónomamente una obligación de tal manera que es independiente de otras obligaciones con las que puede tener algún vínculo jurídico, rompiendo cualquier lazo, no hay que recurrir a la abstracción de causa y tampoco a la eliminación de la accesoriedad. Es la propia voluntad de las partes la que puede lograr un máximo grado de independencia. Pero no basta basarse exclusivamente en esta voluntad para querer desvincularse jurídicamente de una obligación precedente, en este caso, la que se quiere asegurar. Hacen falta otros condicionantes.

El interés de un tercero de querer ofrecer un instrumento de garantía que sea ejecutable fácilmente, asumiendo un riesgo solamente financiero, ajeno, al mismo tiempo, a la obligación que se asegura puede materializarse contractualmente mediante una declaración promisorias.

Esta declaración promisorias forma parte de una relación más compleja —una relación básicamente triangular—, pero en la que cada una de las relaciones es lo suficientemente autónoma, siendo especialmente independiente la creada entre el garante y el beneficiario, por lo que la promesa de garantía determina exclusivamente la relación entre las dos partes, sin que pueda interferir en ella las relaciones de valuta y de cobertura.

Para lograr este efecto jurídico es fundamental que el garante asuma una obligación como propia y distinta de la obligación garantizada, prometiendo

(184) Recientemente GULLÓN BALLESTEROS dijo que aboga por una restricción enorme en cuanto a la *exceptio doli*, porque los operadores económicos buscan a través de la garantía a primera demanda una garantía lo más independiente posible (*op. cit.*, pág. 339).

el pago de la garantía cuando se cumplan los condicionantes en el documento de garantía. De este modo, responde por una deuda propia y no por una deuda ajena. Como responde por una deuda propia, contenida en la promesa de garantía, falta toda identidad entre la obligación asegurada y la obligación asumida. Muy distinto es, sin embargo, cuando, para lograr un efecto parecido, se renuncia por parte del garante a las excepciones que pueda oponer de la relación de valuta. El fiador sigue respondiendo por una deuda ajena, quedando limitado exclusivamente en su defensa a las excepciones que pueda oponer de la fianza misma. Y aunque ciertamente se logra una relativa independencia, no hay una voluntad de querer asumir una obligación como propia, que es lo que caracteriza a las garantías cuando son independientes. Esta misma voluntad se pretende descubrir en la fianza «a primera demanda», defendiendo alguna resolución judicial que contiene una promesa de pago añadida a la fianza... (185).

Hay alguna semejanza con la promesa de hecho ajeno. En virtud de la misma, el promitente se obliga directamente con el promisorio para el caso de que un tercero no cumpla (asume un riesgo idéntico al del garante). La obligación que asume no es sólo autónoma, sino totalmente independiente de lo que suceda entre el promisorio y el tercero. Se ha dicho que la prestación del promitente es una prestación de garantía: El que promete el hecho ajeno, lo que hace es garantizar al promisorio que su interés será satisfecho, respondiendo de las consecuencias perjudiciales en caso contrario (esta promesa tiene un carácter claramente indemnizatorio) (186). Quizá en un tono un tanto exagerado, G. STOLFI decía que lo que para la doctrina alemana es el contrato de garantía (independiente), para la doctrina italiana es la «promessa del fatto del terzo», siendo un mismo negocio pero con expresiones diferentes (187). Lo cierto es que, como dice G. STOLFI, el promitente se encuentra obligado en vía principal (188), como también el garante cuando presta una garantía in-

(185) Esta es la interpretación y calificación de la primera sentencia del BGH que se pronunció sobre la fianza «a primera demanda», de fecha de 3-3-1976, pero al parecer abandonada después, ya que en las resoluciones judiciales posteriores la independencia que se atribuye es, fundamentalmente, por la renuncia de las excepciones por parte del garante-fiador.

(186) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, «La promesa del hecho ajeno», *ADC*, 1964, pág. 11, que recoge las posturas dominantes entonces de la doctrina francesa e italiana.

(187) «La promessa del fatto di un terzo», *Riv. Dir. Comm.*, 1927, I, pág. 220.

(188) *Op. cit.*, pág. 217. Recogido también literalmente por GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 15, pero sin citar a este autor italiano.

(189) Las semejanzas con la promesa de hecho ajeno («promissio facti alieni») son matizadas por STAMMLER, *op. cit.*, págs. 42 y sigs., quien, no obstante, reconoce «dass solche "promissiones facti alieni" als elementare Momente im Tatbestande eines Garantieertrages vorkommen» (pág. 44).

dependiente (189). Sin embargo, hay diferencias funcionales y también estructurales entre la promesa de hecho ajeno y las garantías independientes (190). Ello no constituye obstáculo para que algunos autores, en la búsqueda de la «fattispecie» de estas garantías atípicas, propugnen su admisión en esta otra figura jurídica (191).

En la promesa de hecho ajeno es presupuesto que no exista relación alguna entre el promisorio y el tercero, siendo la obligación asumida por el promitente el medio para que el promisorio tenga interés en desplegar una determinada actividad. Por ello, a diferencia de las garantías bancarias que parten siempre de una relación previamente establecida, la promesa depende exclusivamente de la voluntad del promitente. Se presta la promesa porque se quiere, sin que nadie la ordene expresamente (192). Las garantías bancarias, por el contrario, siempre son resultado de una previa negociación comercial entre el acreedor y el deudor, interviniendo el garante como un intermediario financiero. Por esta razón el riesgo en la promesa de hecho ajeno es mucho mayor para el promitente al depender exclusivamente del comportamiento del tercero. Es bastante probable que el promitente tenga que cumplir con su obligación dada la incertidumbre que siempre hay cuando se tiene que estar a la voluntad de un tercero. Sólo la confianza que se tiene en ese tercero puede justificar una promesa de hecho ajeno. Tal riesgo no existe en las garantías bancarias que no operan sobre criterios de confianza, sino con base en criterios exclusivamente financieros.

Todas estas matizaciones no impiden, sin embargo, ver en las garantías bancarias una declaración promisorio de pago, cuya fuente de obligaciones es exclusivamente el documento de garantía, siendo el único título para reclamar el crédito, y, por tanto, todas las vicisitudes deben constreñirse a esta relación entre el garante y el deudor, sin que para nada tenga que influir la relación de base, tanto cuando sea una garantía pura o una garantía documentaria. La obligada referencia a la relación de base, cuando la garantía es documentaria, no implica una mayor conexión jurídica entre ambas relaciones jurídicas, puesto que si surge alguna controversia siempre deberá resolverse atendiendo a los condicionantes establecidos en la propia garantía bancaria.

(190) Vid. BUZZO, *op. cit.*, pág. 233.

(191) Así, en el Derecho italiano, con base en el artículo 1.381 del Codice Civile. En especial, vid., CHERUBINI, *La promesa del fatto del terzo*. Milano, 1992, págs. 45 y sigs., y 145 y sigs.

(192) Sobre su carácter gratuito u oneroso, vid CHERUBINI, *op. cit.*, págs. 92-97.

VI.4. LA RIGIDEZ FORMAL DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS

La rigidez formal de las garantías bancarias («Garantiestrenge») obliga al garante a ceñirse exclusivamente a la comprobación de los condicionantes fijados (por norma general, cuando la garantía es documentaria, se deben presentar documentos que acrediten la justificación de la reclamación del beneficiario; cuando es pura es suficiente la presentación del documento de garantía), quedando excluida cualquier posibilidad de oponer excepciones que no tengan su origen en la propia garantía. En este sentido, se puede afirmar que la declaración promisorio del garante es una declaración formal por cuanto se debe estar sólo a los documentos que se exigen al beneficiario. Basta con que se acredite el supuesto formal de la garantía («formeller Garantiefall») para que sea ejecutada (entonces el acreedor está legitimado formalmente para hacer valer su crédito). Esta rigidez formal está empezando a ser cuestionada —a mi juicio erróneamente— con la admisión por la jurisprudencia de la *exceptio doli*, incluso, con carácter previo, con la acogida favorable de algunos tribunales de instancia de las interdicciones de pago a instancia del garante, como medida cautelar, ante una posible reclamación abusiva por parte del beneficiario.

VI.5. LA PARTICULAR ESTRUCTURA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS

Toda garantía bancaria supone una relación triangular (193) en la que la garantía constituye una relación añadida, mediante la cual un tercero —el garante— entra en contacto con los que han constituido o van a constituir una relación previa, interviniendo como un intermediario para ofrecer una garantía, intervención que se produce precisamente por las actividades financieras que realiza (194). De modo que se produce una vinculación de carácter netamente económico, optándose por norma general por estas garantías para la concertación de una determinada operación co-

(193) Una completa exposición puede encontrarse ahora, en la doctrina española, en la obra de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo...*, op. cit., en especial, págs. 148 y sigs., en las que analiza la relación jurídica entre el ordenante y el banco garante y el beneficiario, y págs. 253 y sigs., que tienen por objeto la relación entre el banco garante y el beneficiario.

(194) Estoy en la línea de BOZZI, quien afirma: «Consegue che il contratto di garanzia autonoma per essere causalmente qualificato dev'essere inserito nel più ampio contesto della complessiva operazione economica realizzata dalle parti dalla quale emergono, non soltanto la ragione giustificativa che ha indotto le parti a perseguire un dato interesse, ma anche le modalità con le quali si è voluto raggiungere un determinato fine pratico» (op. cit., pág. 239).

mercantil, pero sin que el garante se vincule jurídicamente a esta operación al no tener ningún interés en ella. A diferencia de otras relaciones triangulares (la asunción de deuda, la delegación, el crédito documentario, el mandato de crédito...), el nexo de unión de las garantías bancarias con la relación de valuta no es jurídico sino económico (195). En definitiva, no estamos ante un «collegamento negoziale» (196).

En las garantías bancarias cada uno de los sujetos (deudor, garante y acreedor) tiene una posición jurídica perfectamente definida, en la que cada uno cumple con sus obligaciones dentro de la relación jurídica respectiva (relación de valuta, relación de cobertura y relación de garantía), sin ninguna interferencia en la relación ajena, precisamente como consecuencia de la independencia de cada una de ellas. Ni siquiera se produce una interferencia cuando el garante tiene que examinar los documentos como consecuencia de una garantía documentaria. No hay por parte del garante un deber de protección del ordenante de la garantía, sino un deber que emana del propio documento de garantía (197).

Las garantías bancarias se ejecutan cuando el beneficiario reclama el cobro de su crédito. Una vez cumplida la garantía, el garante exige lo desembolsado por él al deudor principal y ordenante de la garantía. Y si no está justificado el pago, el deudor principal tiene la posibilidad de actuar contra el acreedor. De este modo, cada uno puede accionar contra el otro, de forma ordenada, con lo cual hay una distribución de las ventajas que cada relación ofrece a los que forman parte de la relación triangular y, al

(195) Así, Bozzi, *op. cit.*, págs. 250-251: Il contratto di garanzia e quello di mandato sono stipulati in vista di quello di base nei cui riguardi sono economicamente strumentali. Con questo significato può dirsi che la garanzia influisce sulla nascita del contratto di base, sebbene i contratti restino giuridicamente autonomi e distinti, le partie avendo voluto espressamente escludere qualsiasi collegamento giuridico evitando di rendere le vicende modificative es estintive delle situazioni soggettive nascenti dall'uno e dall'altro reciprocamente interdipendenti.

Il nesso economico e funzionale si esaurisce quindi con la conclusione del contratto di base perché i singoli negozi nei quali si suddivide l'operazione economica vivono, per espressa volontà delle parti, ciascuno una vita giuridica propria e distinta.

(196) Vid., para la doctrina española en general, la obra de A. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994.

(197) No es de aplicación, a mi modo de ver, la figura de los contratos con eficacia de protección a terceros («Verträge mit Schutzwirkungen für Dritte»), elaborada por LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd I., *Allgemeiner Teil*, München, 1987, & 17, II, págs. 224 y sigs. Vid., las reflexiones de MASTROPAOLO, *op. cit.*, págs. 399-401. Al menos la falta de conexión jurídica con la relación de base lo impide. Y, además, no es función de las garantías bancarias. El carácter neutral de las mismas excluye la buena fe. Un planteamiento en sentido contrario supone una vez más una clara fisura en la pretendida independencia de las garantías bancarias.

mismo tiempo, un equilibrio de los intereses de cada uno de los sujetos integrantes de la misma (198).

Con este esquema las garantías bancarias pueden cumplir la función de pago que le asigna la práctica comercial. Dada la posición neutral del garante (199), éste no puede ni debe oponer excepción alguna de la relación de valuta. Por su falta de interés jurídico en la relación garantizada, al no responder por ella, sino por una obligación propia contenida en el documento de garantía, ni siquiera debería oponer la *exceptio doli*, como tampoco debería instar actuaciones judiciales dirigidas a impedir el pago de la garantía. Y aunque este enfoque puede permitir que en un determinado caso el acreedor de esta garantía utilice abusivamente el título de garantía, no es argumento suficiente para negar la independencia a las garantías bancarias, ya que el deudor principal tiene siempre a su alcance la acción de restitución después de haber pagado al garante la cantidad desembolsada por él como consecuencia del pago indebido de la garantía. No hay, por tanto, razón para que el pago indebido sea discutido en la relación del garante con el beneficiario, cuando de antemano el deudor principal ha dado su consentimiento para que un tercero preste una garantía desvinculada totalmente de la relación garantizada, y, por consiguiente, no se puede entrar en las vicisitudes de la relación subyacente porque así también lo ha querido el deudor principal y ordenante de la garantía. Cuando un deudor se dirige a un tercero para que intervenga como garante de una garantía independiente, implícitamente hay una orden por parte del acreedor de que cuando se otorgue la garantía sea para que el tercero no le oponga excepción alguna (200). Si no hay mandato, ni asunción de deuda ni fianza, ¿por

(198) Nuevamente citamos a Bozzi: «L'autonomia della garanzia e la inclusione della clausola di pagamento "a prima richiesta" e "senza eccezioni" nonché di altre analoghe assolvono dunque una funzione distributiva dei rispettivi vantaggi e dei singoli "ruoli" assegnati alle parti e di sostanziale equilibrio delle posizioni nello schema trilaterale: al creditore, beneficiario della garanzia, assicurano il vantaggio dell'immediata realizzazione del credito; al garante, ponendo al riparo la garanzia da ogni interferenza col rapporto di base, garantiscono una posizione di "terzietà"; consentono, al debitore principale, di pervenire alla conclusione di affari di rilevante valore economico senza costi aggiuntivi» (*op. cit.*, pág. 247).

(199) Subrayado, con insistencia, por MEO, *op. cit.*, págs. 98 y sigs., 306 y sigs., y 379 y sigs.

(200) Estoy de acuerdo con Bozzi cuando afirma que «l'attribuzione patrimoniale realizzata attraverso il contratto di garanzia autonoma è causalmente giustificata, ossia è assistita da idonea funzione economico-giuridica, in relazione al preesistente rapporto giuridico cliente-banca, sicché le vicende del contratto di base sono ininfluenti sull'attuazione del contratto di garanzia autonoma e non sono quindi opponibili dal garante al beneficiario sia i vizi causali del contratto di base (mancanza o illiceità) sia i vizi attinenti allo svolgimento del rapporto di valuta da esso nascente (eccezione d'inadempimento) né tramite la *condictio indebiti*, che consente la rimozione di effetti

qué el garante tiene que hacer valer las excepciones que, en principio, corresponden al ordenante de la garantía?

Por otra parte, el desplazamiento patrimonial que se produce con el pago de la garantía es independiente de lo que suceda en la relación de valuta, por lo que la causa de la atribución patrimonial no hay que buscarla fuera de la garantía, y, por tanto, nunca se da el problema de la falta de causa externa. Puede faltar la causa interna, pero esto atañe exclusivamente a la relación de garantía.

Vista así la estructura de las garantías bancarias, no tiene sentido que el garante pueda ejercitar la *condictio indebiti* aun cuando el pago de la garantía es indebido. Como también resulta difícil admitir la *exceptio doli*, ni siquiera como un límite de la independencia (201), ya que no encaja en una relación triangular cuyo nexo de unión es económico pero no jurídico. Aparte de que con su admisión se corre el peligro de una excesiva generalización de la *exceptio doli*, en la que puede tener cabida cualquier tipo de vicisitud proveniente de la relación de valuta. Para evitar este peligro, habrá que insistir en el carácter siempre extraordinario de esta excepción perentoria, debiendo estimarse restrictivamente y en casos muy concretos que deben ser perfilados por los tribunales (202). Pero no por ello, las garantías bancarias dejan de ser garantías independientes, porque está en su propia naturaleza y estructura.

K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
 Profesor Titular de Derecho Civil
 Universidad de Granada

già prodotti, né tramite l' exceptio diretta a paralizzare direttamente la pretesa del creditore-beneficiario; la banca, che ha onerato la garanzia in base all' regole dell'autonomia imposte nel mandato, potrà agire contro il mandante-ordinante "conteggiando" direttamente il pagamento eseguito, se il cliente ha fornito la provvista al momento del rilascio della garanzia, ovvero mediante l'esercizio dell'*actio mandati contraria*, se il cliente si è obbligato a rimborsare successivamente i fondi relativi» (*op. cit.*, págs. 240-241).

(201) Lo niega claramente BOZZI, *op. cit.*, pág. 295.

(202) Vid. MASTROPAOLO, *op. cit.*, pág. 401.

Los iberoamericanos en el Derecho español

SUMARIO 1. INTRODUCCION.—2. LA COMUNIDAD IBEROAMERICANA.—3. EL PASADO: DE LA POSTGUERRA ESPAÑOLA HASTA LAS REFORMAS OPERADAS TRAS LA CONSTITUCION DE 1978: 3.1. EL DERECHO DE NACIONALIDAD. 3.2. DERECHO DE EXTRANJERÍA.—4. EL PRESENTE: LAS REFORMAS POSTCONSTITUCIONALES: 4.1. DERECHO DE NACIONALIDAD. 4.2. DERECHO DE EXTRANJERÍA.—5. EL FUTURO: ESPAÑA, MIEMBRO DE LA COMUNIDAD IBEROAMERICANA Y DE LA NUEVA EUROPA.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCION

El año 1992 fue una gran ocasión para reflexionar en torno al papel de España en la Comunidad internacional. En esa fecha conmemoramos el Quinto Centenario del Descubrimiento de América y los hondos lazos jurídicos, culturales, humanos, sociales y económicos que desde entonces nos ligan con aquellos pueblos hermanos.

España, por otro lado, forma ya parte de la familia de países de la nueva Europa, y los vínculos que se están creando en este marco de integración supraestatal son cada día mayores y de consecuencias imprevisibles.

El estudio que presento parte de esta doble vocación española, americana y europeísta, para analizar la consideración especial que el súbdito iberoamericano ha tenido, tiene y debería seguir teniendo en el Derecho español de nacionalidad y de extranjería. Los nuevos compromisos adquiridos no deberían hacernos olvidar nuestras raíces históricas.

2. LA COMUNIDAD IBEROAMERICANA

Como punto de partida ha de afirmarse la existencia de una comunidad iberoamericana o comunidad hispánica, términos que el inolvidable Fede-

rico de Castro, insigne civilista e internacionalista, acuñó para expresar los lazos de «comunidad de origen, cultura y creencia con hondas raíces en la historia» que unen a estos pueblos hermanos (1).

La existencia de esta comunidad de pueblos no tiene su razón de ser exclusivamente en una larga y fecunda historia en común. Desde la independencia de las nuevas repúblicas, los movimientos humanos entre uno y otro continente han sido incesantes.

Si bien hasta mediados del presente siglo, Iberoamérica ha sido una zona del mundo fundamentalmente receptora de inmigrantes y de ellos un elevado número de españoles, hoy, debido a la situación económica y social de los países que la integran, se ha convertido en emigrante, y uno de los principales destinos de muchos iberoamericanos es precisamente España (2).

Nuestro país, que ha pasado de ser país de emigrantes para convertirse también en país de inmigrantes, cuenta hoy en día con una joven pero numerosa colonia iberoamericana asentada en nuestro territorio.

De este modo, la Comunidad iberoamericana queda sellada a través de la vida y trabajo de millares de emigrantes españoles e iberoamericanos que cruzaron y siguen cruzando el océano en busca de mejores condiciones de vida en un país hermano (3). Sin embargo, la existencia de dicha comunidad hispánica debería implicar necesariamente un estatuto jurídico especial, propio y excluyente de sus miembros (4).

(1) DE CASTRO Y BRAVO, F., «La doble nacionalidad», *REDI*, 1948, pág. 104, «La doble nacionalidad», *Acta del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 1952, tomo I, págs. 340 y sigs.

Respecto de la noción de Comunidad iberoamericana en la obra del autor anterior, el profesor don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ ha publicado dos interesantes estudios: «La comunidad iberoamericana en el pensamiento de Federico de Castro», *ADC*, 36 (1983), pág. 1217 y sigs., y más indirectamente «El sistema jurídico iberoamericano», *Revista de Estudios Políticos*, 157 (1968), pág. 220.

(2) Así se desprende, por ejemplo, de las estadísticas publicadas por la Dirección General de Migraciones en su Anuario de Migraciones (1995). En 1994, la población española residente en América central y del sur ascendía a 529.470 personas. Ese mismo año, los nacionales de estos países residentes en España eran 83.792, es decir, por cada iberoamericano residente en España, seis españoles residen todavía en Iberoamérica. Si bien la proporción es ésta, sin embargo, el signo de los flujos migratorios se ha invertido: poco a poco se va produciendo retorno de antiguos emigrantes españoles a España, y en contraste, la colonia iberoamericana en nuestro país es cada día más numerosa. La emigración española a América tuvo sus años cumbre de 1895 a 1920. A partir de este año fue descendiendo significativamente.

(3) Como señalara FEDERICO DE CASTRO, la doble nacionalidad está basada en dos pilares: la cuestión de los emigrantes y la comunidad de pueblos («La nationalité, la double nationalité et la supranationalité», *R. des C.*, 1961 [102] pág. 611)

(4) Así lo señaló AGUILAR NAVARRO, M., «Comunidad hispánica y nacionalidad», *Estudios americanos*, 1955, pág. 384

Ya FEDERICO DE CASTRO en el primer Congreso Hispano-Luso de Derecho Internacional, y seguramente pensando en esa realidad social subyacente, reclamaba, como la expresión necesaria de la existencia de tal comunidad, la regulación convencional de la doble nacionalidad, manifestación de esos pueblos que forman una «comunidad real», y la regulación legal del estatuto del «iberoamericano», que supondría, en el ámbito del Derecho de extranjería, la máxima equiparación al nacional. En definitiva, lo que FEDERICO DE CASTRO reclamaba era un especial tratamiento de los iberoamericanos en el Derecho de nacionalidad y de extranjería español.

Como es bien sabido, ambos sectores del ordenamiento jurídico son los principales instrumentos que tiene el Estado para el control de los flujos migratorios y para su política de migraciones. La condición de un país de emigración o de inmigración tiene su expresión suprema en la primacía del *ius sanguinis* o del *ius soli* en el ámbito de la nacionalidad, así como en las condiciones de entrada, residencia, trabajo y salida del territorio nacional impuestas a los extranjeros.

Este estudio pretende analizar la acogida que la propuesta del insigne jurista ha tenido y tiene en nuestro Derecho, así como la incidencia en este tema de la incorporación de España a la Unión Europea.

3. EL PASADO: DE LA POSTGUERRA ESPAÑOLA HASTA LAS REFORMAS OPERADAS TRAS LA CONSTITUCION DE 1978

3.1. EL DERECHO DE NACIONALIDAD

El Derecho de nacionalidad español en 1954 sufrió una de las reformas más importantes de las numerosas que se han producido en este importante sector del ordenamiento jurídico español.

El artículo 22 del Código Civil reguló por vez primera la doble nacionalidad, que podría ser pactada convencionalmente con países especialmente vinculados al nuestro: Filipinas y los iberoamericanos (5). Por otra parte, el artículo 20 que contemplaba la adquisición de la nacionalidad por residencia, estableció un plazo excepcional y abreviado de residencia en España (dos años respecto de los diez años de plazo general) para los originarios de los mismos países.

(5) «No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, la adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas, no producirá la pérdida de la nacionalidad española cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiriera.

Correlativamente y siempre que mediare convenio que de modo expreso así lo establezca, la adquisición de la nacionalidad española no implicará la pérdida de la de origen cuando esta última fuera la de un país iberoamericano o de Filipinas».

Los precedentes históricos del sistema de doble nacionalidad convencional fueron indudablemente los convenios de reconocimiento, paz y amistad que España ratificó durante el pasado siglo con las nuevas repúblicas americanas, antiguas colonias españolas. Uno de los problemas derivados de la sucesión de Estados fue precisamente el de la nacionalidad de los residentes en dichos territorios. Como ha señalado la profesora AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ (6), algunos de estos convenios y en especial el hispano-argentino de 1863 dieron pie, si bien no las regularon expresamente, a situaciones de doble nacionalidad (7).

A pesar de estos precedentes históricos, el «clamor» por una regulación de la doble nacionalidad provino fundamentalmente del otro lado del Atlántico, quizá empujado por los intereses de numerosos emigrados españoles.

Ya en 1913 el Primer Congreso de la Confederación Española en la República Argentina solicitó la concesión automática de la nacionalidad argentina sin declaración de voluntad del interesado en la que el mismo renunciaría a su nacionalidad de origen (8). Esta petición, sin embargo, ya había sido formulada doctrinalmente por juristas americanos anteriores (9) y fue posteriormente recogida en la famosa doctrina de la ciudadanía automática de Garay (10).

Como señala FERNÁNDEZ ROZAS, todos estos aportes doctrinales no son más que una manifestación de la política asimilacionista de extranjería en

(6) *Nacionalidad y emigración*, Madrid, 1990, págs. 119 y sigs.

(7) El artículo 7 del citado tratado disponía: «Convienen ambas partes contratantes en que para determinar la nacionalidad de los españoles y argentinos se observen respectivamente en cada país las disposiciones consignadas en la Constitución y en las leyes del mismo». Si pensamos que el Derecho de nacionalidad argentino estaba inspirado en el *ius soli* y el español en el *ius sanguinis*, podemos imaginar los numerosos supuestos de dobles nacionales. Uno de estos supuestos fue contemplado en la Sentencia del TS de 27 de marzo de 1968. Vid., entre otros, el comentario a la misma incidiendo en las relaciones entre ley interna y tratado internacional de PUENTE EGIDO, J., *Derecho Internacional Privado español, doctrina legal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1981, pág. 572

Un comentario general a dichos convenios de reconocimiento, paz y amistad es el de GARCÍA HARO, R., *La nacionalidad en América Latina*. Biblioteca de la RAJL, vol. XXIX, Madrid, 1922, págs. 43 y sigs. Respecto del Convenio con Argentina, ver, entre otros, DÍAZ CISNEROS, C., «La nacionalidad de las personas en los tratados de la República Argentina con España», *Anuario del Instituto Hispano-Luso de Derecho Internacional*, tomo 2 (1963), págs. 187 y sigs.

(8) PRIETO CASTRO ROUMIER, F., *La nacionalidad múltiple*, Madrid, 1652, pág. 136.

(9) Caso de Estanislao Zeballos que en 1882 presentó un proyecto de ley de extranjería en la Cámara de Diputados argentina que contemplaba la imposición de la nacionalidad argentina a todos los residentes sin mediar declaración de voluntad de los interesados (*Id.*)

(10) *Id.*, MIAJA DE LA MUELA, A., «Los convenios de doble nacionalidad entre España y algunas repúblicas americanas», *REDI*, 1966, pág. 6. ARJONA COLOMO, M., «Los conflictos de nacionalidad», *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso de Derecho Internacional*, Madrid, 1952, tomo I, págs. 545 y sigs.

estos países en relación con los inmigrantes, política que fue tomada muy en cuenta a la hora de configurar el sistema de doble nacionalidad (11).

Por otra parte, la figura de la doble nacionalidad fue recogida y regulada a partir de los años treinta en diversas Constituciones de países iberoamericanos (12). En nuestro país, el primer texto legal que la contempló fue la Constitución de la Segunda República española en su artículo 24 (13). A pesar de las críticas que el referido precepto recibió (14), no puede negarse el valor de que un texto constitucional sancionara dicha posibilidad aunque por su turbulenta vigencia nunca llegara a promulgarse la ley que su precepto anunciara (15).

Poco después de finalizada la guerra civil el Instituto de Estudios Políticos y el Consejo de la Hispanidad redactaron un anteproyecto de ley de la nacionalidad española el 16 de octubre de 1941, texto que pretendía ser una regulación completa del Derecho de nacionalidad español pero que atendía especialmente a la hispanidad como realidad jurídica «ante el apremio urgente de nuestros emigrantes», como se señala expresamente en su preámbulo.

Las disposiciones fundamentales de este anteproyecto fueron su artículo 3, en el que se reconocía un régimen privilegiado de extranjería a los

(11) *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, 1987, pág. 238.

(12) Así lo señala DE CASTRO, F., *La nationalité...*, cit., pág. 620, en relación a la Constitución peruana de 1933, la venezolana de 1947, la chilena de 1957. En las reformas producidas en esta última tuvo especial participación el Diputado don Rafael de la Presa (vid. *Discursos parlamentarios de exaltación hispánica*, DE LA PRESA, R., 1953-1965, Archivo del MAE, Leg. R 7936. Expte. 24).

(13) «A base de una reciprocidad internacional efectiva y mediante los requisitos y trámites que fijará una ley, se concederá ciudadanía a los naturales de Portugal y países hispánicos de América, comprendido el Brasil, cuando así lo soliciten y residan en territorio español, sin que pierdan ni modifiquen su ciudadanía de origen.

En estos mismos países, si sus leyes no lo prohíben, aún cuando no reconozcan el derecho de reciprocidad, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen». DE ESTEBAN, J., *Constituciones españolas y extranjeras*, tomo II, Madrid, 1977, págs. 315 y sigs

(14) Así, PRIETO CASTRO ROUMIER, F. *La nacionalidad...*, cit., pág. 137, critica el precepto por haber optado por una reciprocidad legislativa (más indeterminada que la diplomática) y por aludir a la no modificación de la ciudadanía de origen (imposible, dada la necesidad de adaptación al estatuto creado por la nueva situación).

(15) MIAJA DE LA MUELA, A., *Los convenios...*, cit., pág. 7. Meses antes, un Decreto del Gobierno Provisional de la República de 20 de abril de 1931 reducía de diez a dos años el tiempo de residencia necesario para los naturales de repúblicas hispanoamericanas, Portugal y Brasil para solicitar la nacionalidad española. DE CASTRO, F., *La nationalité...*, cit., pág. 619.

(16) El texto se encuentra en el Archivo del MAE (Leg. R 6201, Expte. 7) y es el siguiente: «No se considerará extranjero al nacional por origen de un país perteneciente a la hispanidad. Se suprimirán en su favor mediante convenios a base de reciprocidad las restricciones impuestas por leyes especiales a la actividad de los extranjeros».

nacionales iberoamericanos (16) y, por otra parte, los artículos 10 y 12 en materia propiamente de Derecho de nacionalidad, que otorgaban a los miembros de la hispanidad facilidades en la adquisición de la nacionalidad española (no necesidad de un plazo de residencia previo, ni de renunciar a la nacionalidad anterior), y el artículo 14, que consagraba la doble nacionalidad (17).

La Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores elaboró un informe el 3 de octubre de 1942 acerca del mencionado proyecto, que en lo que nos interesa, proponía la supresión del artículo 3 que «crea una nueva categoría frente a la antítesis de nacional y extranjero». El riesgo originado por esta actitud desinteresada y valiente y sobre todo la posibilidad de que otros países pudieran reclamar un trato idéntico a sus nacionales en España en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, hicieron afirmar a la Asesoría Jurídica que «sería preferible prescindir en un texto legal que verse sobre la nacionalidad española de toda indicación respecto a la condición jurídica que han de gozar en España los nacionales de países pertenecientes a la Hispanidad», si bien se proponía mantener las facilidades en la adquisición de la nacionalidad española, así como la posibilidad de gozar de la doble nacionalidad (18).

Sin embargo, el Consejo de Estado por Orden de 9 de noviembre de 1942, examinó por su parte el mencionado Anteproyecto, y en su Dictamen de 15 de marzo de 1953 (19) discrepó de la Asesoría Jurídica Internacional considerando acertada la creación de una nueva categoría intermedia entre la de nacional y extranjero, categoría que al estar sometida al principio de reciprocidad «asegura la necesaria prudencia en el desarrollo de aquel principio». Sin embargo, propuso una regulación unitaria de la condición jurídica de los nacionales iberoamericanos que no variaba sustancialmente de la propuesta en el anteproyecto de ley (20).

En el preámbulo y en relación a este precepto se señala: «Todas las disposiciones de este tipo general que aventajan a los españoles les serán aplicables tanto en el orden administrativo como en el social y docente y se verán libres de las reglas nacidas de la desconfianza hacia el extranjero tanto policíacas como judiciales».

(17) «La adquisición de la nacionalidad de un país integrante de la hispanidad no producirá la pérdida de la nacionalidad española cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiera. En todo caso, no deja de pertenecer a la comunidad hispánica el español por linaje que adquiera naturaleza en alguno de estos países» (*Id.*).

(18) *Id.*

(19) *Id.*

(20) «Artículo 1: No se considera extranjero al nacional por origen de país perteneciente a la hispanidad. Su situación se regirá por las normas que siguen:

Artículo 2: Se suprimirán en su favor, mediante convenios a base de reciprocidad, las restricciones impuestas por leyes especiales a las actividades de los extranjeros.

Tras otros informes emitidos a título particular por don Enrique Valera y don Federico Bravo, el Consejo de la Hispanidad elaboró un proyecto de ley revisado de la nacionalidad española en 1945, que no modificó en nada los preceptos que estudiamos. El artículo 3 fue defendido con fuerza por el Consejo: «No es lirismo vacuo de juegos florales, olvidado y apenas oído; se trata de hacer una declaración de principio de texto legal de necesario y duradero eco (...). Marca, sobre todo, un criterio de política legislativa, con inmediata eficacia para la interpretación y desarrollo de las disposiciones legales y para orientar la aplicación de las distintas medidas administrativas».

En definitiva, el Consejo de la Hispanidad propuso lo que FEDERICO DE CASTRO denominaría en su curso de la Academia de La Haya de Derecho Internacional de 1961 como «supranacionalidad», es decir, la creación de un estatuto jurídico especial para los nacionales iberoamericanos que se traduciría por un lado, en un trato privilegiado en el ámbito del Derecho de extranjería, trato que sería reclamado años más tarde por el Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, y que deberá tenerse muy presente para interpretar adecuadamente las cláusulas de extranjería contenidas en los convenios de doble nacionalidad.

Por otra parte, la existencia de la comunidad hispánica exigía el establecimiento de un sistema de doble nacionalidad, que según el Consejo de la Hispanidad estaría basado en la reciprocidad diplomática (ya no en la reciprocidad legal efectiva de la Constitución republicana), idea que recogió también FEDERICO DE CASTRO en su ponencia del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional celebrado en Madrid en 1951, a pesar de que el propio Congreso en sus conclusiones no apoyara esta idea de doble nacionalidad evitando incluso el empleo de estos términos (21).

Fruto de la posibilidad establecida por el legislador español en la reforma de 1954, fueron los doce convenios de doble nacionalidad suscritos con otros tantos países iberoamericanos (22).

Artículo 3: Para la concesión de cartas de naturaleza española no será necesario el transcurso de los plazos señalados en los artículos que la regulen cuando quien la solicite sea nacional por origen de país perteneciente a la hispanidad.

Artículo 4: Dentro de los adecuados convenios y a base de justa reciprocidad, podrá concederse carta de naturaleza española a quien conserve su nacionalidad de origen, de país perteneciente a la hispanidad» (*Id.*)

(21) Actas ..., *op. cit.*, pág. 339. MIAJA DE LA MUELA, A., *Los convenios...*, cit., pág. 8, afirma que dicha ponencia es el precedente claro del Código Civil. Así, los términos empleados en la Exposición de Motivos de la citada ley recuerdan en gran medida a las expresiones utilizadas por el ilustre profesor en su ponencia. Coincide con estas apreciaciones GARCÍA CANTERO, G., «Un nouvel aspect du problème de la double nationalité: la loi espagnole du 15 juillet 1954», *Annuaire de l'AAA*, 1958, pág. 56.

(22) Argentina de 2-2-1970 (*BOE* 2-10-1971), Bolivia de 25-1-1962 (*BOE* 14-4-64), Chile de 28-11-58 (*BOE* 14-11-58), Colombia de 7-6-80 (*BOE* 29-11-80), Costa

Con Filipinas existieron diversos intentos para llegar a un sistema parecido en 1958 (23), 1963 (24) y en 1965 (25). Sin embargo, estos intentos fracasaron, probablemente por las razones que el embajador de España en Filipinas, don Manuel Teus enunciara en su carta dirigida al Ministerio de Asuntos Exteriores el 2 de junio de 1965: «Filipinas no ha firmado acuerdos de esta naturaleza con otros países y son muy graves los obstáculos de tipo jurídico, los principios básicos sobre nacionalidad enunciados en la Constitución y el exagerado nacionalismo filipino que se oponen a la conclusión de Acuerdos de este tipo» (26).

Han sido numerosos los estudios pormenorizados de estos instrumentos internacionales (27), pero a los efectos de este trabajo, únicamente querría señalar sus características generales:

1. Su nota principal, como apuntara MIAJA DE LA MUELA, es «expresar la existencia de una comunidad fundada en la identidad de tradiciones, cultura y lengua entre un viejo país metropolitano y los que recibieron de él aquel legado que hubo de permitirles hace más de siglo y medio iniciar su vida independiente» (28).

Como señalara GARCÍA CANTERO, «la reconnaissance de la double nationalité est la première manifestation juridique de l'existence de cette Communauté de nations hispaniques» (29).

2. Salvo en el caso del Convenio con Guatemala, hasta el año 94 (30), el régimen convencional no supone un modo distinto y privilegiado de obtener la nacionalidad española o la del correspondiente país iberoameri-

Rica de 21-1-1965 (BOE 25-6-65), Ecuador de 22-12-64 (BOE 13-1-65), Guatemala de 25-1-1962 (BOE 13-6-62), Honduras de 23-2-1965 (BOE 18-5-67), Nicaragua de 25-1-62 (BOE 2-5-62), Paraguay de 15-12-59 (BOE 19-4-60), Perú de 15-12-59 (BOE 19-4-60), República Dominicana de 12-12-68 (BOE 8-2-69).

(23) Archivo MAE, Leg R 6836. Expte. 32.

(24) *Ibid.*, Leg. R 7468. Expte. 36.

(25) *Ibid.*, Leg R 7936. Expte. 29.

(26) *Id.*

(27) Entre otros, ESPINAR VICENTE, J. M., *La nacionalidad*. Granada, 1988, págs. 171 y sigs.; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «La doble nacionalidad», *Estudios sobre el título preliminar del Código Civil. DIPr.*, vol. II, Madrid, 1977, Academia Matritense del Notariado, pág. 101; MIAJA DE LA MUELA, A., *Los convenios...* cit. En relación al Convenio con Argentina, GREÑO, J. E., «La cláusula constitucional en el Convenio de nacionalidad entre la República Argentina y España», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 1973, págs. 209 y sigs.

(28) *Op. cit.*, pág. 3. Así se expresa en el preámbulo de todos ellos, casi idéntico: «Que los españoles y los *iberoamericanos* forman parte de una comunidad caracterizada por la identidad de tradiciones, cultura y lengua. Que esta circunstancia hace que los *iberoamericanos* en España y los españoles en *Iberoamérica* no se sientan extranjeros...»

(29) *Un nouvel*, cit., pág. 55.

cano. Es decir: el procedimiento de adquisición de la segunda nacionalidad no está previsto específicamente en el Convenio, sino que será el establecido de forma genérica en las leyes internas de cada Estado.

En el caso español, la adquisición de nacionalidad española se registrará por las normas generales establecidas en el Código Civil y el único «privilegio» sería el señalamiento de un plazo de residencia más abreviado para la adquisición de nacionalidad por residencia (art. 20 del Código Civil). Por tanto este beneficio se deriva de la legislación interna (Código Civil) y no de los Tratados internacionales.

3. El sometimiento al Convenio no supone que el interesado ostente ambas nacionalidades con plena efectividad, sino que sólo una es plenamente efectiva (31) y la otra quedaría en estado latente pudiendo recuperar sus efectos en las circunstancias previstas convencionalmente.

Estas dos últimas cuestiones, junto con la lenta y trabajosa elaboración de los convenios, las diferencias entre ellos y la inflexibilidad de la Administración respecto de los problemas de los emigrantes, han hecho afirmar a FERNÁNDEZ ROZAS que el sistema introducido «ni consiguió resultados en orden a una política de emigración, ni por supuesto, obtuvo una revitalización de la Comunidad histórica» (32).

Coincidiendo con estas afirmaciones, he de señalar, sin embargo, los logros o méritos de este sistema:

1. El sistema de doble nacionalidad convencional español es único en el Derecho comparado, a pesar de los intentos de otros países de fuerte tradición emigratoria (como Italia) de establecer regulaciones parecidas (33).

2. Si bien la normativa no es todo lo beneficiosa que podría ser (estableciendo un auténtico modo privilegiado de adquisición de la segunda nacionalidad manteniendo la anterior con plenos efectos), sin embargo, el hecho de poder ostentar dos nacionalidades reconocidas por los Estados implicados y poder recuperar la que se tiene en estado latente, presenta indudables ventajas prácticas, sobre todo cuando las políticas de extranjería son cada vez más restrictivas (34).

(30) Hasta el año 94, porque a partir de este año la DGRN ha realizado una reinterpretación del convenio que viene a equipararlo a los otros. Veremos todo ello en el epígrafe 5.

(31) Cada convenio especificará cual: la coincidente con el último domicilio, la última adquirida, la coincidente con la residencia habitual...

(32) *Derecho español*, cit., pág. 260, nota 64

(33) Los intentos italianos los analiza detenidamente ALVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nacionalidad ...*, cit., págs. 25 y sigs.

(34) «De cette façon, le retour au pays d'origine, la déclaration de vouloir récupérer la nationalité et l'inscription correspondante détermineront que la nationalité

3. Como señalara AGUILAR NAVARRO, el sistema español de doble nacionalidad está diseñado de forma comunitaria, no individualista (35) dado que reposa en la «previa existencia de una gran comunidad en la que las nacionalidades de que se habla están integradas». Por ello, «aparecerá no como algo artificial, frío e impuesto, sino como algo vivo y deseable que ha de contribuir en el futuro a un mayor acercamiento de los pueblos» (36).

4. Por último, es necesario resaltar que en los convenios de doble nacionalidad existen no sólo disposiciones sobre esta materia, sino también relativas al estatuto de extranjería, que respondían precisamente a esta comprensión de la Comunidad hispánica que DE CASTRO expresara y que se traducía tanto en el ámbito del Derecho de nacionalidad, cuanto en el de extranjería.

Sin embargo, dado que en este período existieron disposiciones internas que expresamente consagraban un estatuto privilegiado para los extranjeros provenientes de Iberoamérica en España, dichas cláusulas convencionales cayeron en el olvido (37).

3.2. DERECHO DE EXTRANJERÍA

Las conclusiones del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional no recogieron la propuesta de FEDERICO DE CASTRO en torno al establecimiento de la doble nacionalidad convencional. Sin embargo, sí recomendaron el establecimiento de un estatuto de extranjería privilegiado para los súbditos de los países de la comunidad (38). Como he analizado más atrás, el Consejo de la Hispanidad propuso también y defendió una nueva categoría intermedia entre la de nacional y extranjero, la del

d'origine retrouvera d'une façon naturelle, sa pleine efficacité antérieure» DE CASTRO, F., *La nationalité...* cit., pág. 628.

(35) *Comunidad hispánica...* cit., pág. 395. La forma individualista sería un sistema de plurinacionalidad en virtud del cual ambas nacionalidades serían plenamente efectivas. «Esta situación que aparentemente parece una gran ventaja, símbolo vivo de una comunidad, puede convertirse en el síntoma más purulento de una desintegración».

(36) LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La doble...* cit., pág. 98.

(37) Y precisamente hoy, cuando la nueva legislación de extranjería apenas reconoce unos beneficios simbólicos para los inmigrantes provenientes de estos pueblos hermanos, el Tribunal Supremo ha recordado estos preceptos de unos convenios que nos obligan. Volveré sobre ello más adelante.

(38) «Que como un modo de expresión tangible de la pertenencia a esa comunidad, cada uno de los Estados que la integran reconozca a los nacionales de los otros una condición jurídica especial que tienda a una creciente equiparación con los suyos propios».

miembro de la hispanidad, que se traduciría en el goce de importantes derechos, si bien sujetos a una reciprocidad (39).

Posiblemente impulsado por todos estos aportes doctrinales, el Derecho de extranjería español en la época estudiada propugnó un trato privilegiado para los extranjeros procedentes de países iberoamericanos.

Por una parte, la equiparación al nacional en los derechos en materia de Seguridad Social fue establecida en la Ley de Seguridad Social de 1966 (40), cuyo artículo 7.4 no supeditaba a la reciprocidad diplomática o legal, la extensión del campo de aplicación de la Seguridad Social a los iberoamericanos. La laboriosidad en la elaboración de los convenios y la dificultad de probar la reciprocidad legal hacen especialmente importante esta disposición en un ámbito, como es éste, de tanta trascendencia en la vida diaria de los trabajadores.

Por otra parte, la reglamentación española en materia de trabajadores extranjeros en España anterior a la actual se encontraba recogida fundamentalmente en el Decreto 1870/1968, de 27 de julio. La regla básica contenida en el artículo 4 establecía la exigencia de un permiso de trabajo para el extranjero que deseara desempeñar una actividad lucrativa en nuestro país.

Sin embargo, ya al año siguiente y por Ley 118/1969, de 30 de diciembre, y Orden de 15 de enero de 1970, se eximió de esta exigencia, así como del pago de los correspondientes derechos, a los nacionales iberoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos. Esta equiparación se extendía también a las condiciones de trabajo, ya fueran legales, reglamentarias o convenidas colectivamente, así como a los derechos derivados del sistema de Seguridad Social (41).

(39) Esta fórmula de la equiparación de derechos en el ámbito del Derecho de extranjería es la que elogió Portugal a través del convenio de 7 de septiembre de 1971 con Brasil en virtud del cual los nacionales de uno de los dos Estados que se hallan en el otro gozan de un estatuto privilegiado, que incluye incluso derechos políticos, conservando sin embargo la nacionalidad extranjera.

Sin embargo, como señala ALVAREZ RODRÍGUEZ, los convenios de doble nacionalidad españoles son más beneficiosos, porque con el sistema portugués el permiso de residencia del extranjero sujeto a este régimen puede no ser renovado y el extranjero ser expulsado consecuentemente, situación imposible de suceder en el marco de los convenios de doble nacionalidad

(40) Artículo 7.4: «Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan y se encuentren legalmente en territorio español, se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el presente artículo.

Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los convenios o acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida».

(41) En relación a estas disposiciones, AZNAR SÁNCHEZ, J., «Exención del permiso de trabajo a iberoamericanos», *REDI*, 1970, pág. 104, afirma: «Es de resaltar la importancia de la postura política española en este punto, reforzando los sentimientos de

Este privilegio reposaba en la existencia de la «comunidad iberoamericana» que debía manifestarse en campos, como el presente, de máximo interés en la política social y en la vida real de los miembros de esa Comunidad (42). Un antecedente de dicha situación de equiparación fue el

fraternidad entre estos pueblos y los lazos espirituales que les unen que son superiores a lo que pueda significar la situación especial de empleo de los trabajadores (...) Así queda configurada totalmente la equiparación de los trabajadores de los pueblos hermanos a los españoles realizándose una vez más la misión histórica a que estamos obligados y robusteciéndose cada vez más la comunidad hispánica».

(42) Transcribo el texto de la ley por los expresivos términos que emplea: «El reconocimiento de los derechos de los trabajadores extranjeros residentes en nuestro país y su equiparación a los nacionales es práctica generosamente acogida por nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, la singularidad de los vínculos que ligan a España con los pueblos miembros de la comunidad iberoamericana y filipina ha determinado que tal reconocimiento haya sido objeto de especial y pormenorizada consideración en favor de los trabajadores por cuenta ajena hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que se encuentren legalmente empleados en el territorio nacional. Este principio, que informa la sustancial determinación de los convenios de Cooperación Social suscritos con la mayoría de los países de aquella comunidad, ha sido recogido también en numerosas disposiciones legales, entre las que cabe destacar por su importancia y significación la establecida en el número 4 del artículo 7 de la Ley de Seguridad Social.

Sin embargo, a la vista de la muy excepcional significación del tema, parece aconsejable dictar una disposición de la máxima jerarquía que con la solemnidad que su propio rango le confiere efectúe con carácter general una expresa proclamación de la equiparación a todos los efectos de aquellos trabajadores con los trabajadores españoles, tanto respecto de las condiciones de trabajo, sean legales, reglamentarias o convenidas colectivamente, como respecto de los derechos derivados del sistema de Seguridad Social. De esta suerte, el Estado español, de modo unilateral, superando el procedimiento del acuerdo pactado o de la reciprocidad convenida, se adelanta con la presente ley al establecimiento de esa justa y avanzada equiparación.

La circunstancia de que nuestra propia legislación civil tenga acogida la posibilidad de actuar al máximo los vínculos de relación hispánica a través de los convenios de nacionalidad; la creencia de que es necesario encontrar terrenos de cooperación que permitan dar cauce operativo y proyección contemporánea a los seculares sentimientos de fraternidad de los pueblos de la comunidad; el convencimiento de que el plano de la política social es precisamente uno de los que mayor fecundidad encierra con vistas a la potenciación del espíritu de solidaridad comunitaria, postulan la necesidad de articular con todas las garantías legales, una efectiva comunidad social iberoamericana y filipina, a cuyo logro se dirige el presente texto legal.

En su virtud y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, dispongo:

Artículo único

Los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan y se encuentren legalmente en territorio español, se equiparan a los trabajadores españoles en lo que respecta a sus relaciones laborales, cualquiera que sea la forma de su regulación, eximiéndoles del pago de los derechos derivados de su condición. Asimismo se equiparan en cuanto a su inclusión en los regímenes general y especiales de Seguridad Social y en cuanto a los beneficios y ayudas del Fondo Nacional de Protección al Trabajo. (...) BOE de 31 de diciembre de 1969»

Decreto de 16 de abril de 1948, que en su artículo 1 equiparaba a los españoles a efectos laborales a los trabajadores argentinos (43), derogado mediante Decreto de 25 de julio de 1968.

En la Orden de 15 de enero de 1970 (BOE de 26 de enero) y en desarrollo de los preceptos de la citada disposición legal, se establecieron las siguientes consecuencias derivadas de la exención del permiso en estos casos: Los empresarios que contrataban a estos extranjeros estarían eximidos del pago de la tasa empresarial correspondiente y podrían contratar libremente trabajadores de esta procedencia sin sujeción a normas ni requisitos ningunos. Sin embargo, tales contrataciones deberían registrarse en las Delegaciones de trabajo a efectos estadísticos.

Las precedentes disposiciones constituían indudablemente un medio importante de afianzar los lazos reales entre los miembros de la comunidad iberoamericana al establecer un auténtico beneficio en favor de los nacionales de estos países que se encontraran trabajando en España. Ciertamente, estos extranjeros deberían solicitar el visado y el correspondiente permiso de residencia para que su estancia en nuestro país fuese legal, pero la exención del permiso de trabajo suponía un beneficio importante en relación al resto de extranjeros (44).

Sin embargo, estas disposiciones sufrieron ciertas dificultades en su aplicación. La creciente incidencia del fenómeno migratorio en España provocó un endurecimiento de las normas de extranjería y así se manifestó en el Decreto de 2 de junio de 1978 que, entre otras cosas reiteraba la necesidad de los extranjeros de ostentar un permiso de trabajo para poder desempeñar una actividad lucrativa en España.

Con motivo de esta reforma, las Delegaciones de Trabajo comenzaron a exigir el permiso de trabajo a súbditos iberoamericanos, considerando que la normativa del 78 había derogado los beneficios establecidos en la legislación anterior. Esta interpretación fue incluso motivo de instrucciones de régimen interior (45).

Sin embargo, y en contra de esta práctica administrativa, el TS se pronunció en numerosas ocasiones considerando plenamente vigentes los

(43) «Se otorga a los ciudadanos argentinos que trabajen en España a todos los efectos de carácter laboral y de previsión social, idéntico trato que a los trabajadores españoles, no estando sujetos por tanto a la obligación de obtener tarjeta de identidad profesional» (Aranzadi. Repertorio cronológico de legislación, 1948, núm. 595).

(44) En cuanto a la obligatoriedad del visado y del permiso de residencia, vid., *ad exemplum*, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986 (RJA, núm. 5189).

(45) Este extremo no he podido comprobarlo precisamente por el carácter de las citadas disposiciones, pero así lo pone de relieve ESTRADA CARRILLO, V., *Comentarios a la Ley Orgánica de Extranjería*, Madrid, 1989, pág. 266.

beneficios otorgados a los súbditos iberoamericanos (46), basándose en los siguientes argumentos:

1. El Real Decreto de 1978 no era aplicable a estos supuestos que quedaban fuera de la regulación general al existir una especial.

2. El Real Decreto de 1978 no había derogado expresa ni tácitamente la Ley del 69 ni la Orden del 70. Por el principio de jerarquía normativa, el Real Decreto de 1978 no podría alterar el régimen establecido por una disposición de superior rango como era la ley. Por otra parte, la Orden del 70 estaba revestida de calidad reglamentaria en virtud de la habilitación contenida en la Disposición Adicional de la Ley.

3. En muchas de estas sentencias en que el trabajador era argentino, se señaló a mayor abundamiento el siguiente argumento: el Tratado de reconocimiento, paz y amistad celebrado entre España y Argentina en 1863 estableció la cláusula de la nación más favorecida respecto del ejercicio de oficios y profesiones. Dado que en un Convenio de 1970 con Alemania se postuló la equiparación en el trato en materia laboral y profesional entre los nacionales de las partes contratantes, este mismo trato debía predicarse también respecto de los argentinos en España.

Sin embargo, a pesar de que algunas de estas sentencias acogieron este argumento haciendo incluso consideraciones en torno a la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español, en otras se rechazó, dado que el Convenio con Alemania establecía que la iniciación y ejercicio de una actividad remunerada y por cuenta ajena se regularía de acuerdo con las disposiciones legales y administrativas, y por tanto no suponía sin más la exención de la obligación de proveerse de permiso de trabajo.

Se puede concluir, por tanto, que la legislación del 69-70 fue beneficiosa para los iberoamericanos que trabajaban en España, si bien la necesidad de proveerse en todo caso del permiso de residencia podía modular dichos beneficios, carácter que el propio TS ratificó en numerosas ocasiones frente a actuaciones administrativas que, anticipándose a las soluciones de la vigente Ley de extranjería, equiparaban a los iberoamericanos con el resto de los extranjeros exigiéndoles el preceptivo permiso de trabajo para desempeñar una actividad laboral en España.

(46) Sentencias de 6 de julio de 1982 (RJA, 1982, núm. 4718), 16 de septiembre de 1982 (*ibid*, núm. 4872), 17 de septiembre de 1982 (*ibid*, núm. 4875), 30 de septiembre de 1982 (*ibid*, núm. 4917), 2 de noviembre de 1982 (*ibid*, núm. 6945), 3 de noviembre de 1982 (*ibid*, núm. 6958), 5 de noviembre de 1982 (*ibid*, núm. 6969), 22 de diciembre de 1982 (*ibid*, núm. 8075), 21 de enero de 1983 (Aranzadi, 1983, núm. 358), 27 de enero de 1983 (*ibid*, núm. 474), 31 de enero de 1983 (*ibid*, núm. 1342), 9 de marzo de 1973 (*ibid*, núm. 6827), 17 de noviembre de 1983 (*ibid*, núm. 5795), 25 de mayo de 1985 (*ibid*, núm. 2623), 23 de mayo de 1986 (*ibid*, núm. 2399), y 1 de diciembre de 1986 (*ibid*, núm. 7097).

Por otra parte, en torno a los años sesenta, España ratificó numerosos convenios de supresión de visados con países iberoamericanos, cuestión esta de enorme trascendencia al facilitar la entrada en nuestro país para estancias de menos de noventa días (47). Además, los convenios culturales suscritos también con diversos países iberoamericanos hicieron posible la homologación y validez profesional de los títulos respectivos, cuestión esta de cierta trascendencia a la hora de desarrollar actividades profesionales en un país extranjero.

Como conclusión en relación a la etapa preconstitucional, deberíamos retener las siguientes ideas. Ciertamente la reglamentación de la doble nacionalidad era una manifestación y exigencia de la Comunidad iberoamericana, pero claramente insuficiente para hacer posible su desarrollo jurídico (48). El fortalecimiento de lazos entre los países que integran dicha comunidad debía, necesariamente, llevarse a cabo por dos vías:

- a) Desde el punto de vista del Estado de origen del emigrante, mediante el reconocimiento de la doble nacionalidad para que si se nacionalizaba en el Estado de su residencia, no perdiera la nacionalidad de origen y pudiera disfrutar de ella con plena efectividad a su regreso.
- b) Desde el punto de vista del Estado receptor, a través del reconocimiento de un estatuto privilegiado de extranjería que facilitara su establecimiento. Este estatuto privilegiado supondría lo que FEDERICO DE CASTRO denominó supranacionalidad, cuyo contenido fue delimitado en el tercer Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, celebrado en Quito en 1957, en cuyo proyecto llegaba a propugnarse la total equiparación en los derechos civiles y el derecho a entrar, transitar y residir libremente respecto de los nacionales de otros países miembros de la comunidad (49). A juicio de FEDERICO DE CASTRO, la supranacionalidad sería la mejor expresión de la comunidad hispánica.

(47) Argentina (1965), Bolivia (1962), Brasil (1965), Colombia (1961), Costa Rica (1966), Chile (1959), Ecuador (1963), El Salvador (1959), Guatemala (1968), Honduras (1961), Nicaragua (1974), Paraguay (1959), Perú (1959), República Dominicana (1966), Uruguay (1961), México (1977), Venezuela (1973).

(48) DE CASTRO, F., *La nationalité ...*, cit., pág. 629.

(49) *Ibid.*, pág. 630.

4. EL PRESENTE: LAS REFORMAS POSTCONSTITUCIONALES

Fruto de las exigencias y principios recogidos en la Constitución de 1978, pero fruto sobre todo de la situación creada en España como país receptor de una creciente inmigración, son las últimas reformas del Derecho de nacionalidad (1982, 1990 y 1995) y del Derecho de extranjería (1985, 1986 y 1996).

4.1. DERECHO DE NACIONALIDAD

En relación al Derecho de nacionalidad, la principal novedad introducida en 1982 en el tema que nos ocupa fue la recogida en el artículo 23.4 del Código Civil (50), hoy 24.2, que consagró una doble nacionalidad prevista unilateralmente por el legislador español, y que junto a otros supuestos contemplados también de forma novedosa en ese mismo precepto, suponían una excepción al 23: los que adquirieran una nacionalidad extranjera pierden la española (51).

El principal problema derivado de esta reforma es su compatibilidad con el régimen de doble nacionalidad convencional ya estudiado. El régimen consagrado en el artículo 23.4 es mucho más beneficioso que el que se deriva de los convenios de doble nacionalidad. En ellos, como vimos las dos nacionalidades no se equiparan, sino que una es efectiva y otra latente, y esta última sólo puede convertirse en efectiva si se cumplen determinados requisitos (cambio de residencia, inscripción registral...). Sin embargo, aquéllos que se acojan al artículo 23.4 ostentarán dos nacionalidades con plena efectividad.

(50) «La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal, o de aquéllos con los que se concierte un tratado de doble nacionalidad, sólo producirá pérdida de la nacionalidad española de origen cuando el interesado así lo declare expresamente una vez emancipado».

(51) La razón de ser de esta novedad estaba en la propia Constitución, cuyo artículo 11.3 señala: «En esos mismos países (los especialmente vinculados al nuestro, en especial los iberoamericanos) aún cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen».

Sin embargo, uno de los principales problemas derivados de dicha disposición fue que no se contemplaban los supuestos transitorios, es decir, los supuestos de españoles que antes de 1982 adquirieron la nacionalidad de uno de estos países perdiendo la española. De hecho, la doctrina apuntó como uno de los principales defectos de esta normativa la falta casi total de normas de Derecho transitorio (PÉREZ VERA, E., y ABARCA JUNCO, P., «Derecho de la nacionalidad», *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Madrid, 1987, pág. 170).

Por todo ello, doctrinalmente se ha planteado la eventual contradicción de los convenios con el artículo 23.4 (52) e incluso la subsistencia de los Acuerdos Internacionales (53).

Si el régimen del artículo 23.4 es más beneficioso que el convencional, lo es para los españoles que adquieran la nacionalidad de alguno de los países ahí reseñados. Sin embargo, tras la reforma de 1990, y en virtud del artículo 23.b, los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal que adquieran la nacionalidad española podrán gozar de ambas nacionalidades, dado que ya no se les exige la renuncia a su anterior nacionalidad. Por tanto, actualmente, existe un sistema de doble nacionalidad prevista unilateralmente por el legislador español y al margen de toda normativa convencional en virtud del cual los españoles que adquieran la nacionalidad de alguno de los países vinculados al nuestro, así como los nacionales de estos países que adquieran la nacionalidad española, no pierden desde el punto de vista del Derecho español su primitiva nacionalidad.

El reconocimiento de la doble nacionalidad en estos casos es unilateral, por lo que los países en los que los españoles se nacionalicen no necesariamente reconocerán su condición de españoles. En contraste, el régimen convencional implica precisamente que el reconocimiento de la doble nacionalidad es recíproco (54).

Por otra parte, la reforma de 1990 refleja de alguna manera la nueva política española en la materia (55). Se pretendió en un principio dificultar la recuperación de la nacionalidad española para los españoles que la perdieron al emigrar y para sus descendientes. Es llamativo resaltar que si en la proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista, los hijos nacidos fuera de España de padre o madre originariamente españoles tenían derecho a optar por la nacionalidad española (auténtico derecho subjetivo), este mismo grupo en el Senado propuso una enmienda que prosperó para que dicha situación no configurara un supuesto de opción sino únicamente un supuesto más de adquisición de la nacionalidad por residencia con un plazo abreviado (56).

(52) ALVAREZ, A., *Nacionalidad ... cit.*, pág. 232; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *El Derecho de nacionalidad...* pág. 264; Resolución de la DGRN de 27-2-1979 (Anuario 1979, págs. 474-476).

(53) PAZ AGUERAS, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de nacionalidad*, MAE, Madrid, 1984, págs. 55-56.

(54) AURELIA ALVAREZ se plantea incluso la eventual suspensión de los mismos en «Binacionalidad en el Ordenamiento Jurídico Español y su repercusión europea», *Estudios de Derecho Europeo Privado*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 85.

(55) Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE, núm. 302, 18-12-90).

(56) BOCG. CD. III Legislatura, 10 de noviembre de 1988. núm. 129-1; BOCG.

El evidente perjuicio de una disposición semejante respecto de las colonias españolas asentadas en diversos países, que contrasta vivamente con las políticas de otros Estados europeos como Alemania, que ha favorecido la recuperación de la nacionalidad germana a los descendientes de sus súbditos, hizo reflexionar a nuestro legislador que en disposiciones posteriores fue atenuando el rigor pretendido, hasta borrarlo del todo.

Ya la Disposición Adicional 3.^a reconocía el derecho de opción con dos limitaciones: Debería ejercitarse a los tres años desde la entrada en vigor de la Ley y el interesado debería residir en España en el momento de la opción.

Esta segunda limitación, teniendo en cuenta las restricciones del Derecho de extranjería para que un extranjero pueda establecer una residencia legal en España, habría llevado sin duda a que muchos de los interesados en ejercitar tal derecho no lo pudieran llevar a cabo. Algunos de ellos serían sin duda, hijos de españoles que emigraron a América. Por ello, a través de una Orden de 11 de julio de 1991, se atenuó esta exigencia, proponiéndose la dispensa de la residencia, bajo ciertas condiciones, con el propósito de beneficiar «a los emigrantes y a sus hijos y solucionar las últimas secuelas de un proceso histórico —la emigración masiva de españoles— muy difícilmente repetible».

Finalmente, y por Ley 29/1995, de 2 de noviembre (57), se modifica el artículo 26 del Código Civil suprimiéndose definitivamente el requisito de la residencia en el caso de los emigrantes y sus hijos «porque la experiencia de estos años viene demostrando que el trámite de la dispensa —que termina además favorablemente en la mayoría de los casos— es excesivo y dilatorio».

Esta serie de modificaciones consiguen finalmente corregir la notable injusticia que se cometió con nuestros emigrantes —muchos de ellos residentes en países iberoamericanos— con la reforma del Código Civil de 1990.

4.2. DERECHO DE EXTRANJERÍA

En otro orden de cuestiones, la entrada en vigor de la nueva legislación de extranjería en España en los años ochenta (Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, y Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, que aprueba el Reglamento de aplicación) redujo en la práctica la especial consideración al súbdito iberoamericano a disposiciones puramente testimoniales y simbólicas que no implicaban un tratamiento más beneficioso, a pesar de lo proclamado en su preámbulo: «Dar un tratamiento preferencial en favor de los iberoameri-

CD. IV Legislatura. Enmiendas del Senado, 8 de noviembre de 1990, núm. 14-11. Puede verse un estudio detenido de los avatares del citado proyecto en ALVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Binacionalidad...*, cit., págs. 51 y sigs.

(57) *BOE*, núm. 264, de 4 de noviembre de 1995.

canos (...) por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural que les hacen acreedores de esta consideración».

La Ley de extranjería derogó expresamente las normas legales anteriores a ella, entre otras la Ley 118/1969, que eximía a los iberoamericanos de la necesidad de permiso de trabajo, y redujo el tratamiento singular a los extranjeros provenientes de estos países ligados históricamente con España a dos preceptos, el artículo 18.3.f y el 23 que establecen la preferencia en la obtención de permisos de trabajo para estos extranjeros y la exención del pago de las tasas correspondientes por la expedición de estos permisos (58).

Si dicha regulación supuso ya una importante merma respecto de la situación consagrada por la Ley del 69, con la publicación del Reglamento de extranjería de 1986 estos pequeños y simbólicos beneficios en favor de los nacionales de pueblos ligados histórica o geográficamente al nuestro se redujeron aún más.

La preferencia en la obtención de los permisos establecida en la Ley, el Reglamento únicamente la recogía respecto de los permisos de trabajo tipo D (59). En relación a los permisos por cuenta ajena, no se reconocía el beneficio a los súbditos iberoamericanos respecto de los tipo B, que podían denegarse cuando así lo aconsejase la situación nacional de empleo, concepto indeterminado que podía dar lugar en la práctica a una actuación discrecional por parte de la Administración. Sin embargo, el artículo 38 del Reglamento establecía una serie de preferencias para la concesión de dicho permiso sin considerar tal situación, entre las que se hallaba el ser originario de Ceuta y Melilla, pero no el ser iberoamericano. Especialmente importante es esta conclusión si pensamos que el permiso de trabajo B es el primero que se concede a los extranjeros que vienen a trabajar por cuenta ajena a nuestro país por tiempo superior a un año.

Respecto del permiso de trabajo tipo C (60), se reconocía a los iberoamericanos una preferencia: la posibilidad de solicitarlo tras dos años de

(58) Artículo 18.3.f: «Tendrán preferencia para la obtención y en su caso renovación del permiso de trabajo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los siguientes supuestos: (...) f Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes».

Artículo 23: «Los nacionales iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, cuando pretendan realizar una actividad lucrativa laboral o profesional por cuenta ajena tendrán preferencia para trabajar en España sobre otros extranjeros conforme se establece en el artículo 18.3 y no vendrán obligados al pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo».

(59) Por cuenta propia y para una localidad determinada (art. 40.2 del Reglamento).

(60) Por cuenta ajena, con duración de cinco años y validez para trabajar en cualquier actividad y ámbito geográfico.

residencia legal en lugar de los diez años establecidos como plazo general, preferencia idéntica a la establecida en el artículo 21.1.c en relación a los permisos de residencia especiales (no laborales).

En todo caso, estos pequeños beneficios recogidos a lo largo del articulado del Reglamento no parecían responder con fidelidad al principio establecido en la Ley, de preferencia en la obtención y renovación de los permisos de trabajo, por lo que algún autor señaló el divorcio del Reglamento y la Ley en este punto, llegando a afirmar que respecto de los súbditos iberoamericanos «es forzoso pensar que se han adoptado criterios restrictivos de forma perfectamente deliberada» (61). Por otra parte, el principio de jerarquía normativa quedaba, de esta manera, mal parado. La ilegalidad del Reglamento en este punto, y la correspondiente aplicación de la preferencia establecida en el artículo 18.3.f de la Ley para todos los tipos de permisos de trabajo fue espléndidamente glosada en dos votos particulares del magistrado señor don Vicente Conde Martín de Hijas a dos sentencias del TS, cuyo contenido es, en síntesis, el siguiente (62):

- El desarrollo reglamentario en relación a la situación de los iberoamericanos era contrario a la Ley. Esta, en su artículo 18.3 establecía una total equiparación entre los distintos puestos acreedores de preferencia, y sin embargo el Reglamento discriminaba entre ellos, lesionando los principios de legalidad e igualdad (63).
- El contenido de dicha preferencia es el de que en la concesión de los permisos de trabajo no se considerara la situación nacional de empleo, tal y como ocurría en la legislación anterior (64). No puede

(61) FERRER PEÑA, R. M.. *Los derechos de los extranjeros en España*, Madrid, 1989, pág. 209. En parecido sentido, ESTRADA CARRILLO, V., *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de extranjería*, cit., págs. 266-267; MIQUEL CALATAYUD, J. A., *Estudios sobre extranjería*, Barcelona, 1987, pág. 185; ALVAREZ GONZÁLEZ, A., «Régimen jurídico de algunos iberoamericanos en el ordenamiento español», *La Ley*, Suplemento de Comunidades Europeas, 30 de noviembre de 1990, págs. 4-8.

(62) Sentencias del TS de 25-2-91 (RJA, núm. 1370) y de 18-3-91 (RJA, núm. 3182). Su importancia ha sido puesta de relieve por MIQUEL CALATAYUD, J. A., «El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos», *Rev Crit Dcho Inmob.*, 616 (1993), págs. 875 y sigs.

(63) «El Reglamento podrá dar a la preferencia un contenido u otro, y eso es lo que le confía el artículo 19.3 de la Ley, lo que no cabe es que dé contenidos diferentes a supuestos que la Ley no diferencia. No es admisible que el Reglamento degrade un supuesto que la Ley situaba al mismo nivel que los demás» (Sentencias de 25-2-91 y de 18-3-91).

(64) «El único real contenido objetivo de las preferencias reguladas en el Reglamento es el de no considerar la situación nacional de empleo como límite para la concesión del permiso... en realidad en ese contenido objetivo de la preferencia no

considerarse que la preferencia establecida para el permiso C quedase cumplida con la Ley, pues el permiso C sólo podía obtenerse tras ser titular del B (65).

- Como consecuencia de todo lo anterior, la condición de iberoamericano suponía, en aplicación de la Ley, que no puede denegarse un permiso B en atención a la situación nacional de empleo (66).

La debilidad manifiesta en la que el súbdito iberoamericano quedó tras la legislación de los ochenta, dio lugar a que los tribunales comenzaran a recordar a las autoridades administrativas que los lazos entre España e Iberoamérica se tradujeron en compromisos internacionales, los convenios de doble nacionalidad, en los cuales como vimos más atrás, existen también disposiciones de extranjería a través de cuya interpretación los tribunales pretendieron «reintegrar» lo hurtado por las disposiciones legales y reglamentarias (67). A estos efectos podríamos agrupar los convenios en tres grupos:

- a) Aquellos que no contienen disposición alguna de esta naturaleza, como el caso de los convenios con Guatemala y Paraguay. El primer caso es explicable, dado que el régimen privilegiado de adquisición de la segunda nacionalidad previsto convencionalmente hacía menos necesaria una protección complementaria por la vía del Derecho de extranjería. Sin embargo, en el Convenio con Paraguay tal justificación no existe.
- b) La mayor parte de los convenios de doble nacionalidad contienen una disposición que establece la aplicación de las normas de extran-

existe novedad alguna, sino que en este punto el régimen reglamentario actual es continuación del precedente» (*id*)

(65) «El permiso C constituye un estadio final al que sólo se accede previo paso por el que representa el permiso B. En tal sentido, si no se puede llegar al último estadio, porque no se pueden superar las dificultades que cercan la consecución del anterior, mal puede sostenerse que en un orden de realidades se esté dando un contenido efectivo a la preferencia del apartado *f* del artículo 18.3 de la Ley» (*id*).

(66) Si bien las anteriores consideraciones son, se integran, como he señalado, en un voto particular, de unas sentencias que llegan a la conclusión contraria. Recientemente, el TS ha vuelto a reiterar la necesidad de tomar en consideración la situación nacional de empleo en relación a la concesión de permisos de trabajo a súbditos iberoamericanos (Sentencia de 31-5-93. RJA, núm. 4000).

(67) Los convenios de cooperación cultural, sin embargo, no pueden tener la virtualidad de ser interpretados en el mismo sentido a los de doble nacionalidad. Únicamente al hacer posible la homologación de títulos «obligan a no poner objeciones por motivos académicos al ejercicio de la profesión que aquéllos habilitan sin perjuicio de que los extranjeros que sean titulares de los mismos se sometan a las normas que les sean aplicables en orden a la permanencia y trabajo en España». Sentencias del TS de 24-3-93 (RJA, núm. 2125) y de 16-3-92 (RJA, núm. 2016).

jería de los respectivos países (que se suponen ventajosas) para los no acogidos al procedimiento convencional (68).

- c) Sin embargo, en los convenios con Chile, Perú y Ecuador se incluye la siguiente cláusula en sus respectivos artículos 7: «Los españoles en ...y los... en España que no estuvieran acogidos a los beneficios del presente convenio, continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones... y española respectivamente. En consecuencia, podrán especialmente viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles, ejercer todo género de industria, comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de Seguridad Social y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan» (69).

Este tratamiento «privilegiado» del nacional de un país hermano tiene su origen, con toda seguridad, en los viejos tratados de reconocimiento, paz y amistad entre España y sus antiguas colonias del continente americano.

En algunos de estos convenios el disfrute de los derechos establecidos se condicionaba a la cláusula de la nación más favorecida, como fue el caso de los convenios con Chile de 1846, Bolivia de 1847, Costa Rica de 1850, Nicaragua de 1851 y Argentina de 1863 (70). Como analicé más atrás, el TS en diversas sentencias hizo aplicación de esta cláusula, en concreto

(68) Dicha disposición, ya vista en el epígrafe anterior, se contiene en los convenios con Nicaragua, Bolivia, Costa Rica, Honduras, República Dominicana, Argentina y Colombia. Así el TS en su Sentencia de 17-4-91 (RJA, núm. 3228) niega una interpretación del convenio con la República Dominicana que se sitúe en la línea de lo dispuesto en los convenios con Chile, Perú y Ecuador.

(69) A JUICIO de ALVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Régimen jurídico*, cit., pág. 6, «del examen exegético de esta disposición se desprenden tres datos esenciales. Cada apartado se refiere a cuestiones totalmente diferentes: en el primero se alude al nacimiento de un derecho; en el segundo, al contenido de algunos derechos y, finalmente, en el tercero se regula el ejercicio de los derechos».

(70) Así, por ejemplo, el artículo 10 del tratado con Bolivia establece: «Los súbditos de SM Católica y los ciudadanos de la República de Bolivia podrán establecerse en lo venidero en los dominios de una y otra parte contratante, ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades muebles e inmuebles, extraer del país sus bienes íntegramente, disponer de ellos en vida o muerte, suceder en los mismos por testamento o abintestato, todo ello en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usen o usaren los de la nación más favorecida».

respecto del tratado con Argentina para eximir a los súbditos de esta República de la necesidad de proveerse del permiso de trabajo, dado que en un Convenio con Alemania de 1970 se establecía la equiparación entre españoles y alemanes en materia laboral y de Seguridad Social (71).

Por otra parte, cuando el goce de los derechos establecidos convencionalmente se quería supeditar a las leyes de extranjería, así se establecía expresamente tal y como se hizo en el Convenio de Paz y Amistad con Perú de 1879 o en el de amistad con Filipinas de 1947.

Por último, únicamente el Tratado de Paz y Amistad con la República del Ecuador de 1841 en su artículo 14 contiene un precepto en el que se reconocen estos derechos en las mismas condiciones que los nacionales y sin sujeción expresa a las leyes de policía ni condicionamiento a la cláusula de la nación más favorecida (72).

Si bien, por tanto, el trato preferente al iberoamericano estaba ya presente en estos tratados decimonónicos, no puede concluirse que las cláusulas contenidas en los convenios de doble nacionalidad de mediados del presente siglo sean una mera transcripción mimética de los textos anteriores. De hecho, únicamente el viejo convenio con Ecuador contenía una disposición semejante a la del actual convenio de doble nacionalidad con esta república.

Por ello, se trataría de determinar en qué medida suponen dichas disposiciones el reconocimiento de un estatuto privilegiado de extranjería para los nacionales de estos países.

Como es bien sabido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados establece unas reglas claras y precisas en lo que a la interpretación de estos instrumentos internacionales se refiere.

(71) Por otra parte, esta cláusula de la nación más favorecida ha sido utilizada con mucha frecuencia en los convenios de migración entre España y diversos países, entre ellos los iberoamericanos, para garantizar determinados derechos a nuestros emigrantes españoles. Así, en el Convenio de Migración con Argentina, de 8 de julio de 1960 (*BOE* de 5 de agosto de 1960, art. 3) y en el Convenio de Migración con Chile, de 7 de junio de 1961 (*BOE* de 19 de noviembre de 1965, art. 16) se garantiza que a «los inmigrantes españoles les sean concedidos todos aquellos derechos y privilegios concedidos o que puedan concederse por ... a los inmigrantes de cualquier otro país».

(72) «Los súbditos de SM Católica y los ciudadanos de la República del Ecuador podrán establecerse en lo venidero en los dominios de una y otra parte contratante, ejercer sus oficios y profesiones libremente, poseer, comprar y vender toda especie de bienes y propiedades muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente y disponer de ellos y suceder en los mismos términos y condiciones y adeudos que usen o usaren los naturales de una y otra nación».

Los textos de los Convenios con Ecuador, Nicaragua y Chile los he consultado en el archivo de las Cortes Generales en los siguientes legajos respectivamente: Leg. 60, núm. 12, Leg. 66, núm. 14 y Leg. 64, núm. 88. El resto de convenios han sido consultados en el Diccionario Aranzadi de Legislación 1953.

El tenor literal de los convenios y sus preámbulos podría conducirnos en una primera lectura a dos interpretaciones distintas. Por una parte, aquélla en virtud de la cual la cláusula convencional establece un contenido claro y preciso de los derechos consagrados, contenido que podrá ser desarrollado, pero nunca negado a través de la legislación interna. Y por otra parte cabría entender que la remisión hecha en el último párrafo (el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan) es una remisión a la legislación interna de extranjería que en cada momento y coyuntura podrá recoger con mayor o menor amplitud tales beneficios.

Si bien, por tanto, la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena no es excesivamente útil en este caso, los trabajos preparatorios que precedieron a dichos compromisos internacionales, como medios de interpretación complementarios (art. 32 de la Convención) podrían ser instrumentos valiosos para conocer el verdadero alcance de estas cláusulas (73). Acudamos, en consecuencia, a dichos trabajos.

Tras la reforma del Código Civil en 1954, el MAE constituyó mediante una Orden de 20 de enero de 1955 una Comisión de juristas con el encargo de preparar un convenio tipo de doble nacionalidad (74).

Es especialmente significativo el artículo 1 de dicho Convenio: «Los... en España y los españoles en la República... no serán considerados extranjeros».

Por su parte, el artículo 14 del Convenio tipo era casi una transcripción textual de la cláusula a la que hemos aludido de los convenios con Chile, Ecuador y Perú, salvo en dos significativos incisos:

- a) En primer lugar, el Convenio tipo no establecía que «el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan».

(73) Las negociaciones de dichos instrumentos internacionales se han «perdido» en el MAE, ya que no se encuentran ni en el Archivo General ni en la sección de tratados internacionales ni en el Archivo de la Dirección General de Asuntos Consulares, que es el último lugar en el que estuvieron depositadas. Por otra parte, he intentado encontrarlas en el Archivo del Congreso de los Diputados por si hubieran sido presentadas a las Cortes junto con el texto del convenio para la ratificación. Sin embargo, tampoco se encuentran en dicho archivo. La ratificación de los convenios se contiene en los siguientes legajos: Chile (Leg. 757, núm. 2, núm. 136), Perú (Leg. 758, núm. 5, núm. 146) y Ecuador (Leg. 765, núm. 8, núm. 252).

(74) La Orden de nombramiento de dicha Comisión obra en el Archivo del MAE (Leg. R 6201. Expte. 27). Su composición fue la siguiente:

Presidente: F. de Iturriaga.

Vocales: A. de Luna, F. de Castro, J. M. Castro Rial y A. Gallardo.

Secretario: F. Morán.

- b) En segundo lugar, el artículo 14 en su último inciso propuesto por la Comisión rezaba: «En ningún caso están sometidos a las medidas de policía que afectan a los extranjeros» (75).

Por tanto, la intención española fue claramente el establecimiento de un régimen de extranjería privilegiado no sometido a las medidas de policía y en el que se equiparaba el iberoamericano al nacional en los derechos esenciales en esta materia (residencia, circulación, establecimiento, derechos laborales...) si bien, una futura legislación de extranjería debería servir de desarrollo y complemento de lo pactado internacionalmente (76). En todo caso, lo que resulta obvio desde los principios básicos del Derecho internacional es que la legislación interna no podría vulnerar los Acuerdos internacionales.

El Tribunal Supremo español ha interpretado recientemente el artículo 7 de los mencionados convenios de doble nacionalidad en un sentido coherente con la evolución ya estudiada (77), si bien en una decisión reciente aparece, de una manera preocupante, una interpretación notablemente restrictiva. Todas las sentencias analizadas han sido dictadas por la Sala

(75) El proyecto de tratado tipo sobre nacionalidad con los países iberoamericanos se encuentra en el Archivo del MAE (Leg. R 6201. Expte 15).

(76) Así se desprende claramente de un informe de la citada Comisión, fechado el 25 de mayo de 1955: «En el proyecto de Convenio se parte de la existencia de una comunidad hispánica y se trata de sentar los cimientos para que un día, que esperemos no sea lejano, se llegue a constituir como expresión de ella una supranacionalidad hispánica, meta de las aspiraciones y deseos expresados en distintos países a un lado y otro del Atlántico. Por ello el proyecto empieza con una declaración de principios: los ciudadanos españoles en el país hispanoamericano contratante y los ciudadanos de este país en España no serán considerados extranjeros.

La consecuencia práctica de esta declaración de principios es que no sólo el ciudadano de uno de estos países contratantes goza en el otro de trato nacional al estilo de lo que se determina en las cláusulas de los tratados de establecimiento y en los de amistad suscritos, sino cuando dichos ciudadanos son originarios de sus respectivos países o de ser naturalizados en ellos lo hayan sido antes de cualquier otro país de la comunidad hispánica tienen un trato de favor que los equipara enteramente a los nacionales en lo que se refiere a la validez de los títulos académicos, a los derechos laborales, al acceso al régimen de Seguridad Social, respetando derechos adquiridos y las obligaciones cumplidas en cualquiera de los países contratantes» (Archivo MAE, Leg. R 6201. Expte 7).

AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ en la *Guía de la nacionalidad*, publicada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en 1992, afirma en este sentido que los convenios citados «contienen un régimen de extranjería privilegiado» (pág. 46).

(77) AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ en la *Guía de la nacionalidad* (ibid, pág. 47) cita sentencias anteriores de instancias inferiores que ya se habían manifestado en este sentido: Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 23 de mayo de 1988, Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 7 de noviembre de 1989.

tercera del TS en aplicación de los convenios con Chile y Perú (78) y en relación a dos cuestiones: derecho de estos iberoamericanos a trabajar en España, y la consiguiente obligación de la Administración española de concederles el permiso de trabajo y derecho a la exención de visado.

Los argumentos del Alto Tribunal podrían agruparse, en general, en torno a las siguientes ideas.

Los tratados estudiados establecen un principio de equiparación del extranjero al nacional, y los tratados tienen en el Derecho español supremacía en relación a la Ley (79).

Dichos convenios establecen con claridad el nacimiento y el contenido de determinados derechos de los súbditos de estos países en España.

El *nacimiento* de estos derechos «tiene lugar para aquellos ciudadanos que no se acojan a los beneficios de la doble nacionalidad que podrán disfrutar de las ventajas que les conceden las respectivas legislaciones «chilena» y española, es decir, no es una opción (actividad) en el sentido literal de la palabra, sino una actitud pasiva del súbdito nacional cuando se encuentre en el otro país y no se acoge a la doble nacionalidad: por tanto surgen de manera automática» (80).

En relación al contenido de estos derechos son convenios que en esta materia recogen contenidos normativos propios aparte de genéricas remisiones a la legislación de los Estados contratantes. «Así pues no estamos ante un reenvío a la legislación española como se da en otros convenios, en los que el cambio de normas en España o en el país con el que se convino altera el contenido de los derechos reconocidos a los ciudadanos de cada país».

Por último, en relación al *ejercicio* de los derechos, surge la duda en la interpretación del último inciso de dichos preceptos (el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que dichos derechos se ejercitan). El TS ha considerado que es únicamente una referencia a las

(78) Si bien en ninguna de ellas se interpreta el Convenio con Ecuador, su lectura debería ser la misma que la de los anteriores, al ser idénticas las disposiciones. En este sentido, es expresiva la Sentencia de 8-2-92 (RJA, núm. 901) que interpretando el artículo 7 del Convenio con Chile y apoyando sus consideraciones en una sentencia anterior que interpreta el artículo 7 del Convenio con Perú señala: «La identidad de hipótesis respecto a la actual con la única salvedad de tratarse aquí de un súbdito chileno y del Convenio con Chile de idéntico contenido en su artículo 7 al correlativo convenio con Perú aplicado en la citada sentencia, obliga por *coherencia de doctrina* a aplicar aquí la misma solución y con idéntico fundamento y de ahí la conveniencia de la transcripción literal precedente».

(79) De hecho, la propia Ley de extranjería se aplica en defecto de tratado, tal y como la propia Ley indica en su artículo 3.f, por tanto, «si según los tratados internacionales, el súbdito extranjero tiene reconocido el derecho a trabajar en España, ese derecho no resulta recortado por la Ley Orgánica» (Sentencia de 7 de julio de 1990).

(80) Sentencia del TS de 16-2-91 (RJA, núm. 1501) fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

modalidades del ejercicio de los derechos, no al contenido de los mismos. En este sentido, ha hecho suya la interpretación del precepto denominada como «amplia» por la doctrina que concilia el reconocimiento de los derechos consagrado convencionalmente con el sometimiento a la normativa de extranjería y laboral en la medida en la que éstas no desconocen tal contenido convencional (81), en contraste con la interpretación restringida sostenida por la Administración en unas instrucciones internas de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Trabajo, fechadas el 1 de julio de 1988 (82) que niegan la existencia de un estatuto privilegiado de extranjería para los iberoamericanos, considerando que el último inciso del precepto vacía de contenido, en la práctica, al segundo (83).

Sin embargo, el TS no ha aceptado una posible interpretación «amplísima» de dichos preceptos en virtud de la cual los nacionales de dichos países no estarían sujetos en absoluto al régimen general de extranjería, por lo que no necesitarían ningún tipo de permiso para poder entrar, residir, trabajar, comerciar e invertir en nuestro país, o bien tendrían derecho a un «documento especial» derivado del régimen convencional y al margen totalmente de la legislación de extranjería (84). Por otra parte, y a juicio de la profesora ALVAREZ RODRÍGUEZ, si prosperara la interpretación amplísima de estos preceptos convencionales en virtud de la cual dichos iberoameri-

(81) MIQUEL CALATAYUD, J. A., *El régimen preferencial...*, cit., pág. 907, señala. «El TS ha consolidado al respecto una línea jurisdiccional que, con razón puede considerarse de innovadora, integradora y ponderada, innovadora porque basa su interpretación original y ciertamente *sui generis* de los apremios ordinamentales cobijados en el artículo 7, objeto de comentario, integradora porque llega a unas conclusiones optimizadoras de su significado que a buen seguro no se hubieran alcanzado sin el imperium de tal Alto Tribunal, ponderada, porque tales conclusiones aún inscribiéndose en la aludida línea de maximización del precepto discutido se hallan muy alejadas de planteamientos igualitarios a ultranza».

(82) «El artículo 7.2 del Convenio de doble nacionalidad firmado entre España y Chile el día 24-5-1958, se refiere, entre otros, al derecho de residencia en España de los chilenos que no están acogidos al propio Convenio de doble nacionalidad. Sin embargo, el citado artículo 7 debe interpretarse en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta que según el párrafo 3, “el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan”, legislación que para España está constituida por la Ley Orgánica 7/85, cuyo artículo 15 dispone que los extranjeros que deseen fijar su residencia en España para ejercer cualquier actividad lucrativa deberán obtener simultáneamente al permiso de residencia, el permiso de trabajo».

(83) «Ya que si el ejercicio en cuestión debe ser liberado en su integridad por la normativa doméstica, la tenencia de los derechos enumerados en el apartado segundo del mismo se convierte de hecho en una pura cuestión teórica, retórica o de gabinete, sin trascendencia práctica». MIQUEL CALATAYUD, J. A., *El régimen preferencial...*, cit., pág. 900.

(84) Sentencias del TS de 16-2-91 (RJA, núm. 1501) y de 5-3-91 (RJA, núm. 1792).

canos quedarían excluidos del régimen general de extranjería, esta lectura debería extenderse no sólo a los chilenos, peruanos y ecuatorianos, sino también a «argentinos, uruguayos y colombianos en virtud de la cláusula de la nación más favorecida incorporada en los respectivos convenios de reconocimiento, paz y amistad» (85). Cláusulas de este tipo existen además en numerosos convenios de navegación, amistad y comercio que nos vinculan con países iberoamericanos.

Dos son las cuestiones en concreto, sobre la que ese contenido convencional se ha plasmado: la preferencia, sin consideración a la situación nacional de empleo, en la concesión de los permisos de trabajo, y la posible incidencia en la exención de visado.

En relación a los casos en que la cuestión debatida era la de si el interesado tenía «derecho» a obtener el permiso de trabajo, el TS ha señalado repetidamente que la concesión de los permisos es, en estos supuestos, imperativa, interpretándose el último inciso de dichos artículos 7 como una remisión a las normas laborales del país donde se lleva a cabo el trabajo, sobre jornada, horario, descanso, concertación, etc. (86)... En alguna sentencia se considera improsperable el recurso del representante de la Administración que entendía que el convenio sólo equiparaba los nacionales a los trabajadores por cuenta propia, y en otras se refuerza la idea del DERECHO de los nacionales de estos países a trabajar en España con el argumento de que no se puede negar el permiso de trabajo fundándose en la conveniencia

(85) *Régimen jurídico...*, cit., pág. 8. Esta cuestión ha sido planteada recientemente en una Sentencia del TS de 7 de marzo de 1994 (RJA 1668). Se pretendía la exención de visado para un argentino que contaba en España con un contrato de trabajo. Se amparaba esta petición en la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Convenio de Paz y Amistad de 1836 y asimismo el artículo 9 del Convenio de Emigración de 1948. El TS desestimó sin embargo la petición, basándose en la existencia de un Convenio de supresión de visados posterior (1960) que sólo exime de dicha formalidad para estancias de menos de noventa días. Por otra parte, el Alto Tribunal alega que la exención de visado contemplada en el artículo 22 del Reglamento de extranjería está subordinada a la concurrencia de circunstancias excepcionales, las cuales no concurrían en este caso.

No me parecen sólidos estos argumentos toda vez que lo que se venía defendiendo era que la cualidad de iberoamericano, en ciertos casos amparados convencionalmente de forma directa, o indirectamente a través de la cláusula de la nación más favorecida, puede constituir *per se* una circunstancia excepcional.

(86) Como se señala en la Sentencia de 18-2-91: «El dato de que el artículo 7 del Convenio tras la enunciación de los derechos que consagra se cierre con la expresión de que el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan, en modo alguno tiene el sentido que le atribuye la sentencia apelada, debiéndose distinguir entre la titularidad del derecho a trabajar en España, y el ejercicio de ese derecho, siendo sólo este último, y no el derecho mismo en su atribución al ciudadano de Chile, el que viene sometido a la legislación española, sumisión a ella que por lo demás afecta y del mismo modo a los ciudadanos españoles».

para la economía nacional de cubrir con un extranjero un puesto de trabajo para el que existe mano de obra española capacitada para desempeñarlo (87). Insisto, sin embargo, que el TS no ha interpretado en ninguna ocasión que no haga falta el permiso de trabajo o que exista un permiso de trabajo especial, sino que, en el marco general de la Ley de extranjería, la concesión de los permisos es en este caso imperativa.

En relación al posible «derecho» a la exención de visados la jurisprudencia ha sido contradictoria. Una primera sentencia (88) trataba de la solicitud de exención de visado para una chilena que se encontraba en España con sus dos hijos menores y que dependía económicamente de su cuñado. El TS niega que el artículo 7 del convenio de doble nacionalidad con Chile pueda interpretarse en el sentido de que consagra el derecho a tal exención, si bien su apoyatura argumental es más que discutible (89).

(87) Sentencias del TS de 21-5-90 (RJA, núm. 3750), de 1-6-90 (RJA, núm. 4868), 7-7-90 (RJA, núm. 5815), 15-11-90 (RJA, núm. 8480), 19-11-90 (RJA, núm. 84486), 13-12-90 (RJA, núm. 10452), 23-2-91 (RJA, núm. 1364), 4-3-91 (RJA, núm. 2099), 19-4-91 (RJA, núm. 3306), 1-7-91 (RJA, núm. 6616), 18-7-91 (RJA, núm. 6737), 18-7-91 (RJA, núm. 6739), 12-11-91 (RJA, núm. 8878), 4-12-91 (RJA, núm. 9024), 8-2-92 (RJA, núm. 901), 22-2-92 (RJA, núm. 1034), 25-4-92 (RJA, núm. 2892), 27-7-92 (RJA, núm. 6246).

(88) STS de 21 de mayo de 1990 (RJA, núm. 4003).

(89) La exención de visado, base para el posterior permiso de residencia, no es de concesión obligada en aplicación del convenio de doble nacionalidad, «porque la locución contenida en dicho artículo 7 del convenio referente a los chilenos en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede el convenio “continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorgue la legislación española” se refiere a aquéllos que en el momento de aprobación del convenio estuviesen residiendo en España»

Si el artículo 7 de los convenios establece el derecho a trabajar, también reconoce el derecho a residir, por consiguiente no veo razón para negar su reconocimiento más aún cuando el argumento utilizado se basa en que la aplicación del artículo 7 sólo alcanza a los chilenos que se encontraran en España en el momento de la entrada en vigor del instrumento internacional. MIQUEL CALATAYUD también critica estas consideraciones afirmando que «este discurso, de admitirse, daría entrada en este orden de cuestiones a una doble categoría de ciudadanos de tal nacionalidad, dependiendo de la envergadura de su concreto status jurídico en España de un hecho tan contingente como es el de la fecha concreta en que se inició su residencia en nuestro país». *El régimen preferencial*, cit., pág. 915.

Sin embargo, en dos sentencias de instancias inferiores, se afirmaba expresamente que la aplicación de dichos textos convencionales llevaría a considerar que dichos extranjeros «no están sujetos en consecuencia a las limitaciones temporales y requisitos establecidos en la legislación general de extranjería, lo que configura el supuesto de excepción para eximir de la obligación de visado a que se refiere el artículo 54 del Reglamento...». Sentencias de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 29 de octubre de 1988 y del Tribunal Superior de lo Contencioso de Justicia de Asturias de 7 de noviembre de 1989, esta última comentada por ALVAREZ GONZÁLEZ, A., *Régimen jurídico..*, op. cit.

Sin embargo, el TS ha reconocido recientemente en otro pronunciamiento la exención de visado a súbdito peruano que disfrutaba de un trabajo por cuenta ajena aludiendo para ello al convenio de doble nacionalidad: «Los tratados que hemos analizado con anterioridad vienen a reconocer un plus sobre los normales derechos de los ciudadanos de otros países en uno y otro Estado, y si tenemos en cuenta que el recurrente disfrutaba de un contrato de trabajo por cuenta ajena, cuya concesión fue reconocida en vía jurisdiccional interpretando el tantas veces invocado convenio, y que tiene la nacionalidad peruana, con las favorables consecuencias que se derivan del repetido convenio, en razón de aquel plus de que hablábamos, no podemos por menos que reconocer que en el caso actual concurren cual se alega, las circunstancias excepcionales que justifican la dispensa del visado para residencia solicitada, a cuya conclusión no cabe oponer la anteriormente citada norma quinta del Canje de Notas (Convenio de supresión de visados con Perú)» (90).

Dos cuestiones me parecen de gran importancia en esta sentencia:

En primer lugar, si reiterada jurisprudencia ha reconocido a estos súbditos iberoamericanos el derecho al permiso de trabajo, debe coherentemente reconocerse un derecho idéntico a la exención del visado o al visado mismo, dado que la tenencia del visado o su exención son requisitos ineludibles en la legislación española de extranjería para poder solicitar el meritado permiso. Creo que dicha consecuencia debería también extenderse a aquellos casos de residencias no laborales, a pesar de que el TS es la única sentencia en que se ha pronunciado al respecto (21-5-90) no lo haya entendido así.

En segundo lugar, si bien algún autor (91) ha considerado que la posición restrictiva (aquella en virtud de la cual los artículos 7 de los convenios de doble nacionalidad quedan vacíos de contenido al ser aplicable sin matices la legislación de extranjería) puede basarse también en el tenor literal de los convenios de supresión de visados que suprimen esta exigencia para estancias de menos de noventa días, pero señalan que para residencias de mayor duración el visado será obligatorio, así como la sumisión a la normativa interna, el propio TS en la sentencia comentada ha interpretado de manera *amplia* dicha normativa interna a la luz de los compromisos internacionales.

Sin embargo, una sentencia posterior del mismo tribunal ha venido a variar profundamente el criterio hasta ahora sentado. Se trata de la sentencia de 20 de diciembre de 1994 (92). En ella se deniega la exención de visado

(90) STS de 13 de mayo de 1993 (RJA 3747).

(91) MIQUEL CALATAYUD, J. A., *El régimen preferencial ...* cit., págs. 903-904.

(92) RJA 496.

a una súbdita peruana empleada de hogar, y curiosamente se apoya, para ello, entre otras en la sentencia anteriormente comentada. Los argumentos son los siguientes:

1. Del Convenio de doble nacionalidad no cabe deducir que «si bien los peruanos deben proveerse de permiso de residencia, su concesión es imperativa». Para el TS considerar en estos casos que la exención de visado es obligatoria o que no es preciso un visado «llevaría al resultado de equiparar la situación de los peruanos acogidos a los beneficios concedidos en el Convenio de doble nacionalidad y de los que no estuvieran acogidos al mismo» (93).

2. La concesión de la exención de visado está condicionada a la concurrencia de circunstancias excepcionales y éstas son: el arraigo en territorio español, la reagrupación y la integración familiar y el disfrute del permiso de trabajo, pero «la mera condición de iberoamericano no es una circunstancia excepcional».

En conclusión, el TS ha reconocido en algunas sentencias por vía jurisprudencial (a chilenos y a peruanos) los «dos únicos privilegios efectivos» (en palabras de Miquel Calatayud) (94) que la Ley y el Reglamento hurtaron a los iberoamericanos: la eventual dispensa del visado y la posibilidad de conseguir el permiso de trabajo sin considerar la situación nacional de empleo (95). Esta interpretación judicial hizo justicia a la intención de las partes en las negociaciones de los convenios de doble nacionalidad, y a toda una evolución histórica de signo inequívocamente iberoamericanista. Sin embargo, la Sentencia de 20 de diciembre de 1994 cuestiona este inicial optimismo: si no hay derecho al visado o a su exención, no es posible obtener permiso de trabajo y residencia; por tanto, el «privilegio» no sería tal.

Si en los años ochenta, como se ha podido deducir, la política española ha sido de extranjería, en los noventa podemos hablar ya de política de inmigración, y la especial consideración a los iberoamericanos vuelve a florecer. En este sentido, el Real Decreto 511/1992, de 14 de mayo de 1992, por el que se crea la Comisión Interministerial de Extranjería, alude como funciones de dicho organismo «fomentar una consideración especial respec-

(93) Esta afirmación no es exacta. Los acogidos al convenio de doble nacionalidad ostentan la nacionalidad española y peruana. Los no acogidos a tal convenio, según el artículo 7 del mismo, ostentarían únicamente la nacionalidad peruana, pero podrían gozar en España de un estatuto privilegiado de extranjería.

(94) *Ibid.* pág. 887.

(95) Sin embargo, en la sentencia de 24-1-91 (RJA, núm. 428) considera que el artículo 7 del convenio con Perú no impide la expulsión de España de quien ha incurrido en una causa de expulsión prevista en la legislación de extranjería

to a las peculiaridades de la población inmigrante iberoamericana» (art. 3.i) (96).

Sin embargo, la reforma más singular de esta década ha sido la publicación de un nuevo Reglamento de aplicación de la Ley de extranjería (Real Decreto 115/96, de 2 de febrero, *BOE* de 23 de febrero) que mejora notablemente el estatuto jurídico del extranjero en España y corrige en cierta medida, en el tema del que nos ocupamos, los errores anteriormente cometidos.

La condición del iberoamericano es ya un factor preferencial tanto en la concesión inicial del permiso de trabajo (art. 77.2.b, si bien no lo es de primer grado —77.1— en el sentido de ser concedido sin consideración a la situación nacional de empleo), y también constituye una preferencia en su renovación (art. 79.a). Quizá se podía haber ido más lejos, pero indudablemente esta reforma es, al menos, coherente con la propia Ley de extranjería.

5. EL FUTURO: ESPAÑA, MIEMBRO DE LA COMUNIDAD IBEROAMERICANA Y DE LA NUEVA EUROPA

¿En qué medida incidirán las posibles exigencias de la Europa comunitaria en nuestra política respecto de los países iberoamericanos y en concreto respecto de los nacionales de estos países en España?

Por una parte, la vigencia de los tratados de doble nacionalidad no entra en conflicto, a mi juicio, con las exigencias comunitarias, toda vez que no contemplan, salvo la excepción del Convenio con Guatemala y hasta hace muy poco (97), un modo privilegiado de adquisición de la nacionalidad

(96) *BOE* núm 134 de 4 de junio de 1992. Llama la atención que dicha «consideración especial» se predica únicamente respecto de los iberoamericanos, y no respecto de los nacionales de otros países ligados históricamente al nuestro a los que se alude en el preámbulo y en los artículos ya citados de la Ley de extranjería.

(97) El pretendido régimen privilegiado de adquisición de la nacionalidad, previsto en dicho convenio, ha sido objeto recientemente de una interpretación restrictiva por parte de la DGRN. En efecto: ese Centro Directivo había venido estimando tradicionalmente que bastaba, a efectos de adquisición de la nacionalidad española por guatemaltecos, que éstos declarasen su voluntad de adquirir esa nacionalidad y fijasen su domicilio en España (así, las Resoluciones de 6 de noviembre y 22 de diciembre de 1992. BIMJ, núm. 1661, págs 60 y sigs., y 1664, págs. 100 y sigs.).

Sin embargo, la DGRN ha rectificado la anterior doctrina, en el sentido de que el domicilio exigido por el convenio debe traducirse en la obtención de visado de residencia y posterior permiso de residencia. «Esta interpretación, por la que se subordina la adquisición de la nacionalidad a la residencia legal en el país respectivo, es la que, según la información oficial obtenida, aplican las autoridades guatemaltecas respecto de los españoles (...). Consiguientemente, la necesidad de llegar en la aplicación del convenio internacional a una interpretación uniforme del mismo impone, atendiendo tam-

española y por tanto de la ciudadanía comunitaria, siendo un error considerarlos como un obstáculo para la integración europea (98). Obviamente, aquellas personas que ostentan una doble nacionalidad española y de algún país iberoamericano, bien sea por vía convencional o por la del reconocimiento en Derecho español interno de esta situación de doble nacionalidad, son súbditos comunitarios a todos los efectos.

En el ámbito del Derecho de extranjería deberían, sin embargo, distinguirse dos situaciones:

La primera sería la de los iberoamericanos que pueden beneficiarse del derecho a la libre circulación de personas sin poseer la nacionalidad española o la de otro Estado comunitario por ser familiares de españoles u otros súbditos comunitarios en el grado establecido legalmente. Dichas personas entran dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto de comunitarios (99) por la vía de la extensión familiar de dicho régimen (100). Pues bien: por esta razón, numerosos iberoamericanos tienen el estatuto de comunitarios hoy en España (101).

bién a razones de reciprocidad que este Centro Directivo deba rectificar su doctrina (..)» (RDGRN de 6 de mayo de 1995 —RJA 4354—). La primera Resolución que ha llevado a cabo esta reinterpretación del convenio fue la de 23 de noviembre de 1994 (RJA 1474) que ha sido seguida de unas nueve Resoluciones más que se expresan en muy parecidos términos. Esta nueva interpretación del convenio se ha establecido además expresamente en un Protocolo de modificación del mismo suscrito ya por ambos Estados con fecha 14 de julio de 1994.

(98) Como señala PÉREZ VERA, «una incorrecta comprensión del sistema de doble nacionalidad convencional podría conducir a percibirlo como una vía de acceso indirecta e indiscriminada al mercado de trabajo comunitario de iberoamericanos y filipinos destinatarios principales del sistema de doble nacionalidad previsto en la legislación española. (...) La normativa y práctica españolas en el tema de la doble nacionalidad es, en términos generales, perfectamente compatible, tanto con los objetivos como con el sistema comunitario». («El sistema español de doble nacionalidad ante la futura adhesión de España a la CEE», *RIE*, 8 [1981], pág. 686).

(99) 766/92, de 26 de junio (*BOE* de 30 de junio), rectificación de errores (*BOE* de 18 de noviembre de 1992) y modificado por el Real Decreto 737/95 (*BOE* de 5 de junio).

(100) Dicha extensión familiar abarca, según el artículo 2 del mencionado Decreto y siempre que se cumplan determinados requisitos, en especial el de la posesión de medios económicos, a los siguientes parientes del nacional comunitario: Su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, sus descendientes y los de su cónyuge, siempre que con relación a estos últimos los cónyuges no estén separados de hecho o de derecho, y sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad pero vivan a sus expensas, y sus ascendientes y los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges que no tendrán derecho de residencia.

(101) Las estadísticas del Ministerio del Interior español de 1994, en relación a la sujeción al régimen general o al de comunitarios arrojan, respecto de los iberoamericanos, unos datos sorprendentes.

La segunda situación sería la de los iberoamericanos que no pueden beneficiarse del Derecho comunitario, ni directa (por haber adquirido la nacionalidad española) ni indirectamente (por su vinculación familiar): ¿Cuál es la «política comunitaria» respecto de los iberoamericanos?

El tratamiento de las cuestiones relativas a la inmigración han quedado encuadradas en general tras el Tratado de Maastricht en lo que se denomina tercer pilar. La vía puramente comunitaria —primer pilar— sólo está prevista en el artículo 100.C respecto de la política de visados. En este sentido, la Comisión ha aprobado y propuesto al Consejo un proyecto de Reglamento por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (102). Sin embargo, en la Exposición de motivos se señala que la Comisión hubiera querido realizar otra lista «positiva» (de países cuyos nacionales no deberán estar provistos de un visado para entrar en la Unión Europea), trabajo que debe realizarse antes del 30 de junio de 1996. Uno de los motivos por los que la elaboración de esta lista está siendo problemática ha sido precisamente la no aceptación del resto de los socios comunitarios de la exigencia de España y Portugal sobre la no inclusión de los países de América Latina en la lista de países a los que todos los Estados exigirían visado. Efec-

Residentes extranjeros en España, año 1993

<i>Nacionalidades</i>	<i>Régimen general</i>	<i>Comunitarios</i>	<i>Total</i>
Argentina	14.130	7.491	21.621
Bolivia	507	286	793
Brasil	2.154	2.260	4 414
Colombia	3.759	2.488	6.247
Costa Rica	173	161	334
Cuba	1.716	1.823	3.539
Chile	3.917	2.016	5.933
Rep. Dominicana	6.196	3.032	9.228
Ecuador	741	544	1.285
El Salvador	469	345	814
Guatemala	188	157	345
Honduras	289	323	612
México	1.601	2.067	3.668
Nicaragua	189	228	417
Panamá	219	250	469
Paraguay	289	179	468
Perú	7.900	2.088	9.988
Uruguay	2.303	1.678	3.981
Venezuela	2.436	4.597	7 033

(...)

(102) Com. 94/287 final. Bruselas, 13 de julio de 1994

tivamente, el Gobierno español ya ha denunciado los acuerdos de supresión de visados con los países del Magreb, pero ha insistido que tal medida no se adoptará con los países iberoamericanos (103).

Por otra parte, el tratamiento preferencial en materia de permisos de trabajo a los iberoamericanos, previsto en nuestra normativa interna, no entra en conflicto con el proceso de integración europeo. El tratado de Unión Europea, como ya he señalado, considera a las materias incluidas en su artículo K.1 —política de asilo, cruce de fronteras y política de inmigración— como ámbitos de interés común (tercer pilar) que sin embargo, pueden pasar a la vía comunitaria del artículo 100.C sin necesidad de reforma del Tratado, a través de la denominada «pasarela» del artículo K.9 (104), vía que, hoy por hoy, no es muy previsible que se ponga en marcha (105).

En cualquier caso, no conocemos aún las consecuencias finales del proceso de integración europea, que quizá nos lleve a un nuevo concepto de supranacionalidad, tal y como lo enunciara FEDERICO DE CASTRO. En los debates preconstitucionales ya se intuyó esta idea al redactar el artículo 11 de nuestra Carta Magna (106).

(103) Así se ha reiterado en numerosas ocasiones: En la Comunicación del Gobierno al Congreso de los Diputados de diciembre de 1990, se afirmó textualmente lo siguiente: «En cuanto a los países de Hispanoamérica, el Gobierno, como ha declarado repetidamente, está dedicado a mantener su política de exención de visados para los ciudadanos de aquellos países». Meses después, en la proposición no de Ley presentada en el Congreso de los Diputados en marzo de 1991, se proponía. «Desarrollar la utilización del visado como instrumento de orientación de la política inmigratoria modernizando y reforzando la red consular española sin perjuicio de que se mantenga la tradicional política de apertura hacia los ciudadanos de los países de Hispanoamérica»

(104) «El Consejo podrá decidir por unanimidad a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, la aplicación del artículo 100.C a acciones de las contempladas en los apartados 1 a 6 del artículo K-1..»

(105) Vid., al respecto, GORTAZAR ROTAECHE, C. J., *Normativa aplicable a los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea*, en VV.AA., *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, 1995.

(106) El señor Morán así lo expresaba en la Comisión de Constitución del Senado: «No debemos limitar el futuro, ya que es muy posible que si el movimiento europeo continúa creemos una situación en la que sea posible un estatuto de ciudadanía europeo y no tengamos que corregir la Constitución para dar este paso que está quizá en la historia y que sin duda está en el deseo de todos» (PÉREZ VERA, E., *El sistema* .. cit., pág. 691).

En este sentido, el nuevo tratado de Unión Europea crea en su artículo 8 una «Ciudadanía de la Unión» que comporta la titularidad de una serie de derechos y deberes previstos en el tratado, entre otros el de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y europeas del Estado miembro de residencia, la protección diplomática en el territorio de un tercer Estado por parte de las autoridades consulares y diplomáticas de cualquier Estado miembro, el derecho de petición ante el Parlamento europeo y el

La pregunta entonces podría formularse de la manera siguiente: ¿Cómo puede España mantener sus viejos vínculos con Iberoamérica desde la nueva familia europea?

Ciertamente, Iberoamérica no es una de las regiones del mundo con las que la Europa comunitaria haya tenido vínculos más estrechos. La política comercial común, con importantes consecuencias en el reconocimiento de derechos, tales como la libre circulación de personas, la no discriminación de trabajadores, etc., ha tenido tradicionalmente otros objetivos regionales prioritarios.

En la cumbre de esa pirámide imaginaria de preferencias comerciales se encuentra el Espacio Económico Europeo, en cuyo ámbito se reconocen las cuatro libertades comunitarias a los nacionales de Islandia, Noruega y Liechtenstein (107).

El segundo escalón de cooperación está representado por los Acuerdos Europeos con Hungría, Polonia, República checa y eslovaca, Bulgaria y Rumanía (108), y los próximos Acuerdos con los países bálticos (109) y Eslovenia (110). En ellos se proclama la no discriminación de estos trabajadores del Este en la Unión Europea respecto de las condiciones de trabajo, remuneración o despido en relación a los nacionales de la Unión Europea. Además, el cónyuge e hijos de ese trabajador si residen legalmente en la Unión podrán acceder al mercado laboral de ese Estado miembro. Por otra parte se establece como objetivo la coordinación de los regímenes de Seguridad Social.

En un tercer escalón se encontrarían los acuerdos de Asociación firmados con países del entorno geográfico de la UE entre los que, con diversas matizaciones de contenido podría englobarse a los Acuerdos con Malta y Chipre y con Turquía (111), y los próximos Acuerdos de Asociación con los países mediterráneos en el marco de la nueva política euromediterránea:

derecho o facultad de dirigirse al Defensor del Pueblo (Bruselas, 1 de febrero de 1992, CONF. UP-UEM 2002/92).

(107) Como es sabido, Suiza, por referendum no está incluida en esta lista, si bien existen con este país negociaciones bilaterales para determinadas cuestiones como productos agrícolas, etc..

(108) Sin embargo, en los casos búlgaro y rumano, las restricciones a la libre circulación son mucho mayores debido a que sus nacionales siguen necesitando un visado de entrada en la Unión europea.

(109) Acuerdos firmados el 12 de junio de 1995, aunque no ratificados aún por todos los parlamentos nacionales.

(110) En negociación desde el 15 de junio de 1995.

(111) País con el que está vigente un viejo Acuerdo de Asociación de 1963, y actualmente se encuentra pendiente de ratificación por los parlamentos nacionales su ampliación a una Unión aduanera.

Túnez, Israel y Marruecos (112) y pendientes de ratificación con Egipto, Jordania y Líbano.

En un escalón inferior se encontrarían los viejos acuerdos de cooperación que desde los años setenta se han venido firmado con países de la zona ACP entre los que destacan los grandes Acuerdos de Lomé acompañados de sus respectivos protocolos financieros ya renovados en cuatro ocasiones y el sistema de preferencias generalizadas. La adhesión de España y Portugal a las Comunidades europeas en los años 85-86 ha supuesto un fuerte empujón a la incorporación de los países de América Latina a las políticas comunitarias comercial común y de cooperación al desarrollo: este es el sentido de la firma los días 15 y 16 de diciembre de 1995 en Madrid del Acuerdo Marco interregional con el Mercosur, y las actuales negociaciones en curso con México y Chile.

6. CONCLUSIONES

El objeto de mi trabajo ha sido realizar un recorrido a través de las normas españolas en materia de nacionalidad y extranjería para detectar en ellas la consecución del ideal de «Comunidad Hispánica».

Podríamos decir que desde que FEDERICO DE CASTRO expresara los inexorables compromisos y consecuencias que su proclamación conllevaba, el Derecho español ha sufrido una evidente evolución: hemos asistido a unos intentos de dotar de estructura jurídica a la existencia de tal Comunidad en los años cincuenta y sesenta, con mayor o menor éxito, y a un progresivo debilitamiento de los mismos en los años posteriores.

Este fenómeno se produce precisamente en estos momentos cuando la inmigración procedente de aquellos países es más numerosa, y por tanto cuando sería más necesaria una normativa jurídica que facilitara una progresiva integración y equiparación al nacional. La vigencia de los convenios de doble nacionalidad hace posible que a su vuelta a casa puedan incorporarse de nuevo a la comunidad nacional. Sin embargo, las disposiciones de extranjería son las que afectan al inmigrante en el primer momento más duro: cuando deja su patria para buscar trabajo en otro país.

Un pueblo no puede perder el sentido de su historia, ni negar sus raíces, y menos aún puede olvidar la deuda de gratitud con la acogida que estos países han dispensado durante tantos años a nuestros compatriotas. El presidente del Gobierno español, señor González, afirmaba en la reciente cum-

(112) Estos tres acuerdos ya han sido firmados y se encuentran pendientes de ratificación por los parlamentos nacionales.

bre iberoamericana de Bariloche que la mayor interrelación entre la Unión Europea e Iberoamérica «pasa necesariamente por la definición de una nueva política común para Latinoamérica», esfuerzo en el que España está embarcada desde hace tiempo. Confío que este compromiso español despliegue sus frutos.

SALOMÉ ADROHER BIOSCA
Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad Pontificia Comillas

El *Corpus Iuris Civilis*. Historia y ediciones

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EDICIONES CON GLOSA.—III. EDICIONES NO GLOSADAS: A) EDICIONES CON NOTAS. B) EDICIONES SIN NOTAS.—IV. EDICIONES ESPAÑOLAS.—V. EDICIONES ORDENADAS.

I. INTRODUCCION

El presente trabajo (1) se propone una investigación de base, tomando como muestra y en homenaje al que constituye el fundamento del Derecho Intermedio, Codificado y Moderno, el *Corpus Iuris Civilis*, que por su importancia e influencia en la cultura occidental (2), ha llegado a constituirse en un punto de referencia obligado para la homologación del derecho privado europeo, como testimonio evidente de su unidad pretérita y sin perjuicio de particularidades locales, que conduce de algún modo a la unificación normativa europea, al menos en materia contractual y comercial, propiciando una meta más ambiciosa y de amplio espectro, la consecución paulatina de un Derecho Uniforme.

No se trata de una disertación de Historia del Derecho, por más que se piense, aunque no lo comparto, que la Historia del Derecho no es sino la Historia de los libros y textos jurídicos. Se trata, de difundir algunas anécdotas y conocimientos de sus distintas ediciones, unas curiosas, otras valio-

(1) Dedicado a Jose María Chico Ortiz, felizmente recuperado.

(2) Se ha llegado a decir, incluso, que la historia del orden social en la Europa occidental ha tenido tradicionalmente sus cimientos en dos libros que, en su forma definitiva, eran ajenos a su espacio geográfico: la Biblia judeo-cristiana, de larga formación hasta el siglo II, y la Recopilación de Derecho Romano realizada en el Imperio Bizantino, bajo el emperador Justiniano, en el siglo VI. Vid. CLAVERO, B., *Historia del Derecho Común*, Ed. Universidad de Salamanca, 1994, pág. 11. Siendo esto así, como efectivamente creemos, puede imaginarse, de añadidura, la importancia para el mundo del Derecho.

sas, de su simple texto, o hermosamente glosado por una imperecedera doctrina que, desgraciadamente, se está olvidando cada vez más en nuestro país, en contraste con un importante sector doctrinal extranjero que tiende a una relativa unificación del derecho privado, siquiera en órbita europea, o hispanoamericana, tomando por base lo que otrora fuese Derecho Común Universal.

No se trata tampoco de un trabajo de eruditos al que pueda objetarse que falta esta o aquella edición, en un afán de bibliógrafo a ultranza, puramente formal, porque se pretende exclusivamente revelar los mayores datos posibles de las ediciones del *Corpus Iuris Civilis*, clasificándolas y señalando sus respectivas cualidades, a fin de establecer una investigación-base, desde la que puedan realizarse, a su vez, otras investigaciones puntuales.

Se trata, por tanto, de dar una selección de las ediciones verdaderamente significativas a lo largo de la historia, no sólo desde un punto de vista bibliográfico, sino también desde el plano de la investigación, al objeto de ofrecer al lector aquellas obras que cabalmente han contribuido a una nueva versión mejorada de las originarias, de por sí auténticas «herramientas-joya» para el conocimiento y difusión de la arquitectura legal romana, base del mundo del Derecho.

BURCARGO DE BIBERÄCH, Preboste de Urberg entre 1215 y 1226, relata en su «Chronicón» que el jurisconsulto IRNERIO, nacido en Bolonia a mediados del siglo XI, concentró sus estudios en los *Libri legales* que circulaban por Bolonia y las ciudades de Italia centro-septentrional: Toscana, Rávena, Pavía y Verona, libros que habían perdido su vigencia y que con anterioridad nadie había investigado (3).

Estos *Libri legales* eran los Cuerpos de Derecho redactados por Justiniano entre el 529 y 533, que el propio emperador había promulgado como textos legislativos. Componían el *Corpus Iuris*: un manual elemental de Derecho en cuatro libros, las INSTITUCIONES; una selección de leyes del propio emperador y de sus antecesores en doce libros: el CODEX; una densa antología de jurisprudencia romana, iura, en cincuenta libros: las PANDECTAS o DIGESTO y, finalmente, las Constituciones sobre diversas materias del derecho: sucesiones, matrimonio, capacidad del hijo de familia, magistraturas civiles, etc., que formaron las NOVELLAE CONSTITUCIONES.

Las diferentes partes que componen el Derecho de Justiniano se transcribieron en principio con separación. Todas en conjunto llevaban el nom-

(3) No parece posible esta práctica de la investigación histórica sin una concepción del pasado como filosofía específica, tal vez no exenta de un amor a los libros antiguos, y en tal sentido podría llegar a afirmarse que IRNERIO fue, además de buen jurista, también bibliófilo jurídico, cualidades ambas que suelen presentarse compatibles y frecuentemente unidas.

bre de *Corpus Iuris Civilis*, aún cuando no se diese este título genérico a la colección entera que de ella se formó. Cada volumen, por tanto, conservó su título particular hasta que Dionisio Godofredo dio en 1604 ese título general a la segunda edición de su *Corpus Iuris Civilis* glosado, que no puso a la primera de 1589 y, desde entonces, se ha conservado este nombre en todas las ediciones, con el fin de distinguirlo del *Corpus Iuris Canonici*.

Mas para comprender el pensamiento que inspiró la concepción de la obra, conviene precisar los elementos del Derecho vigente en la época en que Justiniano subió al trono, es decir, las fuentes usadas por los jueces. Las reglas de Derecho se hallaban esparcidas, primero, en una multitud de Constituciones imperiales, y después, en muchos volúmenes de escritos de jurisconsultos. Las primeras formaban las denominadas *leges*, y los segundos, el *ius* propiamente dicho. Todo lo demás: leyes del pueblo, plebiscitos, senadoconsultos y edictos de los magistrados se habían refundido en aquellas dos categorías. Pero los productos de estas diversas fuentes no se estudiaban directamente, pues ocurría con frecuencia que se había perdido el original y era muy difícil encontrar los libros en que éste se hallaba contenido.

Viendo Justiniano la dificultad que el estudio del Derecho y la práctica aplicación del mismo hallaban en esa abundancia de textos diseminados, concibió el proyecto de reunir en un solo Cuerpo legal las reglas jurídicas que derivasen de la autoridad imperial o proviniesen de la autoridad de los jurisconsultos, y siguiendo la idea del Código Teodosiano y la Constitución imperial, *Lex Citationum* (4), pensó reunir en dos colecciones sistemáticas

(4) Impropiamente traducida como Ley de citas, es una Constitución de los emperadores Valentiniano III y Teodosio II del 426, que en vista de las continuadas citas de autores, con frecuencia usadas viciosamente por errores de copia de los manuscritos, o por falseamiento de propósito para ajustarlos a una determinada posición procesal o, finalmente, por ser desconocidos o al menos no comprobables, ordenaba para la práctica de la Administración de Justicia que habría de prevalecer la especial autoridad de GAYO, PAPINIANO, PAULO, ULPIANO y MODESTINO Subsidiariamente, los autores aludidos por alguno de estos grandes maestros, siempre que de tales autores pudieran mostrarse manuscritos fiables. Habiendo disparidad de opiniones en el grupo de los cinco grandes, deberá adoptarse la que siga la mayoría de ellos y, en caso de igual número de pareceres en un sentido y en otro, debe seguirse la de PAPINIANO. Por último, si no existe decisión sobre el caso, queda en libertad el juzgador para atenerse a su mejor saber y entender.

La *Lex citationum* se encuentra recogida en el *Codex Theodosianus*, 1, 4, 3, del que existen preciosas ediciones. CUJAS pasa por ser el primero que rescató el *Codex Theodosiano*. Su obra fue editada en Lugduni, 1566, luego en París, 1586, en el mismo año en Aureliae Allogrobum, y otra vez en París, 1607. Contiene además un conjunto de libros antejustinianos: *Omnia ex veteribus libris auctiora aut emendatiora. curante Jac Cujacio*. Sin embargo, mucho antes puede encontrarse una edición en Basilea, 1528, a cargo de Joannes Sichardus, y otra en París, 1549, a cargo de Jo. Tili, que fueron compiladas por Franciscum Fabrum en una edición de Lugduni, 1593, a cuyo frente constaban

las Constituciones imperiales y las obras de los juriconsultos, plasmando así el Código y las Pandectas.

En relación con el *Código*, había que integrar en un solo Cuerpo cuanto pareciera útil de las Constituciones dadas y las promulgadas después hasta cierta fecha, abreviándolo en lo posible, desechando lo que había caído en desuso, e introduciendo, por último, las reformas que exigían las circunstancias. Se clasificó el contenido por materias, en diferentes títulos. A tal fin nombró Justiniano una Comisión de diez juriconsultos a los que dio amplios poderes. A su frente, Juan, *Questor sacri*

Sichardo, Tilio, Bouchardo y Cuiaccio. De todas ellas la más preciada y de gran belleza tipográfica es la de Nivellius que describimos así:

CODEX THEodosIANUS. Codicis Theodosiani libri XVI. Imppp. Theodosii, Valentiniani, Martiani, Maioriani, Leonis, Severi et Anthemii novellae constitutiones. Tituli ex corpore Codicis Gregoriani. Tituli ex corpore Codicis Hermogeniani Adiaectae sunt suis locis Aniani . interpretationes XII Tabular. fragmenta. Fragmenta ex libris Institutionum Gaii. Eiusdem Gaii institutionum epitome Volusu Metiani de Asse liber singularis. Fragmentum ex Papiniani libro I responsor Iulii Pauli Sententiarum receptarum libri V. cum Aniani interpretationibus. Eiusdem Pauli fragmentum ex lib. II. Institutionum. Domitii Ulpiani regularum liber singularis. Fragmentum ex Modestini libri III regularum. Lex Dei, sive Mosaicarum et Romanarum legum vetus collatio Consultatio veteris cuiusdam IC. Fragmentum ex Dosithei magistri grammatica Stemma quemadmodum hereditates lege redeant. Burgundionis IC. qui Papiani responsorum titulum praefert liber. Notae Iuris a Magnone collectae. Notae Iuris ex Valerio Probo Omnia ex veteribus libris auctiora aut emendatiora. Parisiis, apud Sebastianum Nivellium MDLXXXVI.

Pero la edición más completa es la de JACOBUS GOTHOFREDUS, titulada:

Codex Theodosianus, cum perpetuis commentariis Jacob Gothofredi Prae-tuntuntur chronologia accuratior, cum Chronico Historico, & Prolegomena Sibijciuntur Notitia Dignitatum, Prosopographia. Topographia, Index Rerum, & Glossarium Nomicum. Opus posthumum; Div in foro et schola desideratum, recognitum & ordinatum ad usum Codicis Iustiniani, opera et studio Antonii Marvilli Antecessoris. Lugduni, Ioannis-Antonii Huguetan, Marci-Antonii Ravaud, MDCLXV. seis tomos en cuatro volúmenes en folio.

M. JEAN DAN RITTER hizo una nueva edición publicada en Venecia, a partir de 1736 el Tomo I, 1737 el II, 1738 el III, 1739 el IV, 1741 el V, y 1742 el VI, todos ellos en folio, repetida en otra bellísima de Venecia, a partir de 1739, 1740, etc. Y modernamente, TH. MOMMSEN y P.M. MEYER, *Theodosiani Libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes*. 2 vol. Berlín, 1905, reimp. 1954

Es interesante el trabajo de LÓPEZ-AMOR y GARCÍA, M., «Sobre la posible relación entre el Proyecto del Codex Justiniano y la codificación de Teodosio II», en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, II. Ed Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Fundación Seminario de Derecho Romano «Urcisino Alvarez». Madrid, 1994, pág. 361 y sigs.

palatii nostri, y entre ellos se contaba Triboniano, *Magister Officiorum*. En catorce meses se terminó la tarea, de la que resultó el nuevo Código, dividido en XII Libros, y conformado por una Constitución, «*Haec quae necessario*», que disponía su composición y el propósito especial del emperador, y otra, «*Summa rei publicae*», que abrogaba al propio tiempo el uso de las antiguas colecciones de rescriptos y edictos. Llamado Código antiguo, o *Codex justinianeus* en la Constitución «*Cordi nobis, de emendat cod.*», se perdió completamente.

El abundante número de Constituciones dictadas después de publicar la primera edición del Código, cincuenta en total, y sobre todo, el hecho de que esta obra no se ajustaba a los principios seguidos en la composición del Digestum y de las Instituciones, decidieron al emperador a encargar una nueva y definitiva edición que superara y sustituyera a la precedente. Confiada esta labor a Triboniano y a cuatro letrados, elaboraron el *Codex Repetitae Praelectionis*, promulgado mediante la Constitución «*Cordi nobis*», de 4 de noviembre del 529, dirigida al Senado de Constantinopla.

El Código pues, constituye una reunión de Constituciones imperiales, las cuales desde Adriano a Constantino son en su mayor parte rescriptos, y después hasta Justiniano edictos o leyes propiamente dichas. Está dividido en doce libros, subdivididos en títulos, que reflejan las Constituciones según las materias a que corresponden, fraccionadas muchas veces, y observando un orden cronológico. Al frente de cada una de ellas está el nombre del emperador que la publicó y de la persona a quien iba dirigida. La fecha resulta al final, si bien hay muchas *sine die et consule*. El orden de materias es el mismo que el Digesto, pero el Código contiene en sus tres últimos libros muchas que faltan en aquél, olvidándose por otra parte citar muchas constituciones del antiguo Código que recoge la Instituta.

Los manuscritos del Código son muchos, aunque menos, los correctos, y ninguno tan antiguo como el de las Pandectas florentinas. En general, suelen faltar los tres últimos libros, dedicados al Derecho público. Omiten constituciones, especialmente griegas, y a veces, no se transcriben, simplemente se extractan. Sin embargo, se ha salvado una parte del texto en un manuscrito copiado aproximadamente en tiempos de la Littera florentina, llamado *Codex rescriptus Veronese*. Otros se encuentran en Pistoia, Cassino, París, etc.

Las *Pandectas*, en cambio, son una colección de fragmentos tomados de las obras de 39 jurisconsultos cuya base de elección fue la Ley de citas. Fueron compiladas por una comisión nombrada en el año 529, presidida por TRIBONIANO y compuesta de 16 personas, que se subdividió en tres subcomisiones que fueron eligiendo determinado número de obras entre las preelegidas, siendo recogidos y coordinados sus trabajos por la Comisión en pleno. Terminaron en unos tres años y quedaron publicadas en el año 529.

Entre los manuscritos de las Pandectas el más antiguo es sin disputa el de *Pisa* o *Florenia*, datándose en el siglo VII (5). Posiblemente escrito en Constantinopla, de la pluma de un griego, fue encontrado por primera vez en Pisa, regalado por el emperador Lotario II. Allí permaneció hasta el año 1411 en que pasó a Florenia, donde se encuentra en la Biblioteca Mediceo-laureniana.

Todos los demás se han tenido durante mucho tiempo sin fundamento por copias del de Florenia y fueron denominados *manuscripta vulgata* o *codices vulgati*, en oposición al que se creyó original. Por ello, con el nombre de *Vulgata* o *Littera vulgata* se conocen los manuscritos de finales del siglo XI y posteriores, derivados de otro del siglo X o tal vez XI que reproducía la *Littera florentina*, corregido a la vista de un tercero que no ha llegado hasta nosotros. Estos manuscritos más antiguos de la *Vulgata* se encuentran en París, Vaticano, Padua y Leipzig.

Las Pandectas y el Código comprendían todo el Derecho Romano imperial y científico. Pero el acceso a tan extensas colecciones era difícil a los principiantes no iniciados en la ciencia del Derecho. Por ello, el emperador dio orden a Triboniano, Teófilo y Doroteo de realizar un compendio que sirviese de guía orientadora. Tomaron como base las «*Institutiones*» y las «*Rerum quotidianarum*» de Gayo, el Digesto y algunos fragmentos de los principales tratados anteriores de Instituciones (Marciano, Ulpiano, y Florentino), sin añadir más que lo relativo al nuevo Derecho justiniano. Surgen así las *Institutiones* de Justiniano. En la Constitución «*Deo auctore*» el emperador enunciaba la composición de un tratado elemental:

«*Institutionum vicem optinens, ut rudis animus studiosi, simplicibus enutritus, facilis ad altioris prudentiae redigatur scientiam*».

Es decir, se trataba de una obra al estilo de las Instituciones para que los estudiantes, provistos de una cultura muy elemental, puedan alcanzar más fácilmente las alturas de la ciencia jurídica.

La obra se llevó a cabo muy rápidamente y en 21 de noviembre del 533, antes de la conclusión del Digesto, la Constitución «*Imperatorium*» aprueba

(5) Si bien hay que dar cuenta de algunas hojas de un manuscrito encontrado en Nápoles de la misma época que el florentino. Un estudio pormenorizado de los manuscritos y su diferente localización, de calidad excelente, puede encontrarse en E. RICART MARTÍ, «La tradición manuscrita del Digesto en el Occidente medieval, a través del estudio de las variantes textuales», en *AHDE*, núm. 57 de 1987, pág. 5 y sigs. En concreto respecto de la florentina, vid. SPAGNESI, E., *Le pandette di Giustiniano. Storia e fortuna della Littera Florentina* Mostra di codici e documenti (24 giugno-31 agosto, 1983), Florenia 1983. PESCANI, P., «Florentina Littera», en *Novissimo Digesto italiano*, VII, Turín, 1961, pág. 409, y sigs., y «La Littera florentina e bononiensis e la futura edizione del Digesto», en *Annali Fac. Giur. Univ., Camerino* 32, de 1966, pero publicado en 1967, pág. 299 y sigs.

las Instituciones que dirige a «*cupidae legum iuventuti*», esto es, a los jóvenes ávidos del estudio del Derecho. El manual consta de cuatro libros subdivididos en títulos, y se formó seleccionando y refundiendo pasajes de las Instituciones de GAYO y otros autores clásicos.

Las *Novelas* no formaban libro específico al principio, ni fueron dadas para formarlas, pero encontrándose dispersas y puestas por separado en las ediciones, fácilmente se comprende que ésta sea entre todas las partes del *Corpus Iuris* la que guarda menos uniformidad en las diferentes ediciones, y que no puedan clasificarse. Todo lo más, cabría indicar qué ha hecho cada editor para ordenarlas.

Las colecciones más importantes son:

- 1.º El *Epitome Juliani*, compendio latino de 125 novelas, compilado en el año 556 por Juliano, profesor de Derecho en la Escuela de Constantino-pla (6).
- 2.º El *Authenticum*, o sea, *Liber Authenticorum* o *Versio Vulgata*, colección de 134 novelas latinas en su texto original y griegas traducidas al latín, que en el siglo XII fue muy divulgada en Italia (7).
- 3.º La colección *griega* de 168 novelas, de las que 153 son de Justiniano y el resto de sus sucesores, singularmente Justino II y Teodosio II (8).

Todo aquel conjunto formaba el testimonio más rico del mundo jurídico romano, que renacía en el siglo XII, gracias a IRNERIO, que en un documento del año 1113 aparece como abogado causidico de la marquesa MATILDE DE BOLONIA, a cuya instancia comenzó su magisterio, de suerte que dicho jurisconsulto puede ser considerado el fundador de la ciencia jurídica europea.

La Escuela de Derecho de Bolonia asume una especialísima significación en la Historia de la cultura europea, toda vez que esta institución dará más tarde origen a la Universidad. El número de alumnos, *studenti*, creció continuamente por causa de la movilidad interterritorial de los siglos XII y XIII y del progreso económico y desarrollo urbano. Llegan a Bolonia para escuchar las lecciones, formando con los profesores una «comitiva» o comunidad de trabajo y de vida que antecede a la institucionalización de la enseñanza con el nombre de «Universidad», asociación estable y definida que fructifica

(6) La mejor edición del Epitome fue publicada por HAENEL, Leipzig, 1873.

(7) Buena edición es la de HEIMBACH, Leipzig, 1846, pero es preferible la que constituye el tercer volumen del *Corpus Iuris* completo, editado en Berlín (recognovit SCHOELL, absolvit KROLL, Berolini, 1893, apud Weidmannos), nueva versión latina que luego veremos.

(8) Se realizó una edición crítica de orden cronológico, dirigida por ZACARÍAS VON LIGENTHAL, Leipzig, Teubner, 1881, en dos volúmenes, pero la mejor es sin duda la que se contiene en el volumen tercero de la de Berlín, mencionada en la nota anterior.

a fines del siglo XII, y hará célebres los nombres de la de Bolonia para Derecho, París para Teología y Filosofía, y Salerno para Medicina. Y este nombre, Universidad, acabará sustituyendo en el siglo XV el de «Estudios Generales» para definir las Corporaciones de estudiantes y maestros (9).

Pero la enseñanza requería el auxilio de los libros, objetos enormemente preciados en cuanto contenían la «*Scientia*» capaz de aprenderse y transmitirse. A principios del siglo XII el único texto disponible era el del profesor. Como no era fácil adquirir por compra textos ya copiados, surgieron talleres de copistas capaces de multiplicar el manuscrito básico, ejemplar, sin errores que alteraran su contenido.

El ejemplar se prestaba a los estudiantes o a los copistas a sueldo por medio de libreros o «estacionarios», y a veces, no por libros enteros sino en cuadernos separados de un total de diez y seis páginas. De este modo se difundieron los textos en las Universidades de la Edad Media hasta la introducción de la imprenta.

La importancia del Derecho Romano, a partir de su recepción en toda Europa, pero principalmente en Alemania e Italia, fue enorme y de gran calado. Por eso no es de extrañar que a poco de aparecer la imprenta, se piensa en la edición de estos libros jurídicos justinianos, si bien, de momento, sólo se produce una importante aunque breve parte del *Corpus Iuris Civilis*: las Instituciones. No es el primer libro jurídico que vio la imprenta porque antes, en Maguncia, en 1465, ya se habían publicado las Decretales por Johan Fust y Petr. Schoeffer, pero está muy próxima a ellas y se titula:

INSTITUTIONUM Justiniani Libri IV, cum glossis. Maguntiae, per Petrum Schoeyffer de Gernzheim, anno incarnationis Dominicae, MCDLXVIII.

Se trata de una edición in folio, de la que existe un ejemplar impreso en vitela en la Biblioteca Nacional de París. Alrededor del texto figuran los comentarios o glosas, y al final del volumen se lee lo siguiente:

«Presens Institutionem preclarum Opus alma in urbe Maguntina inclite Nationis Germanice, quam Dei clementia tam alti Ingenii lumine donoque gratuito ceteris terrarum Nationibus preferre illustrare que dignatus est, non atramento ni. non plumali canna neque erea sed artificiosa quadam adinventione imprimendi seu caracterizandi sic affigiatum, e ad eusebiam Dei industrie est consumatum per Petrum Schoeyffer de Gernzheim. Anno Dominicae Incarnationis Millesimo cccc.lxviij. Vicesima quarta die mensis Maij.»

Seguidamente, figuran doce versos latinos que atribuyen la gloria de la invención de la imprenta a la Villa de Maguncia. Esta obra se reproduce en

(9) Sobre el particular, FASOLI, G., *Per la Storia dell'Università di Bologna nel Medio Evo*, Bologna, 1970.

una segunda edición en la misma ciudad e impresor, en 1472, algunos impresos en vitela. Recogemos esta hermosa obra a título anecdótico y por tratarse de la edición Príncipe de una de las primeras obras jurídicas impresas, de relieve universal y de la que, desgraciadamente, no se conocen ejemplares en España.

La idea de dar a la imprenta las Instituciones, antes que cualquier otra obra, estaba justificada en cuanto, por un lado, permitía la fijeza de texto que no podían ofrecer los manuscritos y, por otro, eran objeto de una gran demanda por los estudiantes, toda vez que representaba, a efectos docentes y por aquel entonces, un excelente texto disponible (10). Pero no tardando, se continuó en el esfuerzo de editar los restantes Cuerpos legales justinianeos, separadamente, y así, en relación a las *Pandectas* se publican separadamente sus tres partes: en 1476 aparece el *Digestum Vetus*, en Perusa, editado por Enrique Clayn; el *Infortiatum* en 1475, en Roma, y el *Digestum Novus* también en Roma en 1477, ambos editados por Vito Pücher.

En relación al *Codex*, la edición príncipe aparece en Maguncia en 1575, si bien, igualmente, en ese año existe otra, cuyo ejemplar figura en Madrid en la Biblioteca March, titulada:

CODEX Justinianus (Lib.I-IX), cum glossa Francisci Accursii. Norimbergae. Johannes Sensenschmidt et Andreas Frisner. 24 junio MCDLXXV.

En cuanto a las *Novellae*, se cuenta en primer lugar con la edición vulgata que contiene sólo las novelas conocidas por los glosadores, los tres últimos libros del *Codex*, la *Instituta* y los libros de los feudos, que se encuentra en S. Isidoro de León y en la Biblioteca Cap. de Tarazona, y se describe como sigue:

NOVELLAE. CONSTITUTIONES. Codex Justinianus (Lib. X-XII). Consuetudines feudorum. Omnia cum glossa Francisci Accursii. Extravagantes, seu Collatio XI. cum apparatu Bartoli Saxoferrato. Romae, apud Sanctum Marcum (Vitus Puecher) MCDLXXVI en folio.

La primera colección del Epítome Juliano estuvo al cuidado de NICOLAUS BOERIUS, Lugduni MDXII, luego publicada *cum legibus longobardorum et scholiis*, Venetiis MDXXXVII. Sin embargo la más conocida y tenida por príncipe para todo el *Corpus Iuris*, es la publicada por Haloandro en griego, con inscripción que dice:

Novellarum Constitutionum Dn. Iustiniani principis, quae extant volumen. Appositi sunt Canones S. Apostolorum per Clementem in unum congesti

(10) En cuanto a los estudios de Derecho anteriores al *Corpus Iuris*, véanse las interesantes notas, incluido un programa de cinco cursos, recogidas por D'Ors, *Derecho Privado Romano*. 4.^a edición, Pamplona. 1981, pág. 103 y sigs

GREGORIO HALOANDRO interprete, Norimbergae, sive in castro Norico apud. Io Petreum Anno Domini MDXXXI.

Entre las ediciones del *Corpus Iuris Iustinianei* completo deben distinguirse las glosadas de las sin glosa, algunas de las cuales se hallan enriquecidas con notas y comentarios y otras sin anotaciones de clase alguna. Las glosas derivan de la forma exegética en que eran estudiadas las colecciones justinianas por los Comentadores más antiguos de las leyes romanas y, siguiendo luego sus huellas, por los primeros profesores de Derecho de Bolonia, especialmente IRNERIO hasta ACCURSIO.

Se llaman glosas las notas que formaban un comentario no interrumpido sobre el texto de las compilaciones justinianas, merced a las cuales aquellos profesores trataban de explicar el Derecho romano, singularmente mediante referencias a pasajes análogos o la concordancia de las aparentes antinomias. Fueron insertas en las interlíneas del texto (glosa interlinear), luego al margen (glosa marginal) y después se unieron a las de los otros glosadores (apparatus). Las diferentes glosas esparcidas en gran número de manuscritos fueron reunidas en el siglo XIII por ACCURSIO, que extrajo la mejor parte de las producidas y aún añadió algo original. Este trabajo se conoce con el nombre de glosa ordinaria, y figuran, algunas de ellas enriquecidas con notas y comentarios, mientras que otras veces sólo se recoge la pura glosa (11).

II. EDICIONES CON GLOSA

Suele decirse entre los autores que hasta el año 1529 todas las ediciones del *Corpus Iuris Civilis* contenían las glosas explicativas. Entre las mejores hay que destacar las siguientes:

1.º Las impresas en *Venecia entre los años 1482 y 1507*, por JUAN BAUTISTA TORTIS, que introdujo precisamente un tipo de letra especialmente nítida y hermosa que lleva su nombre (12). Se trata de un grupo de textos

(11) De particular interés resulta el trabajo de SÁINZ-EZQUERRA, J. M., titulado. «La Glosa y el texto jurídico: un análisis de historia y método», en *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero*, II. Ed. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Fundación Seminario de Derecho Romano «Urcisino Alvarez». Madrid, 1994, pág. 505 y sigs.

(12) Noticia de alguna de estas obras y otras de Venecia, de distintos impresores, Lugduni y Roma, todas ellas anteriores a 1500, puede encontrarse en el Catálogo General de Incunables en las Bibliotecas españolas, coordinado y dirigido por Francisco García Craviotto. Ministerio de Cultura, Dirección General del Libro y Bibliotecas, Tomo II, Madrid, 1989, pág. 289 y sigs.

de bellísima estampación, como todos los incunables, pero a efectos de investigación debe advertirse que no tienen la depuración de los revisados a mediados del siglo XVI por insignes juristas, como enseguida veremos. Citemos las siguientes:

Digestum uetus de Tortis. a su vuelta Bernardino Crasso Clarissimo iuris-consulto veneto Hieronymus darius Brix. iuris. v. doctor Prothono tarius comes apostolicus Salutem. Al folio 354 expresa Uenetis per Baptistam de tortis. Mccccclxxxiiii. die ultimo octobris. Finis. A su vuelta en rojo Tabula oium rubricarum alphabetum posita. ad loca sua per ordinem remissa. Escudo en rojo del impresor con las iniciales B.T 2 + 355 + 3. Foliac. arábica de imprenta y el último sin numerar.

Se ha hecho una edición anastática por la Bottega D'Erasmus que se describe así:

- IUSTINIANI Corpus Iuris Civilis cum Accursii Glossa. Venetis. De Tortis. 1487: *Digestum Vetus*. ff. 352. Ristampa, 1969.
- Idem *Infortiatum*, 1488, ff. 256. Ristampa, 1968
- Idem *Digestum Novum*. 1487-88, ff. 306. Ristampa, 1968.
- Idem *Codex*, 1488, ff. 292. Ristampa. 1968.
- Idem *Volumen*. 1489. ff. 182. Ristampa. 1969.

2.º Las cinco ediciones impresas en Lyon entre 1510 y 1536 por FRADIN, de muy bello formato. De cinco volúmenes en folio, fue hecha siguiendo las correcciones de Bologninus a las Pandectas Florentinas, a expensas de Aimon de la Porte. Describamos dos de ellos:

DIGESTUM VETUS quinquaginta librorum Pandectarum primum volumen XXIIIj libros continens (errata abiectis ac glossis transpositis suis locis restitutis) magna impressum fedulitate subjecta complectitur. Lugduni MDXIV (die vero X Maii).

Casus breues variorum doctorum textum enucleantes
annotatumculas paucas in marginibus positas

Peculiarem indicem ex hisce annotatumculis.

Versus sufficienter mensurati et explanati rubricas tangentes

Titulos insuper ad inueniendum doctrinam per alphabetum coactos
hoc pandectarum caput aspiciendo. videbis

Primis sub notulis delituisse caput.

FRANÇOIS FRADIN

Quid ff. veteri addidimus

Ampliationes ac interpretationes textuum glossarum Ludovici Bolognini ac variorum docto.

Concordantias iuris canonici ad ius civile que pretermisse prius fuerant.

Arborem seu figuram jurisdictionum ante rubrica de iuris. om. iudi. fol. XXIIj. co.IIj.

Ite arborem seu figuram seruitutum situatam ante rubricam de serui. fol. clvj co IIj. et qm iste materie vident in hac arte tyruculis satis difficiles ideo ampliam figurative cum suis diffinitionibus ut facilis aprehendat.

Item recognovimus repertorium titulorum: legum ac materiarum in glo. contentarum.

El otro tomo, de bellísima factura, DIGESTUM NOVUM, se describe así:

DIGESTI NOVI amplissimum argumentum.

Divisiones legum per paragraphos hic diligentius annotantur qz prius.

In margine inseruntur iuris pontificij concordantias.

Glossarum omnium caput linearum principium respicit.

Extabant glose olim secte atque corrupte: quas nunc unitas varijs in locis inueniens.

Summari a Bartoli: Baldi et Pauli de Castro et aliorum docto. textu applicantur

Tanguntur glossarum singulares materie in earum marginibus elucidate.

Unuscuiusque titulari atque legis numerus hic annotatur.

Multas leges olim corruptas: nunc restauratas videre poteris.

Notantur verba textus rubris elementis ut facilius conspectu se offerant.

Omnium legum index perutilis longe artificiosior. qz prius hic habetur.

Versibus explicantur omnes huius operis rubrice

Utilis tabula materias singulares in margine signatas comprehendens

Mirabiles elucidationes Ludovici Bolognini textum et glo. enodantes hic inferiuntur.

Nomen huius operis habes hic rubris elementis.

FRANÇOIS FRADIN

Ad lectorem

Hoc qui cernis opus miro cando repatratum.

Visere propenso cuncta favore velis singula scripta precor dextris spectentur ocellis

Ad plenum nequeo pro quibus ipse loqui

Quid ff nouo addidimus.

Limitationes ad textus generales seu fallentias illorum.

Ampliationes ad nimis arctatos textus.

Juris canonici ad ciuile concordantias.

Variorum et inuicem contrariorum textuum concordantias.

Super ceteras castigatas limas qua erant (in remissionibus potissimum) opus (13).

(13) Algunas palabras han sido convenientemente completadas, toda vez que en versión original aparecen con un «carga», que por carecer de expresión tipográfica no

La última edición de FRADIN apareció en cinco volúmenes en folio, impresa en Lyon a expensas de HUGUES DE LA PORTE. En su título, este Cuerpo de Derecho se anuncia *ad Doctissimorum Virorum Annotationes, Exemplariumque vetustorum fidem recognitum*. ANTONIO AGUSTÍN (14) cita esta edición bajo el título *Fradiniani Libri, & de Lugdunenses Antiquiorum*.

3.º Las editadas en París entre 1508 y 1550. La de 1508 aparece en folio. André Boucard realizó en tamaño cuarto una edición del *Digestum Vetus*, en 1509, y del *Infortiatum* en 1511, ambas en el taller de Jean Bonhomme, Jean Petit & Tilleman Kerver. El mismo año aparece otra edición de cinco tomos en cuarto, en el taller de Josse Badius, conocido en latín con el nombre de Jodoc Ascensius. Enseguida apareció otra edición de cinco volúmenes en cuarto, reeditada varias veces: el *Digestum Vetum* en 1513, el *Digestum Novum* en 1514, el *Infortiatum* en 1515, año en el que también aparecen las *Novellae*, y por último el Código en 1516. Simultáneamente, aparece otra edición en folio, realizada por Bertold Rembault, que publicó el Código, el *Digestum Vetum* y el *Infortiatum* en 1515, y el *Digestum Novum*, las *Novellae* y las *Institutiones* en 1516, repitiendo los nueve primeros libros del Código en 1521. Citemos por ejemplo:

CORPUS IURIS CIVILIS. Volumen peculiari vocabulo dictum totus legis sapientiae continens complementum. Complectitur... libros auctentiorum: tres libros Codicis, librum de feudis et tractatum de pace constantiniense cum tabellis et apparatu solito... Al fin: Parisiis, André Boucard Thielman Herver in Parrisien si Academia, impressum opera André Sumptibus Johannis Bonhomme, Johannis Petit et Thielmani Kerver MDXI. 8 hojas y 321 fol. 4.º

Digestum novum quod quincuaginta librorum pandectarum calcem appellare possumus: cum inter tria digestorum volumina istud. XII partiales libros continens sit finale. Parisiis, Joannis Petit.. vigilanti Andreas BOUCARD, Paris MDXIV. Compuesto de seis hojas más una lámina y 498 folios, 4.º

Argumentum Institutionum Imperialium. Immiscetur congruenter testui summaria. Notabiles sane aponuntur additiones. Superflua in glossis contenta sunt resecata. Textuales recte inseruntur diuisiones/Inuenies titulorum conti-

puede recogerse. Pero en realidad sustituyen simples terminaciones, generalmente la n y la m. Para el manejo de todos los volúmenes del *Corpus Iuris Civilis*, y en general, todo el Derecho Intermedio anterior a 1550, resulta muy útil el *Modus legendi abbreviaturas passim in jure tam civili quam pontificio occurrentes Huic accessere tituli qui et rubricae vocantur in universum ius civile*. Paris G. Desboys, 1562, o la edición de Jenae, 1688, en 8.º Y modernamente es el *Dizionario di Abbreviature latine ed italiane*. de CAPELLI, A., Milán, 1979 (anastática). Igualmente útil en esta materia el *Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis*, de C. DU CANGE. editio nova locupletior et auctior. Parisiis, 1733, 6 vol in folio y el *Glossarium novum ad scriptores medii aevi, seu supplementum ad auctiorem Glossarii Cangiani editionem*. Collegit et digessit D. P. CARPENTIER, Parisiis, 1766, 4 vol. in folio. Hay edición moderna de la Akademische Druck U. Verlagsanstalt, Graz (Austria) 1954.

(14) En su importante libro, de cara a las investigaciones sobre el Digesto, titulado *Emendationum*. Libro 2, Cap 5 y Libro 3, Cap. 1

nuationes Triplices tabule bona serie ordinantur. Utiles erunt carminum interpretationes. Tituli omnes iuris civilis comperiuntur. Industriose graecum suo loco inseritur. Oportune arborem ciuilem situauimus Post Folio cc. Noviter glose que non sunt. Accursii signantur. Eximii doctoris Casus longos addidimus. Situantur correcte & ordinate glosarum approbationes et reprobationes maxime in titulo de Actio. Marc Iehan Pettit. Uenundantur Parrhisus ab Joanne Parue in via Jacobea sub signo Lili Aurei. Al final: Parisius, Joannes Preuel MDXXIV, VIII + A-VI + B-IV + CCCLV fol. en 8.º Y el colofón dice: Hoc imperialium institutionum opus impressum est Parisi per Johanem Preuel, commemorantem in vico vulgariter dicto Judas. Anno domini Millesimo quingentesimo vigesimo quatuor Die vero vltima Martii. Bajo la vigilancia de Andreas Boucard, se compone de 6 hojas y 497 folios.

Cuatro años más tarde se edita nuevamente, en 4.º, 12 h. y 182 folios con este título:

INSTITUTIONES Institutionum Imperialium seu elementorum iurisprudentiae libri quattuor iam denuo... recogniti, ac novis... scholiis annotationibus... illustrati... Lutetiae Parisiorum, in edibus Joannis Pettit. [Al final. Parisiis, impressum in edibus Adree Boucard, impensis Johannis Pettit MDXXVIII].

Claude Chevallon, por su parte, imprimió en París en los años 1523 y 1524 un *Digestum Vetum* y otro *Novum* in folio. Se la conoce con el nombre de Blaublommiana Editio, ya que estuvo al cuidado de Louis Blaublommius, profesor de Derecho. Poco después dio a las prensas una edición completa de cinco volúmenes in folio: El *Digestum Vetum* en 1528, el *Novum e Infortiatum*, la versión Authentica de las Novellae y los tres últimos libros del *Codex* en 1529 y, finalmente, los restantes nueve primeros libros del *Codex* en 1530. Y Gilles Perrin dio, finalmente, otra edición en folio en 1534, en los mismos talleres de Chevallon.

Una edición del *Corpus Iuris Civilis*, con las correcciones de ANTONIO AGUSTÍN, de cinco volúmenes en cuarto, se imprime por Charlotte Guillard, la veuve Chevallon, & Guillaume des Bois, librerías de París, entre 1548 y 1550. Muy estimada, se denomina vulgarmente *Corpus Iuris Agustini* porque recoge las correcciones de este jurisconsulto hechas a las Pandectas florentinas, junto con la de otros autores. Por ello se anuncia en estos términos: *Multa sunt restituta, cum Doctorum Virorum Opera, tun veró maxime Antoniii Agustini Emendationibus.*

4.º Las doce ediciones impresas en *Lyon entre 1538 y 1575*, por HUGO A PORTA, unas veces con impresores de su misma familia, otras con Antonio Vicentium, o por sí solo. Comencemos citando la bellísima edición de las Pandectas, preparada por REBUFFO, que se describe como sigue:

PANDECTARUM civilium sectio prima, Digestum Vetus Vulgo uocitata, ad nuper inuentorum exemplarium fidem diligenter recognita, ab Aegidioque

Perrino marginalibus scholiis insignita. Accesit his amplius, viri cuiusdam haud vulgariter docti utilissim. Annotationu. hoc signo precisarum copiosa adiectro, sedulaque cum literae, tum gloss. feré omniu per quám necessaria repurgatio. Ac denique seruitutum praedialium cum primis erudita Authore REBUFFO natae recens arboris Concinnatio, eiusdemque ab eodem suo authore facilis ac miré docta explanatio. Lugduni. Apud Antonium Vicentium MDXLI.

Al final recoge la siguiente inscripción:

Lugduni per Dionysium Harsyrum: Impensis honesti viri Antonii Vicentii. Anno salutis nostre MDXLI. Regestum... Omnes sunt quaterni praeter LL qui ternus est.

PANDECTARVM Ciuilis cesure Pars Tertia, seu mauiis, Digestvm novvm. Cura insigni reuisa, iuxtaque Antiquiss exemplarium fidem anxíe recognita. Cui praeter diligentem Perrini diligentia accessit haud ignaua Viri cuiuspiam egregie docti, cu in Litera, tum in Gloss. feré omnes antea miseris modis, sedulitas, quám hoc signo depredes. Et, ut, ne uid tam egregio desit Operi, .. sita est nouitate iucunda, utilitate gratissima, Authore REBUFFO. Exception Ar [bu] scula, eiusque á suo Authore elegans aequé ac docta explicatio. Lugduni. Apud Antonium Vicentium s.a.

En el curso de los años 1540 y 1541 se imprime una edición de cinco volúmenes en folio por Hugues & les Héritiers d'Aimon de la Porte, que se repite, revisada sobre muchos manuscritos, en 1545, y se trata de la bellísima edición de Baltasar Arnouill, de la que describimos algunos tomos que precisamente son los que no coinciden con la detallada anteriormente para no incidir en pesadas repeticiones:

INFORTIATUM. Quincuaginta Librorum Digestorum seu Pandectarum Iuris Ciuilis Tomus secundus, vulgí vocabulo Infortiatum apellatum, cum his haud dubié omnibus, quae etiamnum coë, simulque excudi contigit. Adiectis praeterea ad marginem Observationibus Annotationibusque nec paucis, nec poenitendis, nullibi certé, si quando alia, aliaque visa est Litera praetermissis Lectionum Varietatibus Et quod omnium primum fuit repurgatis, tum in Litera, tum in Gloss. erratorum multis nullibus, citatisque perperam Legum. Paragrap. Cano. Titulorumque capitibus, fidelissimé (corrogatis in hoc prece pretioque, quam vetustiss. Exemplaribus) doctissimor. Virorum opera Restitutis. Quae omnia nunc recens Typis & Forma uenustioribus, & fideliori nempe labore elengantióra, illustrioraque multo sunt Reddita. Lugduni. Apud Hugonem & Haeredes Aemonis a Porta MDXLV. Y al final, Lugduni, Excudebat Balthasar Arnouillet. Anno Domini MDXLV.

AVTHENTICA Imperatoris nunquam inter morituri Diui Iustiniani Nouellae (quas vulgó Volumen appellari collubuit) totius Meherculé Censurae Ciuilis, atque adeó Principum ipsorum velut Aresta Praeudiciaque semel definita, cum his haud dubié omnibusque etiamnum coëdi simulque excudi contigit. Adiectis praeterea ad marginem Observationibus Annotationibusque nec paucis, nec poenitendis, nullibi certé, si quando alia et alia visa est Litera, praetermissis Lectionum Varietatibus. Et quod omnium & primum & maxi-

mum fuit, repurgatis tum in Litera, tum in Gloss. errorum multis millibus, citatisque perperam Legum, Paragraph. Can. Titulorumque capitibus fidelissimé (corrogatis in hoc prece pretioque quam vetustissim. Exemplaribus) Doctissimorum virorum opera restitutus. Quae omnia nunc recens Typis & Forma uenustioribus, & fideliori nempe labore elegantiora, illustrioraque multó sunt Reddita. Lugduni, Apud Hugonem, & Haeredes Aemonis á Porta. MDXLV. Contiene además los libros X-XII del Códice de Iust, Arbor Feudorum, Consuetudinis Feudorum. Extrava De Pace constantiae. Y al final. Excudebat Balthasar Arnouillet, s.a.

La edición se repite sobre dos columnas en caracteres romanos rojos y negros, en seis volúmenes encuadernados en cinco tomos en *folio*, apareciendo el Código y las Novelas en 1548, el Digesto Viejo en 1549 y el Infortiatum y el Digesto Nuevo en 1550, todo ello «chez Hugues de la Porte», con numerosas capitulares, que vuelve a repetirse en el curso de, o entre los años 1556 a 1560, ambos inclusive, y nuevamente en 1562, y otra en 1565.

En 1551 aparece otra edición de cinco volúmenes en *cuarto*, corregida sobre las Pandectas florentinas, y hecha por los libreros de Lyon, Hugues de la Porte & Antoine Vincent. Se repetirá luego en 1572 sólo por H. de la Porte. Para evitar reiteraciones citemos diferentes volúmenes de alguna de ellas:

CORPUS Iuris Civilis. Cum Accursii commentariis et aliorum. Lugduni. Apud Hugonem á Porta, & Antonium Vicentium. Los tres primeros volúmenes recogen el Digestum vetus, Infortiatum y Digestum Novum.

CORPUS IURS CIVILIS. Codex. Codicis Domini Iustiniani... ex repetita praelectione Libri Novem priores .. Adiectae sunt in initio operis legis aliquot graecae, praeterae etiam pluribus locis Annotationes ex Doctissimorum virorum Commentariis... Lugduni. Apud Hugonem á Porta & Antonium Vicentium MDLI. Al final: Excudebat Baltasar Arnouillet. 52 h., 1466 p. 14 h. in folio.

Corpus juris civilis. Volumen Complectitur hoc Volumen (sic enim Peculiaris vocabulo vocant) Novellas Constitutiones Iustiniani principis repetitam Codicis praelectionem editas. Authentica vulgó appellant: Tres item posteriores libros Codicis. Feudorum .. Extravagantes... Tractatum de Pace Constantiae... Lugduni, Apud Hugonem á Porta, & Antonium Vicentium.

Institutiones. Imperatoris semper maximi Divi Iustiniani elementa civilis facultatis prima... Lugduni ibidem.

De la misma época y ciudad merece citarse como entre las mejores la publicada, «*sub signo Salamandra, apud Sennetonios Fratres*», Lugduni, 1549-1550, de cinco tomos en folio, con una tipografía muy elegante, corregidas sobre las Pandectas florentinas y el manuscrito d'Avignon, que se repite, con glosas y rúbricas, «*sub signo salamandra*» en 1554.

Parecida es otra hermosa edición lionense que se describe así:

DIGESTA. Digestum vetus seu Pandectarum Iuris Civilis tomus primus [-tertius]... Lugduni (s.i. Emblema del león rampante y con la signatura en el

Tomo III Ex typographia Ioannis Ausulti MDLXXV. El T. I con 6 h. 1.838 col. 24 h. El T. II Infortiatum 6 h. 1.850 col. 19 h. El III Dig. Nov. 8 h. 1.742 col.

Similar a la anterior, se publica otra «*sub signo Leonis*», emblema del león rampante rodeado de abejas, con un lema encima que reza «*de forti dulcedo*», Lugduni, 1585, que tiene la particularidad de recoger la versión de las Pandectas florentinas. En el volumen 4, dedicado a los nueve primeros libros del Codex, se contiene al final un listado cronológico de Cónsules, elaborado por Haloandro.

También resulta de gran interés la edición del Corpus, de la que describimos el siguiente tomo:

VOLUMEN LEGUM parvum, quod vocant, in quo haec insunt: Tres posteriores libri Codicis Dn Iustiniani... emendati. Graecae leges quae in tribus hisce novissimis libris Codicis desiderantur ex secunda classe praetermissorum repetendae sunt Authenticae seu Novellae constitutiones eiusdem principis, in quas quid operae sit impensum, tertia ab hinc pagina Antonii Contii apud Biturigas.. commostrat. Feudorum libri duo. Constitutiones Friderichi II Imperatoris Extravagantes duae Henrici VII. Imperatoris. Tractatus de pace Constantiae. Omnia commentariis suis illustrata ed sedulo recognita. [Institutionum sive primorum totius iurisprudentiae elementorum libri quatuor... commentariis Accursii, et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholis atque observationibus illustrati... Accessit ad voluminis calcem, ipsius Iustiniani Imperatoris vita. . opera Aegidii Perrini... collecta]. Lugduni (s.i. Emblema de la Corona Real) MDLXVIII. 2 tomos en un vol. fol. 32,5 cm. Parte primera 10 h. 324, 642 col. 1 h. 190 col. P. 2.^a 19 h. 574 col.

5.º Varias ediciones de CONTIUS, impresas en *París desde 1566*, por NIVELLIUS, pero especialmente la de 1576, con cinco volúmenes in folio. Citamos de ellas los siguientes. De tres volúmenes en folio:

DIGESTUM VETUS, seu Pandectarum iuris civilis tomus primus [-tertius]. Commentariis Accursii et.. multorum aliorum Iureconsultorum Scholis... illustratus . Parisiis, apud Gulielmum Desboys ac Sebastianum Nivellium (Al fin: Ex officina typographica Gulielmi Desboys). MDLXVI. Vol. I Dig. Vet 51 h. 2.216 col. Vol. II Infortiatum 26 h. 2.020 col. Vol. III Dig. Nov 25 h. 1.926 col.

El volumen I, referido al *Digestum vetus*, que acabamos de describir, consta de 51 hojas y 2.216 columnas. El II, *Infortiatum*, de 26 hojas y 2.020 col. y el III, *Digestum novum*, de 25 hojas y 1.926 col. La obra se completa con el Código e Instituta. Citemos el primero:

CODEX Codicis Dn. Iustiniani... repetitae praelectionis libri XII. Accursii commentariis. et multorum veterum ac recentiorum Iurisprudentum maxime

Antonii Contiii. .. annotationibus tam ad textum quam ad glossas recens illustrati, mendisque .. repurgati: additis et restitutis plus septuaginta Graecis constitutionibus, vel earum argumentis et epitomis... Accesserunt his chronici canones ab universo orbe condito usque ad Urbem conditam, ex veteribus legis mosaicae editionibus Graecis Hebraicisque certissima ratione demonstrati; ab Urbe vero condita, Fasti regii et consulares usque ad Iustiniani mortem .. collecti et digesti, eodem Antonio Contio auctore. [Praetermissorum in duodecim libris Codicis Iustiniani, Classes duae.] Parisiis, apud Gulielmum Merlin et Gulielmum Desboys ac Sebastianum Nivellium, MDLXVI. De 32 hojas, 2 136 col. y 15 h.

Pero mejor todavía es la edición de 1576, que describimos a continuación:

DIGESTUM Vetus seu Pandectarum iuris civilis Tomus primus. Ex Pandectis florentinis Nuper in lucem emissis quod eius fieri potuit, representatus: Commentariis Accursii, et Scholiis Contii, & paratitulis Cviacii, nec non multorum aliorum doctorum virorum observationibus illustratus. Parisiis, Apud Sebastianum Nivellium, sub Ciconiis, via Jacobaea. MDLXXVI. Cum Privilegio Regis.

El tomo II se dedica al *Infortiatum* y el III al *Digestum Nouum*, de la misma fecha y sin particularidades respecto a la ya reseñada. Recojamos, sin embargo, la descripción de los otros tres volúmenes con el resto del *Corpus Iuris*:

CODICIS DN IUSTINIANI SACRATISSIMI PRINCIPIS PP Augusti. Raepetitae Praelectionis Libri XII Accursii Commentariis et multorum veterum ac recentiorum Iurisprudentum, maxime Antonii Contii, I C et in Schola Biturigum Iuris professoris ordinarii, annotationibus tam ad textum quam ad glossas, recens illustrati, mendisque quamplurimis passim repurgati: additis & suis locis ordine restitutis plus septuaginta Graecis constitutionibus, vel earum argumentis & epitomis, quae antea in omnibus tam impressis quam manuscriptis desiderabantur Accesserunt his Chronici Canones ab universo Orbe condito usque ad Urbem conditam, ex veteribus legis Mosaicae editionibus Graecis Hebraicisque certissima ratione demonstrati: ab Urbe vero condita, Fasti Regii & Consulares vsque ad Iustiniani mortem, ex optimis & authenticis tabulis. libris & monumentis collecti & digesti, eodem Antonio Contio Auctore. Notae porro literarum prout per totum Codicem legendae sunt, statim post indices collocatur. Omnia fideliter & accurate recognita & emendata.

Institutionum sive PRIMORUM TOTIUS IURIS prudentiae elementorum. Libri Quatuor. Dn. Iustiniani sacratissimi Principis autoritate iusque compositi. Commentariis Accursii, & multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis, & nouissime Cviacii observationibus illustrati Non sine locupletissimo cum verborum tum rerum indice. Accesit ad voluminis calcem, ipsius Iustiniani imperatoris vita, ex variis auctoribus opera Aegidii Perrini Fori Ecclesiastici Iosaiensis apud Lutetiam Parisiorum quondam Officialis diligenter collecta.

Volumen Legum Paruum, quod vocant: In Quo Haec Insvunt. Tres posteriores libri Codicis D Iustiniani Sacratiss. Principis, Eadem Cura, qua priores nouem emendati. Authenticae seu Nouellae Constitutiones eiusdem Principis. in quas quid operae sit impensum sequens pagina commonstrat.

Feudorum libri duo.

Constitutiones Friferici II. Imperatoris

Extrauagantes duae Henrici VII. Imperatoris.

Tractatus de pace Constantiae.

Omnia commentarius Antonii Contii apud Biturigas Iuris professoris ordinarii, illustrata, & sedulo recognita. Parisius, Apud Sebastianum Niuellium, sub Ciconis, via Iacobaea MDLXXVI. Cum Privilegio Regis.

6.º Las preciosas ediciones de *Venecia*, de la que citamos, en primer lugar, la del año 1564 y seleccionamos este volumen:

CORPUS IURIS CIVILIS. INSTITUTIONES. DIGESTA. Institutionum sive elementorum D. Iustiniani libri IIII Theophili institutionibus, et Digestis collati et ad editionem Gregortii Haloandri quae recens adiecimus indicabit pagina sequens. Venetiis apud Candentem Salamandram MDLXIII. 330 p 12 h.

Luego, debe destacarse otra impresa por Nicolás Bevilacqua de cinco volúmenes en cuarto, año 1569, y otra de Antonio Persio en las Pandectas, y Antonio Contio para el Codex, impresa en la misma ciudad en 1574, que se describe como sigue:

DIGESTVM VETVS SEV PANDECTARVM IVRIS CIVILIS TOMVS primvs: Cvm Pandectis Florentinis, quae olim Pisanae dicebantur, diligentissimè collatus, lectionum varietatibus, quibus á Florentinis discrepabat (communem enim lectionem retinere malimus) in margine ritè collocatus. Commentarius Accvrsii, & multorum insuper aliorum iurisconsultorum tam veterum, quám neotericorum, praecipuae autem Antonii Persii philosophiae & V.I. D. Scholiis, atque obseruationibus Illustratus. Editio postrema.

PANDECTARVUM, SEV DIGESTORUM IvrIS CIVILIS, quibus Iurisprudentia ex veteribus Iureconsultis desumpta, libris L continetur; Tomus Secundus, Quod Infortiatvm vulgó appellant: Cum Accvrsii Commentariis. & doctissimorum virorum annotationibus. Omnia diligentissimè purgata, & recognita. Accessit Rerum, & Verborum insignium Index locupletissimus. Editio postrema.

El volumen tercero repite las mismas advertencias. Todo ello en Venetiis, s. i. MDLXXIII. Tres volúmenes en cuarto. Sin embargo el tomo I tiene en la portada el año MDLXXV, y el colofón dice: Finis Digesti Veteris, 1574. Los dos siguientes volúmenes ofrecen algunas particularidades de descripción, que reseñamos seguidamente:

CODICIS DN IUSTINIANI SACRATISSIMI PRINCIPIS PP Avgvsti, repetitae praelectionis, Libri XII. Accvrsii Commentariis, & multorum veterum ac

recentiorum Iurisprudentum annotationibus tam ad textum, quàm ad glossas, recens illustrati, mendisque quamplurimis passim repurgati: additis & restitutis quibusdam Graecis constitutionibus, quae antea in omnibus tam impressis, quàm manuscriptis desiderabantur: quas si non suis locis insertas inuenieris, in postremo operis reperies. Accesserunt his Fasti Regii & Consulares vsque ad Iustiniani mortem, ex optimis & authenticis tabulis, libris, & monumentis collecti & digesti. Antonio Contio auctore. Notae porrò literarum, prout per totum Codicem legendae sunt, statim post Indices collocantur. Omnia fideliter & accuratè recognita & emendata. Editio postrema. Venetis MDLXXIII 2640 páginas.

INSTITVTIONES DIVI CAESARIS IVSTINIANI, Quibus Iuris Civilis elementa singulari Methodo libris quatuor comprehenduntur. Cum Accursii Commentarius, & doctissimorum virorum annotationibus. Omnia diligentissimè purgata & recognita Accessii Rerum, & Verborum insignium Index locupletissimus. Editio postrema. Venetiis, y al final, Apud Ioannem Variscum, & Socios. 383 páginas en 4.º Contiene además con portada y paginación propias, las NOVELLAE CONSTITVTIONES DIVI CAESARIS IVSTINIANI Venetiis, s. i. MDLXXIII. 359 y 226 páginas.

También en Venecia aparece otra edición en 1581, con el texto en rojo y negro:

PANDECTARUM seu Iuris Civilis. Cum pandectis florentinis, quae olim Pisanae dicebantur, diligentissime collatus, lectionum varietatibus, quibus à Florentinis discrepabat (communem enim lectionem retinere malvimus) in margine ritè collocatis, commentariis Accursii, & multorum insuper aliorum Jurisconsultorum tam veterum, quàm neotericorum, praecipue autem Antonii Persii... Editio postrema. Marca tip. xilografata con el signo Aguila renovabitur. Venetiis MDLXXXI (Hieronimus Polus). 3 vol. cm 24 x 16. Digetum Vetus cc 86nn., cc 2 bb., pp. 1509. Infortiatum cc 31nn., 1b., pp. 1388. Digestum Novum cc 46nn., cc 2bb., pp. 1326, 1c.

VOLUMEN LEGUM parvum quod vocant, in quo haec insunt: Tres posteriores libri Codicis D. Iustiniani... eadem cura quae priores novem emendati. Authenticae seu Novellae constitutiones eiusdem principis. Feudorum libri duo. Constitutiones Friderici II imperatoris. Tractatus de pace Constantiae. Omnia commentariis Antonii Contii... illustrata et. . recognita. Venetis. Emblema del águila sobre una peña rodeada de agua y el lema «Renovabitur ut aquila iuventus tua». S. i. 3 partes. I, 10 h. 359 p.; II, 226 p., III, 145 p.

La obra se repite en cinco gruesos volúmenes en 4.º, estampados en rojo y negro, en 1591, 1598 y 1606. Describamos la primera de ellas:

Pandectarum seu Digestorum iuris civilis. Cum Pandectis florentinis, quae olim Pisanae dicebantur, diligentissime collatus, lectionum varietatibus, quibus à Florentinis discrepabat (communem enim lectionem retinere malvimus) in margine ritè collocatis, commentariis Accursii & multorum insuper aliorum Jurisconsultorum tam veterum, quàm neotericorum, praecipuae autem Antonii Persii... tomus primus -[tertius]/ commentariis Accursii...; Codicis domini

Iustiniani cum Accursii commentariis...; volumen Legum paruum quod vocant... seu Novellae constitutiones...; Institutionum sive Primorum totius iurisprudentiae elementorum libri quatuor... commentarius Accursii...; accessit ipsius Iustiniani imperatoris vita ex variis auctoribus opera Aegidii Perrini... Editio postrema... Venetiis: [sumptibus Societatis Aquilae], MDXCI (Hieronymus Polus). Vol. 1 pág. 176, y 1509; Vol. 2, pág. 64 y 1388; Vol. 3 pág. 88, 1326 y 2; Vol. 4, pág. 52, 1488 y 26; Vol. 5, 1 pág., 20, 226, 359, y 145, 2, pág. 40, y 383.

Esta edición, «sub signo Aquila renovantis» de Venecia, se imprime también en folio mayor en 1583-1584, y se considera muy estimada y rara. Describamos los siguientes volúmenes:

CORPUS Iuris Civilis. Cum florentinarum varietatibus, diligentius quam antea in margine appositis ac post ACCURSII Commentarios, CONTII Scholia, CUIACII paratitla. DUARENI aliorumque clariss. i.c. additiones ecc. Venetiis sub signo Aquilae Renovantis, MDLXXXIII.

CODICIS dn. Justiniani sacratissimi principis pp. augusti repetitae praelectionis libri XII/ Accursii commentarius... Antonii Conti... annotationibus tam ad textum quam ad glosas...; acceperunt Chronici canones... eodem Antonio Contio auctore Venetiis: Sub signo Aquilae renovantis MDLXXXIII. 86, 2203 p. fol. mayor. Portada a dos tintas. Índice. Texto a dos columnas, rodeado de comentario. Al final, Dominici Farris, sumptibus Societatis Aquilae se renovantis. excudebat MDLXXXIII

Igualmente cabe citar las hermosas ediciones *apud Iuntas*, de la que podemos constatar una en 1592, otra en 1606 y otra de 1621. De este grupo citamos a nuestro juicio la mejor, que se describe como sigue:

CORPUS Iuris Civilis. PRUDENTUM RESPONSA, CAESARUM-QUE RESCRIPTA Complectens Quinque tomis distinctum. MULTIS LEGIBUS AUCTUM. Additionibus Iurisconsulti Cuiacii, Duarenii, Gothofredi, Jacobi Anelli de Bottis ac Augusti Caravita. Adnotationibus Illustratum. Et multi erroribus expurgatum. Quibus adiectus fuit Sextus Tomus. Novissima editio Iuntarum CUM PRIVILEGIIS. VENETIIS APUD IUNTAS MDCXXI.

La impresión, como se observa, es de los hermanos Iuntas, muy conocidos en Italia, y sucursales españolas por la gran calidad de sus trabajos. Los ejemplares contienen una bellísima portada donde aparece el emperador Justiniano en la parte superior, y Triboniano y Doroteo flanqueando los laterales. Algunas de estas ediciones contienen la particularidad de añadir un tomo sexto con el *Thesaurus accursianus* (15).

(15) El *Thesaurus accursianus* constituye nada menos que una especie de índice de las glosas elaboradas por Accursio que fue publicado por Pedro Broseo, unas veces

De la misma época es la bellísima edición con glosa de *Turín*, 1576:

CORPUS Iuris Civilis Cum Accursiis commentariis. Augustae Taurinarum, apud Haeredes Nicolai Bevilacqua. MDLXXVI.

CODEX. Codicis D.N. Iustiniani... P.P. Augusti ex repetita praelectione libri novem priores. Ex codice Theodosiano, et aliis vetustissimis exemplaribus... repraesentati. Commentarius Accursii Scholiis intellectibus singularibus, additionibusque clarissimorum iuriconsultorum novissime illustrati... Augustae Taurinarum, apud haeredes Nicolai Bevilacqua MDLXXVI 10 hojas 1.847 col., 16 h

En seis volúmenes encuadernados en cinco tomos, estampada en rojo y negro con miles de capitulares y xilografías, alguna de las cuales a plena página. Lleva la marca tipográfica en el frontispicio.

7.º Las ediciones de DIONISIO GODOFREDO, impresas en *Lyon* en 1589, sin el título común de *Corpus Iuris*, luego añadido en la de 1604, corregida y aumentada en 1612 y por fin 1627. Estas últimas son las mejores ediciones que se han dado a la luz con glosas. Veámoslas:

CORPVS IVRIS CIVILIS IVSTINIANEI: Cvm Accvrsii Commentariis ex Glossematicis Scriptis Irnerii, Placentini, Hvgolini, Bvlgari, Pilei, Martini, Ioannis, Lotharii, Rogerii & aliorum collectis.

Ad Accvrsivm Accessere.

I Antonii Conti . Scholia.

II Paratitla Cviacii, & aliorum.. Orseruationes.

III Dionysii Gothofredi... Notae.

independientemente, otras acompañando al *Corpus Iuris* en sus diversos Tomos, o más generalmente como sexto y último volumen de estas preciosas ediciones venecianas de los hermanos Junta. Pero a él se añade otra interesante obra del mismo autor, las llamadas *Remisiones*, en que con ocasión de cada rúbrica del Digesto, Código y Novelas, va detallando una escueta bibliografía de doctrina interpretadora más caracterizada a juicio del propio autor. Y, por último, suele acompañarse otra interesante obra de I. Hennequino sobre *Notas a las Glosas de Accursio*. Este tomo sexto se describe así.

Sextus Volumen. In quo continentur Thesaurus accursianus, dictiones et sententias Iuris selectiores ab Accursio explicatas continens Remisiones seu indices capitum Iuris difficultorum, quae hincinde tumultuariè à veteribus, & Neotericis Iuris interpretibus exposita, Lectorem antehac fugiebant Notarum quoque et benedictorum Libri plurium Auctoribus & collectoribus Doctis quibusdam viris. Hic denique Dionysii Gothofredi I.D. Ad lectorem. Cum privilegio Venetus. MDCVI

Notarum ad Accursium Libri Miscelanei, totidem libris Digestorum, Codicis, Novellarum, Institutionum, et Feudorum respondentes In quibus glossae Accursii, et quorundam Doctorum interpretationes examinantur breuiter & succinctè, & qua minus idoneae videntur optimis rationibus ex legibus ipsis allatis improbantur, & meliores interpretationes tam ex antiquis, quàm ex recentioribus quibusdam interpretibus asseruntur His adiunctis est bene dictorum Accursij liber singularis quaedam interpretationes probantur, & insuper alijs rationibus confirmantur. Opus nouum, & antehac nunquam visum, quod merito repurgationes Glossarum appellare possis Authore Ioanne Hennequino, IV.D

Accessit Iam ab Eodem Gothofredo.

1 Auctarium Notarum Accursianas Glossas explanantium.

2 Synoptica praecipuarum Glossarum Distinctio, quâ in Definitiones, Diuisiones, Regulas, & alia Iuris effat Glossa diducuntur.

Ad hac Index locupletissimus... Stephano Daoyz Pampilonensi. Praeter Rybricas Legum & Titulorum.. Antonii Contii.

Tomvs Primvs PANDECTARVM, sev Digestvm Vetvs ex Pandectis Repraesentatvm.

Editio tertia. prioribus non tantum multo auctior, sed etiam longè emendatior & nitidior.

CODICIS Sacratissimi D.N. IMPERAT Iustiniani Principis PP. Avgvsti Repetitae Praelectionis Libri XII. Cum Accvrsii Commentariis, quibus Antonii Contii & aliorum clarissimorum I.C. adiunctae sunt Lucubrationes. Accessere luculentae Dionysii Gothofredi I.C. Notae.

His adiecti quoque Chronici Canones ab vniuerso Orbe condito vsque ad Vrben conditam.. collecti & digesti. eodem Antonio Contio, Auctore, Renouata prioribus auctior & correctior Editio.

DIGESTVM NOVVM Sev Pandectarvm Iuris Civilis. Tomvs Tertivs. Ex Pandectis Florentinis, in Lvcm emissis, quoad eius fieri potuit, repraesentatus. Commentariis Accvrsii explanatus: adiuncta sunt Scholia Contii, & Paratitla Cvriaci: accesserunt etiam auctiores ad Accvrsium Dionysii Gothofredi I.C. Notae. Renouata prioribus auctior.

VOLUMEN LEGVM Quod Paruum vocant: In quo haec insvnt. Tres posteriores libri Codicis D. Iustiniani Sacratiss Principis Eadem Cvra. qva Priorres Novem Emendati.

Authenticae sev Novellae Constitutiones Eivsdem Principis

Feudorum libri duo.

Constitutiones Friderici II. Imperatoris.

Extrauagantes duae Henrici VII, Imperatoris

Tractatus de pace Constantiae.

Cum commentariis Accvrsii & Scholiis Antonii Contii apud Biturigas olim Iuris professoris ordinarii: accesserunt auctiores ad Accvrsium Dionysii Gothofredi I.C. Notae.

Renouata prioribus auctior & correctior Editio.

Lugduni, Sumpt Typographicae Societatis. Anno MDCXII

Compuesta de siete volúmenes in folio en seis tomos, se la conoce en el argot antiguo con el nombre de «Lyon moucheté», debido a la representación de este animal como viñeta en la hoja de portada. En general se la prefiere a otra edición parecida de 1618, que contiene igualmente siete volúmenes in folio. El último recoge, en ambas ediciones, un índice elaborado por DAOYZ, que suele faltar en muchas colecciones. Sin embargo, ello no obsta a la utilidad de la obra, por cuanto hoy se dispone de muchos medios para dilucidar los índices y las concordancias (16).

(16) De origen navarro, elaboró un *Index ad Corpus Iuris Civilis*, auctus per Thomam de Iuges, Venetiis, 1610, Lugduni, 1612 y Genevae, 1635, no sólo refiriendo al texto

Esta edición de 1612 no debe confundirse con otras elaboradas en *Genève*. Primero se imprime en cuatro volúmenes en cuarto, con glosas en 1593. Luego otra de 1612, que es la que puede confundirse más específicamente con la descrita de Lyon en 1612, y luego otra en 1625, de seis volúmenes en folio, con las glosas de Accursio, las notas de Gothofredo y otros muchos jurisconsultos que se imprime, como la anterior, por Gamonet, si bien ésta a expensas de Théodore de Juges. Se la denomina vulgarmente «la gran glosa» y, sin embargo, no era estimada por los juristas alemanes e italianos, singularmente porque estos últimos nunca la englobaban entre las ediciones del *Corpus Iuris Civilis*. Naturalmente, no es fácil confundirla con la de Lyon de 1627, que enseguida veremos, por la no coincidencia de fechas, ni lugar de impresión. Describiremos los siguientes volúmenes:

JUSTINIEN. Cum commentariis Accursii, & Scholis Antonii Contur' acce-
serunt auctiores ad accursium Dionysii Gothofredi notae, in quibus observatae
glossae similes, contrarias, improbatæ. Renovata prioribus auctor & correc-
tor editio. Genève Gamonet MDCXII. Reunión de tres partes en dos volúme-
nes en folio.

VOLUMEN LEGIUM quod parvum vocant. 1 f. 9 p. 324 col. 1 f. en
blanco, 8 p. 640 col. 20 p. 198 col. Institutionum sive primorum totius iuris

sino también a las glosas. El índice es uno de los más importantes temas a abordar cuando se trabajan diferentes ediciones del *Corpus Iuris Civilis*, toda vez que ellas responden a distintos criterios en el modo de citar los títulos y libros, lo que se agudiza especialmente en las Novelas, en que existen varias colecciones y no se sabe en su cita por los autores a cuál de ellas se refiere, aparte su concordancia con el Digesto. De ahí que resulte muy útil, el llamado «Universa Bibliotheca Iuris. Indice titulorum et legum Corporis Iuris Civilis», curantibus Javier Ochoas et Aloisio Diaz. Roma Com. pro Relig., 1961.

A su vez, y en relación con el problema de las Novelas, vid. STEPHAN G. KUTTNER, «On the medieval tradition of Justinian's Novellae: An Index titulorum Authentici in novem collationes Digesti», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 47 (1990).

Hoy, el problema de los índices va solucionándose muy considerablemente, a partir de trabajos informáticos fundamentales para la búsqueda y rastreo exhaustivo de textos en torno al *Corpus Iuris*. Así, en España, GARCÍA GARRIDO, M. y REINOSO BARBERO, F., *Digestorum Similitudines*. 11 volúmenes. Ed. Dykinson, Madrid, 1994. Contiene la totalidad de las geminaciones y similitudes existentes en torno al Digesto de Justiniano, elaboradas para una fácil y rápida consulta, toda vez que se presentan numeradas junto a los textos jurisprudenciales que las contienen con más de 23.000 notas que las relacionan entre sí. El volumen 1 contiene cinco índices a través de los cuales se descubren muchos de los secretos hasta ahora desconocidos del Digesto. Las coincidencias jurisprudenciales se pueden localizar por cualquier criterio: palabra latina o griega que las contenga (*index verborum latinorum e index verborum graecorum*), o indagando las que aparecen en un texto concreto (*index fragmentorum Digestorum*), o las que proceden de un determinado jurista, obra o libro (*index auctorum et librorum ex quibus Digesta compilata sunt*) o, finalmente, la geminación o similitud completa por orden alfabético (*index similitudinum*) Los volúmenes 2 al 11 contienen los datos necesarios para poder efectuar el análisis de cada coincidencia textual.

prudentiae elementorum libri IV. 1 f. 14 p. con una biografía de Justiniano. 564 col. 1 f. blanco, 26 p.

CODICIS libri XII 1 f. 32 p. 1 f. blanco, 2.204 col.

Y por tratarse de la más completa y mejor edición glosada, recogéremos, siquiera en síntesis para evitar repetición con la de Lugduni, 1612, la que también es de Lugduni, 1627. Así:

CORPUS Juris Civilis Justiniani. cum commentariis Accursi, scholiis Conti et Gothofredi, lucubrationes ad Accursium... acceperunt I. Cuiacii paratitla, notae, observationes et emendationes. Edition supra omnem omnium aliarum curam fida. Studio ed opera I. Fehi. Lugdunt, MDCXXVII.

De esta edición se ha hecho una reimpresión moderna facsimilar en Osnabrück (Holanda), 1965.

III. EDICIONES NO GLOSADAS

Se clasifican en dos categorías, con notas y sin ellas.

A) EDICIONES CON NOTAS

Las mejores son:

1.^a La de LUDOVICUS RUSSARD, impresa en Lyon en 1560 y 61, con sumarios y notas, y después en Antuerpiae, apud Plantinum, 1566 y 67, en 1569 y 70, y en 1575, con texto bilingüe en griego y latín en dos columnas y marca tipográfica en la portada. La edición de 1569-70 es de siete tomos en octavo, las otras en dos tomos en folio. Citémoslas por orden:

CORPUS IURIS CIVILIS. DIGESTA. Ius civile, manuscriptorum librorum ope, summa diligentia et integerrima fide infinitis locis emendatum et perpetuis notis illustratum L. Russardo... auctore Consilio tamen et auctoritate Fran Duareni .. qui summaria in Pandectas praescripsit Novellasque Constitutiones ad optimum graecum exemplar collatas antiquae integrati restituit... Lugduni, apud G. Rovillium MDLXI. Compuesto de 16 hojas, 748 págs. y 56 h. in folio.

INSTITUTIONUM DN. IUSTINIANI Sacratissimi Principis PP.A. LIBRI IIII, Ex manuscriptorum Librorum, & Digestorum collatione castigati et nouis (sic enim vocant) summaris, pertisque notis illustrati. LUDOVICO RUSSARDO I.C. antecessore in celeberrima Biturigum schola, auctore, ANTUERPIAE. Ex officina Cristophori Plantini MDLXVII. CUM PRIVILEGIO.

IUSTINIANI IMPERATORIS EDICTA item Justini, Tiberii. ac Leonis aliorumque Imperatorum Constitutiones, Enrico Agylaeo, et Enimundo Bovesidio J.C. Interpretibus, ANTUERPIAE, Ex officina Cristophori Plantini, Architypographi Regii. MDLXXV.

RUSSARD encierra en sus ediciones entre la señal \ \ // diversos pasajes para indicar que no se encuentran en todos los manuscritos (17).

2.^a La de Antoine Le Comte (CONTIUS), París, 1562, de nueve tomos en octavo, con las notas de Contius y los sumarios de Hotman, que se ha conocido vulgarmente con el título de «Contiana editio», y que luego ha sido impresa en Lyon, apud Guilielmum Rouilium, 1571, catorce tomos en trece volúmenes en 16 (85 × 121 mm), sumamente rara para encontrarla completa. En realidad, Le Conte no revisó en ella más que la Instituta y el Código. Sin embargo, entre sus particularidades resulta muy interesante la existencia de dos lagunas bajo el título «de bonis damnatorum & de interdictis & relegatis», y haber recogido las Basílicas y múltiples Constituciones, la mayoría griegas y, en cuanto al Epítome, más de 150 del *Tesaurus* de Cuiaccius, adicionadas con interpretaciones de las griegas por Antonio Agustín, así como un Sumario de Bartolo. La edición fue repetida igualmente en Lyon, de la que describimos estos tres tomos:

DIGESTORVM, SEV Pandectarum Pars sexta de Bonorum possessionibus Cum priuilegio regis. S.l. Lugduni, s.i. Guilielmum Rouilium, s.a. MDLXXXI. Consta de 1094 páginas.

CODICIS D. IVSTINIANI D. SACRATISSIM. Principis ex repetita praelectione, Tomus Secundus. Contiens septem posteriores libros. Cum priuilegio Regis. Lugduni, Apud Guilielmum Rouilium MDLXXXI, 824 págs. en 16.º

INSTITVTIONVM IVRIS CIVILIS Libro IIII Olim à Theophilo Antecessore in Graecum é Latino vberius diffusiusque translatus; & nunc nuper é Graeco in Latinum per D. Iac. Curtium Brugensem Iurisconsultum conuersi. In quibus multa, quae in aliarum editionum libris vel deerant vel corrupte legebantur, adhibita Graecarum Institutionum collatione, sunt restituta. Cum argumentis compendiariis paragraphos singulos illustrantibus. Lugduni, Apud Ludouicum Cloquemini 1581, 612 págs. en 16.º

3.^a La de CHARONDAS (18) publicada en Amberes en 1571, dos tomos en folio, en la que tuvo el acierto de recoger las notas de Roussard y Le Conte. Sus caracteres son muy nítidos, debidos a la edición en la oficina de Plantino.

(17) Acerca de dichas señales y las que usa Torelli y Gothofredo, vid. V. VEIS, *De signes qui se trouven dans les éditions des Pandectes, et notamment de Rossard*, Marbourg, 1793.

(18) Le Caron, o LOUIS CHARONDAS fue uno de los primeros en estudiar las concordancias del Derecho romano y el canónico con el francés, y fruto de ello fue su obra «*Mémorables, ou observations du Droit François rapporté au romain civil & canonique*. Auquel livre sont représentées plusieurs antiquités Romaines et Françaises, non encore observées. Seconde édition revue et augmentée de diverses matières & observations. . pour hommes de tous etats & professions, tant pour le pais coutumier que de droit escrit» P. Jamet Mettayer, P. l'Huillier, 1604, con 374 fol en 8.º

Pero a los efectos que más nos interesan, hay que destacar que realizó una exposición del Derecho francés concordado con las Pandectas, en su obra: «*Pandectes, ou*

4.^a La publicada con las notas de FRANÇOIS HOTMAN, en París en 1572, de diez volúmenes en octavo.

5.^a La de JULIUS PACCIIUS, publicada en Atrebat, Vignon, 1580, seis partes en dos volúmenes encuadernados en un tomo en folio, y en el mismo año en nueve tomos en octavo. La primera se describe:

CORPUS IURIS CIVILIS (Studio ac diligentia Jul. Pacii.)

I. Digestorum seu Pandectarum.

II. Codicis, libri XII.

III Authenticae seu novellae Constitutiones

IV. Iustiniani Edicta, item Iustini. Tiberii ac Leonis, Constitutiones

V. Consuetudines Feudorum. Constitutiones Friderici II, Extravagantes;

Liber de Pace Constantiae

VI. Institutionum, lib. IIII.

6.^a Las ediciones de DIONISIO GOTHOFREDO de las que se ha dicho que la elección del texto no es de las mejores. Primeramente impresa en Lyon en 1583, en cuarto y reimpresa en Francfort-sur-Mein en 1587, nuevamente en Lugduni, por ejemplo, la de Barthelemi Vincent, 1593, en cuarto, reimpresa en el año siguiente, y la llamada Editio IV, ex typ. Jacobi Stoer, 1625 ó 1650, Sumptibus Joannis Caffin, 2 vol. fol., o 1662 sumptibus L. Anisson, y Antuerpiae, 1726, entre otras. Citemos algunas de las primeras:

CORPUS IURIS CIVILIS in IIII partes distinctum.. His accesserunt commentarii. quibus inter caetera variae lectiones. leges similes, contrariae. abrogatae... continentur. Praeter Institutionum et Novellarum Iustiniani novam epitomen. accessit nova Feudorum epitome nunquam antehac excusa ad ordinem Edicti perpetui accommodata. Authore Dionysio Gothofredo... Lugduni, in officina Bartholomaei Honorati, MDLXXXV. 46 hojas 1.918 col., 1919-2061 p. con erratas.

CODEX. Codicis D.N. Justiniani... repetitae praelectionis libri XII. Commentarius Dionys. Gothofredi I.C Lugduni. in officina Bartholomaei Honorati, MDLXXXV. 10 hojas, 960 col. 2 h

NOVELLAE. Authenticae. seu Novellae constitutiones D N Iustiniani... Lonis et quorudam aliorum imperatorum Commentarius Dionys. Gothofredi... illustratae. Lugduni, in officina Bartholomaei Honorati. Al fin: Excudebat Iacobus Stoer 1584 y al fin MDLXXXIII 12 hojas. 534 col. 535-553 p

Digestes du Droit françois» P. L'Huillier, 1587. con 8 f. 388 p y 30 f. Se trata de una bella impresión en la que dice a los lectores: «...je me proposay de mettre en notre langue le droit romain, & avois tant avancé mon labeur, qu'il me sembloit être à la fin, quand aucuns de mes amis me conseilèrent d'y entremesler, les observations que j'avois faictes de nostre droit François; l'advis desquels je trouvay si agréable à ceux, ausquels des-lors j'en communiquay. que delibérant le suivre je travailley diligemment à conjoindre le droit Romain avec le François.. ».

La edición encuentra tal acogida que se repite en Lyon, 1593, 1596, 1597, 1602, I y II, París, I-1607 y II-1610, corregida y aumentada de nuevo en París en 1637, I y II

LIBER FEUDORUM consuetudines, partim ex editione Vulgata, partim ex Cuiacciana vulgatae apposita. Constitutiones Friderici II Imp. Extravagantes. Liber de pace Constantiae. His accesserunt notae Dionysii Gothofredi.. Lugduni, in officina Bartholomaei Honorati MDLXXXVI. 4 h 64 col. 10 h.

En el siglo XVII podemos encontrar una espléndida edición, muy estimada ya desde el siglo XVIII, especialmente aquellos ejemplares que se encuentran en gran papel:

CORPUS Iuris Civilis, cum notis ejusdem Dionysii Gothofredi. Parisiis, Vitray, 1628, dos volúmenes in folio.

Y muy cercana a la anterior existe otra muy interesante, que se describe así:

CORPVS Iuris Civilis Ivstiniani vniversvm: in quo Pandectae, ad Florentinarum exemplar fideliter expressae: Codex, & caeteri libri... Cum summaris, argumentis, epitomis, & indicibus Cl. V. Dionysii Gothofredi IC. Quarta editio. Colonia Allobrogvm, apud Iohannem Vignon MDCXIII y MDCXX, en 4.º mayor, con portada orlada, 31 hojas, 1.568 col.

Sin embargo, una edición, muy cuidada en su texto pero mala en impresión, es la del insigne bibliógrafo Nicolás Antonio, que se describe como sigue:

CORPUS IURIS CIVILIS, in IV partes distinctum. Eruditissimis Dyonsii Gothofredi I.C. Clarissimi notis illustratum. In hac postrema Lugdunensi Editione Pandectae purissime sunt: Textus cum optimis Codicibus collatus, & infinitis propé mendis purgatus: Legumqué allegationes in notis adductae incuriá Typographorum antea corruptae, nunc suis locis fideliter repositae, diligenti studio & cura N. Antonii, Iurum Professoris, Quae in hoc opere contineantur quarta pagina indicabit.

CODICIS Ivstiniani D.N. Sacratissimi Principis PP. Avgvsti Repetitae Praelectionis Libri XII. Notis Dionysii Gothofredi I.C. illustrati.

Postrema editio prioribus auctor & emendatior

AVTHENTICA, sev Novellae Constitvtiones D. Ivstiniani Sacratissimi Principis: Qvibus Leonis, et Aliorvm quorundam Imperatorum additae.

Notie Gionysio Gothofredi I.C. illustratae

Postrema Editio prioribus auctor & emendatior.

Lugduni, sumptibus Phillipi Borde & Laurentii Arnaud, MDCLXII. Dos tomos en 4.º imperial, con la portada impresa en rojo y negro, marca de los editores, 31 hojas y 2.008 columnas numeradas, a dos por página.

Pero la mejor de todas es la edición elzeviriana que se describe como sigue:

CORPUS IURIS CIVILIS, Pandectis ad Florentinum archetypum expressis, Institutionibus, Codice et Novellis, additio textu graeco... cum notis integris Dionysii Gothogredi. Praeter Justiniani Edicta, Leonis et aliorum

imperatorum Novellas... Huis editioni nove acceserunt Pauli receptae Sententiae cum selectis notis J. Cuiaccii... opera et studio Simonis Van Leeuwen. Amstelodani, apud Joannem Blaeu Ludovicum, & Danielem Elzevirios, MDCLXIII. Dos vol. in folio, casi siempre en un solo tomo. Vol. I, con diez hojas y 796 folios, y Vol. II, con 6 hojas, 388 fol. y 6 hojas, 300-92 fol.

En ella destaca no sólo la belleza de su ejecución sino también la expresión de notas de muy diferentes autores no recogidos en la edición de Vitray, lo que implicó que sus ejemplares ya eran raros desde el siglo XVIII. Reimpresión en Francfort-sur-Maine en el mismo año y luego en Leipzig, dos tomos en cuarto en 1705, 1720, sumptibus Jo. Friderici Gleditschii B Filii, y por último en 1740, que constituye una hermosa edición, impresa a dos columnas, con una extraordinaria lámina representando a Carlos VI de Austria, dibujada y grabada en cobre por J. M. Bernigeroth, poco antes de la muerte del monarca, se describe así:

CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI in quo institutiones, Digesta... et Novellae nec non Justiniani edicta... cum notis integris Dionysii Gothofredi, quibus acceserunt Franciscii Modii et aliae aliorum ictorum celeberrimorum, quas inseruit editioni suae Simon van Leeuwen Leipzig: Lipsiae, sumptibus Johannis Friderici Gleditschii MDCCXL. 2 vol. folio. El 1.º et prostat Lugduni & Genevae. apud Fratres de Tourmes. En el colofón del 2.º tomo Lipsiae: Litteris Christophori Barthelli. Texto a dos columnas

Uno de los ejemplares más bellos y mejor tipografiados que recoge la edición de Van Leewen, con muchos otros textos, además del Corpus, es el editado por Verdussen, que ya en el siglo anterior y por mano de sus antecesores hicieron famosas impresiones del Quijote, y obras como las de Antonio Pérez en lo jurídico. Se describe así:

CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI. In quo Institutiones, Digesta ad Codicem Florentinum emendata, Codex & Novellae, Nec non Justiniani Edicta, Leonis & aliorum Imperatorum Novellae, Canones Apostolorum Graecé & Latiné, feudorum Libri, leges XII Tabb & alia... scripta... Cum Notis integris Dionysii Gothofredi... Antonio Anselmo.. Aceceserunt, Opera & studio Simonis Van Leeuwen...

Additi quoque in hac Nova Editione.. Indices Proemisa est Historia et Chronologia Juris Civilis Romani... Editio novissima, pluribus notis auctior & de novo revisa. Antuerpiae, Apud Joannes Baptistam Verdussen. MDCCXXVI. Dos volúmenes en folio

Años más tarde se realiza otra bellísima impresión, Coloniae Munatiana, que describimos a continuación:

CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI, in quo Institutiones, Digesta ad Codicem Florentinum emendata, Codex item Novellae nec non Justiniani edicta, Leonis

et aliorum Imperatorum Novellae, Canones Apostolorum, Feudorum Libri, Leges XII. Tab. et alia ad Jurisprudentiam Ante-Justinianeam Pertinentia Scripta, cum optimis quibusque editionibus collata, exhibentur. Cum notis integris Dionysii Gothofredi, quibus accesserunt Francisci Modii et aliae aliorum Jctorum celeberrimorum, quas inseruit suae Simon Van Leeuwen Additi quoque locis convenientibus indices titulorum ac legum emendatissimi. Praemissa est Historia et Chronologia Juris Civilis Romani, quae singulari methodo legum latorum tempus designat. Editio Nova, Omni, qua licuit, cura, atque labore indefesso, à quamplurimis, in notis praecipuè, mendis falsisque allegationibus repurgata & correctae. Coloniae Munatianae, Sumptibus Fratrum Cramer, MDCCLVI.

Contiene:

1. Divi Justiniani... Institutionum Juris Libri quatuor. Compositi per Tribonianum.
2. Digestorum seu Pandectarum... Libri L... cum notis Dionysii Gothofredi
3. D. Justiniani... Codicis repetitae praelectionis. Libri XII
4. Authenticae seu Novellae Constitutiones Dni Justiniani... Accedunt Edicta XIII Justiniani, Leonis, et aliorum Imp. Novellae nec non Canones SS. Apostolorum, cum notis Dionysii Gothofredi Scti. et Antonii Contii in Librum Novellarum Praefatione.
5. Consuetudines Feudorum Constitutiones Friderici II. Imper. Extravagantes. Liber de Pace Constantiae Cum notis Dionysii Gothofredi, J.C. ejusque Epitome Feudorum.
6. Fragmenta Jurisprudentiae Ante Justinianae, quae Leges XII Tab. ex veterum monumentis deceptas. Titulus ex Corpore Ulpiani XXIX Julii Pauli Receptarum Sententiarum duos Libros, cum notis Gothofredi...

Encuadrado en dos tomos en doble folio, con 8-64-1028 y 4-792-16 páginas, respectivamente. Luego se ha vuelto a reproducir en la misma ciudad en 1781, sumptibus Fratrum de Tournes, y en 1789, luego en Nápoles en 1793, repetida en la propia ciudad en cinco volúmenes en cuarto, según la descripción siguiente:

CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI. In quo institutiones, Digesta ad codicem florentinum emendata. Codex item Novellae, nec non Justiniani Edicta. Leonis et aliorum imperatorum Novellae, Canones apostolorum, Feudorum libri, Leges XII tab. et alia. . cum notis integris Dionysii Gothofredi, quibus accesserunt Francisci Modii et aliae aliorum jctorum celeberrimorum, quas inseruit editioni suae Simon Van Leeuwen. Editio Nova. Neapoli, Mirelli, 1828-30 pp. 128, XV, 673; pp. 732; pp. 855; 1094, pp. 706

Poco más tarde aparece otra edición en Venecia, Edit. Typ. J. Antonelli, 1836-1844, en cinco volúmenes en 4.º Se describe como sigue:

CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI in quo Institutiones, Digesta ad Codicem florentinum emendata, Codex et Novellae, nec non Justiniani Edicta,

Leonis et aliorum impoeratorum novellae, Canones apostolorum, Feudorum libri. Leges XII tabularum... cum notis integris D. Gothofredi. Opera et studio S. Van Leeuwen. Venetiis 1836-44. Cuatro volúmenes en 4.º

Simultáneamente y coincidiendo con precisión en el tiempo se publica otra versión en Venecia que ofrece la particularidad de estar redactada en italiano y latín, y que se intitula:

CORPO DEL DIRITTO CIVILE in cui si contengono le Istituzioni di Giustiniano, i Digesti ó Pandette, il Codice, Le Autentiche, ossia novele Constituzioni, e gli Editti, non che le novele Constituzioni di Leone e di altri Imperatori i canoni de' Santi e degli Apostoli e i libri de' Feudi. premessa la storia cronologica del diritto civile romano. Versione italiana (col. texto latino a fronte). Per studio e cura di Francisco Foramiti. Venezia 1836-44. Cuatro volúmenes en seis gruesos tomos

También en Italia, y en el propio idioma, apareció a mediados del siglo XIX una edición muy interesante, tomada de otras varias que se describe así:

CORPO DEL DIRITTO corredato delle note di D. Gotofredo e di C.E. Freisleben altrimenti ferromontato, con le varianti delle leggi e con la conciliazione delle stese fra loro, preceduto dalla Cronología delle leggi di Roma, coll'aggiunzione delle istituzioni di Cajo, del frammenti di tutte le leggi relative al diritto romano, sia che sieno mentovate nel Corpo del Diritto, si che siano raccolte in altre opere, dei Frammenti di Ulpiano, di Paolo e de' Frammenti così detti Vaticani. Corredato in ultimo da sei inici cronologici ed alfabetici. Testo e note in latino con traduzione italiana a fronte per cura di GIOVANNI VIGNALI. Napoli, 1856-62».

En diez volúmenes, tamaño 4.º, el I se destina a Cronología e Istituzioni. Desde el II al VII se trata del Digesto. El VIII y IX se ocupan del Codice. Y el X trata de las Novelle e Indici.

B) EDICIONES SIN NOTAS

Las ediciones que recogen sólo el texto, *sin notas*, pueden clasificarse en tres principales, que luego serán tomadas como modelo a seguir y, en su caso mejorar por otras posteriores. Nos referimos a la Haloandrina, la Florentina y la Vulgar.

En relación con la *haloandrina*, cabe citar la que se tiene por príncipe como edición crítica del *Corpus Iuris Civilis*. Así:

DIGESTORUM seu Pandectarum Libri Quincuaginta Editi Norimbergae per Gregorium Haloandrum MDXXIX

Tres volúmenes en cuarto, con letra romana muy clara conteniendo la copia que del manuscrito florentino hicieron Politiano y Bolognini y notas del primero. El volumen correspondiente al Código reza como sigue:

Codicis Dn. Iustiniani Sacratiss. principis ex repetita praelectione Libri XII. ex fide antiq. exemplarium a GREG. HALOANDRO quoad fieri potuit diligentissime purgati recognotique, Nurembergae apud Ioa. Petreium Anno MDXXX.

Lleva añadido un índice cronológico de todos los cónsules romanos elaborado por Haloandro. Y en cuanto a las Novelas, han sido descritas con anterioridad al referimos a ellas, por tratarse de la primera edición en griego. Son del año 1531, en la misma ciudad y editor.

Esta edición se ha vuelto a imprimir en Basilea (Colonia Munatiana) por Hervage, año 1541, dos tomos en folio, revisada por Andrés Alciato, y muchas personas la confunden con la de Haloandro, pero se distingue de la otra, precisamente por el nombre de «Hervagiana editio». Fue impresa nuevamente, corregida sobre el manuscrito florentino y la edición de Haloander, bajo los cuidados de Jacques Vintimille de Rhodes, en París, nueve volúmenes en octavo, por la veuve Guillard & Guillaume des Bois en 1548, pero el Digesto apareció en 1550. Se la conoce con el nombre de «Editio vintimilliana», que luego ha vuelto a imprimirse en siete volúmenes en octavo, por Charles Guillard, la veuve de Claude Chevallon, & Guillaume des Bois en el curso de los años 1552 y 1553.

Entre las más hermosas publicadas merece especial mención las *Pandectas florentinas*, que tiene la virtualidad de ser la primera en recoger fielmente la versión original del manuscrito florentino en toda su pureza y que sirvió de base a la publicación de otras ediciones del *Corpus Iuris Civilis*. Se describe así:

DIGESTORUM, seu Pandectarum Libri Quinquaginta; ex Florentinis Pandectis repraesentati. Florentiae, in officina Laurentii Torentini, MDLIII.

Ejemplar in folio, resulta muy estimado en todo el mundo por su utilidad particular y por la belleza y corrección con que está tratada, hasta el punto de que se menciona como una de las principales obras de la imprenta. Con bella marca tipográfica en el frontispicio y al dorso de la última página. Sus ejemplares son rarísimos, y mucho más los que se imprimieron en gran papel.

Se debe a FRANÇOIS TAUREL que empleó diez años enteros de trabajo en realizarla sobre la base del manuscrito original de Florencia que pudo manejar directamente y que ha dado a la colección el nombre de *Pandectas Florentinas*. El editor no dio explicación de los nombres propios que se encuentran en número considerable, y cuyo uso no es siempre fácil, aunque más tarde resolvió este problema ANTONIO AGUSTÍN, arzobispo de Tarragona,

que publicó la clave del secreto con el título *De propriis nominibus*. Tarraconae, Mey, 1579, también in folio. En principio se pensó hacer sólo un volumen, pero como el grosor sería enorme, para facilitar su manejo se dividió en tres partes iguales:

Parte I. Se inicia con veintiocho hojas separadas que se terminan con una Epístola dedicada a FRANÇOIS TAUREL, un Aviso a los lectores, la Licencia de impresión, el Privilegio, dos hojas de anotaciones, un Index titulorum Digesti, una Disertación sobre el origen del Digesto, cuatro hojas impresas en letra mayúscula griega, una especie de índice latino-griego. A continuación, el Cuerpo de esta primera parte que acaba con el Libro XIX en la página 487. El dorso de la hoja en blanco se refiere por tanto a la 488.

Parte II. Comienza en la página 489 y termina en la 1018, conteniendo los Libros XX a XXXVI, ambos inclusive.

Parte III. Contiene desde el Libro XXXVII al L, páginas 1019 a 1666, a cuyo fin se lee: Explicit Liber XXXXX. feliciter. Conviene llamar la atención sobre la existencia, después de la página 1666, de ocho hojas separadas sueltas, no numeradas, cuyas siete primeras recogen una explicación particular de algunos pasajes relacionados en el libro. La número ocho es de erratas, a cuyo fin se encuentra impreso el escudo de armas del Duque de Florencia. Esta última parte de ocho hojas se encuentra enumerada simplemente cccc, y faltan a veces en los ejemplares de este libro, cuya descripción sirve igualmente para aquellos que se encuentran encuadernados en un solo volumen. De esta preciosa edición se ha hecho modernamente un muy cuidado facsímil, titulado:

Justiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus. Edición preparada bajo la supervisión de A. CORVINO y B. SANTALUCÍA. Florencia, 1988.

La segunda edición del Corpus de Dionisio Godofredo fue impresa en gran octavo, sin notas, a expensas de los Héritiers d'Eustache Vignon & de Jean Chouet, en Ginebra en 1598. En el año 1620, también en Ginebra, aparece una edición en dos volúmenes en cuarto impresa por el librero Jean Vignon, corregida sobre el manuscrito de Florencia y acompañada de sumarios, epítomes e índices de Dionisio Godofredo.

Otra edición relevante se titula:

CORPUS Iuris Civilis: Editio nova prioribus correctior: Amstelod., Dan. Elzevir, 1664. Dos vol. en un tomo in 8.º

En ella destaca la claridad de sus caracteres, a pesar del tamaño. Se hizo famosa por la errata de imprenta «Pars secundus». Contiene solamente el texto, sin notas ni comentarios. El primer volumen contiene al principio una parte separada de once hojas no numeradas con frontispicio grabado en talla dulce, fechado en 1664, un Aviso a los lectores, un Extracto del Privilegio y

un Index Titulorum. A continuación un Frontispicio impreso de 1664 que encabeza el Cuerpo de derecho impreso hasta la página 1037, que acaba con una inscripción de fecha 1663. El segundo volumen, en cambio, sólo contiene un título impreso en la cabecera, datado en 1663, y acaba en la página 820 que se cierra con una sola hoja conteniendo una inscripción datada en 1664. De esta última obra se hizo una reimpresión, por la viuda de don Elzevirio, en 1681, dos volúmenes en 8.º, pero que no alcanzó la perfección que la anterior, y otras en 1687 y 1700. Esta última es la más correcta y se describe como sigue:

CORPUS IURIS CIVILIS. Editio nova, prioribus correctior Amstelodani: ex typographia P. & I. Blaev, prostant apud Waesbergios, Boom, a Someren & Goethals, 1700. Editio nova.

Una edición de garantía es la que aparece con prólogo del célebre romanista HEINECCIUS, J. G., que describimos así:

CORPUS IURIS CIVILIS ROMANI... singulari cura recusum Praefationem praemisit I.G. Heineccius. Leipzig, Kruger 1735. Dos vol. en cuarto

Otra de las ediciones que han alcanzado más fama es el Corpus Juris academicum de *Freiesleben*, impreso primero en Altenburgi, Lipsiae, J. L. Richterum, Heredes Lanckisianos, 1721, dos tomos en un volumen en cuarto, y también en Colonia Munatiana, 1734, 1757 y 1789, en cuarto, luego repetida en ambas ciudades varias veces, y también en Venecia en 1782. Las de Altembourg recogen sólo el texto y las de Colonia Munatiana (Basilea), llevan concordancias al pie de aquél.

Estas últimas son muy cómodas para buscar las leyes por el modo en que se encuentran dispuestas. Así, de los ejemplares encuadernados salen, por el margen, lenguetas conteniendo tres alfabetos, uno para la Instituta, otro para el Digesto y otro para el Código. Se abre el libro por la lengüeta correspondiente a la letra con que se inicia el título que se quiera estudiar, y en esa misma página existe un índice de títulos que comienzan por la misma letra. El número que sigue inmediatamente a la * indica la página en que se encuentra el Título que se busca y los dos números que siguen a la * indican el Libro y el Título. Por citar una de las últimas y más completas, daremos precisamente la que sigue:

CORPUS IURIS CIVILIS academicum, in suas partes distributum, usuque moderno ita accomodatum, ut nunc studiosorum quivis, etiam tyro, uno quasi intuitu, omnes leges Digestorum & Codicis, omnesque titulos Institutionum invenire possit. Auctore C. H. FREIESLEBEN. Editio nova, revisa, et a plurimis mendis repurgata, nec non locis parallelis seque invicem illustrantibus adaucta. Colonia Munatiana, Sumptibus Emanuelis Thurneysen, MDCCLXXV, dos tomos en cuarto.

Ya en el siglo XIX, aparecen otras versiones diferentes:

La bilingüe francés-latín:

CORPS DE DROIT CIVIL ROMAIN, en latin et en français, traduit par H. Holot, J. F. Berthelot, P. A. Tissot, L. Béranger, 1803-1811, reimpresa en la actualidad, y que se compone.

Tomes 1-7 Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien.

Tomes 8-11. Les Douze Livres du Code de l'Empereur Justinien

Tomes 13-14. Les Nouvelles de l'Empereur Justinien.

Supplément 1. Les trésors de l'ancienne jurisprudence romaine

Supplément 2-3 La clef des lois romaines ou dictionnaire analytique et raisonné.

La de Bruselas:

CORPUS IURIS CIVILIS Eglōga in qua Ulpiani regularum liber singularis. Pauli sententiarum Libri V. Gaii institutionum commentarii IV. Vaticanae iuris romani fragmenta et breviora quaedam veteris juris prudentiae monumenta continentur. Bruxellis Belgicam Typ Soc ad Walhen, et C 1837.

Las dos parisinas:

CORPUS IURIS CIVILIS academicum parisiense; in quo Justiniani, Institutiones, Digesta sive pandectas, Codex. Authenticae seu novellae, Constitutiones et Edicta... praeterea Leonis et aliorum imperatorum novellae Constitutiones, Canones sanctorum et apostolorum, ac Feudorum libri... accenserunt sub titulo Juris antejustiniani, Ulpiani fragmenta libri Regularum singularis. Pauli Sententiarum libri V. Breviora veterum jurisconsultorum Fragmenta ac Gaii Institutionum commentarii IV Denique leges similes seque invicem illustrantes, contrariae, abrogatae, breviter notis indicantur. opera et cura C. M. GALISSET Lutetiae Parisiorum. 1843. Un vol. en 4.º Y otra edición Lutetiae Parisiorum. Cotelle. 1856 en cuarto. pp. (4) + col. 1732 + pp. (2) + col 1270.

La de Leipzig, de la que describimos el siguiente facsímil:

Das CORPUS IURIS CIVILIS (Romani) ins Deutsche uebers von einem Verein Rechtsgelehrter und hrsg. von Karl Eduard Otto, Bruno Schilling und Karl Friedrich Ferdinand Sintenis. Aalen Scientia, 1984-1985. 7 vol. Neudruck der Ausgabe Leipzig. 1831-1839 El tomo I se dedica a las Instituciones. El 2, 3 y 4 a las Pandectas. El 5 y 6 al Código, y el 7 a las Novelas

Otras ediciones conocidas son la del *Corpus Iuris* que empezó GEBAUER y concluyó después de su muerte Ge. Aug. SPANGENBERG, primer tomo de Goettinga, 1776, y el segundo ya en 1797, en cuarto mayor. Contiene variantes y observaciones críticas, pero no va enriquecida con ninguna nota aclaratoria (19). Se describe así:

(19) La edición tuvo en cuenta las notas de Brenkman, brillante jurisconsulto holandés, que merece ser destacado. pues en su obra *Historia Pandectarum*. Traiecti ad

CORPVS IVRIS CIVILIS, codicibvs veteribvs manuscriptis et optimis quibvsqve editionibvs collatis/recensvit Georgivs Christianvs Gebaver IC... et post eivs obitvm editionem cvravit Georgivs Avgvstvs Spangenberg . Gottin- gae apud Ioannem Christianvm Dieterich 1776-1797. 2 vol.

Se repitió otra en Hannover en 1817, de la que existe la siguiente edición fotomecánica:

Einleitung in das roemisch-juntinianeische Rechtsbuch: oder corpus iuris civilis romani/ [von] Ernst Peter Johann Spangenberg.- Neudr.- Aalen: Scien- tia Verlag, 1970, XVI, 960 p. Hannover 1817.

Por su parte SCHRADER no sólo manifestó acertadamente lo que debía hacerse para conseguir dicha edición crítica y notas aclaratorias (20), sino que él mismo, con CLOSSIO, TAFER y MAIER publicó el siguiente volumen:

CORPUS IURIS CIVILIS. Ad fidem codicum manuscriptorum aliorumque subsidiariorum criticorum recensuit, commentario perpetuo instruxit Eduardus Schrader. In operis societatem accesserunt T.L.F. Tafel, G.F. Clossius, post hujus discenssum C.J.C. Maier. Tom. I Institutionum libri IV. Berol. apud G. Reimerum, 1832.

Pueden citarse igualmente algunas ediciones más en pequeño del *Corpus juris civilis*, como la de BECK que se describe:

CORPUS IURIS CIVILIS, recognovit et brevi annotatione instructum edit. J.L.G. BECK. Tom. 1.º pars I, Leips. 1825, pars. II, 1826, tom. 2.º pars I, 1831 (Codex) y las Novelas salieron en 1837. Ed. stereotypa ex officina Caroli Tauchnitz/ cura Joannis Ludovici Guiljelmii Beck.

O la de los hermanos A. y C. Kriegel, que se describe así:

CORPUS IURIS CIVILIS, recognoverunt brevibusque adnotationibus criticis instructum ediderunt, C.J. Albertus, et C. Mauritius Fratres KRIEGLII.

Rhenum, 1722, relata el Proyecto que pensó llevar a cabo de su edición crítica. Sólo la introducción consta de tres tratados previos sobre las características de las Pandectas florentinas. Pretendió formar un aparato crítico a base de la mención exacta de la lección del manuscrito florentino, y de otros manuscritos que muestran variaciones entre los que destacan los Códices Vaticanos, varios de Turín, uno de Trevisan aún no identificado, los de Bynkershoek de la Universidad de Leiden, varias lecciones de diversos editores del Digesto, otras cuestiones principales que están en las ediciones, los resúmenes y escolios griegos, y las emendaciones antiguas y nuevas. Pero su muerte impidió la obra que, de haberse realizado, hubieran potenciado y dado un giro fundamental a los estudios romanistas posteriores. SPANGENBERG que dirigió la edición de GEBAUER publicó en 1817, *Einleitung in das Römischjustinianeische Rechtsbuch* (hoy edición anastática por Scientia Verlag Aalen, 1970) recoge muchas notas de Brenkman, incluso tiene un capítulo especial dedicado a sus opiniones en relación con palabras de rúbricas del Digesto y variantes en lecciones concretas del texto

(20) Prodomus corporis civilis a Schradero, Clossio, Tafelio edendi. Inest totius operis conspectus, subsidiariorum ad Institutionum criticum recensionem et interpretatio- nem spectantium enumeratio. Berolini, 1823

Edit. Stereotypa. Leips. Sumt. Baumgaertneri, 1828. La misma edición se repite en 1844 por los mismos hermanos Kriegel, conjuntamente con Aemilius Herrmann y Eduardus Ossenbruegen.

Se distingue por sus remisiones en la Instituta a Cuyacio, a Ulpiano y a las Basílicas (21), en las Pandectas a los fragmentos y su orden y a las Basílicas y sus escolios (22). Y otra edición interesante se intitula:

(21) Las numerosas constituciones de los sucesores de Justiniano, las contradictorias interpretaciones de los juriconsultos y las variantes introducidas en las traducciones griegas de las leyes, hicieron indispensable una revisión del Cuerpo de Derecho en el Imperio de oriente. Basilio I, el Macedonio, concibió componer una colección sistemática de todo el Derecho justiniano y de las leyes posteriores, resultando una compilación de 40 libros. Su hijo León, el Filósofo, refundió la obra en 60 libros, conocido como Libri Basilici, aunque en opinión de Zachariae, fueron nombradas dos comisiones, una, inclinada por una fusión más interna, sistemática y codificadora; otra, por un ordenamiento más extrínseco y recopilador, que luego fueron reunidas, refundiendo sus trabajos, aunque aparecen huellas de ambas direcciones.

Su sistema es el propio del Código justiniano, pero el contenido de sus títulos difiere mucho de aquél, porque se refiere a todas las disposiciones que en el Cuerpo de las Leyes justinianas se hallan esparcidas en las diversas colecciones, especialmente las Pandectas, de modo que puede decirse que las Basílicas constituyen una recopilación sistemática de las diversas compilaciones justinianas y otras leyes posteriores en un solo Cuerpo, de gran utilidad para la recta interpretación del Derecho justiniano por ser compiladas sobre traducciones que se remontan a tiempos de Justiniano.

La mejor edición se hizo por FABROT y se titula «Basilicorum libros LX graece editi et in latinam linguam transtulit, et glossas veterum Ictor addidit», Car. Ann. FABROTUS, París, 1647, en 7 vol. En 1752 fue adicionada por Guil. Otto REITZ y publicada en el Thes de MEERMAN, Tomo V con el siguiente título. «Basilicorum libri quatuor XLIX, L, LI, LII, nunc primum editi cum latina interpretatione et cum notis» Pero la más reciente, completa y moderna, aparece en Leipzig, edición de HEIMBACH, titulada:

Basilicorum libri XL. Post Annibalis Fabrotti curas ope codd. mss. a Gust. Heimbachio aliisque collatorum integros cum scholiis adidit, editos denno recensuit, perditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit C.G.E. Heimbach. Lips 1833.

En cinco volúmenes, luego el sexto contiene los Prolegómenos y el Manuale Basilicorum, elaborado por HAUBOLD, que facilita mucho el uso de las Basílicas, y sirve para buscar los pasajes copiados de los libros de Derecho que publicó Justiniano. El *Supplementum editionis Heimbachianae*, de ZACARIAE, es recomendable en el aspecto crítico. Todo ello aparece hasta 1846. En el año 1897 se publica en Leipzig el 7.º volumen bajo la dirección de FERRINI y MERCATI, que contiene muchas partes inéditas de las Basílicas, especialmente los libros XIX, XXXI-XXXV, XLIV. LIII. LIX, tomados de un palimpsesto ambrosiano. Las ediciones del *Corpus Iuris Civilis*, de los hermanos Kriegel, y las de Beck remiten también a las Basílicas.

Hoy gozamos de la espléndida edición de SCHELTEMA, H. J., y VAN DER WAL, N., *Basilicorum Libri LX*. Groningen, 1955 a 1965 en 14 volúmenes.

(22) Parece que se observó un cierto método fijo en la distribución de lugares para colocar cada fragmento de título en las Pandectas. Por mucho tiempo se pensó que su distribución era arbitraria y casual, pero en 1820, BLUME, confirmado después por HUGO, demostró lo que se llamó «las tres masas», presumiendo que los redactores dividieron

Corpus Iuris Civilis Egloga in qua Ulpiani regularum liber singularis. Pauli sententiarum Libri V. Gaii institutionum commentarii IV. Vaticana iuris romani fragmenta et breviora quidam veteris iurisprudentiae monumenta continentur. Bruxellis, Belgicam Typ. Soc ad Walhen, et C. 1837.

Pero la mejor y más completa edición crítica del *Corpus Iuris Civilis*, de uso universal, es la de MOMMSEN, T., KRUGER, P., SCHÖLL, R., y KROLL, publicada en Berlín en tres volúmenes:

El volumen I contiene las *Institutiones* editadas por KRUGER y el *Digestum*, preparado por MOMMSEN con algunas variantes respecto de una previa «editio maior» de la obra. De ahí que ésta fue llamada «*editio minor*». Se publicó en 1872. Sin embargo, modernamente, ya se contaba con buenas ediciones de ambas partes del Corpus. Merecen citarse la edición de BIENER, *Justiniani Institutionum*, libri IV, Berlín, 1812; la de SCHRADER, Berlín, 1832, enriquecida con un aparato crítico y excelentes anotaciones; la de HUSCHKE, Berlín, 1868, y por último KRUEGER, Berlín, 1869, que se reprodujo en la edición de la obra completa de 1872, antes mencionada.

El volumen II contiene el *Codex*, obra de KRUGER, del mismo año que el anterior.

El volumen III contiene las *Novellae*, edición de SCHÖLL y KROLL, 1898.

En sucesivas ediciones, tras la muerte de MOMMSEN en 1903, KRÜGER introdujo en el *Digestum* algunas alteraciones. A más de una nueva crítica del texto, pone entre paréntesis y corchetes ([]) las palabras interpoladas, indicando en nota el nombre del que los descubrió, y al margen del texto señala que el número de la página es... según corresponda en cada caso, y las correspondientes líneas de la edición maior, lo que permite consultar el vocabulario de la latinidad jurídica (publicación a cargo de la fundación Savigny), donde el Digesto es citado según la edición maior de

en tres clases la totalidad de las obras empleadas para refundir en las Pandectas, y formaron entre sí tres comisiones o secciones. La primera leía y compendia los escritos sobre el *ius civile*, compuestos en su mayor parte de los *libri ad Sabinum*. La segunda extractaba los concernientes al Edicto del Pretor, sobre todo los de Ulpiano *ad edictum* y la tercera los relativos a la práctica, que resolvían casos particulares, en especial las responsa de Papiniano y las questiones de Paulo. De ahí tres grupos de extractos: Sabino, Edicto y Papiniano, con los que se compusieron los títulos de las Pandectas, dándose por base a cada uno de ellos el grupo que tenía mejores y mayor número de fragmentos, y comparándolo enseguida con los otros dos se borraban las contradicciones y repeticiones, modificándose lo necesario. El resultado se ponía de manera que el grupo más corto de los tres finalizaba el título correspondiente. Por ello no ocupan siempre el mismo lugar en todos los títulos. Pero no todos los títulos contienen fragmentos de los tres y en ocasiones se repitan, aunque también es frecuente prescindir de ellos.

MOMMSEN y, como ésta tiene dos tomos, para identificar el segundo se coloca una raya sobre el número de la página correspondiente a este último.

Pero en 1954, W. KUNKEL, encargado de la reedición de los tres volúmenes, respetó lo contenido en la edición anterior del volumen II (10.^a de 1929) y volumen III (5.^a de 1928), pero omitió por estimarlas faltas de valor científico actualizado lo agregado por KRUGER al *Digestum* en sus tres anteriores ediciones (la 13.^a de 1920, la 14.^a de 1922 y la 15.^a de 1928), reincorporando de nuevo la edición 12.^a de 1911. Desde 1954, las reimpressiones han sido hechas todas ellas por métodos fotográficos (23). Las últimas fototipias, de no muy buena impresión aunque se leen perfectamente, son todas de Weidman, vol. I, edic. 1987; vol. II, edic. 1989, y vol. III, edic. 1993.

En Italia existen, finalmente, otras dos ediciones. Una que se produce en italiano y se intitula:

CORPUS IURIS CIVILIS nella sua miglior lezione secondo gli studi piú recenti con rochiami alle diverse sue parti e alla disposizione del Codice Civile italiano e delle varie legislazioni moderne. (Instituzioni e Digesto). Roma 1884-85. Dos volúmenes en tres gruesos tomos.

Y otra edición, referida al Digesto, corregida por FERRINI los primeros veinte libros, y el resto por los profesores BONFANTE, FADDA, RICOBONO y SCIALOJA, cuyo objeto era proporcionar un volumen de bolsillo. Se ha sometido a una nueva y cuidadosa revisión, estudiando las Basílicas mucho más que MOMMSEN. Se cita con el mayor escrúpulo, aún siendo inexacto por causa de las interpolaciones, pero ello se advierte en nota. Publicada en Milán en 1931, en papel biblia, reproducción anastática en 1960.

Modernamente podemos citar la edición en latín y holandés que describimos así:

CORPUS IURIS CIVILIS. tekst en vertaling/ onder red. van: J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar: m.m.v.l. L. de Ligt en J.M. Tevel.- Zutphen: Walburg Pers; 's-Gravenhage: Sdu Juridische\$ Fiscale Uitgeverij, 1993. 2 vol.

Tampoco deben ignorarse algunas ediciones sometidas a tratamiento informático. Aparte, este fin se cuenta con una base de datos denominada «Biblioteca Iuris Antiqui», incorporada a un CD-Rom compuesta de archivos integrados bajo un único programa de investigación de la información. Entre ellos destaca el que se refiere a las fuentes y recoge:

(23) Vid. GARAY MORENO, R., *Lecciones de Derecho Romano*. Parte Primera, cuarta edic. Univ. Pont. Comillas, Madrid, 1994. pág. 131.

Codex Iustinianus, Codex Theodosianus, Collatio, Consultatio, Digesta, Edictum Theodorici, Epitome Gai, Epitome Ulpiani, Fragmenta Augustodunensia, Fragmenta Vaticana, Gai Institutiones, Institutiones Iustiniani, Interpretatio Pauli Sententiarum, Leges (ed. FIRA), Lex Romana Burgundionum, Novellae Maiorani, Novellae Marciani, Novellae Severi, Novellae Theodosii, OPauli Sententiae y Senatusconsulta (ed. FIRA).

Se trata, por tanto, de un archivo documental de notable amplitud que contiene la casi totalidad de las fuentes jurídicas romanas a texto completo. La informatización ha sido efectuada por un grupo de investigación de la Universidad de Linz (Austria) que ha cedido los derechos de utilización del CD-Rom, habiendo procedido luego a un trabajo de armonización y adaptación de los diversos modos o caracteres de dichas fuentes, pero también de las inscripciones y suscripciones para hacerlas compatibles con la manera usual de citar de la doctrina moderna.

También merece citarse el archivo de los códigos de clasificación y de los descriptores (Thesaurus) que contiene una estructuración en conjunto de 8.000 términos, de los cuales 6.000 son descriptores y 2.000 son de otro carácter, como sinónimos, etc., todos ellos patrimonio específico de las disciplinas relativas al derecho antiguo. Los términos están coligados entre sí a través de una estructura clasificatoria que reproduce las categorías lógicas típicas de las disciplinas jurídicas. El grupo de investigación está dirigido por PALAZZOLO, N. desde el Centro Universitario para la Informática romanística. Y el sistema de investigación en versión de CD-Rom ha sido realizado por CD-Systems s.r.l., Varese (Italia).

IV. EDICIONES ESPAÑOLAS

La más amplia y elegante de las traducidas es la que se describe como sigue:

DIGESTO teórico práctico o Recopilación de los Derechos Común, Real y Canónico por los libros y títulos del Digesto; traducción literal al castellano de todas las leyes y párrafos del Digesto; expresión de sus concordantes y discordantes con las del Código, Derecho Real de España en Indias y capítulos canónicos, etc., y la exposición de todas ellas hasta las nuevamente recopiladas en el año 1773 con sus derogaciones, correcciones y ampliaciones. Autor. B. AGUSTÍN RODRÍGUEZ FONSECA. Madrid, Ibarra, 1775-1791.

Son en total 18 volúmenes en folio, encuadernados lujosamente en plena piel, lomo cuajado, y otros simplemente en pergamino. El mismo autor, junto con otros, hicieron una traducción en tres tomos que se titula:

CUERPO DE DERECHO CIVIL ROMANO. Tomo I: Institutiones de Justiniano, Digesto o Pandectas, vertidas al español por Rodríguez Fonseca

y José María de Ortega. Barcelona, 1874. Tomo III: Código y las Auténticas o Nuevas Constituciones del Emperador Justiniano. Vertidas al español por Alejandro de Bacardí. Barcelona, 1874.

El texto en castellano se encuentra ilustrado con notas. De la misma época existe otra edición sólo para el Digesto, que se titula:

EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO, traducido y publicado en el siglo anterior por el Licenciado don Bartolomé Agustín Rodríguez Fonseca, del Colegio de Abogados de esta Corte. Nueva edición aumentada con la traducción de los proemios, completada y revisada con arreglo a los textos más autorizados de las ediciones modernas. Madrid, 1872. Dos tomos en folio.

La más conocida de todas es la de GARCÍA DEL CORRAL, de seis tomos en cuarto. Barcelona. Jaime Milinas, Editor, 1889. No es muy segura por seguir una numeración anticuada para las novelas. Con todo, ha servido como traducción «oficial» en las regiones donde se aplicó el Derecho Romano. De la misma se ha hecho nueva edición en facsímil, edit. Lex Nova, Valladolid, 1988.

Del Digesto solamente se ha hecho una traducción excelente, que es la que se viene utilizando con mayor garantía. Traducida por ALVARO D'ORS, se editó por Aranzadi, Pamplona. El Tomo I, 1968; el II, 1972, y el III, 1975.

V. EDICIONES ORDENADAS

Se llaman así porque los editores han colocado el texto de los fragmentos y de las Constituciones en términos tales que quedan reunidas y ligadas las partes que guardan relación entre sí y se encuentran en los demás textos dispersos. De ellas, cabe citar las siguientes:

EUSEBII BEGERI. Corpus juris civilis reconcinatum in tres partes distributum, cum praef. L.B. de Senkenberg, Francofurti et Lipsiae. 1767 y 1768, tres tomos

Pero la más interesante es la realizada por Pothier. Dicho autor admiraba en las Pandectas el trabajo de unificación que habían realizado los jurisconsultos y el emperador Justiniano, idea esta a la que querían someter la legislación francesa gran parte de las personalidades intelectuales distinguidas de la época. Entendía que el estudio directo del Derecho romano era el único capaz de formar buenos jurisconsultos, y dejaba entrever que la causa de haber declinado la ciencia del Derecho en su tiempo era precisamente el abandono de este derecho. Los trabajos jurídicos carecían de originalidad y valor científico porque no toman el Derecho romano como

modelo cuando precisamente era la legislación que aún regía en buena parte de Francia (24).

Para el autor, a las Pandectas le faltaba un orden y un método, que se propuso realizar. Y vio, al mismo tiempo, la necesidad de aprender el Derecho romano, mejor que en los Comentarios, en el estudio mismo de los textos de los juriconsultos de la época clásica. Por ello siguió, libro por libro y título por título, el orden de las Pandectas, pero en cada título agrupa los textos según un orden lógico, los relaciona, si es necesario, mediante la redacción de frases cortas y, si se presentan oscuridades, las explica, dando a conocer las controversias en iguales frases cortas que resumen los trabajos de los más notables juriconsultos, especialmente los comentarios exegéticos de CUIACCIO.

Rob. JOS. POTHIER, PANDECTAE JUSTINIANEAE in novum ordinem digestae cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Praefixus est Index Titulorum & Divisionum omnium, quo totius Operis specimen quoddam & quasi materiaram Appendix exhibentur: Subjecta quoque TABULA, quam nominatim Leges omnes cum suis Paragraphis & Versoculis ordim DIGESTORUM restituuntur. TOMUS PRIMUS, Continens Prolegomena seu Praefactionem, & viginti-duos priores Libros. Paris, Apud SAUGRAIN PATREM, viam vulgò dictam de Savoye, propè ripam Augustianorum. JOANEN DESAINT & CAROLUM SAILLANT, viam S. Joannis Bellov. CARNUTI FRANCISCUM LE TELLIER, Typographum-Bibliopolam, viam Antquarum Pellium, sub signo Boni Pastoris CUM PRIVILEGIO REGIS, ET APPROBATIONE. MDCCXLVIII.

El Tomo II y III comienzan con el mismo encabezamiento, y a fin de evitar repeticiones, citaremos el último tomo que se describe como sigue:

(24) Resultan sumamente expresivas, hermosas, y de palpitante actualidad, estos dos extractos de su Preface sobre las Pandectas: «Oltre que le droit écrit régit la moitié du royaume, qu'y a-t-il dans les autres parties de notre droit qui ne dépende pas du droit romain? Ajoutez que les coutumes, les ordonnances, les arrêts de parlements et les autres oeuvres du droit français ne renferment que des règles patculières sur des espèces pour ainsi dire infinies. De là, si on peut le dire, des principes flottants, qui ne sont suffisamment rattachés par aucun lien, qui chargent la mémoire comme des simples énumérations de faits, et n'offrent aucune méthode sûre et suivie, aucune science solide, si on ne les relie par un procédé artificiel. ce procédé, on ne peut le chercher que dans le livres de la sagesse romaine».

Y añade. «Dans les ennuyeux volumes de tant de practiciens sur notre droit national où ne brille aucune étincelle de la sagesse romaine, que trouve-t-on? Un droit sans principe, sans lien, sans unité, formé au hasard d'un amas de décision incohérentes, d'une pratique journalière dans ce qu'elle a de moins relevé. d'arrêts de parlements entassés à profusion et souvent contradictoires, qui vient étourdir l'esprit du lecteur incertain... J'oserais affirmer volontiers, malgré les murmures d'une foule ignorante, qu'après les livres saints il n'y a rien de plus utile pour le gouvernement de la société humaine que ce divin ouvrage des Pandectes».

...TOMUS TERTIUS, Continens à Libro Trigesimo-nono ad Quinquagesimum & ultimum Cum speciali tractatu Tituli de Verborum significatione, in modum Indicis verborum & rerum Alphabetici, & Tituli de Regulis Juris, in breve sententiarum omnium Juris compendium Capiti hujus Voluminis adjecta sunt; NOTITIA variorum Auctorum quorum nomina passim in toto Opere laudantur; Item Tabula generalis Legum CODICIS quae proprio suo verborum tenore in has PANDECTAS translatae sunt PARISIIS. Apud JOANNEM DESAINT & CAROLUM SAILLANT, viam S. Joannis Bellov. CARNUTI. FRANCISCUM LE TELLIER, Typographum-Bibliopolam, viam Antiquarum Pellium, sub signo Boni Pastoris. CUM PRIVILEGIO REGIS, ET APPROBATIONE MDCCLII.

Hubo reedición en la misma ciudad en 1758-61. Se trata de tres volúmenes in folio, de bellísima factura y tipografía, que se repite, finalmente, en Lugduni, 1782. En estas primeras ediciones el autor aparece como anónimo.

Posteriormente en Italia se ofrece una nueva versión de las Pandectas de Pothier, a las que va unida la obra de MOREAU DE MONTALIN, «Analisi delle pandecte di Pothier» (trad. in italiano da A. Lanzelloti). Neapoli, 1823-29, en seis volúmenes. La obra en su totalidad fue traducida al italiano, con el texto latino a pie de página, en dos ediciones más de Venezia, 1833-35 y 1841-43, en ocho volúmenes, encuadernados en cuatro tomos.

MANUEL MEDINA DE LEMUS
Profesor Titular de Derecho Civil

DICTAMENES Y NOTAS

Análisis y valoración del artículo 648.2.º del Código Civil frente al artículo 338 bis del Código Penal (actual artículo 195 del nuevo Código Penal)

Según el artículo 618 del Código Civil, «la donación es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

La donación se regula en nuestro Código Civil dentro del Libro Tercero: «De los diferentes modos de adquirir la propiedad». Se configura, pues, como un negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial, con el consiguiente empobrecimiento del donante y enriquecimiento simultáneo del donatario.

Los artículos 644 a 656 están dedicados a la revocación-reducción de las donaciones. Aunque hay que entender que, una vez cumplidos los requisitos exigidos legalmente, la donación es irrevocable, es ineludible tener en cuenta que, en especiales supuestos, el Código autoriza la revocación, al objeto de dejar sin efecto el negocio jurídico.

El objeto de este estudio se va a centrar, en concreto, en el párrafo 2.º del artículo 648 del citado corpus legal. Dicho párrafo, en sede de revocaciones, dice así: «También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud, en los casos siguientes: 1.º (...); 2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer o los hijos constituidos bajo su autoridad».

Hasta aquí el contenido de este párrafo 2.º del artículo 648, del que pretendo hacer una crítica sistematizada.

En primer lugar, parece sorprendente la situación en la que puede un donatario caer como consecuencia de imputar al donante algún delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública. Es evidente que el contenido de este párrafo hay que ponerlo en relación estrecha con otros sectores del Ordenamiento Jurídico patrio. La conexión es indudable con el Derecho Procesal Penal, por lo que hay que dirigirse directamente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Código Civil parece establecer una a modo de pena o sanción a aquél que imputare un delito de la naturaleza ya dicha a una persona de la que, con anterioridad, hubiere recibido una donación. Esa sanción consiste, precisamente, en el poder de revocación que asiste, en dicho supuesto, al donante, por el que el donatario pierde lo que, en su día hubiere recibido. La imputación de un delito perseguible de oficio tiene lugar a través de la denuncia del mismo. La denuncia es un acto de voluntad, una declaración de conocimiento, transmitida a un órgano judicial, Ministerio Fiscal o Autoridad con funciones de Policía Judicial. Por medio de esa declaración se da cuenta o noticia de un hecho constitutivo de delito. En nuestro Ordenamiento Procesal Penal se ha puesto de manifiesto que la nota esencial de la denuncia es constituir un acto de conocimiento en el que está ausente cualquier declaración de voluntad, realizado en cumplimiento de una obligación o deber de carácter procesal. Esta afirmación, si examinamos el contenido de los artículos 259 a 264 de la LECRIM, precisa, no obstante, de algún matiz, siendo oportuno reflejar las situaciones que, en este sentido, pueda darse en la práctica forense. Así, hay que tomar en consideración que, si el denunciante es testigo directo, entendiendo por tal el que, física y materialmente, ha presenciado un hecho constitutivo de delito, tiene, además, el deber de auxilio, pues la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, introdujo el párrafo 1.º del artículo 338 bis, imponiendo pena para el que, pudiendo impedir un delito contra la vida o que cause grave daño a la integridad, la libertad sexual, la libertad o la seguridad de las personas, sin riesgo propio o ajeno, no lo hiciere. La pena era arresto mayor y multa.

El párrafo 2.º del citado artículo establece que «el que se abstuviere de poner en conocimiento de la autoridad o de sus agentes, en el plazo más breve posible, los hechos delictivos a que se refiere el párrafo anterior, será castigado con las penas previstas en él».

El artículo 259 de nuestra LECRIM expresa que «el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción o de Paz, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la pena de multa...»

Si el denunciante está obligado por razón de su cargo, profesión u oficio, la denuncia aparece concebida como declaración de ciencia, realiza-

da en cumplimiento de una auténtica obligación procesal, tal como dispone el artículo 262 del citado Ordenamiento Procesal Penal, y sin perjuicio de contraer la oportuna responsabilidad penal.

Si el denunciante es testigo indirecto del hecho, es decir, si no ha tomado física ni materialmente contacto con éste, es claro que, en modo alguno, se le puede obligar a la denuncia de los hechos punibles, porque de ellos sólo habrá tenido noticia o conocimiento por medio de simples referencias. En todo caso, como bien expresa VICENTE GIMENO SENDRA (1), estaríamos ante un mero «deber cívico», que encuentra su fundamento en el deber de colaboración exigido por nuestra Constitución en su artículo 118: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

En consecuencia, la denuncia es un mero acto de conocimiento siempre que el ciudadano haya actuado en cumplimiento de aquel deber cívico. Pero constituye una declaración de voluntad si, mediante la denuncia, lo que se pretende es la iniciación de un procedimiento contra una persona determinada, en cuyo caso, si fuera falsa, habrá cometido una acción voluntaria, típica, culpable y punible. El apartado 2.º del artículo 264 de la LECRIM prevé expresamente en este supuesto la referida responsabilidad penal.

Si el denunciante fuere el ofendido por el delito, no tiene obligación alguna de denunciar el hecho, sino que la denuncia, antes bien, es un derecho, en armonía con la tutela establecida por el artículo 24 de nuestra Carta Magna, pues este precepto es el que establece la protección judicial de los derechos.

Siguiendo estos razonamientos, hay que tener en cuenta que el artículo 260 de nuestra LECRIM contempla una exención genérica a dicha obligación de denuncia: Los impúberes y los que no gozaren del pleno uso de razón.

Otras exenciones específicas se prevén en el artículo 261, que contempla la exención del deber de denunciar por razón del parentesco, no estando obligados, en función de esta circunstancia, el cónyuge del delincuente, los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines de aquél y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive, y los hijos extramatrimoniales —el precepto dice «hijos naturales», pero hay que entender, tras las distintas reformas operadas en el seno del Derecho de Familia, a los hijos habidos al margen de la relación matrimonial *strictu sensu*— respecto de la madre en todo caso y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.

(1) GIMENO SENDRA, CORTES DOMÍNGUEZ Y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, Valencia. 1994, pág. 247.

Todo ello no significa que no estén facultados para denunciar. La facultad de denunciar no se pierde por razón de estas exenciones. Lo que sí existe, evidentemente, es una dispensa en estos casos. Si volvemos al tema que nos estaba ocupando al principio de este trabajo, observamos que una donación puede ser revocada, tal como hemos expuesto, en el caso de que el donatario denunciare al donante, imputándole algún delito perseguible de oficio. Es una causa de revocación de donaciones por ingratitud, aunque, desde luego, una causa muy peculiar y criticable, como en seguida voy a poner de manifiesto.

Hay, en primer lugar, una incongruencia, ya que, de un lado, el Código Penal —como hemos tenido ocasión de ver— sanciona a aquél que omitiere poner en conocimiento de la autoridad determinados delitos, *ex artículo 338 bis*, al paso que el Código Civil prevé, para el que de tal modo obrare, convertir al denunciante en inmerecedor de los bienes que hubiere recibido en donación y, por tanto, desposeído de los mismos por revocación. El prestigioso jurista DÍEZ PICAZO, por los años ochenta, se hizo ya eco de esta incongruencia (2).

Para SANTIAGO LUCAS YUSTE (3), el Derecho, evidentemente, no puede extender el concepto de ingratitud hasta el extremo de optar por uno de los siguientes supuestos:

- a) Perder los derechos que tenía en propiedad por causa de donación, al imputar al donante algún delito, si a esa imputación viene obligado por imperativo legal.
- b) No perder esos derechos a costa de incurrir en ilícito penal, de mayor o menor gravedad, en función del delito cometido y no imputado.

Expuesto de otra manera más breve, el donatario conserva el enriquecimiento patrimonial donado, pero delinquendo, o bien, no delinque, pero con el correlativo empobrecimiento patrimonial, al ser revocada la donación y verse desposeído de unos bienes que habían entrado a su patrimonio lícita y justamente.

Si ponderamos el bien jurídico tutelado por el artículo 338 bis del Código Penal —para su posterior comparación con el apartado 2.º del artículo 648 del Código Civil—, salta a la vista que no hay en la doctrina española unanimidad a la hora de su determinación. Hay un sector doctrinal

(2) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante», en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

(3) LUCAS YUSTE, SANTIAGO, «Revocación de donaciones por causa de ingratitud Comentario al artículo 648.2.º del Código Civil», en *Revista Tapia*, diciembre de 1989.

que se inclina decididamente por postular que tal precepto punitivo se inspira en la idea de la solidaridad humana, que hunde sus raíces en los principios cada vez más acuciosos de la ética social, siendo matizada esta tesis por COBO y otros autores, al manifestar que estamos ante una aberración jurídico-penal. El propio COBO criticó a RODRÍGUEZ MOURULLO y a CÓRDOBA RODA, que defendían que la solidaridad humana se tutelaría en relación con las situaciones de peligro para los bienes personales enumerados en el tipo, por lo que resultaría quebrantada en cualquier forma de ataque a cualquier bien jurídico y no es apta, de suyo, para constituir el objeto inmediato de la protección penal (4).

Para CONDE-PUMPIDO, LUZÓN CUESTA y QUINTANO RIPOLLÉS (5), el bien jurídico protegido es la adecuada Administración de Justicia, al igual que para un sector de la doctrina alemana e italiana, que entienden como delitos contra la Administración de Justicia los delitos procesales o contra el curso legal del procedimiento. Para ARCADIO GARCÍA SÁNCHEZ (6), el bien jurídico-penal es otro, si no radicalmente distinto, sí, al menos, más amplio y complejo, citando la doctrina sentada por QUERALT, al afirmar que el punto de partida y núcleo del mismo es el sujeto pasivo, la colectividad (7). BUSTOS expresó que, conforme al artículo 117.1 de nuestra Constitución, el titular del bien jurídico «Administración de Justicia» es el pueblo del que emana ésta, por lo que la citada omisión es un doble ataque a la colectividad: Como justiciable no tutelado judicialmente y como titular, en última instancia, de la Administración de Justicia.

Desde mi punto de vista, el bien jurídico protegido por el artículo 338 bis del texto punitivo es, efectivamente, la solidaridad humana, que tiene relevancia jurídica-penal y que no ha de ser una mera utopía, «papel mojado», sino una idea llevada a la práctica en la realidad jurídica-social. Es, naturalmente, la propia sociedad la que va a beneficiarse de los resultados pretendidos con este precepto, en armonía con nuestra LECRIM y, en concreto, muy especialmente, de conformidad con lo establecido por nuestra Carta Magna.

En el mismo sentido, pero fijándonos ahora en el contenido del artículo 648.2 del Código Civil, habría que concluir diciendo que la intención que movió al legislador para dictarlo se fundó en el agradecimiento que el donatario debiera dispensar al donante a lo largo de toda su vida, tal como

(4) COBO, *Derecho Penal Parte especial*, Valencia, 1990, pág. 299.

(5) CONDE-PUMPIDO, *Derecho Penal Parte especial*, Madrid, 1990, pág. 655; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal Parte especial*, Madrid, 1990, pág. 355; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1966, pág. 156.

(6) GARCÍA SÁNCHEZ, ARCADIO, «Artículo 338.bis del Código Penal, versus artículo 648.2 del Código Civil», en *Revista Tapia*, diciembre de 1994.

(7) QUERALT, *Derecho Penal Español. Parte especial*, Barcelona, 1992, pág. 674.

puso de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de noviembre de 1969, teniendo en cuenta que la donación es un acto de mera liberalidad y en el que, en principio, la intención del donante es clara: Beneficiar al donatario. Sin embargo, en la práctica no tiene por qué ser así y puede haber donaciones —de hecho, las hay— por vanidad, por simple pompa, por móviles interesados y muy poco liberales. Pero no por ello deja de existir donación, porque lo que nuestra Jurisprudencia exige es que se manifieste formalmente la voluntad negocial de llevar a cabo una donación. Ese *animus donandi* es, precisamente, la misma voluntad negocial referida al concreto negocio.

Si partimos del concepto de donación que se daba ya en Las Partidas, Ley I, Título IV (Partida 5.^a), vemos que es la siguiente: «Donación es bien fecho que nasce de nobleza, e bondad de corazon, quando es fecha sin ninguna premia. E todo home libre que es mayor de veynte e cinco años puede dar lo suyo o parte dello a quien quisiere...»

La donación será, por tanto, el acto de liberalidad por antonomasia, mediante el cual, a título gratuito, un individuo otorga una dádiva a otro que la acepta, según la doctrina mayoritaria (8). No existe donación si resulta probado que fue un contrato oneroso el que decidió al supuesto donante a ejecutar la cesión, tal como dispuso el Supremo en una antigua resolución de 5 de marzo de 1896, confirmada más tarde por otras, como las Sentencias de 7 de enero de 1975, 14 de febrero de 1983 y 7 de diciembre de 1984.

Hay, con toda evidencia, un aspecto subjetivo en la donación, consistente en el deseo, la intención, por parte del donante de beneficiar al donatario, enriqueciéndole. De ahí que el Ordenamiento Jurídico-civil se haga eco de este *animus* y prevea que el donatario ha de guardar un agradecimiento, una gratitud de por vida a aquél que le hizo la liberalidad. Esta es la razón de la existencia del ordinal segundo del artículo 648 del Código Civil, aunque las buenas intenciones del legislador, tal como estamos comprobando, quedaron sólo en intenciones. Se entiende que, si el donatario es ingrato con el donante, la donación podrá ser revocada de acuerdo con la naturaleza del hecho cometido por el donatario. Pero tengamos en cuenta que el Ordenamiento Jurídico ha de ser interpretado globalmente y atendiendo, una por una, a todas las normas, en armónica correlación, correlación que aquí aparece desvirtuada, obviamente, pues el apartado 2.º del artículo 338 bis del Código Penal es una norma que obliga a todos, con las excepciones que ya hemos tratado anteriormente. El precepto es rotundo en orden a la

(8) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, volumen III, Madrid, 1983, pág. 589; DE LOS MOZOS, «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *Revista de Derecho Privado*, 1971, pág. 503; entre otros muchos autores que no citamos por evitar la farragosidad.

obligación jurídica de poner en conocimiento de la autoridad la comisión de determinados delitos. A la vista de esta antinomia, LUCAS YUSTE se ha preguntado las siguientes cuestiones: ¿Permite el Derecho Civil, vía artículo 648.2.º, transgredir otras normas del ámbito penal, de obligada observancia, al amparo de la frágil cobertura que dicho precepto contiene? ¿El Derecho Penal exime de su cumplimiento a quien está obligado a ello, aún en la aparente hipótesis absolutoria de no incurrir en causa de nulidad por ingratitud? (9).

La respuesta a estas interrogantes, en principio, ha de ser negativa. Hay dos Ordenamientos Jurídicos frente a frente: El civil y el penal, dos bienes jurídicos también frente a frente, dos intereses. Habría que tomar postura sobre la conveniencia de hacer prevalecer un bien por encima del otro. Dos opciones se le van a plantear al donatario: Denunciar el hecho delictivo cometido por el donante, perdiendo los bienes adquiridos en virtud de donación, con el correlativo empobrecimiento; o bien, conservar dichos bienes y convertirse en delincuente *ex* párrafo 2.º del artículo 338 bis del Código Penal.

Para Díez-PICAZO y GULLÓN (10), la interpretación del precepto civil ha de hacerse teniendo en cuenta que la imputación suponga una querrela criminal y no la mera denuncia llevada a cabo en el ejercicio del deber público de poner en conocimiento de la autoridad hechos delictivos que conozcan, puesto que cabe matizar que «imputar», que es el vocablo utilizado por el Código Civil, no es personarse como parte en un proceso penal, sino que abarca también al simple hecho de denunciar en el aspecto de poner en conocimiento. En este sentido, intentando el citado autor una interpretación lo más coherente del precepto, hay que hacer notar que, tanto el Supremo como el Tribunal Constitucional establecieron que la denuncia no convierte al denunciante en parte del proceso, pues no supone ejercicio de acción penal alguna. Como el mismo autor afirma, la donación debe engendrar en el donatario un deber ético de gratitud hacia el donante, aunque no hasta el punto de pretender, so pena de revocación, que se cometa un ilícito penal.

Para ARCADIO GARCÍA SÁNCHEZ (11), cabrían otras posibilidades. Así, pudiera pensarse que la denuncia no sea causa de indignidad cuando se trata de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio, pues la *ratio legis* que lo inspira es el poder revocar donaciones cuando sus destinatarios pongan en conocimiento de la autoridad delitos, presuntamente cometidos por el donante, cuya denuncia no es absolutamente imprescindible para su

(9) LUCAS YUSTE, SANTIAGO, Artículo citado en nota 3.

(10) Díez-PICAZO y GULLÓN, Artículo citado en nota 2.

(11) GARCÍA SÁNCHEZ, ARCADIO, Artículo citado en nota 6.

persecución. En este orden de cosas, no será causa de revocación la denuncia hecha por el donatario por un delito cometido por el donante en su contra, contra su mujer o sus hijos constituidos bajo potestad.

Lo que sí es cierto, en cualquier caso, es que el donatario no se situará en la «heroica» postura de ver perdida —revocada— la donación a él efectuada en su día por denunciar un delito presuntamente cometido por su donante. Pensemos, en esta misma línea argumental, que, en la actualidad, hay muchísimos delitos que no se denuncian, ello debido a múltiples factores y causas, entre las cuales bien podríamos colocar precisamente la que estamos analizando. No obstante, si un donatario se arriesga a ver revocada su donación denunciando a su donante, pienso que ha de estar muy seguro de que éste ha cometido, efectivamente, un delito que no debe quedar impune. De otra manera, en otro caso, creo que nunca se arriesgaría a llevar al órgano judicial una mera sospecha, contando con el riesgo inminente de empobrecerse patrimonialmente por efecto de dicha denuncia. Lo más probable será que el donatario, si denuncia, lo haga porque haya presenciado realmente un delito cometido por su donante.

LUCAS YUSTE va más allá en la interpretación armónica y razonada de estos preceptos del Código Civil y Penal, respectivamente, afirmando que el vocablo «ingratitude» en modo alguno extiende su concepto tan ampliamente como, en principio, parece hacerlo, sino que en su sentido estricto subyace la idea de comportamientos injuriosos que el donatario pueda realizar en deshonra, descrédito o menosprecio del donante. Avalan esta afirmación el inciso último del párrafo 1.º del artículo 648.2: «...aunque lo pruebe», que es la remisión expresa de la *exceptio veritatis* que contenía el artículo 461 del Código Penal, referido, a su vez, al 457 del citado texto punitivo, que desarrolló y conceptuó objetivamente el delito de injurias. De otro lado, según este mismo autor (12), hay similitud entre el artículo 648.2 del Código Civil («...imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio»), y el artículo 458.1 del Código Penal: «La imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio». Para LUCAS YUSTE, la similitud de párrafos citados no es tan clara, habida cuenta de que entre ambos la locución adverbial «no», contenida en la causa del Código Penal, está ausente en la causa del Código Civil, entendiéndose que el artículo 648.2 debe ser interpretado así: «El donatario imputare al donante algunos de los delitos que no dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe», pues, en otro caso, la donación habría que entenderla implícitamente condicionada o gravada con un comportamiento no sólo no querido por el Derecho, sino sancionado por

(12) LUCAS YUSTE, SANTIAGO, *Idem* en notas 3 y 9.

él, siendo, por ello, de difícil aplicación en los supuestos de exigir un comportamiento antijurídico al amparo de una mal pretendida causa de gratitud, concluyendo en que no sería descabellado pensar que pudiera no tratarse de una errata de transcripción deslizada al tiempo de insertar el tenor del Código Civil en los textos legales —Boletín Oficial y Colección Legislativa—, subsanable sólo por vía legislativa.

Aunque la teoría apuntada es, a primera vista, interesante y, sobre todo, muy ingeniosa por parte de su autor, creo que es oportuno reflexionar sobre la discordancia y falta de armonía producidas en el seno de ambos Ordenamientos Jurídicos, el civil y el penal, con estos dos preceptos contrapuestos, creadores de una desazón interpretativa acuciante.

Obviamente, ha de pesar más el bien jurídico protegido por la vía penal que aquél contemplado por el Código Civil. La omisión de denuncia de determinados delitos es, a su vez, un delito claramente tipificado dentro del Ordenamiento Jurídico-penal y a sus consecuencias hay que atenerse.

El bien jurídico-civil es, lógicamente, de menor envergadura, de menor interés, más relativizado que el contemplado en vía penal. A la sociedad, en general, interesa que se denuncien los delitos, porque, de esta manera, se abre el camino hacia la investigación de los mismos, propiciando su descubrimiento y averiguación con el consiguiente castigo de los culpables. La falta de denuncia de los delitos en nuestra sociedad es un mal que aqueja gravemente al sistema jurídico-social. Si los delincuentes se concientian de que los ciudadanos que hayan presenciado un hecho punible no van a denunciarlo, las tasas de criminalidad pueden ir en aumento. Si, en el supuesto que nos hemos planteado, un donatario presencia un delito cometido por su donante y no lo denuncia, por miedo a perder la donación recibida en su día, ¿qué alternativas nos ofrece el sistema jurídico ante semejante hecho? Los ciudadanos están obligados a denunciar los hechos delictivos que hayan presenciado. Este dato es irrefutable, con las excepciones que ya apuntábamos anteriormente. Ahora bien, la no denuncia puede ser debida a un estado de necesidad del donatario, a tenor del número 7.º del artículo 8.º del Código Penal, cuya dicción es: «El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

De estos requisitos exigidos por el Código Penal a efectos de exención de responsabilidad criminal, parece claro que no puede aplicarse al supuesto que estamos analizando, ya que el primer requisito exigido, en la práctica, será de imposible virtualidad, porque el artículo 338 bis del Texto Punitivo es terminante en orden a castigar la omisión de la puesta en conocimiento de la autoridad o de sus agentes, en el plazo más breve posible, hechos delictivos contra la vida, o que causen graves daños a la integridad, la honestidad, la libertad o la seguridad de las personas. Frente a estos males, que deben denunciarse y cuya omisión de denuncia configura el tipo delictivo, es evidente que no puede esgrimirse el bien jurídico-civil que el donatario intenta proteger y que no es otro que mantener su propio enriquecimiento patrimonial en función de la donación efectivamente realizada. No lo estima así, sin embargo, CONDE-PUMPIDO (13), que expresa que, como más probable eximente a concurrir, podría darse el caso de que el delito recogido por el artículo 338 bis fuera concomitante con la eximente de estado de necesidad o, más bien, con el miedo insuperable, cuando el obligado a denunciar ha sido amenazado de males futuros si actúa conforme al precepto penal, males que se acompañarían de la pérdida de la donación.

En mi opinión, esta tesis no es, en la práctica, mantenible, porque el miedo insuperable es un concepto demasiado grave como para cobijarse bajo una amenaza del donante al donatario, advirtiéndole que, de denunciar a la autoridad algún delito por aquél cometido, revocaría su donación, dejándole empobrecido patrimonialmente.

Sí es admisible, no obstante, apreciar un estado de necesidad en aquellos supuestos que la revocación de la donación por esta causa acarree la completa precariedad o pobreza del donatario. Para ARCADIO GARCÍA SÁNCHEZ (14), prevalece el bien jurídico-penal, pero hay que hacerlo compatibilizar con el precepto civil, teniendo en cuenta que la estimación en el texto civil de una causa de revocación por ingratitud para las donaciones es no sólo lícita, sino justa, aunque, preponderando obligaciones mayores, cuales son las penales, no lo es tanto que tal causa revocatoria se funde en la imputación de un delito verdaderamente cometido o, al menos, que sobre tal pendan grandes indicios de probabilidad, por el bienhechor, siendo denunciante su donatario, puesto que tal posibilidad no nos llevaría más que a «compras de silencio».

Para COSSÍO (15), no deja de ser extraño que esta causa, cuando la denuncia no sea declarada calumniosa y constituya un deber público que la

(13) CONDE-PUMPIDO, Obra citada en nota 5.

(14) GARCÍA SÁNCHEZ, ARCADIO, *Idem* en notas 6 y 11.

(15) COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1975, pág. 346.

Ley impone a todo ciudadano que tuviese conocimiento de la comisión de un delito, sea sancionada con pena civil, como es la revocación de la donación en este caso.

A mi juicio, es lógico que las donaciones estén sometidas a causas de revocación, sobre todo si tenemos en cuenta que una cierta gratitud sí es exigible al donatario en relación con su donante. Pero, en todo caso, esta causa de revocación, a modo de castigo, debería suprimirse del Texto Civil, porque pone frente a frente a dos Ordenamientos Jurídicos, el civil y el penal, cada uno con sus normas, pero a los que la sociedad puede exigir una coherencia, pues el Ordenamiento Jurídico no es sólo un conjunto sistematizado de normas, sino que también hay que dar cabida a los principios, por ser éstos los informadores de aquél y no es de recibo la antinomia entre los distintos preceptos. Es obvio que entre el artículo 648.2 del Código Civil y el 338.bis del Código Penal hay una profunda disarmonía, que debiera, en lo posible, ser corregida, para evitar inseguridades y confusiones en el seno de la sociedad, la destinataria de su aplicación.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Abogado

Interpretación de un contrato desde el trópico

Vaya por delante la advertencia de que el título no tiene otro sentido que el puramente geográfico. Y hago la advertencia recordando lo que, allá por el año 1963 ó 1964 me hacía el que, al parecer, fue primer ministro de Obras Públicas de la Cuba revolucionaria, ya exiliado, quien calificaba al régimen de su país de una *dictadura tropical*, dando así, al calificativo un sentido peyorativo, que no existe, desde luego, ante el título puesto a este trabajito. El contrato se ha celebrado en zona tropical, y la interpretación solicitada también se ha hecho en la misma zona.

Aparte, quizá sea conveniente explicar a algún lector curioso de estas páginas, cómo transcurre, a grandes rasgos, el procedimiento civil puertorriqueño (realmente, no llega a ser proceso), orientado en sus líneas generales por las *Rules of Civil Procedure* elaboradas en su día por el *American Law Institute* como prototipo al que pudieran incorporarse las legislaciones de los diversos Estados de la Unión que expresan los Estados Unidos de América del Norte. En otro caso, no se entenderían algunas cosillas.

El procedimiento se inicia, como en todas partes, como la respectiva demanda. Se interpone un simple escrito en que la parte interesada, asistida sólo de su abogado —la figura del procurador ha desaparecido enteramente— alega lo que le parezca pertinente. Al escrito no le acompaña clase alguna de prueba, ni de principios de prueba. Ello se hará en un momento posterior (conferencia con antelación al juicio). La oportuna contestación a la demanda suele disponer de los clásicos treinta días para ser sometida; y, regularmente, va precedida de la correspondiente moción (cuando no mociones sucesivas) en solicitud de prórroga «por la enorme cantidad de trabajo que tiene el abogado que suscribe», normalmente admitida por el Juez y otorgada por una, dos o tres veces.

La conferencia preliminar con antelación al juicio tiene por finalidad concretar el punto o puntos de conflicto —los esenciales..., aunque los accidentales puedan ser más relevantes ocasionalmente—, intercambiarse

las partes la prueba documental, anunciándose la testifical. Por su parte, el Juez fija calendario y establece las reglas del juego. Suele ir precedida dicha conferencia con una serie de mociones *informativas* al Tribunal que, en ocasiones, suelen convertirse en una pieza de regular grosor. Como en el procedimiento civil, aquí como en todas partes, la capacidad económica de los litigantes es muy relevante, no es raro que los *grandes* despachos descarguen enormes cantidades de papel, en perfecta colaboración con la industria del ramo, con mociones acerca de todo. Aparte, es normal y frecuente reclamar pliego de posiciones (*deposiciones*) a una regular cantidad de testigos anunciados entre las partes; lo que se hace ante taquígrafo de *record* (judicialmente reconocido) previo juramento de todos ante notario de ser fieles a la verdad. Esta prueba testifical suele adquirir enorme importancia, no empece lo previsto en el artículo 1.202 del Código Civil de Puerto Rico (art. 1.248 del Código Civil español); y es que, no debe olvidarse, el procedimiento civil norteamericano ha tomado como modelo original al criminal, en el cual la función del abogado no es calificar los actos del imputado, sino *destrozar* los hechos para que no quepan en la hipótesis, todo ello, como apuntaba para su época Holmes, en un ambiente de teatro: la *labia* de los abogados era lo importante. Hoy, esa labia queda sustituida por la descarga de papel, que tiene, además, una ventaja inicial: queda prueba del enorme trabajo del abogado, que cobra por ello.

Luego de la conferencia preliminar se pasará en su día a la vista, en que, respecto de los testigos, se iniciará su interrogatorio, confrontado con la pertinente y anterior deposición; se intentará destrozar uno por uno todo documento, etc., terminándose regularmente con las conclusiones expuestas en un previo memorando de Derecho, memorando que puede someterse a lo largo de la duración del proceso para situaciones y puntos determinados, reiteradas veces.

Si el caso es un poco *durillo* también es pertinente solicitar dictámenes periciales en Derecho (excluidos en el procedimiento federal, en que el juez se afirma como el perito en Derecho más adecuado), que el juez valorará en su día.

Esa enorme flexibilidad del procedimiento, pensada precisamente para reducir su duración, ha permitido que, regularmente, una *litis dure* lo mismo que antes o más, según los casos.

Por ello, se ha introducido, ya desde mucho antes, una práctica dirigida a reducir la duración de la contención: la *sentencia sumaria*. Cuando entre las partes no hay disparidad respecto de los hechos, siendo solamente pertinente su calificación para efectos de la aplicación de la norma, se puede solicitar sentencia sumaria «por las alegaciones», es decir, por los sendos memorandos de Derecho que las partes someten. Ciertamente, es dable en cualquier procedimiento que las partes vayan solicitando, alternativamente,

sentencia sumaria, con correspondiente oposición de la otra; lo que no deja de ser curioso: si, por ejemplo, es la demandada la que pide sentencia sumaria porque no hay disparidad respecto de los hechos, oponiéndose la demandante, luego será ésta la que solicite tal sentencia. Y uno no acaba de comprender cómo los hechos antes admitidos ahora han cambiado.

Todo lo dicho tiene explicación respecto de las siguientes páginas, porque se trata de una situación iniciada con un contrato, su resolución mediante expresión oral ratificada por carta y consiguiente demanda sin prueba, en que, entonces, se analizan todos los actos de parte para hallar la interpretación adecuada del contrato por sentencia sumaria.

Comencemos, pues, por exponer el contrato:

CONTRATO

COMPARECEN

DE UNA PARTE: **TOYOTA DE P. R., CORP.**, representada por el Sr. Kuniniko Kato, Presidente, de aquí en adelante como el **PRINCIPAL**, y de la otra parte **BUILDING FAST CLEANING SERVICE**, representada por el Sr. Sergio Romeu, de aquí en adelante como el **CONTRATISTA**, acuerdan el siguiente contrato por los servicios de limpieza y mantenimiento para las áreas designadas en las facilidades de Gómez Hermanos, en la Avenida Muñoz Rivera en Río Piedras, PR

De mutuo acuerdo exponen:

CLAUSULAS Y CONDICIONES

PRIMERO: Será responsabilidad del **PRINCIPAL**:

A. Todo equipo y mobiliario perteneciente al **PRINCIPAL** no será removido sin antes notificar al **PRINCIPAL** por escrito para que éste lo autorice debidamente.

B. El **PRINCIPAL** proveerá la necesaria protección y almacenaje al equipo y materiales pertenecientes al **CONTRATISTA**.

SEGUNDO: Personal:

A. El **CONTRATISTA** deberá tener personal debidamente capacitado para desempeñar su labor. El **CONTRATISTA** deberá capacitar y adiestrar a sus empleados.

En consideración al tiempo y costo en que incurre el **CONTRATISTA** para adiestrar a su personal, el **PRINCIPAL** no podrá contratar ningún empleado del **CONTRATISTA** o utilizar sus servicios, ya sea directamente

como patrono o a través de cualquier otra Compañía de Limpieza, durante la vigencia del contrato y hasta después de sesenta y un (61) días de haber finalizado el contrato. Todo empleado del CONTRATISTA deberá usar ropa adecuada y uniforme.

B. Si algún empleado no se comportara debidamente y causara problemas al PRINCIPAL, éste podrá exigir que se reemplace a dicho empleado.

TERCERO: Salarios:

A. El CONTRATISTA deberá pagar a su personal no menos del salario mínimo requerido por el Departamento del Trabajo de Puerto Rico o Federal, según sea el caso.

B. Cuando el PRINCIPAL requiera trabajos especiales, no estipulados en el contrato, el PRINCIPAL pagará el costo en que se incurra para prestar dicho servicio adicional.

CUARTO: Supervisión:

A. Se supervisará a los empleados tres (3) veces en semana, en visitas de media (1/2) hora, aproximadamente.

B. El CONTRATISTA se compromete a que su personal de supervisión será uno capaz de programar, dirigir, inspeccionar, instruir y suplir control y métodos necesarios para el buen funcionamiento y cumplimiento de labores del personal de mantenimiento.

QUINTO: Seguridad:

A. El CONTRATISTA conviene que sus empleados podrán reportar cualquier emergencia o anomalía para que pueda ser arreglada debidamente por el PRINCIPAL y así evitar otras consecuencias.

B. El PRINCIPAL deberá proveer por escrito cualquier medida de seguridad que debe seguirse en caso de emergencia al CONTRATISTA, para que estas medidas o instrucciones puedan implantarse.

SEXTO: Especificaciones de limpieza:

El CONTRATISTA se responsabiliza por las siguientes especificaciones de limpieza:

A. DIARIAMENTE: (Limpieza general: SEIS [6] días o noches en la semana de lunes a sábados)

1. Todos los muebles de oficina serán desempolvados, pulidos, limpiados o tratados con un «vacuum» periódicamente.

2. Remover el polvo con mapas químicamente tratados, de todos los pisos de losetas.

3. Vaciar y limpiar todos los ceniceros y receptáculos de basura.

4. Limpiar los ceniceros y reponer arena y agua.

5. Pasar el «vacuum cleaner» a todas las áreas alfombradas.
6. Desempolvar todas las lámparas y adornos de pared.
7. Desempolvar todas las moldaduras, tablilleros y zócalos. Pasar un paño húmedo si es necesario.
8. Desempolvar debajo de todos los escritorios; pasar un paño húmedo a todo el equipo telefónico.
9. Limpiar todas las fuentes de tomar agua y las áreas de metales.
10. Mantener todas las superficies de las paredes lavables limpias.
11. Desempolvar o pasar un paño húmedo a todas las plantas artificiales y echar agua periódicamente a las plantas naturales.
12. Limpiar, sanear y desinfectar los pisos de los baños, lavamanos, inodoros y urinales. Pulir los recipientes y molduras de metal. Pasar un paño húmedo a las particiones e instalaciones exteriores. Reponer el jabón, papel y toallas de mano. (Estos materiales podrán ser suplidos por el Contratista, según acuerdo con el Principal, pero costeados por este último.)
13. Vaciar y limpiar todos los recipientes de basura. Remover la basura al área designada para su deshecho. Los recipientes y zafacones serán mantenidos limpios con bolsas de plástico adecuadas.
14. Pulir todos los pisos de loseta diariamente o aplicar tratamiento cuando la necesidad lo indique.
15. Barrer y mapear el frente afuera y la entrada principal adentro. Este trabajo será realizado con un equipo moderno y profesional. Incluye divisiones de cristal. Los cristales del «Show Room» se limpiarán una vez a la semana.
16. Estacionamiento:
 - a) Recoger desperdicios en todo el área del estacionamiento (frente y atrás) y de los jardines.
 - b) Diariamente barrer el área de los estacionamientos.
17. Barrer y mapear escaleras, limpiar pasamanos.

B. SERVICIO DE LIMPIEZA PERIODICA:

1. Todos los pisos serán lavados y vueltos a encerar cada vez que la necesidad lo indique.
2. Lavar todas las cubiertas de luces cada seis (6) meses o cuando sea necesario.
3. Limpiar todos los difusores de aire cuando sea necesario.
4. Remover las manchas de las alfombras con un removedor de manchas, cuando sea necesario.
5. Cepillar y lavar escaleras cuando sea necesario.
6. Lavar con manguera piso o área de servicio (mecánica).
7. Lavar cristales área *show room*.
8. Corte de Grama y yerbajos alrededor cerca.

EL CONTRATISTA SE COMPROMETE A HACER UNA LIMPIEZA GENERAL, LAVAR Y BRILLAR LOS PISOS, LAVADO DE ALFOMBRAS Y EL CORTE DE GRAMA Y YERBAJOS DE LA VERJA, A LA FIRMA DEL CONTRATO.

El CONTRATISTA proveerá todo el equipo necesario, materiales de limpieza y bolsas plásticas para la basura, personal y transportación de estos servicios.

El CONTRATISTA no será responsable de ningún daño por el daño causado porque EL CONTRATISTA sea incapaz de cumplir con los servicios contratados por causas ajenas a su voluntad y fuera de su control, como actos de Dios, huelguistas, huelgas patronales, trastornos civiles, acciones de la autoridad gubernamental, explosiones, tormentas, fuegos o inundaciones, etc. Cuando el CONTRATISTA no pueda brindar sus servicios por un período continuo de diez (10) días, bajo las situaciones antes descritas, ambas partes podrán acordar una reducción prorrateada en compensación por el tiempo que EL CONTRATISTA ha sido incapaz de poder brindar sus servicios.

El precio acordado por este contrato puede ser aumentado en proporción con cualquier aumento en el costo de la labor del contratista, bajo la Ley de Salario Mínimo Federal.

VIGENCIA Y REGULACIONES

Este contrato será por un año de duración y automáticamente se renovará, a menos que exista una notificación por escrito, con treinta (30) días de anticipación, antes de cualquier cancelación. Este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las dos partes sino fuera cumplido debidamente.

Se establece que este contrato constituye un entero acuerdo entre las dos partes con referencia a las disposiciones que contiene y no será cancelado, cambiado o modificado oralmente.

Se establece que no han habido representaciones o arreglos entre las partes excepto las especificaciones en éste.

Este contrato es efectivo el día 1 de junio de 1994.

Acuerdan que el pago por los servicios se efectuará el día primero (1) de cada mes.

Acuerdan que el precio por los servicios de limpieza por DOS (2) HOMBRES, 36 HORAS C/U SEMANALES, con horario de 8:00 am a 3:00 pm, de lunes a sábados. Y UN HOMBRE, 24 HORAS SEMANALES, con horario de 2:00 pm a 6:00 pm, de lunes a sábados, será por la cantidad de \$3.029,00 MENSUALES.

El PRINCIPAL y el CONTRATISTA por mediación de sus representan-

tes autorizados de mutuo acuerdo aceptan este contrato y se obligan a cumplirlo.

Firman en SAN JUAN, PUERTO RICO, hoy día

SERGIO ROMEU GONZALEZ
 Presidente
 BUILDING FAST CLEANING SERVICE

EGUCHI, TSUNEAKI
 V Presidente
 TOYOTA DE PR, CORP.

Pasemos ahora a transcribir la carta de resolución, que dice:

1 de agosto de 1994

Sr. Sergio Romero, Presidente
 Building Fast Cleaning Service Corp.
 Calle Loíza 1505. Apartado 162
 San Juan, PR 00911

Estimado señor Romero:

Confirmando por este medio nuestra conversación telefónica para adelantarle nuestra determinación sobre la cancelación del contrato de mantenimiento que mantiene Toyota de Puerto Rico, Corp. con su compañía, efectivo el 31 de agosto de los corrientes.

Como le indiqué, esta decisión obedece a nuestro interés en retener a unos empleados que de otra manera se verían afectados. De ninguna forma debe entenderse que no estamos satisfechos con sus servicios.

Si en algún momento futuro tuviéramos necesidad de sus servicios no vacilaremos en llamarlos.

Muchas gracias por su atención a este asunto. Esperamos contar con el servicio acostumbrado hasta el 31 de agosto de los corrientes.

Cordialmente,

Wilfredo Torres Rodríguez
 Gerente Servicios Administrativos

cc: Lcdo. Nelson Cardona
 Director Administración

Y vamos ahora a la transcripción del escrito de demanda:

DEMANDA

AL HONORABLE TRIBUNAL:

Comparece la parte demandante de epígrafe por conducto de su abogado que suscribe y muy respetuosamente EXPONE, ALEGA y SOLICITA que:

LAS PARTES

1. La parte demandante es una persona jurídica con capacidad para demandar y ser demandado.
2. La parte co-demandada, Toyota de Puerto Rico, Corp., es una persona jurídica con capacidad para demandar y ser demandada.
3. La parte co-demandada, Compañías Aseguradoras X e Y son compañías aseguradoras a las cuales se desconoce su nombre y podrán responder solidariamente de la demanda.

LOS HECHOS

4. La demandante, representada por su presidente, Sergio Romeu González, suscribieron un contrato de servicios con la demandada, Toyota de Puerto Rico, Corp., efectivo el día 1 de junio de 1994. La demandada fue representada en ese acto por su vicepresidente Eguchi Tsuneaki.
5. En el mencionado contrato suscrito por ambas partes, entre otras cosas, se estipuló que el contrato tendría validez por un (1) año. La demandada Toyota de Puerto Rico, Corp., se comprometió con dicho contrato al pago de \$3.029,00 dólares mensuales como pago por los servicios acordados en el contrato. Por su parte la demandante se comprometía a darle servicio de mantenimiento a las facilidades de la demandada.
6. Allá por el día 1 de agosto de 1994 la demandada, Toyota de Puerto Rico, Corp., por conducto de su gerente de Servicios Administrativos, Wilfredo Torres Rodríguez, le notificó carta informándole que la demandada tomó la determinación de cancelar unilateralmente dicho contrato. De esta forma la demandada Toyota de Puerto Rico, Corp., viola e incumple clara y explícitamente el contrato que obligaba a ambas partes.
7. La actuación de la demandada Toyota de Puerto Rico, Corp., constituye un claro incumplimiento del contrato firmado por ambas partes.

RECLAMACION

8. Como consecuencia de este incumplimiento, la parte demandante se ha afectado al dejar de percibir los ingresos correspondientes a los nueve (9) meses que restaban a la vigencia del contrato pactado entre las partes. Por tal razón la demandante reclama el pago de una suma igual a

\$27.261,00 dólares por los cánones de los nueve (9) meses que le quedaban de vigencia al contrato.

POR TODO LO CUAL, muy respetuosamente se solicita al Honorable Tribunal que declare CON LUGAR la presente demanda y en su consecuencia condene a la parte demandada al pago de \$27.261,00 dólares más las costas, gastos y una suma igual a \$5.000,00 dólares para honorarios de abogado.

En San Juan, Puerto Rico, a 14 de septiembre de 1994.

RESPETUOSAMENTE SOMETIDA.

BUFETE DEL MANZANO & LOPEZ BIRRIEL

Abogados de la parte demandante

P.O. Box 33

San Juan Puerto Rico 00936

Tels. 756-0000/756-5957

Fdo.: Lcdo. Raúl Del Manzano-Román

Colegiado núm. 11426

Realizado el oportuno emplazamiento a la parte demandada, se procedió a la interpretación del contrato.

**ACERCA DE LA INTERPRETACION DEL CONTRATO
DE LIMPIEZA ENTRE TOYOTA DE PUERTO RICO, INC.
Y BUILDING FAST CLEANING SERVICE, INC.**

OBJETIVO

Se centra el problema de hermenéutica en torno al significado de una concreta cláusula del contrato celebrado entre las partes, específicamente aquella que indica:

«Este contrato será por un año de duración y automáticamente se renovará, a menos que exista una notificación por escrito, con treinta (30) días de anticipación, antes de cualquier cancelación. Este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las dos partes si no fuera cumplido debidamente».

I. INTERPRETACION LITERAL DE LA CLAUSULA: ALTERNATIVAS

Dispone el artículo 1.233 del Código Civil (art. 1.281 del Código Civil español):

«Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

Con independencia del origen de la regla (1), actualmente su sentido viene a significar que no cabe aprehender la intención práctica que el contrato persiga por las simples palabras, en el caso en que éstas parezcan divertir de lo que, por otros medios y elementos, surja como *intención evidente* de las partes.

Pero, de otro lado, la regla impone al intérprete una directriz hermenéutica: hay que buscar, inicialmente, el sentido del contrato por lo que expresan las propias palabras (2).

Se impone, pues, indagar el sentido de aquella cláusula mediante el recurso a la sintaxis y la gramática.

A) PRIMERA ALTERNATIVA

Es claro en la cláusula el período por el que se pacta el contrato: un año. Es, asimismo, claro, que ese plazo puede ser objeto de variación en un doble sentido: para ser prorrogado y para poner fin al contrato mismo; para su prórroga, por producirse ésta automáticamente, salvo que haya notifica-

(1) *Digesto*, 50, 16, 219. La norma respondía a la finalidad de poner fin al criterio del viejo *Ius civile* romano, en que la palabra ritual creaba la realidad negocial, de modo tal que cualquier error extinguía el vínculo, al no poderse reclamar la realidad negocial misma. Era el juego de la voz *Spondes?* Todavía en el actual Derecho norteamericano y en la vida de sus gentes, late ese ritualismo en la expresión *promesa*; la afirmación «esto no es una promesa» desea expresar que no se está ante una obligación.

Esa ausencia de valor ritual de la forma llevó al Derecho justinianeo a formular el antagónico principio conforme al cual *pacta quantumcumque nuda servanda sunt* (los pactos deben observarse cualquiera que sea su forma) Cfr PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, II-1, 1978, págs. 151-156; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, I, 1970, págs. 171-174.

(2) NATIONAL CITY BANK v. MARTÍNEZ, 1930, 41 D.P.R. 163; GONZÁLEZ v. COOPERATIVA DE SEGUROS DE VIDA DE P.R., 1986, 117 D.P.R. 659; como criterio constante.

ción (hay que suponer en sentido contrario) con treinta días de antelación (hay que suponer que al vencimiento del plazo final); para su cancelación, igualmente es requerida la notificación adelantada en igual plazo.

La sintaxis de la oración es, en principio, muy clara: una oración principal («Este contrato será por un año y automáticamente se renovará... antes de cualquier cancelación») y una oración de complemento o adjetiva («a menos que exista una notificación por escrito...»), seguida, a su vez, de otra oración adjetiva determinativa de la inmediata anterior («con treinta [30] días de anticipación»).

Por consecuencia, ese significado literal inicial impone un plazo de duración de un año y prórroga automática antes de cualquier cancelación, salvo que se notifique por escrito con treinta días de antelación respecto del finiquito.

B) SEGUNDA ALTERNATIVA

Aquel significado, inicialmente claro y meridiano, puede considerarse, sin embargo, susceptible de encerrar otro sentido, si no dispar, sí divergente, si contrastamos la completa oración expuesta con la que, luego de un punto y seguido, se inserta en el párrafo que contiene la entera cláusula: «Este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las dos partes si no fuera cumplido debidamente».

La razón de tal aparente diversidad de significado no deriva ya de la propia sintaxis, sino del sentido de armonía que haya de darse a ambas oraciones, según se estimen complementarias o independientes:

1. Si, como independientes, dado que la segunda oración reconoce un derecho a la cancelación si no fuese el contrato cumplido debidamente (inclusión de un punto concreto que permite excluir los demás), no estando dicha facultad sujeta a plazo alguno o a notificación previa, habría que estimar que la referencia incluida en la primera oración respecto del plazo de preaviso se relaciona solamente con la notificación por escrito con los treinta días de antelación, para evitar la prórroga automática del contrato.

2. Si ambas oraciones se estiman complementarias, el sentido expuesto como hipótesis *I* solamente sería admisible si se deja en el aire, y en aquella oración principal primera, su parte última: «...antes de cualquier cancelación».

Inicialmente, si aplicamos lo dispuesto en el artículo 1.237 del Código Civil (art. 1.285 del Código Civil español), según el cual «las cláusulas de los contratos deberán interpretarse *las unas por las otras*, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del *conjunto de todas*» (énfasis suplido),

parece muy sensato concluir (en conclusión, además, la más conforme a Derecho) que ambas oraciones deben considerarse y entenderse como complementarias. Como ha de acreditarse luego, este significado sintáctico es totalmente corroborado por la interpretación técnico-jurídica.

C) TERCERA ALTERNATIVA

Incluso sería dable, aunque torciendo sensiblemente la estructura sintáctica de ambas oraciones y —como se verá oportunamente— atacando muy directamente el verdadero sentido de la cláusula objeto de análisis, una tercera significación: que la posibilidad de cancelar, sujeta al trámite de aviso previo con treinta días de antelación sería sólo aplicable en la hipótesis de haberse incumplido el contrato. Tal interpretación supone un absurdo jurídico que debe descartarse desde el principio, porque entrañaría una directa infracción del artículo 1.077 del Código Civil (3), que, en tema de resolución unilateral de obligaciones recíprocas por causa de incumplimiento, fija tal facultad de resolver sin sujeción a plazo. Y si la resolución ha de operar sin sujeción a plazo —por simple incumplimiento—, dicha ausencia de plazo es *orden público* de la facultad de resolver, y la fijación de un plazo por las partes iría directamente contra la norma, siendo, pues, dicho plazo nulo de pleno Derecho (arts. 4 y 1.207 del Código Civil) (4).

Que la ausencia de plazo es orden público de la facultad de resolver lo disponen directamente el artículo 1.077 del Código Civil y, de manera indirecta, el artículo 1.393 del Código Civil (art. 1.504 del Código Civil español).

(3) Artículo 1.124 del Código Civil español:

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas para señalar plazo».

(4) Artículo 4 del Código Civil (antiguo art. 4, hoy art. 6.3, del Código Civil español):

«Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez».

Artículo 1.207 del Código Civil (art. 1.255 del Código Civil español):

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

En efecto, determina el citado artículo 1.077 del Código Civil, en su párrafo tercero, luego de señalarse la alternativa (exigencia de cumplimiento o reconocimiento de la resolución, con indemnización en ambos casos), que «el Tribunal decretará la resolución que se reclame, *a no haber causas justificadas que le autoricen a señalar plazo*».

Indirectamente el indicado artículo 1.393 del Código Civil señala una situación en que es pertinente el plazo, al disponer: «En la venta de inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. *Hecho el requerimiento, el juez no podrá concederle nuevo término*» (énfasis añadido).

De otro lado, son varios los artículos del Código Civil que determinan otras situaciones de justa causa. Así, en materia de arrendamientos, los artículos 1.446 y 1.460, éste por remisión a los artículos 1.467 y 1.471, todos del Código Civil (arts. 1.556 y 1.570, respecto de 1.577 y 1.581, respectivamente, Código Civil español) (5).

Aparte, la jurisprudencia española ha usado de esa restrictiva facultad de conceder plazo en alguna concreta situación, en que, cumplido en buena medida el contrato, quedaba por satisfacer una reducida parte de la prestación, frenando entonces la pretendida resolución automática y otorgando un plazo de gracia al deudor (Sentencias de 2 de marzo de 1921 y 25 de marzo de 1964).

D) CONCLUSIÓN INICIAL

Debe rechazarse, pues, que las dos oraciones que forman la cláusula hayan de interpretarse independientemente, por oponerse al artículo 1.237 del Código Civil citado (art. 1.285 del Código Civil español), pero también por oposición al artículo 1.236 del Código Civil (art. 1.284 del Código Civil español): «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto». La interpretación independiente dejaría en el aire y sin significado propio la expresión «antes de cualquier cancelación». Es, pues, imperativa la interpretación conjunta y armónica.

(5) Artículo 1.393 del Código Civil (art. 1.504 del Código Civil español):

«En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. *Hecho el requerimiento, el juez no podrá concederle nuevo término*» (énfasis añadido).

Consiguientemente, desde el punto de vista sintáctico y gramatical, con apoyo en las normas de interpretación del Código Civil, la cláusula objeto de interpretación tiene un único sentido: Para estimar que el contrato queda automáticamente prorrogado es imperativa la ausencia de una notificación escrita con treinta días de antelación antes de cualquier cancelación. Esto es, el preaviso va dirigido a prevenir la prórroga del contrato por cualesquiera causas, así como para provocar su cancelación.

Este significado coincide plenamente con el técnico jurídico.

II. INTERPRETACION TECNICO-JURIDICA DE LA CLAUSULA

A) LA INTERPRETACIÓN HA DE SER TOTAL

- a) La interpretación de todo negocio jurídico está regida por el denominado *principio hermenéutico de la totalidad* (6), que está recogido en el artículo 1.237 del Código Civil (art. 1.285 del Código Civil español) al disponer:

«Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».

O, como ha indicado magistralmente el Tribunal Supremo, la diversidad de los términos de un contrato deben leerse conjuntamente y armonizarse (CABALLERO v. KOGAN, 1952, 73 D.P.R. 666), no debiendo considerar las cláusulas y partes del contrato de modo aislado (RUTLEDGE v. GILL, 1955, 78 D.P.R. 706).

Principio de interpretación en la totalidad que no queda limitado simplemente al texto del propio contrato, sino que se extiende a «los actos de [los contratantes], coetáneos y posteriores al contrato» (art. 1.234 del Código Civil; art. 1.282 del Código Civil español) (7). Referencia a los actos

(6) En denominación consagrada por EMILIO BETTI (*Teoría general de la interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Madrid, EDERSA), aceptada hoy como expresión por la mayoría de los autores (cfr. Díez-PICAZO, *op cit*, pág. 253; PUIG BRUTAU, *op cit*., II-1, pág. 247; VÉLEZ TORRES, *Curso de Derecho Civil*, IV-2, San Juan, 1990, pág. 93).

(7) Citado en igual sentido por las primeras *Decisiones* (HOFFMAN v. CUADRADO, 1908, 14 D.P.R. 590) y continuando con las más próximas a nosotros (RUTLEDGE v. GILL, citada; CABALLERO v. KOGAN, citada), recogiendo una dirección constante desde los tiempos de España (MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, VIII-2, ed. 1950; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, III, 9.ª ed., 1958, pág. 426).

coetáneos y posteriores que ha sido complementada por los autores y la jurisprudencia con la inclusión, igualmente, de los actos previos (8).

Consiguientemente, *todo el contrato más los actos previos, coetáneos y posteriores* al momento de su celebración son los elementos que *deben usarse por el intérprete* para indagar el significado del contrato.

- b) La cláusula objeto de dudas no queda limitada simplemente a las oraciones antes transcritas, sino que, bajo el epígrafe de «Vigencia y regulaciones», indica lo siguiente:

«Este contrato será por un año de duración y automáticamente se renovará, a menos que exista una notificación por escrito, con treinta (30) días de anticipación, antes de cualquier cancelación. Este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las dos partes, si no fuera cumplido debidamente.

Se establece que este contrato constituye un entero acuerdo entre las dos partes con referencia a las disposiciones que contiene y no será cancelado, cambiado o modificado oralmente.

Se establece que no han (*sic*) habido representaciones o arreglos entre las partes, excepto las especificaciones de éste.

Este contrato es efectivo el día 1 de junio de 1994.

Acuerdan que el pago por los servicios se efectuará el día primero (1) de cada mes.

Acuerdan que el precio por los servicios de limpieza por DOS (2) HOMBRES, 36 HORAS C/U SEMANALES, con horario de 8:00 am a 3:00 pm, de lunes a sábados. Y UN HOMBRE, 24 HORAS SEMANALES, con horario de 2:00 pm a 6:00 pm, de lunes a sábados, será por la cantidad de \$3.029,00 mensuales».

B) SIGNIFICADOS MERIDIANOS Y MENOS MERIDIANOS DE LA CLÁUSULA

De la propia redacción que las partes dan al contrato es claro y manifiesto que destaca en el mismo —al menos es función de las leyes mayúsculas respecto de las minúsculas en la redacción— el número de hombres que han de prestar servicio de limpieza, así como el horario semanal. Parece tener menos relevancia la jornada diaria, así como el precio mensual que ha de satisfacerse por la realización de la limpieza y su resultado último: estar el inmueble en óptimas condiciones.

(8) Omitimos las citas por ser el punto irrelevante en esta causa.

Y también se destaca por las partes el compromiso inicial para el contratista, de «HACER UNA LIMPIEZA GENERAL, LAVAR Y BRILLAR LOS PISOS, LAVADO DE ALFOMBRAS Y EL CORTE DE GRAMA Y YERBAJOS DE LA VERJA, A LA FIRMA DEL CONTRATO».

Todo ello tiene importancia para calificar el contrato como uno de obra: interesa el resultado último, la limpieza total como producto final, y no la actividad que haya de prestarse para llegar a ese resultado. No es objeto de dudas el punto, pero interesa destacar desde ahora el detalle de las especificaciones de la prestación que asume el contratista, dirigidas a alcanzar el resultado de total limpieza.

Por el contrario sí es objeto de duda —en consideración a lo expuesto en los hechos 5, 6 y 7, así como en el *petitum* de la demanda denominado «RECLAMACION», y a los actos de TOYOTA DE PUERTO RICO, INC.— el alcance que tiene la primera parte de la cláusula ya antes transcrita.

Leyendo la cláusula en sentido inverso al de redacción, no parece haber duda alguna acerca de las siguientes partes de su contenido:

- a) Precio, personal, horario de trabajo y jornada semanal.
- b) Día de pago del precio y cuantía del mismo.
- c) Momento de entrada en efectividad del contrato.
- d) Existencia de supuestos ajenos al contrato mismo, que no se dan, obviamente, con carácter previo, pero que podrían afectarle en sus alcances.

Son, así, los dos párrafos primeros en el orden natural de exposición de la cláusula los que provocan duda; no, pues, y solamente, la cláusula antes realizada desde el plano de su sintaxis y su gramática.

C) CONCRETAS EXPRESIONES DE LA CLÁUSULA OBJETO DE DUDAS

Se trata, exactamente, de los dos párrafos siguientes:

«Este contrato será por un año de duración y automáticamente se renovará, a menos que exista una notificación por escrito, con treinta (30) días de anticipación, antes de cualquier cancelación. Este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las dos partes si no fuera cumplido debidamente.

Se establece que este contrato constituye un entero acuerdo entre las dos partes con referencia a las disposiciones que contiene y no será cancelado, cambiado o modificado oralmente».

D) ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN, APARTE DEL CONTRATO

Conjuntamente con el contrato celebrado entre TOYOTA DE PUERTO RICO, INC. y BUILDING FAST CLEANING SERVICE, INC., existe una carta de fecha 1 de agosto de 1994, firmada por el señor Wilfredo Torres Rodríguez, en su carácter de gerente de servicios administrativos de TOYOTA, dirigida al señor Sergio Romero en su carácter de Presidente de la entidad contratista, cuyo texto se expresa por sí mismo. Y, además, la demanda interpuesta por esta última entidad contratista contra TOYOTA, cuyo texto se expresa también por sí mismo.

Consiguientemente, junto al contrato disponemos de dos *actos posteriores* al mismo, que son plenas *declaraciones de voluntad*, sujetas, igualmente, a las reglas de interpretación.

Con este material hermenéutico procedamos al análisis y a las conclusiones a que el mismo nos lleve.

E) EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CLÁUSULA TRANSCRITA: SU SIGNIFICADO

El segundo párrafo de la cláusula transcrita («Se establece que este contrato... o modificado oralmente») es completamente claro en su significado. Expresa, de un lado, *una perogrullada*; de otro lado, un *derecho al pataleo*.

Es una perogrullada afirmar que el contrato constituye un entero acuerdo, pues el Derecho actual prescinde del valor simbólico de las palabras; y los actos de parte son acuerdos, convenciones, negocios jurídicos, etc., se diga o no se diga por las partes (o no son ni lo uno ni lo otro por mucho que lo digan las partes), siempre que, como tajantemente determina el artículo 1.206 del Código Civil (art. 1.254 del Código Civil español) «una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

Consiguientemente, el contrato constituye un entero acuerdo, no porque lo digan las partes, sino si reúne los requisitos de éste, simplemente.

La otra posible acepción de la expresión —que lo que está escrito y sólo lo que está escrito es el *entero acuerdo*, y nada más hay que añadir o quitar, suprimir o modificar— lamentablemente está completamente negado por la Ley:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces *obligan, no sólo* al cumplimiento de lo expresamente pactado, *sino también* a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley» (art. 1.210 del Código Civil; art. 1.258 del Código Civil español).

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, *siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público* (art. 1.207 del Código Civil; art. 1.255 del Código Civil español)».

(Enfasis suplidos).

Es expresión del derecho al pataleo pretender que un contrato solamente pueda modificarse con exclusión de la oralidad, es decir, solamente por escrito, dado que en Derecho puertorriqueño —al igual que en el español, de donde viene la norma, que se remonta al principio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá— la forma es irrelevante para que el contrato nazca o sea modificado, pues siempre será válido:

«Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez» (art. 1.230 del Código Civil; art. 1.278 del Código Civil español)».

Y este criterio está constantemente sostenido por la jurisprudencia (COLÓN v. ROIG, 1904, 7 D.P.R. 38; VILÁ HERMANOS, INC. v. OWENS ILLINOIS DE P.R., 1986, 117 D.P.R. 825). Y el contrato de obra no se encuentra entre aquellos sujetos al requisito de forma solemne (9).

Por lo indicado, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.236 del Código Civil (art. 1.284 del Código Civil español), debe reconducirse la expresión para darle un significado útil. Dispone el citado artículo:

«Si alguna cláusula de los contratos admitiese diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto» (GUTLEDGE, cit.; CHIQUÉS v. REGISTRADOR, 1925, 34 D.P.R. 597, etc.).

No es, evidentemente, sentido útil estimar que es intención de las partes limitar el contrato a lo por ellos redactado, pretensión que haría nula la cláusula (arts. 4 y 1.207 del Código Civil, citados; arts. 6.3 y 1.255 del Código Civil español). Sí es útil entender la expresión en el sentido de limitar lo convenido a lo suscrito en tanto en cuanto sea válido en Derecho, integrable en su caso por las pertinentes disposiciones legales, usos y costumbres.

(9) Por todos, VÉLEZ TORRES, *op. cit.*, IV-2, págs. 84-87; VÁZQUEZ BOTE, *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño*, IV, págs. 145 y sigs.; IX, págs. 37 y sigs.; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 176; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II-1, págs. 159-161.

Como tampoco es útil entender que las partes pretenden que toda modificación contractual, para ser eficaz, haya de realizarse por escrito, sino que, hechas válidamente, puedan dejarse en constancia escrita lo antes posible (dada la dificultad de prueba respecto de actos orales, aparte los efectos con relación a terceras personas). Con este significado la cláusula mantiene toda su validez y alcance, se ajusta a Derecho y, por ello, *también produce sus correspondientes efectos jurídicos*.

De esta cláusula interesa resaltar ahora la intención manifiesta de las partes (*evidente*, como preceptúa el art. 1.233, párrafo segundo del Código Civil; art. 1.281 del Código Civil español): Que los cambios, modificaciones o cancelaciones se incorporen por escrito, *en la medida de lo posible y conforme con la Ley*. Y esa incorporación con exclusión aparente de oralidad va referida, que es lo aquí relevante, a tres aspectos o situaciones concretas:

- a) Para la *cancelación, cualquier cancelación*, del contrato.
- b) Para la *modificación* del contrato.
- c) Para *ser cambiado* el contrato.

Inclusus unus, exclusus alterius Si se incluye lo uno, se excluye lo otro. Si se especifican determinados significados, a la especificación debemos estar.

Cancelado, cambiado, modificado son términos equiparados con frecuencia en el lenguaje normal, común y popular, pero que tienen significado diverso. Significado diverso que en el contrato de referencia, en la concreta cláusula que analizamos, se resaltan precisamente por su inclusión individualizada.

El *Diccionario de la Lengua Española* define la voz *cambiar* como «dar, tomar o poner una cosa por otra» como primer significado; «mudar, variar o alterar» como segundo significado. Define la voz *modificar* como «limitar, determinar o restringir las cosas a un cierto estado o calidad en que se singularicen y distingan unas de otras» como primer significado; «reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia», como segundo significado; y «transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes», como tercer significado.

De otra parte, define *cancelar* como «anular, hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción en el registro, una nota u obligación que tenía autoridad o fuerza», como primer significado; y «borrar de la memoria, abolir o derogar» como segundo significado.

Consiguientemente, parece claro poderse concluir que el juego de las tres expresiones, *cancelar, cambiar o modificar*, en cuanto referidas a tres estadios o situaciones diferentes, expresa que la intención práctica de las

partes es: que «hacer ineficaz, anular o derogar», de un lado; «sustituir el contrato por otro distinto», de otro lado; y «modificar en algo» el actual contrato respecto de su contenido, por tercer lado, las partes desean hacerlo excluyendo la oralidad. Que tal exclusión sea, literalmente establecida, ineficaz en Derecho por imperativo de los artículos 1.206, 1.207, 1.210, 1.213 *a contrario sensu*, y 1.230 del Código Civil (10), no significa que no adquiera un sentido jurídicamente válido como más próxima intención de las partes: que para *cancelar* el contrato, para *modificarlo* o para *cambiarlo*, las partes tienen intención de hacerlo por escrito; pero como tal deseo no está compartido por el legislador, si llegase el caso de realizarse la *cancelación*, el *cambio* o la *modificación* oralmente, convendrá elevar lo oral a escrito en cuanto sea posible. Y, al igual que el *cambio*, la *modificación* o la *cancelación* pueden hacerse oralmente, también se pueden realizar, pues lo permite directamente el artículo 1.234 del Código Civil (art. 1.282 del Código Civil español) por actos coetáneos o posteriores al contrato, en cuanto expresivos de tal intención.

En conclusión, pues, desde el punto de vista técnico-jurídico —coincidente con la intención práctica de las partes, como ha de verse— la *cancelación*, *cambio* o *modificación* del contrato convendrá hacerse constar por escrito lo antes posible.

Con lo cual parece que llegamos al primer párrafo de la cláusula objeto de análisis, que ha sido diversamente entendida —*en apariencia*— por las partes; al menos, es lo que *superficialmente* induce a expresar el hecho de interposición de la demanda. Luego ha de acreditarse la *exacta coincidencia*

(10) Artículo 1.206 del Código Civil (art. 1.254 del Código Civil español):

«El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

Artículo 1.207 del Código Civil (art. 1.255 del Código Civil español).

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Artículo 1.210 del Código Civil (art. 1.258 del Código Civil español):

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley».

Artículo 1.213 del Código Civil (art. 1.261 del Código Civil español), *a contrario sensu*:

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1 Consentimiento de los contratantes.
- 2 Objeto cierto que sea materia del contrato
- 3 Causa de la obligación que se establezca».

Artículo 1.230 del Código Civil (art. 1.278 del Código Civil español):

«Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez».

en el entendido de dicha cláusula por ambas partes, siendo la demanda expresiva de ello y el hecho de interponerse una finta desorientadora.

F) EL PRIMER PÁRRAFO DE LA CLÁUSULA TRANSCRITA: SU SIGNIFICADO

a) *El sentido contractual*

Se alega en la demanda, HECHO 5, que la vigencia del contrato se estipuló por el período de tiempo de un año; lo que estima infringido, según el HECHO 6 del escrito de demanda, porque la representación de TOYOTA «le notificó carta informándole que la demandada tomó la determinación de cancelar unilateralmente dicho contrato». Lo que, según se alega por la parte demandante, «viola e incumple clara y explícitamente el contrato que *obligaba a ambas partes*» (énfasis suplido, por lo que se verá).

Parece elemental admitir que ese «incumple clara y explícitamente» no va referido al párrafo segundo antes analizado —ése que reclama la escritura por excluir la oralidad—, dado que la *cancelación* se reconoce haberse hecho por carta («...le notificó carta informándole...»), dice el HECHO 6 del escrito de demanda). Consiguientemente, no queda otra alternativa que admitir que la alusión a esa pretendida violación «clara y explícitamente» va referida a la determinación de *cancelar*. Ello, al menos, inicialmente.

Por eso se ha indicado que la duda de interpretación queda centrada en el párrafo primero de la primera cláusula de referencia, que, de nuevo, se transcribe:

«Este contrato será por un año de duración y automáticamente se renovará, a menos que exista una notificación por escrito, con treinta (30) días de anticipación, antes de *cualquier cancelación*. Este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las partes si no fuera cumplido debidamente» (énfasis añadido).

En la técnica de redacción de contratos inherente al Derecho codificado puertorriqueño, una de las grandes ventajas de disponer de un Código es la innecesariedad de incluir en el contrato, como cláusulas propias, lo que ya la Ley dispone como *contenido necesario*. Así, y por ejemplo, resultaría una auténtica pérdida de tiempo y esfuerzo insertar en un contrato de compraventa una cláusula que dijese: «el vendedor se obliga a custodiar la cosa con debida diligencia hasta que se realice la entrega». Y ello sería innecesario porque ya lo dispone el artículo 1.047 del Código Civil (art. 1.094 del Código Civil español), al determinar que «el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la

diligencia de un buen padre de familia». Se evita, así, lo que es práctica común en los contratos del *common law*, que llena páginas y más páginas (realmente recogiendo como cláusulas contractuales el preceptivo entendido jurisprudencial de las *rules*)

Por consiguiente, y siempre de conformidad con la norma imperativa del artículo 1.238 del Código Civil (art. 1.286 del Código Civil español), que nos ordena buscar en las palabras (pero con mayor razón en el contrato todo) susceptibles de diversos entendidos aquél más conforme con el tipo de contrato de que se trate; y asimismo, siguiendo el mandato del artículo 1.236 del Código Civil (art. 1.284 del Código Civil español), que nos exige buscar un significado útil a una cláusula que admita diversos sentidos; *¿qué sentido tiene una cláusula en que las partes afirman la resolución por incumplimiento?* Eso ¡ya lo dispone el artículo 1.077 del Código Civil! (art. 1.124 del Código Civil español):

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe...».

Una cláusula que ya dice lo que dice la Ley, o no dice nada y debe suprimirse, o tiene otro sentido diverso que hay que buscar. Y como cuando las personas hacen contratos desean expresar una intención práctica, es menester indagar dicha expresión buscando un sentido útil y distinto al que ya está puesto por la Ley misma (mandato del art. 1.236 del Código Civil; art. 1.284 del Código Civil español).

Suprimir una cláusula porque *parece* repetir lo que ya dice la Ley no es admitido en la interpretación jurídica, porque, al igual que *toda norma tiene su significado*, también toda cláusula debe expresar una intención determinada, y es menester y obligación del intérprete intentar averiguar esa intención. Por consiguiente, si la cláusula parece repetir el significado del artículo 1.077 del Código Civil, es menester indagar si cabe un sentido *parecido pero no igual*.

Y hay, en efecto, significados parecidos y no iguales.

Así, es lugar común entre los autores, precisamente por referencia a la exégesis del artículo 1.077 del Código Civil, recoger esos significados parecidos.

Por ejemplo, VÉLEZ TORRES (*op cit.*, IV-1, pág. 57), recogiendo el pensamiento de PUIG BRUTAU, indica que:

«...cuando las partes han convenido que el incumplimiento tenga el efecto de una condición resolutoria, la resolución se produce automáticamente, sin que sea necesario apelar al artículo 1.077».

Y el propio PUIG BRUTAU (*op. cit.*, I-2, págs. 130-131), escribe:

«No existe la simple facultad de resolver el contrato, sino que la resolución se produce automáticamente, cuando las partes han convenido que el incumplimiento tenga la eficacia de una condición resolutoria. Aparte del supuesto que regula el artículo [1.393] (art. 1.504 del Código Civil español), que ya hemos mencionado, el pacto indicado es muy frecuente en las compraventas a plazos o con precio aplazado», citando a renglón seguido las Sentencias de 24 de febrero de 1966 y 8 de mayo de 1965.

¿Es éste el significado que tiene la inclusión de la cláusula «Este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las partes si no fuera cumplido debidamente»?

Normalmente, en los ejemplos citados por PUIG BRUTAU, la redacción no suele ser así. La cláusula no es potestativa («podrá cancelar»), pues ya es potestativa en el artículo 1.077 del Código Civil; sino que suele ser categórica: *este contrato se entiende resuelto por falta de pago del precio...*, suele ser la expresión.

No parece, pues, que tal sea el significado de la cláusula. ¿Caben más alternativas de significado? Es evidente que sí.

b) *Una alternativa de significado*

El contrato celebrado entre TOYOTA y la demandante es uno que contiene obligaciones recíprocas: limpieza a cambio de un precio.

Pero si nos fijamos con detenimiento en la relación *detallada* de obligaciones que asume el contratista-demandante, observamos una enorme variedad, una gran precisión, así como una gran cantidad de prestaciones parciales.

Como es sabido y ya quedó indicado, el Código Civil reclama del juez o del intérprete un esfuerzo para que los negocios jurídicos celebrados por los particulares puedan producir efecto, salvo que, naturalmente, pretendan resultados ilícitos. De ahí que imponga al juzgador una carga en su labor: buscar el significado más adecuado para lograr esa eficacia; así lo dispone el artículo 1.235 del Código Civil (art. 1.283 del Código Civil español):

«Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre que los interesados se propusieron contratar».

El Código Civil reclama buscar en la medida de lo factible una puerta abierta a la eficacia contractual:

«Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso la duda se resolverá en favor de la *mayor reciprocidad de intereses*» (art. 1.241, párrafo primero del Código Civil; art. 1.289 del Código Civil español, énfasis suplido por lo que se dirá).

Solamente ante la imposibilidad total de poder captar un sentido práctico es que se inclina el legislador por la nulidad:

«Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recaesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo» (art. 1.241, párrafo segundo, citado, Código Civil; art. 1.289 del Código Civil español).

Como quienes contratan siempre pretenden un resultado práctico, su desconocimiento de los vericuetos de la Ley —pero no del mundo que la Ley arropa— no afecta a esa intención práctica, si ella es lícita. De ahí el riguroso principio de conservación negocial en normal expresión doctrinal (11) que explica todo el régimen de conversión negocial (12).

¿Qué ocurre cuando, en obligaciones bilaterales, se incumple? Que la otra parte puede elegir la resolución o solicitarla al Tribunal; o elegir el cumplimiento específico; aparte y en todas las alternativas, daños y perjuicios. La resolución puede, pues, afirmarla ella misma, o pedirla al juez. Y si está pactada expresamente, el incumplimiento automáticamente provoca la resolución, sin necesidad de invocación normativa de clase alguna.

Ahora bien, no es menos cierto que esa resolución unilateral reclama que el contrato se haya incumplido. Pero son constantes doctrina y jurisprudencia en afirmar que el incumplimiento no puede recaer sobre aspectos

(11) Cfr. VÉLEZ TORRES, *op. cit.*, IV-2, págs. 92-93; VÁZQUEZ BOTE, *op. cit.*, IV, págs. 327 y sigs.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II-1, págs. 246-247 y 252-253; DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 250-251.

(12) V. gr.: artículo 665 del Código Civil (art. 715 del Código Civil español), en tema de testamentos; y para algún autor, el mismo artículo 1.231 del Código Civil (art. 1.279 del Código Civil español) que cita PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II-1, págs. 159-160.

incidentales o accidentales del contrato, sino sobre el motivo principal del contrato (13).

Vayamos ahora a la serie de obligaciones que el contratista-demandante asume en el contrato y podremos observar que, si bien la esencia del haz de prestaciones es la limpieza del inmueble, el detalle de tales labores puede producir resultados sorprendentes.

En un contrato de limpieza como es el que es objeto de autos, ¿cabría calificar de incumplimiento la circunstancia de que algún trabajador, con toda su inocencia y con las mejores intenciones, dejase unas gotas de cera o un leve charco de agua..., pero que un cliente de TOYOTA pisa y le provoca una caída... con los consabidos resultados iniciales para TOYOTA? Sensatamente, habría que estimar que el contrato se había cumplido esencialmente bien, porque aquello fue... eso... un accidente. Lo que nunca excluiría la responsabilidad de TOYOTA frente al tercero... y el reflejo de reclamar los correspondientes daños TOYOTA al contratista-demandante (art. 1.803, párrafo cuarto del Código Civil; art. 1.903 del Código Civil español; respecto de la relación TOYOTA tercero, y por el propio contrato de obra en la relación TOYOTA contratista-demandante).

Entonces sí adquiere un sentido muy preciso la cláusula en su parte final —excluido el sentido de pacto de resolver con efecto automático para caso de incumplimiento, dado que la resolución se lleva a efecto por TOYOTA, reconociendo que no ha habido incumplimiento por parte del contratista, según carta de fecha 1 de agosto de 1994—, cuando previene que las partes podrán cancelar el contrato «*si no fuera debidamente cumplido*».

Siguiendo con ejemplos aclaratorios, si TOYOTA reclamase a una de las personas que atienden la limpieza, inapreciablemente y con la mejor intención, un trabajo que, por cualesquiera circunstancias, excede del período contratado, ¿diríamos que TOYOTA ha incumplido? Habría que concluir que, ciertamente no (y hay alguna previsión al respecto en el propio contrato, previniendo el ajuste de precios). Pero ello podría significarle al contratista-demandante algunos problemas iniciales de índole laboral con su empleado, mayores costos, etc., sin perjuicio de poder repetirlos contra el principal, TOYOTA, por propio efecto del contrato.

Y ante tales ejemplos no es hipotético que la relación entre las partes no viniese a ser tan satisfactoria como en sus comienzos, aunque ello sea irrelevante. Aunque, claramente, de *agriarse* dicha relación, pedir la *can-*

(13) MUNICIPIO V. VIDAL, 1945, 65 D.P.R. 370; DEL TORO V. BLASINI, 1968, 96 D.P.R. 676; RAMÍREZ ANGLADA V. CLUB CALA DE PALMAS, C.A. 89-17; VÉLEZ TORRES, *Curso*, cit., IV-1, págs. 54-55; PUIG BRUTAU, *op cit*, I-2, págs. 131-132, y la jurisprudencia española que ahí se cita, DÍEZ-PICAZO, *op cit*, págs. 847-849 y 858-861; VÁZQUEZ BOTE, *op. cit*, V, págs. 133 y sigs.

cancelación porque el contrato *no fuera debidamente cumplido*, entra en el abanico de probabilidades.

Luego ya desde esa perspectiva, sí tiene sentido que las partes se reserven la facultad de cancelación del contrato «*si no fuera debidamente cumplido*». Aunque hay razones más serias para abundar en ese significado.

c) *Otra alternativa de significado*

Lo antes dicho no sólo tiene sentido normal, lógico y práctico, sino incluso sentido jurídico. Porque resulta que ese incumplimiento incidental, leve, no autoriza a otra cosa que a reclamar daños y perjuicios; pero no a resolver. O, como ya indicó oportunamente el Tribunal Supremo, junto a la facultad resolutoria del artículo 1.077 del Código Civil:

«...existen además otras obligaciones que se incorporan a los contratos, cuyo objetivo es meramente completar y aclarar las estipulaciones de los contratantes, las cuales no constituyen el verdadero motivo para la elaboración del contrato y se denominan obligaciones accesorias o complementarias. Tales son en la compraventa, por ejemplo, entre otras, la obligación del vendedor de responder de la evicción y saneamiento y la del comprador de pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato. *El incumplimiento de estas obligaciones accesorias dará lugar a una acción de daños y perjuicios o a cualquier otra que justifiquen las circunstancias, pero nunca a la acción resolutoria regulada por el artículo 1.207 del Código Civil, reservada exclusivamente para el caso de incumplimiento de las obligaciones recíprocas*» (MUNICIPIO V. VIDAL, cit.; TORO V. BLASINI, cit., en que se alude a la obligación accesorias de inscribir el contrato de arrendamiento; énfasis suplido). (Siquiera, hay que ponerle « » a entender la evicción como *accesoria*, pues no es sino la *versión patológica* de la entrega).

Y al respecto son sintomáticos los actos de la demandante, que implican un entendido de la cláusula de referencia exactamente igual que el entendido que implica la actuación de parte demandada, esto es, la intención común del contrato.

En resumen, el sentido de la última parte de la cláusula de referencia adquiere también meridiana claridad: sin perjuicio de la facultad legalmente reconocida de resolución unilateral por incumplimiento esencial —que las partes no tienen que pactar por la presencia del art. 1.077 del Código

Civil— *sí pactan poder resolver (cancelar) el contrato si el cumplimiento no fuese el debido, esto es cuando, aunque el cumplimiento esencial se dé, se produzca un cumplimiento inadecuado, incidentalmente anómalo.*

E interesa resaltar el sentido de dicha parte de la cláusula porque viene en significar, prácticamente, que ante una situación de cumplimiento deficiente, que podría dar lugar a reclamar daños y perjuicios correspondientes, los contratantes renuncian a cualesquiera otras posibilidades, conformándose con dicha resolución (*cancelación*) siempre que se notifiquen con debida antelación de treinta días las intenciones.

Y ello es conforme con las reglas de la buena fe (art. 1.210, *in fine*; art. 1.258 del Código Civil español). Y solamente les quedaría la posibilidad de ese reclamo de daños y perjuicios en el caso de dolo incidental, según previene el artículo 1.060 del Código Civil (art. 1.107 del Código Civil español):

«En caso de dolo responderá el deudor de todos [los daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

En régimen muy similar, pues, al *dolo incidens* en la celebración del contrato recogido en el artículo 1.222 del Código Civil (art. 1.270 del Código Civil español):

«El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó, a indemnizar daños y perjuicios».

Con lo indicado, solamente queda por esclarecer el significado de la primera parte de la cláusula de referencia, considerada dicha parte en sí misma y, luego, en relación con la totalidad, con el contrato y con los actos coetáneos y posteriores al contrato mismo.

d) *El exacto significado*

Inicialmente, hay que reconocer que la redacción es algo torpe, dada su conformación y el juego de oraciones adjetivas determinativas, lo que explica, naturalmente, las presentes páginas, así como el *aparente* diverso entendido habido entre TOYOTA y la demandante. Ha de verse que ambas han entendido la cláusula exactamente igual y que han actuado en consecuencia con tal entendido.

Adelantemos el exacto significado de la cláusula en su totalidad, para luego acreditar que la actuación de las partes es cónsona con ese significado.

Lo que da a entender con la demanda la parte demandante es que la cancelación hecha por TOYOTA implica incumplir el contrato; y no quiere dar a entender que el plazo de notificación de la cancelación con la debida antelación de treinta días es un fiel cumplimiento de lo previsto.

No quiere dar a entender que el significado de la cláusula lo ha comprendido muy bien y que está actuando en consecuencia con ese significado.

No quiere dar a entender que la cláusula significa lo siguiente:

Que el contrato se pacta por una duración de un año, entendiéndose automáticamente renovado, salvo que se notifique con treinta días de antelación su cancelación, su cambio o su modificación, que nunca serán hechas oralmente

e) *La actuación de la demandante es expresiva del significado de la cláusula objeto de análisis*

La parte demandante reclama en su escrito la demanda que TOYOTA ha incumplido y «como consecuencia de este incumplimiento la parte demandante se ha afectado al dejar de percibir los ingresos correspondientes a los nueve (9) meses que restaban a la vigencia del contrato pactado entre las partes. Por tal razón la parte demandante reclama el pago de una suma igual a \$27.261,00 dólares por los cánones de los nueve (9) meses que le quedaban de vigencia del contrato».

No deja de ser llamativa la petición, por ser contrariamente a Derecho en dos planos:

1. Resolver unilateralmente una obligación por incumplimiento y reclamar a la vez daños y perjuicios que puedan existir, no puede solicitarlo la demandante, por cuanto ha sido la demandada quien ha resuelto (*cancelado*) el contrato. Pero *es el derecho de la demandante a la par que es su deber* —supuesto el incumplimiento alegado a TOYOTA— *reclamar su realización, el cumplimiento específico, mientras éste sea posible.*

Tal exigencia de reclamar cumplimiento específico está rigurosamente impuesta por el Código Civil:

Artículo 1.051 del Código Civil (art. 1.098 del Código Civil español): «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.

Eso mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».

Artículo 1.052 del Código Civil (art. 1.099 del Código Civil español): «Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior

se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido».

Artículo 1.111 del Código Civil (art. 1.157 del Código Civil español): «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese *entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*» (énfasis suplido).

Artículo 1.114 del Código Civil (art. 1.160 del Código Civil español): «En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición *de la cosa debida* y capacidad para enajenarla...» (énfasis suplido).

Artículo 1.115 del Código Civil (art. 1.161 del Código Civil español): «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

Artículo 1.120 del Código Civil (art. 1.166 del Código Civil español): «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba *otra diferente*, aun cuando fuera de igual o mayor valor que *la debida*...» (énfasis suplido).

Artículo 1.121 del Código Civil (art. 1.167 del Código Civil español): «Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior», esto es, se entien- de por cosa debida al término medio y no otro.

Artículo 1.124 del Código Civil (art. 1.170 del Código Civil español): «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la *especie pactada*...» (énfasis suplido).

Artículo 1.130 del Código Civil (art. 1.176 del Código Civil español): «Si el acreedor a quien se hiciera el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la *cosa debida*...» (énfasis suplido).

En igual sentido se expresan los artículos 1.131 y 1.132 en tema de realización de las obligaciones, aludiendo a la *cosa debida* (14).

(14) En fin, es suficiente con citar una serie adicional de preceptos que están informados en el mismo principio, conforme al cual hay que reclamar lo que es debido como prestación original; y, solamente cuando ello no es posible, la indemnización equivalente: artículos 1.049, párrafo tercero; 1.053, 1.075, 1.076, 1.084, 1.085, 1.088, 1.089, 1.100, 1.103 en relación con el artículo 1.104, 1.106, 1.107 y 1.109 (arts. 1.096,

La idea de que la prestación es el primer derecho reclamable por el acreedor —y sólo ante su imposibilidad reclamar un *equivalente* indemnizatorio— es un lugar común entre los autores.

Así, VÉLEZ TORRES, *loc. cit.*, IV-1, págs. 15 y sigs., resumiendo, indica:

«La normal relación obligatoria no puede quedar reducida a una situación de responsabilidad patrimonial sin obligación personal y tampoco cabe señalar verdaderas obligaciones en las que exista deuda personal sin responsabilidad patrimonial. Lo que ocurre es que el deudor viene obligado a comportarse dentro de la normalidad, dando, haciendo o no haciendo lo debido. Esa conducta normal es, precisamente, el cumplimiento de su obligación personal. Pero si no actúa como se esperaba que lo hiciera provocando la imposibilidad de cumplimiento específico, la obligación personal se cambia a obligación patrimonial y es, entonces, cuando el acreedor puede mirar con interés hacia el patrimonio del deudor» (*loc. cit.*, pág. 17).

Mismas ideas se reiteran por el citado estudioso del Derecho puertorriqueño al tratar del incumplimiento y las facultades del acreedor (*loc. cit.*, págs. 243 y sigs.) especificando en la pág. 244:

«Como nuestro Derecho está pensado en términos de que el acreedor espera, mientras sea posible, el cumplimiento específico, *no habrá lugar al cumplimiento por equivalencia si es posible realizar la prestación esperada. Podríamos decir que el cumplimiento específico es lo que el ordenamiento considera en primer término y, subsidiariamente, el cumplimiento equivalente...*» (énfasis suplido).

En muy similares términos se expresan otros autores. Así, Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 357 y sigs., afirma:

«El núcleo central del derecho de crédito lo constituye, naturalmente, la facultad de exigir la prestación. Consiste en la posibilidad de formular una justa compensación frente al deudor y reclamarle la adopción del comportamiento debido. La facultad de exigir la prestación va acompañada, como medida complementaria, del poder de agresión sobre los bienes... Cuando el crédito no ha sido constituido a través de un título ejecutivo, el acreedor

1.100, 1.122, 1.123, 1.131, 1.132, 1.135, 1.147, 1.150, respecto de los arts. 1.151, 1.152, 1.153 y 1.155 del Código Civil español), etc.

... puede convertir su derecho en ejecutivo mediante la obtención de una sentencia condenatoria...»

Con idénticas ideas, véase PUIG BRUTAU, *loc. cit.*, I-2, págs. 21-27, recogiendo el sentir de la doctrina española (ALBALADEJO, HERNÁNDEZ GIL, etc.); VÁZQUEZ BOTE, *op. cit.*, V, págs. 248-249 y 36-39.

Pues bien, siendo este el estado de Derecho, cabe preguntar: *¿por qué la demandante no reclama el cumplimiento específico?*

La respuesta está en el significado de la cláusula, que la demandante conoce muy bien, tan bien como lo conoce la parte demandada. Ello ha de comprobarse de inmediato.

2. Es también contraria a Derecho la petición por suponer una *plus petitio*, incluso admitiendo que fuese válido en Derecho reclamar daños y perjuicios obviando la exigencia legal de exigir antes el cumplimiento específico. Obsérvese el reclamo: La suma de \$27.261,00 por los cánones de nueve meses que quedaban de la vigencia del contrato, porque dicha demandante «ha dejado de percibir los ingresos» correspondientes (Escrito de demanda, «RECLAMACION», punto 8). Parece olvidar la parte demandante que esa suma reclamada *limpiamente* tendría las correspondientes reducciones derivadas del salario de los empleados que dan servicio a TOYOTA, retención fiscal respectiva, seguridad social, etc.; y, no podemos ser cándidos, si la demandante mantiene a sus empleados es porque éstos le siguen rindiendo labor con otros clientes, cubriendo así, los costos de personal y administrativos que está reclamando a TOYOTA.

Y ante tan extraño reclamo, hay que volver a preguntarse: *¿por qué la demandante, no sólo no reclama el cumplimiento específico, sino una pretendida indemnización por daños que se mide en exceso de los que, en su caso, hubieran sido exactos?*

De otro lado, esa *plus petitio* resulta ser completamente ilegal, como señala plenamente el artículo 1.486 del Código Civil (art. 1.594 del Código Civil español), al disponer:

«El dueño de la obra puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajos y utilidad que pudiere obtener de ella».

Y, comentando MANRESA (*Comentarios*, X-2, 6.^a ed., Reus, Madrid, 1969) el correspondiente artículo 1.594 del Código Civil español, escribe:

«Observaremos en cuanto al precepto del artículo 1.594 como puntos principales de su interpretación: que el desistimiento es eficaz aunque la obra se haya empezado; que los gastos que se

indemnizan son los que están hechos por el contratista en el momento del desistimiento, tanto por haberlos materialmente desembolsado como porque está obligado a satisfacerlos, lo que ocurriría en el caso de que tuviera hecho un pedido de materiales que no tenga más remedio que aceptar y pagar; que la utilidad que se indemniza, según el Código, es la que pudiera obtener el contratista de la totalidad de la obra y no tan sólo de la parte ejecutada; que también se le indemniza el trabajo, que suponemos era el trabajo verificado hasta el momento del desistimiento, lo cual no nos parece razonable, porque si se le abona toda la utilidad que hubiera obtenido de la obra, en ella va comprendido el valor de ese trabajo, por lo que resulta que viene éste a indemnizar dos veces, y, por último, que dados los términos del artículo y su redacción, estimamos que es aplicable tanto en el caso de que el contratista ponga solamente su trabajo o industria como en aquel otro en que ponga también los materiales» (pág. 729).

En términos iguales se expresa SCAEVOLA (Código Civil, XXIV, 2.^a ed., Madrid, Reus, 1951) corrigiendo, simplemente, la opinión crítica de MANRESA acerca del entendido de éste de ese *doble pago* por escapársele la noción de utilidad.

Pero, además, es contraria a Derecho la reclamación de la demandante, por invocar como causa la *cancelación* del contrato. Y es contraria a Derecho por dos razones:

1.^ª) Así está expresamente reconocida en el propio contrato celebrado entre las partes.

2.^ª) Es facultad expresamente sancionada en este artículo 1.486, como reconocen los autores (MANRESA, SCAEVOLA, *cits.*; VÉLEZ TORRES, *loc. cit.*, IV-2, págs. 371-373; VÁZQUEZ BOTE, *op. cit.*, IX, págs. 368-369).

Y es contraria a Derecho la reclamación toda en sí, pues, como se ha indicado antes (pág. 13), la función de la cláusula que reserva la posible cancelación siempre que se notifique con treinta días de antelación y por escrito tiene, precisamente, esa función de eludir resarcimiento de daños, como pacto enteramente admisible en Derecho (arts. 1.207 del Código Civil; art. 1.255 del Código Civil español, y art. 1.055 del Código Civil, por sentido contrario; art. 1.102 del Código Civil español, que solamente declara nula la renuncia de la acción para reclamar daños si hubiere dolo esencial).

¿Por qué la demandante elude la exigencia de cumplimiento específico, reclamando una indemnización de daños exorbitante, excluida, además, por el propio contrato?

De los hechos e información existente ante nosotros solamente cabe una explicación: *no interesa reclamar cumplimiento específico*. Y por qué no existe tal interés tiene su explicación en el significado de la cláusula del contrato que es objeto del presente análisis, *significado muy bien conocido por la demandante*: exactamente igual de bien conocido por la demandada; *significado que se quiere eludir pretendiendo un incumplimiento inexistente, obviando el reclamo de cumplimiento específico, para llegar al mismo resultado que si el contrato se hubiese cumplido como previsto originalmente, pero evitando la demandante aportar su debida participación*.

G) PARALELISMO ENTRE EL SIGNIFICADO DE LA ENTERA CLÁUSULA
 Y LA ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

De nuevo conviene transcribir la cláusula en sus dos primeros párrafos:

«Este contrato será por un año de duración y automáticamente se renovará, a menos que exista una notificación por escrito, con treinta (30) días de anticipación, antes de cualquier cancelación. Este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las dos partes si no fuera cumplido debidamente.

Se establece que este contrato constituye un entero acuerdo entre las dos partes con referencia a las disposiciones que contiene y no será cancelado, cambiado o modificado oralmente».

Uno tiene que preguntarse de inmediato: ¿qué relación guardan la renovación, su impedimento por oportuna notificación dentro del plazo y que ello se produzca «antes de cualquier cancelación»?

Parece sensato admitir que, para impedirse la prórroga automática, se reclame una notificación previa por escrito y con razonable anticipación, pues esto es el clásico preaviso, dejando aparte los efectos que podría significar un acuerdo oral de no prórroga respecto de terceros. Y que se acuerde, y así se resalte, frenar la prórroga por escrito es cónsono con lo que la cláusula indica en su párrafo segundo: «se establece que este contrato constituye un entero acuerdo entre las dos partes con referencia a las disposiciones que contiene y *no será cancelado, cambiado o modificado oralmente*» (énfasis suplido), con independencia de su eficacia en Derecho.

En efecto. Si viene en resultar que el contrato se ha cambiado o modificado por escrito, carece de sentido afirmarse que el contrato original se entiende automáticamente renovado, por absoluta imposibilidad del evento: La renovación debería incluir, lógicamente, lo que hubiese sido objeto de *cambio* o de *modificación*:

- a) Si el contrato ha sido *cambiado* por otro, es claro que huelga aludir a cualquier renovación del primero y original contrato, que habrá desaparecido por y con el que lo ha cambiado.
- b) Si el contrato ha sido, simplemente, *modificado* en alguna de sus cláusulas, también es cónsono que no se produzca una renovación automática del contrato sin incluirse las partes modificadas.

Luego, si no se ha producido por escrito, antes de treinta días previos al finiquito del contrato original, modificación o cambio algunos, el contrato se entiende automáticamente renovado.

Pero todo ello tiene una condición que es previa o presupuesto fundamental: que, antes de cualquier cambio, modificación o prórroga automática, el contrato no haya sido *cancelado*. Cancelación que puede deberse a múltiples causas:

- a) Si el contrato no fuera debidamente cumplido, suponiendo entonces que la cancelación se realiza con renuncia a daños y perjuicios por cumplimiento deficiente incidental.
- b) Porque, frente al deseo de una de las partes de modificar o cambiar, que se expide por escrito dentro de esos treinta días, tal notificación se cruce con una de cancelación efectuada por la otra parte dentro de ese plazo previo.
- c) Porque se notifique por una de las partes dentro de plazo la no renovación del contrato.
- d) Porque habiendo sido incumplido esencialmente el contrato, una de las partes invoca la facultad de resolver al amparo del artículo 1.077 del Código Civil.
- e) Porque, ante la notificación de una de las partes, por escrito y con debida antelación, su intención de cambiar o modificar el contrato, es lógico frenar su renovación automática.
- f) Porque en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 1.486 del Código Civil, el dueño de la obra desiste del contrato.

Lo que desconcierta inicialmente de la cláusula es su referencia a esa *cualquier cancelación*, antes de la cual debe realizarse la notificación por escrito y con treinta días de antelación, que sólo halla su explicación conjugando ambos párrafos.

La única exigencia para *cambiar, modificar, realizar cualquier cancelación o frenar la renovación* (que es una forma indirecta de cancelar) las partes solamente ponen una exigencia: notificar por escrito antes de treinta días.

Entonces sí tiene sentido cómo se interpone la demanda y en los términos en que se hace, y es lo que ayuda a comprender también el significado

de la cláusula en virtud de los «actos posteriores» de las partes (art. 1.234 del Código Civil, citado).

Estrictamente, tanto la no renovación, el cambio, la modificación y la cancelación son «cualquier cancelación» del contrato original. Si no se renueva, el contrato queda cancelado con su cumplimiento; si se cambia, al sustituir un contrato por otro, el sustituido queda cancelado; si se modifica, el contrato original queda cancelado en lo modificado; y si se resuelve el contrato, asimismo queda cancelado.

Cuando las partes separan cancelación, cambio y modificación, y exigen constatación escrita con 30 días «antes de cualquier cancelación», ciertamente no se están refiriendo al cambio o a la modificación, que se insertan en el párrafo segundo de la cláusula; pero sí se refieren a la cancelación del segundo párrafo de la cláusula cuando recogen en el párrafo primero la exigencia de notificación por escrito con 30 días *antes de cualquier cancelación*; exigencia por escrito para la cancelación que se incluye en la cláusula segunda.

Veamos ahora si la demanda confirma o no lo dicho.

H) EL «PETITUM» DE LA DEMANDA CONFIRMA EL SENTIDO DE LA CLÁUSULA, EL SENTIDO QUE A LA MISMA ATRIBUYE LA DEMANDANTE Y EL SENTIDO QUE DE ELLA TIENE LA DEMANDADA, SIENDO TODOS LOS SIGNIFICADOS COINCIDENTES: ESTO ES LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

Se ha indicado que tiene perfecto significado especificar la facultad de resolver unilateralmente, no sólo en caso de incumplimiento, sino igualmente en caso de cumplimiento deficiente. Pero ese significado no agota otros posibles que la cláusula implica (algunos ya indicados en las págs. 18-19 del presente escrito) y que el comportamiento posterior de la demandante pone de relieve.

Obsérvese. Se vuelve a insistir en que, ante un total incumplimiento, opera el artículo 1.077 del Código Civil, ya sea por invocación de parte, ya sea por petición al juez. Que ante un cumplimiento deficiente las partes se reconocen el derecho a resolver, renunciando a la indemnización por daños derivados de esa incidencia.

Pero, además, hay que admitir una imposibilidad de cumplimiento por causas ajenas a las partes mismas (imposibilidad objetiva), pues, no sólo el Derecho excluye ahí de responsabilidad, sino que es consecuencia del principio conforme al cual *quien puede lo más puede lo menos*: si puedo resolver sin motivos esenciales, puedo resolver por motivos fundamentales.

Así y por ejemplo, el contrato contiene una cláusula de exclusión y

atenuación de responsabilidad por incumplimiento imposible o dificultado por actos de terceros. Se dice:

«El contratista no será responsable de ningún daño por el daño causado porque el contratista sea incapaz de cumplir con los servicios contratados por causas ajenas a su voluntad y fuera de su control, como actos de Dios, huelguistas, huelgas patronales (*sic*), trastornos civiles, acciones de la autoridad gubernamental, explosiones, tormentas, fuego o inundaciones, etc. Cuando el contratista no pueda brindar sus servicios por un período continuo de diez (10) días, bajo las situaciones antes descritas, ambas partes podrán acordar una reducción prorrateada en compensación por el tiempo que el contratista ha sido incapaz de poder brindar sus servicios».

¿Qué, si el período es mayor? ¿Qué, si en una actividad en que el trabajador cambia con frecuencia de empresa y la empresa cambia con frecuencia de trabajadores, el contratista no puede cumplir el contrato? ¿Lo *cambian*, lo *modifican* o lo *cancelan*? Y entonces, ¿cancelarlo «alegremente» dejando a la otra parte «colgada» en expresión común? ¿Cancelar, sin más? El contratista en cuanto empresario, ¿no puede prevenir tales situaciones? TOYOTA como empresario, ¿tampoco puede prevenir situaciones semejantes?

Obsérvese que en la transcrita cláusula, para determinadas situaciones de difícil cumplimiento (la única que depende de la voluntad del contratista es la denominada eufemísticamente «huelgas patronales», que es el *lockout*) se previene una solución mediante prorrateo de precio «que las partes podrán acordar» (*modificación* contractual, pues); modificación que, en cuanto tal, queda sujeta al preaviso. Para otras hipótesis en que el contrato no detalla solución, ¿qué queda? El contratista, o intenta *cambiar* el contrato, o intenta *modificarlo* o, en su caso, *cancelarlo*. Pero, ¿tiene sentido que pretenda un *cambio* con aviso previo y que *cancele* sin previo aviso? Ello no tiene sentido; sería reclamar el preaviso para lo menos relevante y omitirlo para lo más relevante: habría que avisar, por ejemplo, para modificar o cambiar (que, por definición, ningún preaviso reclaman, pues exigen que las partes se pongan de acuerdo), pero no para cancelar, a lo que puede llegarse sin acuerdo alguno.

Por ello ha de concluirse que la cláusula objeto de análisis es una incompleta que tiene un ámbito muchísimo mayor que el de ahí significado, porque al literal es menester incorporar en su primer párrafo, no sólo *cualquier cancelación*, sino aquellas situaciones que, no siendo *modificación* ni *cambio*, llevan a plantear como necesaria la *cancelación*.

Imaginemos la cláusula completamente redactada:

El presente contrato se conviene con una duración de un año, siendo automáticamente renovado, si no mediase notificación en contrario por escrito con antelación de treinta días, y antes de producirse cualquier cancelación por cualquiera de las partes si el contrato no fuese debidamente cumplido o de imposible cumplimiento por causas ajenas (en lo que ahora interesa) al contratista.

Efectivamente, es la exclusión para el contratista, no para el principal o dueño de la obra, a quien interesa esta cláusula así redactada. Por parte alguna en el contrato se previene que TOYOTA no esté en condiciones de poder cumplir, pues su obligación consiste en el pago de una suma de dinero y, además, insignificante para una corporación de su calibre. TOYOTA nunca va a estar en situación de no poder pagar durante el año, salvo que se hundiese el mundo capitalista, lo que no parece tener perspectivas inmediatas.

Y, entonces, el contratista, que vendría obligado a notificar con antelación de treinta días unos proyectos de *cambio* o de *modificación* para que el contrato no se renovase automáticamente, ¿no tendría que dar igual preaviso ante una situación más violenta, cual la imperativa para él de *cancelar*?

¿Cuál sería para el contratista esta situación respecto de TOYOTA? Es claro: resuelve, no por incumplimiento de la otra parte, sino por hallarse él en una situación de no poder cumplir, y, notificando con treinta días de antelación a su cancelación se evita responsabilidad por posibles daños y perjuicios. Ya que ese incumplimiento por imposibilidad sobrevenida en nada afectaría a su responsabilidad, al tratarse de un claro caso de imposibilidad subjetiva, que no objetiva, única que exime de responsabilidad (cfr. VÉLEZ TORRES, *op. cit.*, IV-1, págs. 161-166; VÁZQUEZ BOTE, *op. cit.*, V, págs. 56-59 y 417-422; PUIG BRUTAU, *loc. cit.*, I-2, págs. 123-127 y 423 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 679 y sigs.).

Y es consecuente con todo lo dicho que, en tales situaciones el contratista notifique con el debido preaviso de su inmediata imposibilidad como forma única de eludir la correspondiente indemnización. Sin su preaviso corre el riesgo de que se determine la resolución en sus dos modalidades (por incumplimiento o porque *no fuera cumplido debidamente*), esto es, *antes de cualquier cancelación*.

Y ahora es que adquiere toda lucidez el significado de la cláusula, significado que trae a la luz el propio comportamiento de la parte demandante, que se pone de manifiesto al solamente reclamar daños y perjuicios: *si se reclaman daños y perjuicios y no se reclama el cumplimiento específico, plenamente factible, es porque está reconociendo que la otra parte no ha incumplido esencialmente el contrato, sino incidentalmente. Y ese incumplimiento incidental no es, claramente, el hecho de cancelar el contra-*

to, sino el habersele indicado telefónicamente: esa era la intención práctica de las partes. Porque cancelar sin razón es incumplir.

Las partes querían, y así lo expresaron, que los *cambios, modificaciones y cancelaciones* no se hiciesen oralmente; pretensión que, para su validez, hay que reconducir, como se indicó, a un fin legal, consistente en no hacer *cambios, modificaciones o cancelaciones* orales mientras sea posible, o documentar las oralmente realizadas lo antes posible.

El problema para la demandante es que TOYOTA cumple con esta exigencia inmediatamente: cancela por teléfono, pero de inmediato notifica por carta lo dicho por teléfono. Que lo indicó por carta lo reconoce la propia demandante en su escrito (HECHOS, 6). Pero esa oralidad inicial es apreciada por la demandante, como era su real intención y propósito previos a la imperativa corrección legal: un incumplimiento incidental que, al tiempo que permitiría *cualquier cancelación*, imposible de actuar por la demandante al haberla efectuado la otra en ejercicio del derecho legal y contractualmente reconocido (pues se hizo en tiempo y forma), daría lugar, precisamente, a indemnización por daños y perjuicios. Y ESTO ES LO QUE, EXAGERADAMENTE, RECLAMA LA DEMANDANTE.

Porque es menester indicar que la actuación de TOYOTA, decidirse a *cancelar* el contrato deriva, asimismo, de una imposibilidad subjetiva, a su «interés en retener a unos empleados que de otra manera se verían afectados». Y, al igual que está previsto para el contratista poder *cancelar* previo aviso para eludir la indemnización correspondiente, también TOYOTA puede cancelar y cancela previo aviso (primero, oral; luego, por escrito) dentro del término convenido: «con treinta días, antes de cualquier cancelación».

Porque no debe olvidarse que la cláusula opera en beneficio y en perjuicio de ambas partes, conforme debe entenderse según prescribe el artículo 1.241, párrafo primero, proposición segunda del Código Civil (art. 1.289 del Código Civil español), citado, por tratarse de un contrato oneroso.

Al menos, por parte alguna del contrato se indica que sólo una de las partes deberá producir «una notificación por escrito, con treinta (30) días de anticipación, antes de cualquier cancelación». Muy por el contrario, se especifica que «este contrato podrá cancelarse por cualquiera de las partes...»; es decir, el sentido de la cláusula como antes se ha indicado:

«El presente contrato se conviene con una duración de un año, siendo automáticamente renovado, si no mediase notificación en contrario por escrito con antelación de treinta días, y antes de producirse cualquier cancelación por cualquiera de las partes si el contrato no fuese debidamente cumplido por causas ajenas».

Paradójicamente, la parte demandante incide en las siguientes contradicciones:

1.º Al no reclamar el cumplimiento específico del contrato acepta la *cancelación*, conforme sus actos posteriores permiten interpretar (art. 1.234 del Código Civil, citado), y con todas las consecuencias que la cancelación tiene.

2.º Reclama daños incidentales, únicos posibles por efecto propio de la cláusula pactada, incumpliendo *clara y explícitamente* (art. 1.234 del Código Civil, citado, respecto del art. 1.233, párrafo segundo del Código Civil, que resalta atender a la intención *evidente*) (15) *el contrato que obligaba a ambas partes*, no sólo por no haber reclamado el cumplimiento específico, sino por pretender entender la cláusula en su exclusivo beneficio, eludiendo su significado de renuncia a la indemnización de daños; y, en fin, reclamándolos exorbitantemente. Vía bajo la cual, escondidamente, está pretendiendo reclamar la entera prestación como si el contrato se siguiese manteniendo, en abierta infracción del contrato todo y del artículo 1.486 del Código Civil (16), pero sin ella contraprestar, con lo que no reclama realmente daños, sino un pleno enriquecimiento injusto.

3.º Al actuar entendiendo la cláusula igual que TOYOTA (imperatividad de escritura, cancelación en tiempo, invocación de imposibilidades subjetivas), pero pretendiendo fijar el sentido del contrato en la simple oralidad —base sin fundamento jurídico, como quedó acreditado—, con cuya excusa reclama la suma de \$27.261,00 correspondientes a nueve meses, está reclamando el entero precio del contrato por un año, sin aportar su prestación proporcional de esos nueve meses.

Todo ello puede ser apreciado como un comportamiento que elude la buena fe, exigencia y principio general del Ordenamiento jurídico puertorriqueño (art. 1.210 del Código Civil, citado) (17) y ataca directamente lo determinado por el Tribunal Supremo al decidir que:

«...ofende elementales principios de equidad, en el sentido civilista de la palabra, el que un municipio *pueda beneficiarse de un acuerdo* en las circunstancias específicas de este caso y *a la vez evadir toda responsabilidad respecto a lo convenido libremente por él* (*Plan Bienestar de Salud v. Alcalde Cabo Rojo*, 114 D.P.R. 697, disidencia).

La arraigada tradición de la autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*), eje de la seguridad jurídica, permite frenar su

(15) Artículos 1.282 y 1.281, respectivamente, del Código Civil español.

(16) Artículo 1.594 del Código Civil español.

(17) Artículo 1.258 del Código Civil español.

predominio absoluto cuando la excesiva onerosidad de la prestación alcance dimensiones de mala fe» (LÓPEZ DE VITORIA v. RODRÍGUEZ, 113 D.P.R. 265; *Utility Consulting Services, Inc. v. Municipio de San Juan*, 115 D.P.R. 88).

Por lo expuesto, siendo el sentido sintáctico y gramatical de la cláusula, así como el más riguroso técnico-jurídico, que ambas partes pueden cancelar el contrato con preaviso por escrito de treinta días, y habiendo TOYOTA DE PUERTO RICO, INC., ejercido su derecho correctamente, visto el comportamiento contrario a la buena fe de la parte demandante,

SUPLICA AL TRIBUNAL desestime la demanda por carecer la misma de fundamento, así en los hechos como en Derecho, con costas, gastos y honorarios de abogado a cargo y por cuenta de la demandante.

Y se perdió sentencia sumaria...

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

Precedentes históricos de la publicidad registral: el Libro Registro de Censos de Ecija (Real Provisión de 8-VIII-1590)

«Registradores son dichos otros escribanos que ha en casa del Rey que son puestos para escribir cartas en libros que han nombre registros».

(Partida III, Título XIX, Ley VIII, año 1265)

Como señalamos en otro lugar (1), el precedente histórico directo del primer Libro Registro de España, en el estado actual de la investigación, hemos de referirlo a Sevilla (1528) y, por razón de su conservación, a Ecija (1590), donde se custodian en el Archivo de la Contaduría de Hipotecas (Archivo Histórico Municipal) los libros correspondientes, desde 1590 a 1900, bajo la dirección de MARINA MARTÍN OJEDA (2). Y gracias a la colaboración de ésta —xerocopia original—, puedo publicar hoy la transcripción del texto literal de la Real Provisión de 8-VIII-1590, por la que se nombra primer Registrador de Ecija a Luis de Berrio y con la que se abre el Libro 1 del mencionado Archivo. Dice así (3):

(1) Vid. *Boletín del Colegio de Registradores*, 2.^a época, núms 9 a 16, años 1995 y 1996 (Publicidad registral y apariencia jurídica y Precedentes históricos de la publicidad registral).

(2) Vid. MARTÍN OJEDA, MARINA, y GARCÍA LEÓN, GERARDO, «El Archivo de la Contaduría de Hipotecas de Ecija», separata de la revista *Archivo Hispalense*, núm. 277, págs. 38 y sigs.

(3) Para facilitar su lectura, respetando la ortografía de la época, he dividido el texto en distintos epígrafes, numerados entre corchetes. En el Libro, la Real Provisión está copiada sin solución de continuidad. Entre corchetes, asimismo, constan algunas

«Este es traslado bien y fielmente sacado de una provission y titulo de su Magestad Real del Rey Don Philipe nuestro Señor firmada de su Real nombre Refrendada de Juan basquez de Salaçar Secretario de Cámara y del liçenciado guardiola de su consejo de camara su fecha en Sant lorenzo a ocho del mes de agosto de mill y quinientos y noventa años Segun por el parescía Su thenor del qual es este que se sigue:

Don Philipe por la gracia de Dios rrey de castilla de leon de aragon de las dos çeçilias de Jerusalem de portugal de navarra de granada de toledo de valencia de galiçia de mallorcas de sevilla de cerdenya de cordova de corçega de murcia de Jaen de los algarves de algezira de gibraltar de las yslas de canaria . de las indias . orientales y occidentales . yslas e tierra firme del mar o oçeano. Archiduque de austria . duque de borgoña . de bramante y de mylan conde de abspurg de flandes y de tirol y de barcelona señor de vizcaya e de molina etc.

[1. DISPOSICIONES LEGALES]

Por quanto por leyes fechas en corte se dispuso y proveyo que las personas que ynpusiesen çensos o tributos sobre sus casas heredades y otras posesiones o las vendiesen fuesen obligados de manyfestar y declarar los çensos y tributos que toviesen cargados sobre las dichas sus casas heredades y poseçiones y que se escusarian muchos pleytos sabiendo los que conpran los çensos y tributos e hipotecas que tienen las casas y heredades que conpran que encubren y callan los vendedores y que por quitar los ynconvinentes que desto se sigue se mando y ordeno por una de las dichas leyes que en cada çiudad Villa y lugar donde uviere cabeça de Jurisdicción aya una persona que tenga un libro en que se Registren todos los contratos de las qualidades suso dichas y que no se rregistrando dentro de seys dias despues que fueren hechos no hagan fee ny se Juzgue conforme a ellos ny sea obligado a cosa alguna nyngun terçero posehedor aunque tenga causa del vendedor y que tal rregistro no se muestre a nynguna persona sino quel rregistrador pueda dar fee si ay o no algun tributo e venta a pedimyento del vendedor segun que en las dichas leyes mas largamente se contiene y declara.

omisiones del texto que por el estado de su conservación no se leen, y con puntos suspensivos se indica la ausencia de transcripción de algunas palabras y abreviaturas que no he podido descifrar. No obstante, las abreviaturas más habituales han sido desarrolladas, en contra de la práctica amanuense del siglo XVI y por la misma razón de hacer directamente comprensible su significado.

[2. CUMPLIMIENTO DE LAS LEYES]

Y e sido ynformado que los conçeijos de las çudades y villas a quien tocava procurar se nonbrasen personas que tuviesen el libro y rregistro en la dicha ley contenydo an sido rremisos en ello aunque a suplicaçion del rreyno por capitulos hechos en cortes despues de la dicha Ley se a mandado cumplir y executar y no se a fecho sino en la çudad de sevilla en la qual la esperiençia a dado a entender quanto ynporta al buen gobierno que la dicha ley se execute con que se yvita muchos fraudes y engaños y pleytos que de no hacerse se causan y que el medio mas convinyente para la execucion de las dichas leyes sera señalar y nombrar personas que con titulo myo tengan los dichos libros y rregistros y usen los dichos oficios de escrivanos de ellos.

[3. NOMBRAMIENTO DEL REGISTRADOR]

Y aviendose tratado en el my consejo de hazienda y [c]onsultado se me paresçio que se devia proveer asi y porque una de las partes donde e mandado que aya el dicho oficio y rregistro es en la çudad de eçija acatando la abilidad y suficiencia y legalidad de Vos luis de berrio my escrivano y los serviçios que me aveys fecho y espero que me hareys my merçed y voluntad es que agora y de aqui adelante para en toda vuestra vida seays el dicho my scrivano del rregistro de todos los çensos y tributos perpetuos al quitar y de por vida que agora estan ynpuestos y se ynpusieren adelante en la dicha çudad de eçija y lugares de su Jurisdiccion.

[4. AMBITO MATERIAL]

Y que vos como tal escrivano por my nonbrado para el dicho efecto y no otro alguno formeys y hagays y este en vuestro poder el dicho libro y rregistro para que en el tomeys rrazon de todas las escrituras que se an otorgado y otorgaren de todos los dichos çensos y tributos o la parte dellos sea neçesario guardando y cunpliendo los capitulos que para el uso del dicho oficio e mandado hordenar y os mando que guardeys y cumplays que son los que se siguen.

[5. ASIENTOS Y NOTA DE INSCRIPCION]

Que en el dicho libro aveys de tomar y tener rrazon de todos los dichos çensos y tributos que se hubieren ynpuesto e ynpusieren y de que cantidad

y por que personas e sobre que vienes y en que dias y ante que escrivano y testigos se otorgaron y poner al pie de las dichas escrituras de çenso pie y certifiçacion firmada de vuestro nonbre y sinada de vuestro sino de como en tal dia se rregistran ante vos el dicho çenso y os queda la rrazon en vuestros libros que aveys de tener en muncha guarda y custodia y secreta.

[6. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL]

El cual os encargo y mando que tengays de manera que se guarde y cumpla lo contenydo en la dicha ley y no se vaya contra ella por dolo e negligencia vuestra porque en qualquiera de los dichos casos que delinquierdes aveys de ser castigado por ello por las mys Justicias.

[7. CATEGORIA PROFESIONAL E INCOMPATIBILIDAD]

Y porque si ante vos y como a my escrivano rreal y los demas que suçedieren en el dicho oficio por ser [s]crivanos rreales o del numero pasasen escrituras de los dichos çensos y tributos y otras de que aveys de tener rrazon se seguiryan algunos ynconvinyentes mando y proyuo que vos y los que suçedieren en el dicho oficio de escrivano de rregistros no podays ny puedan hazer ny pasar ny otorgarse ante vos ny ellos myngun escritura de los dichos çensos y tributos ny de otro nyngun contrato de que se aya o deva tomar la rrazon o rregistro en los dichos vuestros libros o que en las dichas escrituras oviere de yr o fuere alguna fee o testimonyo sacado dellos aunque como esta dicho os conpeta el poderlas hazer y otorgar por otro titulo o ofiçio lo qual guardeys y cumplays sin usar de nyngun fraude tenyendo en el dicho ofiçio o en vuestra casa y conpanya otro escrivano del numero ny rreal ny otra persona ante quien puedan pasar las dichas escrituras sino que las personas libremente las otorguen ante el escrivano que quisieren sin encamynarlas a otros molestandolos con ocasion de las fees y testimonys que os pidieren y les devierdes de dar porque no lo cumpliendo asi sereys gravemente castigado y ansi lo encargo y mando a las mys Justicias.

[8. PLAZO DE INSCRIPCION]

Y porque el termyno de los seys dias que la dicha ley da para rregistrar las dichas escrituras seria muy brebe especialmente para las otorgadas hasta agora que son munchas y para los dueños dellas questan ausentes y tienen

otros legitimos ympedimyentos mando y permyto que todas las dichas escrituras que se deven registrar que se ovieren otorgado hasta el dia que este my titulo se presentare ante la Justiçia y rregimyento de la dicha çiuudad de eçija y se pidiere cumplimyento y execuçion del cunplan y satisfagan los dueños dellas presentes y ausentes donde quiera que estuvieren con rregistralas dentro de seys meses contados desde el dia de la dicha presentaçion en el qual mando que se pregone este my titulo y lo en el contenydo publicamente en esa dicha çiuudad de eçija e las que se otorgaren despues de pasado el dicho dia de la presentaçion y publicaçion se ayan de rregistrar dentro de treynta dias que corran y se cuenten desde el día de las fechas de las dichas escrituras y pasados los dichos termynos yncurran en la pena de la dicha ley todas y qualesquier universidades y personas particulares de qualquier estado y condicion que sean.

[9. COMPETENCIA TERRITORIAL]

Y qualesquier escrituras suyas de los dichos çensos y tributos de qualquier cantidad y calidad que sean aunque las dichas escrituras estuviesen fechas y otorgadas o se hizieren y otorgaren fuera de dicha çiuudad y su Jurisdicçion como esten en la dicha su Jurisdicçion los bienes obligados e ypotecados expresamente a los dichos çensos y tributos o alguna parte dellos porque en todas ellas donde estuviesen los dichos bienes obligados aunque sean de diferentes jurisdicçiones se an de Registrar las dichas escrituras.

[10. HONORARIOS Y PUBLICIDAD FORMAL]

Y es my voluntad que ayays y lleveis un rreal de cada Registro de çenso o tributo que ante vos se Registrare ansi por el Registro que a de quedar en vuestros libros y poder como por la certificaçion que a vos es de si obligado a poner a el pie de la scritura de como queda Registrada y tomada la Razon dello porque el dicho vuestro Registro con que aveis de quedar y de la dicha chertificaçion que aveys de dar no aveys de llevar mâs del dicho un Real e despues en qualquier tienpo de las fees y testimonios que sacaredes del dicho libro Registro y dieredes a las personas a quien las devays dar podays llevar y lleveis lo que por el aranzel nuevo de los escrivanos destos Reynos se permyte llevar y no mâs y os mando que las dichas fees y testimonios no las deys dividedas aunque las pidan de diferentes posesionês aunque las tales esten en diferentes lugares y mando eso si la parte a quien tocara no os los pidiera divididâs porque si contra su

voluntad las dieredes no aveis de llevar mas derechos por muchâs fees que por una podiais llevar lo quâl cumplid y no excedais ni lleveis mas de los dichos derechos por rrazon del dicho oficio so las penâs contenidâs en el dicho aranzel Real.

[11. RECIBIMIENTO Y TOMA DE POSESION]

Y mando al concejo Justicia y Regimiento de la dicha Çiudad deçija que estando juntos en su cabildo e ayuntamiento segun que lo an de usos y de costumbre donde y ante quien os aveis de presentar personalmente con este titulo que tomên y rreciban de vos el juramento y solenydad que se acostumbra y deveis hazêr el qual ansi fecho os ayan rreçiban y tengan por tal my scrivano de Registros de los dichos chensos y tributos y usen con vos el dicho oficio en todo lo a el anexo y perteneçiente y vos guarden y hagan guardar todas las onrâs graçias mercedes franquezas libertades y esençiones premynençias prerrogativas e ynmunidades y todas las otrâs cossâs y cada una de ellas que por rrazon del dicho ofiçio deveis aver e gozar y os deven ser guardadas y os Recudan y hagan rrecudir con todos los derechos que por rrazon del dicho oficio deveis aver e gozâr todo bien y cumplidamente de manera que no os falte ni mengue en cossa alguna e que en ello ny parte dello embargo ny contradिçion alguna [a] vos non pongan ny consientan poner que yo por la presente os Recibo y e por rreçibido a el dicho ofiçio y a el uso y exercicio dêl y os doy poder y facultad para lo usar y exerçêr caso que por los susodichos o algunos dellos a el no seays Reçivido.

[12. RENUNCIA]

Y asimismo os doy facultad para que lo podais Renunciar segun y de la manera que lo acostumbran hazer y hazên los scrivanos del numero destos [Rey]nos.

[13. EFICACIA]

Y mando que todos los dichos Registros que ante vos se hizieran y fees y testimonios que dellos dieze ... siendo firmadâs de vuestro nombre y signado de vuestro signo de que useis comô de mi scrivano valgan y hagan fee en juicio e fuera del como firmadas y signadâs de manô de my scrivano de los dichos registros de chensos y tributos de la dicha çiudad de eçija y su Jurisdिçion.

[14. DISPOSICION DEROGATORIA]

Lo qual todo quiero y mândo que se haga y cumpla nonbargante que el dicho ofiçio sea nuevamente acatado y cualesquier privilegios y cartas de los Reyes mis predecesores y otras leyes e Prematicas fueros y derechos usos y costumbres destos mys Reynos que aya en contrario con todo lo qual yo para en quanto a esto toca y por esta vez dispenco con todo ello quedando en fuerça y vigor para en lo demas.

Dada en San Lorençô a ocho dias del mes de agostô de myll y quinientos e noventa años E mando dâr Vale Yo El Rey yo Juan Vazquez de salazar secretario del Rey nuestro señor la fize escribir por su mandadô el Licenciado guardiola Registrada Juan de eloregui Chanciller, Juan de eloregui.

Fecho i sacado coRegido y conchertado fue este dicho traslado con el original en Eçija a veynte e siete dias del mes de septiembre de myll e quinientos e noventa años siendo testigos el Licenciado diego ... y fernando de Soto peres y bartolome berlanga vecinos de eçija.

Xristoval de las Rodas escrivano publico del numero de la ciudad de eçija por el Rey nuestro Señor fize aqui my signo en testimonio suyo.

El qual dicho titulo pareçe se pregono en el Plaça mayor de esta ciudad ante Jeronimo de guzman scrivano del cabildo dellâ en veynte e dos dias del mes de agosto de myll y quinientos y noventa años que es del traslado del dicho pregon [de su] letra como paso dize así:

En la ciudad deçija veynte e dos diâs del mes de agosto de mill y quinientos e noventa años en los corredores del cabildo que salen a la placa mayor dellâ ante mucha jente que en ella estava por boz de pedro rramos Pregonero publico del Conchejo de esta çiudad a altas y entendidas bozes se pregono la dicha rreal Provision de su magestad del Registro de los chensos y tributôs siendo testigos presentes ante Bartolome de Poley y Pedro de herrerâ y fernando de ... vezinos deçija y otros muchos vezinos desta ciudad Jeronimo de guzmân scrivano del cabildo.

Fecho y sacado coRegido y conchertado fue este dicho traslado con el dicho pregon en Eçija a veynte e siete dias del mes de septiembre de myll e quinientos e noventa años ... e sacar corregir y conchertar El Licenciado diego ... y bartolome berlanga y fernando de soto perez bezinos deçija.

Xristoval de las Rodas escrivano del numero de la ciudad de Eçija por el Rey nuestro Señor fize aqui my signo en testimonio suyo».

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. *Propuesta de Directiva.*—En el *Boletín de Información Jurídica del Colegio de Registradores*, número 17, correspondiente al pasado mes de julio (págs. 1651 y sigs.), puede verse el texto de la propuesta de la decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo en materia de Derecho de Sociedades, relativa a las ofertas públicas de adquisición.

B) NORMAS NACIONALES

En el *BOE* de 31 de julio se ha publicado el Real Decreto 1784/96, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Andalucía.—Ley de 17 de julio, por la que se modifica la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz.

Canarias.—Ley de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones.

Castilla-La Mancha.—Ley de 27 de junio, de Cámaras Agrarias.

Castilla-León.—Ley de 18 de junio, de equipamientos comerciales.

Cataluña.—Ley de 5 de julio, de Organización de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Generalidad de Cataluña.

— Ley de 29 de julio, de alimentos entre parientes.

— Ley de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/91, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares.

— Ley de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre.

— Ley de 29 de julio, del Registro y del depósito de fianzas de los contratos de alquiler de fincas urbanas y de modificación de la Ley 24/91, de la vivienda.

Madrid.—Ley de 24 de junio, de creación del Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

— Ley de 8 de julio, sobre Defensor del Menor.

Navarra —Ley de 7 de junio, sobre espacios naturales de Navarra.

— Ley de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las Fundaciones y de las actividades de patrocinio.

— Ley de 2 de julio, de cooperativas de Navarra.

II. Información de actividades

1. *Curso sobre «La vivienda: Un problema europeo» en la Universidad de Verano de El Escorial*.—El Colegio de Registradores celebró este año, los días del 22 al 26 de julio, un curso sobre «La vivienda: Un problema europeo», que ha sido organizado en colaboración con el Ayuntamiento de Madrid (Empresa Municipal de la Vivienda). El Director del curso fue FERNANDO ACEDO-RICO HENNING, Registrador de la Propiedad y Mercantil excedente y Director de los Servicios Jurídicos de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, y su inauguración corrió a cargo de JOSÉ M.ª ALVAREZ DEL MANZANO Y LÓPEZ DEL HIERRO (Alcalde de Madrid).

Las conferencias para el día 22 fueron las siguientes:

- «La política de vivienda en el Ayuntamiento de Madrid», a cargo de IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA (Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid) y de SIGFRIDO HERRÁEZ RODRÍGUEZ (Concejal de la Vivienda del Ayuntamiento de Madrid).
- «Concepto de vivienda», por ALBERTO CAMPO BAEZA (Arquitecto).
- Una mesa redonda cuya conferencia, «Rehabilitación de los parques urbanos», corrió a cargo de LUIS ARMADA MARTÍNEZ-CAMPOS (Consejero Delegado de la EMV), de MARÍA ROCES GONZÁLEZ (Federación Regional de Asociación de Vecinos) y de LUIS RODRÍGUEZ-AVIAL LLARDENT (Gerente de la Gerencia Municipal de Urbanismo).

Las conferencias del día 23 fueron las siguientes:

- «La vivienda en el mundo anglosajón», a cargo de PETER COOK (Arquitecto).
- «Política de vivienda CAM 96-99», por AMALIA CASTRO-RIAL GARRONE (Directora General de la Vivienda CAM).
- «Promoción pública y privada de vivienda», cuyos conferenciantes fueron: SALVADOR PÉREZ ARROYO (Catedrático ESA), LUIS ORTIZ GONZÁLEZ (Presidente de la Comisión Nacional de Urbanismo y Vivienda PP) y JAIME DURÓ PIFARRÉ (Presidente del Consejo de Arquitectos de España).

El día 24 se trataron los siguientes temas:

- «La reconstrucción de Berlín», por MEINHARD VON GERKAN (Arquitecto).
- «Directrices de la política de vivienda» (MOTPMMA) y «La vivienda y la Comunidad Europea», a cargo de FERNANDO UBEDA RIVES (CE-CODHAS, Presidente del Comité Europeo de Coordinación de l'Habitat Social), FRANCISCO HERRERA DE ELERA (portavoz de IU del Ayuntamiento de Madrid) y MANUEL GARCÍA HIERRO (Concejal del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Madrid).

Los temas a tratar durante el día 25 fueron:

- «El urbanismo en las grandes ciudades», por RICARDO BOFILL (Arquitecto Urbanista).
- «La protección de la vivienda en los distintos sistemas registrales», por JOSÉ POVEDA DÍAZ (Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad).
- «Financiación y vivienda». Sus conferenciantes fueron: JOAQUÍN SÁNCHEZ IZQUIERDO (Consejero Delegado del Banco Hipotecario), LUIS PINEDA SALIDO (Presidente del Ausbanc) y XAVIER VALLS I SERRA (Presidente de la Asociación Española Pro. Públicos Vivienda y Suelo).

Para terminar el curso contamos con la colaboración de JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ (Abogado y Registrador excedente), con GREGORIO MAYAYO CHUECA (Asociación Hipotecaria), quien se encargó de exponer «La financiación de la vivienda», y con FRANCISCO JAVIER DELGADO BARRIO (Magistrado del Tribunal Constitucional), JOSÉ E. SORIANO GARCÍA (Catedrático de Derecho Administrativo) y JUAN RIVAS MARTÍNEZ (Vicedecano del Colegio Notarial), que trataron el tema «La vivienda de alquiler».

2. *Universidad Internacional Menéndez Pelayo.*—Entre los cursos magistrales programados, se celebró en los días 8 a 12 de julio el destinado a estudiar «La Ley de Reforma de la Sociedad Limitada», desarrollado por los profesores don AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, don JUAN LUIS IGLESIAS y don ANGEL ROJO, los tres Consejeros de nuestra REVISTA.

3. *Universidad Pontificia de Salamanca.*—En los días 8 a 11 de julio ha tenido lugar en Salamanca un simposio sobre «Jueces y psicólogos en las causas de nulidad matrimonial», con el siguiente programa:

- «Psicología y consentimiento matrimonial», por don URBANO NAVARETE, Universidad Pontificia Gregoriana de Roma.

- «La incidencia en el matrimonio de los trastornos de personalidad», por don JUAN LUIS MARRERO, Perito psicólogo del Tribunal Interdiocesano de Sevilla.
- «Terminología y anomalías psíquicas más frecuentes en las causas de nulidad matrimonial», por XAVIER BASTIDA CANAL, Vicario judicial del Arzobispado de Barcelona.
- Mesa redonda: «La crisis de la pareja: anomalías más frecuentes (I)». Moderador: doña TERESA SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Universidad Pontificia de Salamanca.
- «Trastorno antisocial de la personalidad (psicópatas)», por don PABLO GALLO MEZO, Universidad Pontificia de Salamanca.
- «Esquizofrenia y matrimonio», por don FRANCISCO VAQUERO CAJAL, Universidad Complutense de Madrid.
- «Trastornos sexuales y de la identidad sexual», por don FEDERICO R. AZNAR GIL y doña RAQUEL SÁNCHEZ ORDÓÑEZ, Universidad Pontificia de Salamanca.
- Mesa redonda: «La crisis de la pareja: anomalías más frecuentes (II)». Moderador: don BALDOMERO MONTROYA TRIVIÑO, Psiquiatra.
- «La pericia psicológica: modo, características, elementos», por doña M.^a EMILIA ANTÓN VEIRA, Psicóloga Judicial de Palma de Mallorca.
- «La pericia realizada solamente sobre los autos de la causa», por don PASCUAL HERNANDO CALVO, Psicólogo del Tribunal Interdiocesano de Zaragoza.
- «Valoración canónica de la pericia psicológica y psiquiátrica», por don FÉLIX LÓPEZ ZARZUELO, Universidad de Valladolid.
- «El perito psicólogo y psiquiátrico en las causas canónicas de nulidad matrimonial», por don JUAN J. GARCÍA FAÍLDE, Decano del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid.
- Clausura a cargo del Ilmo. Sr. Vicerrector de la Universidad Pontificia de Salamanca y Excmo. y Rvdmo. Sr. don LUIS GUTIÉRREZ MARTÍN, Obispo de Segovia.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1 *Sentencia de 11 de marzo de 1996.*—NOTIFICACION IRREGULAR.—Es nula cuando origina lesión de derechos. Recurso de apelación inadmitido por supuesta extemporaneidad.—Sala 2.^a.—Ponente: Sr Vives Antón.

Antecedentes.—El recurso se fundamenta en los siguientes hechos:

a) Doña M. D. T. E. fue demandada por don M. A. Q. en el juicio de cognición número 1139/91, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Madrid, en el que se solicitó la demolición de unas obras realizadas en su vivienda, las cuales, al parecer, obstruían la salida de humos del local de hostelería sito en la planta baja del edificio en el que tiene su domicilio la recurrente, así como el pago de una indemnización.

b) En el referido juicio de cognición recayó Sentencia estimatoria con fecha 18 de enero de 1993, de la que, según se afirma en el escrito de demanda de amparo, la recurrente tuvo conocimiento el día 18 de febrero del mismo año, al encontrar una copia de la misma que había sido arrojada por debajo de la puerta de su vivienda.

c) En fecha 24 de febrero de 1993 la demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra la Sentencia condenatoria, recurso que fue declarado inadmisibile por extemporaneidad mediante providencia dictada el día 26 de febrero de 1993, al entender el Juzgado que la notificación de la Sentencia no se realizó el día 18 de febrero de 1993, como afirmaba la recurrente, sino el día 8 del mismo mes y año, fecha en la que, al resultar infructuosa la notificación personal intentada en primer término, se entregó la correspondiente cédula al vecino don L. J., quien en calidad de arrendatario del local sito en la planta baja del edificio en cuya primera planta habita la actora explotaba el negocio de hostelería antes mencionado y había intervenido como testigo del demandante en el también citado juicio de cognición número 1139/91.

d) El recurso de queja entablado contra dicha resolución fue desestimado por el Auto de 19 de octubre de 1993, dictado por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid.

Considera la parte recurrente en amparo que dichas resoluciones han vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin resultado de indefensión.

Mantiene, en primer término, que la cédula de notificación entregada en virtud de lo dispuesto en el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil adolece de una irregularidad formal invalidante al no haberse hecho constar en ella la relación que une a la persona que la recibe con la persona destinataria de la misma. También manifiesta, en segundo término, que el receptor de la cédula, en su condición de titular del negocio de hostelería perjudicado por las obras realizadas por la actora en su vivienda, era sujeto interesado en el pleito cuya resolución final constituía el objeto de la notificación, aparte de ser persona con la que mantenía una relación personal de enemistad, como lo demuestra la existencia de un anterior juicio de faltas entre dicho receptor y el marido de la recurrente, razones todas ellas de las que infiere que la persona a quien se entregó la cédula de notificación la retuvo dolosamente en su poder hasta el día 18 de febrero de 1993, fecha en la que, al haber vencido los plazos legalmente establecidos, ya no le era posible a la demandante de amparo formular recurso de apelación, lo que, en definitiva, le ha ocasionado una patente indefensión lesiva de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar el presente recurso de amparo y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, anular el Auto de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de octubre de 1993.

2.º Retrotraer las actuaciones al momento de la resolución del recurso de queja entablado contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Madrid, de 26 de febrero de 1993, para que por parte de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid se dicte una resolución respetuosa del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en los términos que se concretan en los fundamentos jurídicos 2.º y 3.º

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso tiene por objeto determinar si la demandante de amparo ha experimentado o no una lesión de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin resultado de indefensión como consecuencia de que la cédula de notificación de la Sentencia dictada en el juicio de cognición número 1139/91, de la que se hizo cargo un vecino el día 8 de febrero de 1993, no le fue entregada efectivamente hasta el posterior día 18 del mismo mes y año, fecha en la que ya habían vencido los plazos legalmente establecidos para la interposición del recurso de apelación que efectivamente formalizó, y cuya inadmisión por extemporaneidad fue declarada en las resoluciones ahora impugnadas.

Según se afirma en la demanda, el receptor de la cédula demoró maliciosamente su entrega a la recurrente durante diez días, demora que, a juicio de esta última, fue debida tanto a las malas relaciones personales que mantiene con la persona a quien fue entregada la cédula, como a la circunstancia de que dicho receptor estuviera objetivamente interesado en que la actora no recurriera la sentencia objeto de notificación, al ser el mismo titular del negocio de hostelería directamente perjudicado por las obras que la recurrente había acometido en su vivienda, obras que dieron lugar a que fuera demandada por

el propietario del local de negocio en el juicio de cognición en el que quien recibió la cédula intervino como testigo de la parte demandante.

No es objeto de discusión, por tanto, ni la procedencia de este tipo de notificaciones, legalmente previstas en el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando resulta infructuosa la prioritaria notificación personal, ni tampoco la regularidad formal de la cédula pues, en contra de lo sostenido en la demanda de amparo, en dicha cédula sí aparece que la circunstancia que une al receptor de la notificación y a la destinataria de la misma es una relación de vecindad.

2. Aunque este Tribunal, como certeramente ha advertido el Ministerio Fiscal, haya declarado expresamente la conformidad a la Constitución del tipo de notificaciones por cédula que ahora nos ocupan, determinando su carácter subsidiario de la notificación realizada personalmente al interesado (v. gr., STC 72/1988) y la necesidad de que en la diligencia acreditativa de su práctica queden escrupulosamente cumplimentadas todas las exigencias formales requeridas por el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (nombre, estado y ocupación de la persona que recibe la cédula, su relación con la que deba ser notificada, la obligación que aquélla tiene, y le hará saber el actuario, de entregar a ésta la cédula así que regrese a su domicilio, o de darle aviso si conoce su paradero, y firma de la diligencia por parte del actuario y del receptor) (v. gr., STC 195/1990), no es menos cierto que también hemos podido resaltar, en algunos supuestos análogos al ahora planteado, la necesidad de que los órganos judiciales no otorguen mecánicamente un valor absoluto al simple contenido formal de la diligencia de notificación, prescindiendo de cualquier enjuiciamiento sobre los motivos alegados por la parte acerca de la no recepción en plazo de la notificación.

En efecto, tal y como afirmamos en la STC 275/1993, los órganos judiciales, ante un caso como el suscitado en el presente recurso de amparo, no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución española, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas hayan llegado al conocimiento de la parte interesada cuando la misma cuestiona la fecha en que le ha sido entregada la cédula, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pueda eventualmente ser aportada, están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que haya existido una demora en la entrega de la notificación que haya impedido al interesado utilizar los medios de defensa para cuyo ejercicio efectivo establece el ordenamiento un determinado plazo.

Debe tenerse en cuenta, además, que, como en reiteradas ocasiones ha afirmado este Tribunal, en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción rige el principio de la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental.

3. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso ha de determinar la estimación de la demanda de amparo.

En efecto, de la simple lectura de Auto de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de octubre de 1993, se desprende de forma inequívoca que la desestimación del recurso de queja entablado por la actora contra la providencia de 26 de febrero de 1993 tuvo por exclusivo fundamento el de considerar, en una interpretación puramente mecánica de la normativa aplicable, que la fecha en que la recurrente tuvo conocimiento de la notificación era la consignada en la diligencia acreditativa de la entrega de

la cédula al vecino, sin que, de este modo, dicho órgano judicial llegara a pronunciarse ni, en consecuencia, a valorar de manera razonada, las alegaciones que intentaban evidenciar la existencia de una demora en la entrega efectiva de la referida cédula que le impidió formalizar en plazo el recurso de apelación.

El Auto de 19 de octubre de 1993 aparece, pues, ayuno de toda motivación acerca de que la enemistad que mantenían la recurrente y la persona que se hiciera cargo de la cédula, así como el hecho de estar esta última interesada en que la demandante de amparo no pudiera recurrir la apelación, pudieran haber originado una demora en la entrega de la notificación.

Por consiguiente, hemos de declarar que la negativa del órgano judicial a enjuiciar los motivos alegados por la promotora del presente recurso de amparo, al limitarse exclusivamente a examinar la regularidad formal de la diligencia acreditativa de la práctica de la notificación a través de tercera persona, ha supuesto una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del artículo 24.1 de la Constitución española, máxime habida cuenta del criterio de interpretación más favorable a que antes se aludió.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POT FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS MANCHA,
EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA
y JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ

LA JUNTA NO PUEDE OTORGAR PODERES Y, ADEMÁS, NO SON INSCRIBIBLES LOS APODERAMIENTOS OTORGADOS A FAVOR DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDAD ANÓNIMA CUANDO LOS ACTOS PARA LOS QUE SE LES FACULTA ESTAN YA INCLUIDOS EN SU ÁMBITO LEGAL REPRESENTATIVO. (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS DE 24 DE JUNIO DE 1993. BOE DE 16 DE JULIO)

Supuesto de hecho.—Mediante escritura autorizada, el día 5 de agosto de 1991 se elevan a públicos por el Administrador único de una sociedad anónima acuerdos de la Junta General Extraordinaria de ésta referentes a la concesión de un poder al órgano de administración como ampliación de las facultades que éste tiene estatutariamente atribuidas y se establece que el poder se extinguirá cuando la persona que ostenta el cargo, que es a quien se le confiere el poder, cese en el ejercicio del mismo y sin que para ello sea necesario que aquél sea expresamente revocado

Nota de calificación.—Presentada la escritura a registración, es calificada desfavorablemente en base a los argumentos que, resumidos, son los siguientes:

1. La Junta no puede otorgar poderes toda vez que es un órgano de carácter deliberante y nuestra legislación reserva la facultad de conferir poderes al órgano de administración.

2. Resulta incongruente conceder un poder al órgano de administración en el que se amplían las facultades que estatutariamente tiene atribuidas y, consecuentemente, no se modifican los estatutos sociales.

3. La extinción del poder por cese en el cargo del apoderado conllevaría una cancelación automática de un asiento registral derivada de un acuerdo entre particulares, con lo que se conculcaría el principio de orden público que acompaña a los procedimientos registrales.

Recurso.—El Notario autorizante recurre la nota de calificación por las siguientes razones:

1. No es la Junta quien confiere el poder, sino que es el Administrador el que eleva a público un acuerdo adoptado por aquélla.

Acuerdo éste necesario, toda vez que su contenido se refiere a facultades no atribuidas estatutariamente al órgano de administración y, en otro caso, éste incurriría en una «autoampliación de facultades».

2. No darse la contradicción que se apunta en la nota de calificación, ya que las facultades estatutarias se actúan a través del órgano, en tanto que las de ampliación lo son vía apoderamiento, negocio éste distinto de aquél.

3. La extinción del poder es una cláusula accesoria del negocio de apoderamiento, admisible en base al principio de autonomía de la voluntad y que no condiciona la actuación del Registrador a la hora de su constatación registral. Este tendrá lugar a instancia de los interesados y según las normas de la legislación hipotecaria, sin que, por otro lado, lo actuado en base a un poder extinguido pueda perjudicar a tercero.

El Registrador decide mantener la nota de calificación en todos sus extremos y fundamenta su decisión como sigue:

1. Si bien bajo el régimen de la legislación anterior era posible la concesión de un poder por la Junta (v art. 110 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956), el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente reserva tal facultad al órgano de administración y, en el caso que nos ocupa, el acuerdo de conferir el poder emana de la Junta y no del órgano de administración. El Administrador se limita a otorgar la escritura de elevación a público y ejecutar un acuerdo de la Junta.

Todo ello sin olvidar que al órgano de administración le están atribuidas todas las actividades a las que alcanza el giro o tráfico de la empresa, así como las que sean necesarias o contribuyan a la consecución del objeto social.

2. Con relación al segundo de los defectos, se cuestiona que no se lleve a cabo la modificación estatutaria que la ampliación de facultades entraña, pero en modo alguno el hecho de que al órgano de administración se le pueda conferir un poder en los términos que señala el artículo 141 de la Ley de 1989; cada negocio quedará sujeto a su propio estatuto jurídico.

3. En cuanto al tercero de los defectos, se mantiene el mismo, pues de no proceder a la cancelación automática del asiento la hoja registral podría reflejar una publicidad contradictoria.

En alzada, el Notario mantiene todos los argumentos aducidos en reforma en base a las siguientes consideraciones:

1. Que es perfectamente admisible un acuerdo de la Junta confirmando un poder y la cumplimentación de éste por el órgano de administración.

2. Que quien otorga el poder es la Sociedad, y no la Junta ni el órgano de administración.

3. Que si se admite la concurrencia de las cualidades de Administrador y Apoderado, la atribución de facultades al Apoderado, de las que ya disfrutaba en su calidad de Administrador, es cuestión que sólo debe preocupar a la Sociedad.

4. Que la concesión de un poder no comporta una modificación estatutaria y sí una ampliación del ámbito de actuación.

5. Que a la vigencia del poder se une una determinación accesoria de voluntad que conlleva su extinción, determinación que debe primar sobre el aspecto puramente formal de su constatación registral.

Resolución.—La Dirección General resolvió en los términos siguientes:

1. Que como tiene declarado el Centro Directivo, la Junta no puede otorgar directamente un poder porque las facultades representativas de la Sociedad están atribuidas por la Ley al órgano de administración.

2. Que en este supuesto no es la Junta la que otorga un poder, sino que el otorgante es el Administrador que eleva a público el acuerdo de la Junta.

3. Que como el conjunto de facultades comprendidas en el ámbito de poder le están estatutariamente atribuidas al Administrador, la concesión del poder resulta redundante y no debe acceder al Registro Mercantil.

Comentario.—Para centrar la cuestión que es materia de esta Resolución es conveniente hacer, con carácter previo, una serie de matizaciones. Estas se pueden reducir a considerar que el tema central de discusión no es otro que el de la capacidad civil de las sociedades mercantiles; resuelto éste, hay que determinar el distinto ámbito competencial de los órganos de la persona jurídica «sociedad mercantil», el alcance de la representación atribuida al órgano de administración y la diferenciación, en fin, entre la representación orgánica y la voluntaria y la compatibilidad entre ambas.

La consideración de la sociedad mercantil como persona jurídica conlleva la atribución por el ordenamiento a ese sujeto de derecho del reconocimiento de capacidad jurídica y plena capacidad de obrar. A diferencia del empresario individual (persona física), la sociedad mercantil (persona jurídica) no se encuentra limitada en su capacidad por circunstancias físicas (edad, incapacidad...) ni por otras derivadas del carácter propio de los actos personalísimos (vid. STS de 15 de abril de 1993 que reconoce a la sociedad mercantil derecho al honor).

De ahí que afirmemos que gozan de plena capacidad de ejercicio. La atribución de esa capacidad se puede llevar a cabo de dos modos distintos: *limitada o ilimitadamente*. En unos se circunscribe la atribución a lo dispuesto en la Ley y en los Estatutos, en tanto que en otros esa atribución no obedece a determinación de clase alguna.

Esta distinta forma de atribución tiene su reflejo en los distintos sistemas jurídicos. Veamos las distintas posiciones:

— Sistema *anglonorteamericano*. En un primer momento, el Derecho inglés da acogida al sistema de limitación de capacidad (la llamada doctrina *ultra vires*). La capacidad de la sociedad viene determinada por el objeto social y a éste se tiene que circunscribir, de tal modo que la sociedad, mejor su representante orgánico, no puede realizar actos extraños al objeto social. Este sistema tiene su origen en la «Bubble Act» de 1717 y se adopta por la «Joint Company Act» de 1844.

Recientemente, con la publicación de la «Companies Act» de 16 de noviembre de 1989, se ha producido una relativa flexibilización del mismo en el sentido de permitir la realización de una serie de actos por fuera del objeto social.

Idéntico sistema adopta el Derecho norteamericano, pero con el importante matiz de que se permite al órgano de administración la realización de actos extraños al objeto social que sean compatibles con el concepto de persona jurídica.

— Sistema *germánico*: Los ordenamientos de corte germánico optan por el sistema de capacidad general o ilimitada. La sociedad mercantil es plenamente capaz para la realización de los mismos actos que pueda ejecutar un empresario individual, con la lógica limitación que deriva de los actos personalísimos reservados por el ordenamiento a las personas físicas. Así, el objeto

social cumple única y exclusivamente la función, en el orden social interno, de servir de baremo para medir la responsabilidad del órgano ejecutante en el supuesto de extralimitación; responsabilidad exigible tanto por la sociedad como por los terceros de buena fe.

— Sistema *francés*: En el Derecho francés la capacidad de la sociedad viene acotada por el objeto social, si bien en el supuesto de ejecución de actos extraños al objeto la sociedad sólo queda vinculada por éstos si se produce su sanción por la Junta general de la misma.

— Sistema *comunitario*: En el Derecho comunitario la capacidad de la sociedad viene determinada por el alcance de su objeto social. No obstante, el acto extraño a éste surte sus efectos y no es oponible frente a tercero que haya actuado de buena fe, salvo en el supuesto que éste tuviera conocimiento de que el acto ejecutado excede del objeto social. Se identifica buena fe con «conocimiento».

Este es el sentido del contenido del artículo 9 de la Primera Directiva del Consejo de 9 de marzo de 1968.

— Derecho *español*: La cuestión de la capacidad de las sociedades mercantiles hay que abordarla desde el contenido de los artículos 37 y 38 del Código Civil.

El artículo 37 opta por el sistema de limitación de capacidad. La sociedad sólo podrá actuar válidamente dentro del contenido legal o estatutario que le sirve de base o sustrato. Ese contenido es lo que constituye el objeto social y, por tanto, el que determinará la eficacia del acto ejecutado por el órgano social. Este sistema se fuerza con lo preceptuado por el artículo 38, que circunscribe la capacidad de obrar de la sociedad mercantil a la adecuación a «las leyes y reglas de su constitución» del acto de que se trate. Este también es el sentido del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. RDGRN de 16 de marzo de 1990).

Frente a esta postura, un sector doctrinal entiende que del artículo 38 del Código Civil se desprende que estamos ante un sistema de capacidad general o ilimitada de la sociedad, de suerte que el acto despliega su eficacia frente a tercero de buena fe, con independencia de que contravenga el fin o causa de la sociedad (*affectio societatis*) y el objeto de la misma. Esta interpretación encuentra también apoyo en el contenido del artículo 129 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Pues bien, entiendo que de la relación de preceptos citados no se desprende sino un sistema de capacidad general de la sociedad. El objeto social no delimita sino la responsabilidad del órgano actuante frente a la sociedad y sus socios. Esto es, si el acto en cuestión es extraño al objeto social surte toda su eficacia respecto de tercero de buena fe, sin perjuicio de que la sociedad o los socios puedan accionar contra el órgano actuante. Con ello, nuestro Derecho sigue en esta materia el sistema germánico. Esta posición también es la sostenida en numerosos fallos por nuestra Jurisprudencia (vid. SSTS de 5 de noviembre de 1959, 30 de diciembre de 1975, 15 de febrero de 1990.. y RRDGRN de 16 de octubre de 1964, 2 de febrero de 1966, 1 de julio de 1976, 2 de octubre y 24 de noviembre de 1981, 6 de abril y 4 de mayo de 1984, 31 de marzo de 1986...).

Este sistema de atribución de capacidad se aplica, de igual modo, a la sociedad en formación y a la sociedad irregular (vid. arts. 14 y 15 del TRLSA).

Respecto de la sociedad en formación (vid. ALONSO UREBA, *op.cit.*), superadas las posiciones que la concebían, bien como una gestión de negocios aje-

nos, bien como un proceso dirigido a la creación de una corporación o fundación al que algunos añadían una condición, el profesor GIRÓN sostuvo entre nosotros que, dada la relación existente entre los elementos fundacionales, estábamos ante un negocio de organización. En Alemania, la sociedad en formación se consideraba que tenía una naturaleza jurídica mixta: en el aspecto patrimonial se está ante una comunidad en mano común, y desde el aspecto estructural u organizativo ante una corporación, siendo así que se configuró por la doctrina tradicional como una comunidad en mano común bajo la forma de una sociedad colectiva. Con posterioridad, la doctrina evoluciona en el sentido de considerar a la sociedad en formación como una organización sujeta a un derecho especial; estamos ante la estructura de un sujeto —sociedad de personas o corporaciones— al que se le imputa un patrimonio —comunidad en mano común o persona jurídica—. Se sostiene que es una comunidad en mano común por la existencia de una responsabilidad que asumen los socios y los terceros que actúan en nombre y por cuenta de la sociedad en formación. Así, la moderna dogmática atribuye a ésta plena capacidad jurídica, incluso la procesal, en el desarrollo de su objeto social a través de sus órganos, respondiendo frente a terceros el patrimonio social y, subsidiariamente, los fundadores. Desde esta posición se caracteriza a la sociedad en formación de un solo socio como una organización sujeta al Derecho de la persona jurídica en formación, frente a los que sostenían su inexistencia por considerar, desde el plano conceptual, la imposibilidad de existencia de una comunidad en mano común de un solo miembro.

En nuestro Derecho, el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas da acogida de forma expresa a la sociedad en formación y, como sostiene ALONSO UREBA, estamos ante una organización corporativa o societaria, tanto en el orden interno como en el externo, siendo distinta la responsabilidad de quienes actúan antes de la inscripción (núm. 1, art. 15) y aquellos otros que lo hacen en nombre de la sociedad en formación (núm. 2, art. 15). El primero se circunscribe a delimitar la responsabilidad por lo actuado por los representantes orgánicos o los voluntarios designados por éstos para ejecutar actos en nombre de la sociedad en formación, independientemente de que esté o no comprendido en el objeto social, toda vez que el artículo 129 del Texto Refundido no es sino aplicable a partir de la inscripción. El segundo permite a la Junta Universal conferir poderes a personas extrañas (representantes voluntarios) al órgano de administración de la sociedad en formación.

Admitida esa capacidad general, conviene examinar a continuación el órgano a través del cual la sociedad mercantil la actúa; es decir, la atribución y ejercicio del poder de representación de la sociedad.

En nuestro ordenamiento, dos son los órganos de los que se integra la sociedad anónima: Junta general y órgano de administración (se discute acerca del carácter orgánico de la censura de cuentas, pero no es éste el momento de tratar esta cuestión). La Junta general es un órgano deliberante, democrático y de carácter soberano a través del que se forma la voluntad social (vid. arts. 93 y sigs. TRLSA). El órgano de administración es, por su parte, el encargado de ejecutar esa voluntad, el representante de la sociedad. La distribución de competencias entre uno y otro se determina por la Ley, de suerte que uno no puede invadir el campo de competencias propio del otro. A la Junta se le atribuyen por ministerio de la Ley una serie de competencias de carácter indelegable (por ejemplo, aprobación de las cuentas anuales —art.

212 TRLSA—, modificaciones estatutarias —art. 144 TRLSA—...), por lo que el órgano de administración debe abstenerse de ejercitarlas. A la inversa, la representación y ejecución de los acuerdos sociales corresponde al órgano de administración (art. 128 TRLSA) (vid. RRDGRN de 24 de noviembre de 1981, 8 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1989, 26 de febrero de 1991, 1 de marzo de 1993...). Pero, junto a ello, puede suceder que estemos ante la realización de un acto que no pertenezca al ámbito competencial, legal o estatutario de uno u otro órgano —piénsese en la ejecución de un acto a título gratuito—; la solución va a depender no de a quién se le atribuya el poder de representación —ya tenemos dicho que corresponde al órgano de administración—, sino de la extensión y límites de esa atribución.

El examen de esta cuestión nos impone determinar, con carácter previo, los distintos sistemas de atribución del poder de representación. Tres son los sistemas de atribución posibles:

— Atribución a un sólo órgano (MONISTA), el de administración. Es el seguido por las legislaciones del Reino Unido, Italia, Bélgica, Irlanda.

— Atribución a dos órganos (DUALISTA), Junta o Asamblea general y órgano de vigilancia o administración. Este sistema es el propio de Alemania, si bien se aplica a determinados tipos sociales en Holanda. En el mismo se inspiraba el Anteproyecto español de reforma del Derecho de sociedades de 1979.

— Atribución a uno u otro órgano (MIXTO), correspondiendo el ejercicio del poder al órgano de administración dentro de los límites señalados por el objeto social y a la Junta o Asamblea en los términos legalmente establecidos. Es el seguido por el Derecho francés y portugués.

Tanto el Proyecto de V Directiva de 1983 como el Proyecto de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 25 de agosto de 1989 han optado por dejar en libertad a los Estados miembros para adoptar el sistema monista o dualista, con matizaciones en uno y otro caso.

En nuestro Derecho se optó, tras la Reforma de 1989, por adoptar un sistema monista de atribución del poder de representación con pluralidad de formas estructurales. Corresponde al órgano de administración que puede actuarlo a través de un administrador único, de varios solidarios, de dos mancomunados o de un Consejo de administración con o sin Comisión Ejecutiva o Consejeros delegados (art. 124 del RRM).

Este órgano es de carácter necesario y permanente, goza de plena autonomía en el ejercicio de sus facultades, que puede accionar tanto en el orden social interno como en el externo (vid. RDGRN de 31 de octubre de 1989).

Respecto de la sociedad en formación, valga lo anteriormente apuntado.

Pues bien, ya podemos pasar a examinar las cuestiones que fueron materia de la Resolución que comentamos relativas al contenido de la atribución del poder de representación. El ámbito de actuación del órgano de administración, si éste es susceptible de limitación y, en fin, si cabe la delegación del mismo.

A la atribución del poder de representación se refiere el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y lo confiere a los administradores «en la forma determinada por los estatutos», en tanto que el artículo 129.1 del propio texto legal entiende su contenido a «todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos», de tal forma que «cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores,

aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros»; el propio precepto, en su número 2, se encarga de obligar a la sociedad, frente a tercero de buena fe y que no actúe con culpa grave, por los actos realizados por los administradores aun cuando éstos no estén comprendidos en el objeto social.

Estos preceptos, que no son sino una consecuencia del artículo 9.1 de la Primera Directiva, nos permiten afirmar que la atribución de la representación es de carácter legal y orgánica, y no estatutaria y subjetiva. En los estatutos se podrá ampliar el contenido de la misma al regular las facultades del órgano sin que ello constituya una modificación o ampliación del objeto social (vid. RDGRN de 16 de marzo de 1990). Por tanto, la delimitación estatutaria del objeto social no puede considerarse como una limitación sino como el señalamiento del contenido mínimo de las facultades de los administradores, sin que los estatutos puedan limitarlas. Si éstos se extralimitan, surgen una serie de acciones para la sociedad, socios y terceros (art. 133 TRLSA) y entra en juego el número 2 del artículo 129. Esto es, la limitación a la que se refiere el número 1 de este artículo es la imposibilidad de atribuir parcialmente al órgano el poder de representación. Este se atribuye de manera total, directa y permanente, sin perjuicio de que, por el carácter estructural del tipo elegido, pueda darse una distribución estatutaria de las respectivas competencias. Tal sucede con el Consejo de Administración (vid. art. 124 del RRM), cuando, por ejemplo, nombra uno más Consejeros delegados, si bien entiendo que esta delegación debe ser de la totalidad del poder de representación atribuido al Consejo, ya que se trata de una autorización legal pero dentro del ámbito de la representación orgánica. No es que un órgano se sustituya por otro, sino que se autoriza una determina forma de actuación y funcionamiento interno del Consejo (ESTEBAN VELASCO admite que, en la administración mancomunada, un Administrador pueda autorizar a otro la realización de determinados actos siempre que no implique una delegación total del poder de representación que, como hemos dicho, se atribuye al órgano —administradores conjuntos— y no subjetivamente a los designados).

De otra parte, el acto realizado por los administradores extralimitándose del poder de representación despliega su eficacia en el orden externo siempre que estemos ante un tercero de buena fe y sin culpa grave. Ello no es sino una consecuencia necesaria de la capacidad general de la sociedad como persona jurídica que podrá exigir la correspondiente responsabilidad del Administrador, si es éste el que ha decidido *motu proprio* su realización, ya que si se sigue la tendencia de atribuir esta competencia para realizar actos neutros a la Junta general, adoptando el acuerdo que autoriza la extralimitación, la sociedad no tiene acción contra el Administrador porque éste es el encargado de ejecutar el acto al tener atribuido el poder de representación. Con ello se conjugan el principio de seguridad en el tráfico —protección de los intereses de terceros— con el de seguridad jurídica —protección de los intereses sociales— y podemos afirmar que el objeto social actúa, frente al poder de representación, de forma dispositiva.

Asimismo, como apuntábamos, es factible, previo acuerdo de la Junta, la atribución de facultades al órgano de administración que no estén comprendidas en el objeto social sin que ello comporte una ampliación del objeto y la consiguiente modificación estatutaria. Para ello basta con la adopción del acuerdo y, en ejecución de éste, el otorgamiento por el órgano de administración —representante orgánico— de la correspondiente escritura de poder. Así,

el actuante en virtud de ésta —apoderado— es un representante voluntario al que le sirve de base para su actuación la escritura de poder, bien que debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Es posible, desde esta posición, que representante orgánico y voluntario coincidan en una misma persona y según actúe en calidad de órgano o apoderado, se medirán sus facultades en orden a la ejecución del acto. Admitida esta compatibilidad, de la misma se deriva la distinta forma en que se medirá la responsabilidad del actuante. Si lo hace en calidad de órgano, responderá por la vía del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; si lo hace en calidad de apoderado, su responsabilidad se medirá por los preceptos de los Códigos de Comercio y Civil. Esta forma de actuación no desnaturaliza, en modo alguno, el carácter orgánico de la representación.

Pues bien, poco importa, en el plano externo, que el órgano de administración se extralimite en el ejercicio del poder de representación que la Ley le atribuye, toda vez que la sociedad va a quedar obligada en los términos del artículo 129 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que el poder de representación se actúa en relación con el objeto social que marca los «mínimos» de esa actuación frente a terceros. En el orden interno su importancia deriva de que va a ser para medir la responsabilidad del ejecutante del acto de que se trate. Ahora bien, esa extralimitación en ningún caso va a comportar, desde nuestra posición, una modificación estatutaria. En los Estatutos se podrá regular la actuación interna, las facultades de gestión, del órgano de administración y para el supuesto de actuación colegiada el ejercicio del poder de representación, pero en ningún caso limitar éste, por lo que se comprende la no necesidad de proceder a modificación estatutaria de clase alguna para la realización de un acto que exceda del objeto social, ya sea en ejecución de un acuerdo de la Junta general, ya a resultas de la actuación del administrador por su cuenta y riesgo.

Podemos concluir afirmando que el objeto social, a diferencia del Derecho anterior, ya no limita el poder de representación del órgano de administración. Sí desempeña una trascendental función en orden a la determinación de la posible responsabilidad de éste.

FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS MANCHA

BIBLIOGRAFIA

- POLO, EDUARDO: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Civitas, Madrid, 1992.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *La persona jurídica*, 2.ª edición, Civitas, 1991.
- ALONSO UREBA, A., y otros: *Derecho de sociedades anónimas*, I. «La fundación», Civitas, 1991.
- SACRISTÁN REPRESA, M.: *Concepto y número mínimo de fundadores*.
- ALONSO UREBA, A.: *La sociedad en formación*.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 1.º, Ed. J. M. Bosch, 3.ª edición, Barcelona, 1991.
- DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil*, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972.

- «La Administración de la Sociedad Anónima», *Revista Jurídica del Notariado*, octubre 1992.
- *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXX, vols 1.º y 2.º, Madrid, 1991: MARTÍNEZ SANCHIZ: «Los estatutos sociales y su modificación»; OLIVARES JAMES: «Los órganos sociales (estructura y funcionamiento)»; ARANGUREN URRIZA y FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA: «Poder de representación en la Sociedad Anónima: poder orgánico y apoderamiento».
- VELASCO, ESTEBAN: «Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Civitas, Madrid, 1991.
- URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1991.
- CANO FERNÁNDEZ, E.: «La representación de la sociedad anónima», *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, mayo-junio 1990.

EL ARTICULO 91.1 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS PUEDE SER CUMPLIDO MEDIANTE EL EMPLEO DE UNA FRASE IMPERSONAL Y SIN REFERENCIA TEMPORAL ALGUNA. (RESOLUCIÓN DE 11 DE ENERO DE 1994. BOE DE 9 DE FEBRERO DE 1994.)

Hechos.— Por escritura que autorizó el 10 de diciembre de 1986 el Notario recurrente, don A. V. M. G. vendió a don B. M. S. dos fincas; la segunda de ellas, una rústica en término de Illescas, finca 589 del Registro de la Propiedad número 1 de dicha localidad. Entre las circunstancias expositivas de dicha escritura figura la siguiente: «Arrendamientos. Sigue diciendo que ambas fincas están libres de arrendamientos, añadiendo que sobre la segunda no se ha hecho uso de la facultad prevista en el artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Rústicos».

Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Illescas, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la finca número 2 del precedente documento, por el defecto subsanable de no aparecer debidamente cumplimentado el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. No se ha solicitado anotación de suspensión. Illescas, 2 de mayo de 1992.—El Registrador. Hay una firme ilegible».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación en base a las siguientes alegaciones: Que la nota de calificación adolece de ambigüedad, pues no indica la causa del indebido cumplimiento del artículo 91, tanto más sorprendente cuando la escritura recoge la declaración que ha quedado transcrita; que la contemplación de la fórmula utilizada con la recogida en el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos señala dos diferencias: la no precisión de su apartado primero y la omisión «en los seis años precedentes; la no mención del apartado primero del artículo 26 está cubierta por la remisión genérica al precepto, compuesto de dos apartados, de los cuales el primero sólo contiene una facultad, mientras el segundo previene una obligación formal; y es que, en último término, más vale el conocimiento íntegro del precepto que el meramente fragmentario, todo ello conduce a la no señalización de los seis años precedentes, pero es que la expresión «no se ha hecho uso...» es gramaticalmente mucho más absoluta, pues significa que no se ha utilizado ni en los seis años anteriores ni nunca, interpretación que por evidente no ha sido

cuestionada hasta ahora en otras escrituras de idénticas circunstancias; y es que la debida cumplimentación de un artículo no requiere en buena técnica jurídica su reproducción exacta.

Informe del Registrador.—El Registrador, en su preceptivo informe, alegó: Que el Notario recurrente, llevado posiblemente por su afán simplificador, ha preferido adoptar una fórmula distinta de la contenida en el texto legal, fórmula que interpreta en el escrito de recurso como de una graffa muy superior a la legal que, a mayor abundancia, escapa a la función registral y que fuerza, con una visión personal, el terminante texto del artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Que prescindiendo del supuesto de finca arrendada, que no es el ahora contemplado, y circunscribiéndonos al caso de finca libre de arrendatarios, el mencionado precepto legal impone un doble requisito para poder inscribir la transmisión en el Registro: 1) La simple declaración por el transmitente de que la finca no está arrendada, lo que se cumple en el presente caso, y 2) La declaración de que no ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho que al arrendador reconoce el artículo 26.1 de la Ley, o sea, el derecho a enervar la prórroga del contrato. La segunda declaración es evidente, y así lo reconoce el recurrente, que no se cumple en su letra. Y aunque a su juicio la expresión utilizada es gramaticalmente mucho más absoluta, es más cierto que el Registrador no puede jugar con interpretaciones y presunciones para dar acceso al Registro a los actos transmisivos, sino que debe velar porque se cumplan los requisitos que a tal fin señalan las normas jurídicas, sin dudas ni ambigüedades. Que la fórmula legal aparece mutilada al suprimirse la frase «en los seis años anteriores a la transmisión», lo que desvirtúa el sentido del precepto. Gramaticalmente dicha frase es un complemento circunstancial de tiempo que integra la oración y la perfecciona, complemento que no puede considerarse un adorno literario, sino algo requerido por la propia oración que puntualiza y precisa los requisitos que desea imponer la Ley, pues no es lo mismo el transcurso de un tiempo ilimitado que la fijación de un tiempo concreto para que el arrendador pueda transmitir sin trabas la finca en el supuesto de que haya hecho uso de la facultad que le atribuye el artículo 26.1 de la Ley. La consecuencia lógica es que si no se comprendiera tal complemento circunstancial, el dato de no haberse hecho uso de la facultad del artículo 26.1 de la Ley tanto podría referirse al día anterior a la transmisión como a un plazo indefinido o nunca. Que desde un punto de vista sistemático el repetido plazo de seis meses del artículo 91.1 de la Ley tiene perfecta correspondencia con el del artículo 26.1, de suerte que si se transmite la finca antes de que transcurra se retorna a la situación de finca arrendada, con la consiguiente necesidad de notificaciones para que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de preferente adquisición, y análogamente, cuando el arrendatario adquiera la finca en ejercicio de su derecho de acceso a la propiedad, el artículo 84.2 de la Ley le prohíbe enajenarla en tanto no transcurran seis años desde la fecha de su adquisición, todo ello para evitar operaciones especulativas en fraude de la Ley. Y finalmente, respecto de que para cumplir un precepto legal no se requiere su reproducción exacta, ello es cierto, pues ni las escrituras públicas ni los asientos registrales son reproducción de textos legales ni tratados de Derecho, limitándose a conformar y asegurar la vida jurídica de acuerdo con el Derecho vigente, pero no excluye el cumplimiento de la norma jurídica en él contenida.

Auto del Presidente.—El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó auto desestimando el recurso y confirmando la nota de calificación, fundándose en que la literalidad del artículo 91.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y las exigencias del artículo 148 del Reglamento Notarial reclaman en el documento una declaración del transmitente obvia, expresa y directa sobre si ha hecho uso del derecho de oposición a la prórroga, que en la escritura cuestionada no se cumple tanto por omitir la referencia al tiempo expresamente prevenido como por omitir la declaración en primera persona sobre el propio comportamiento bajo la responsabilidad de incurrir en un delito de falsedad, utilizando en su lugar una locución u oración impersonal con el verbo en tercera persona e imprecisión en cuanto al sujeto, no coincidente con la propia, personal y explícita que el precepto impone.

Apelación del Notario.—El Notario recurrente apeló el auto presidencial alegando que el artículo 148 del Reglamento Notarial no es precepto invocable cuando se trata de un supuesto defecto registral ni resulta infringido cuando lo que se propugna es una interpretación puramente literal de una negación absoluta, y que la razón de fondo de la alzada estriba en la necesidad de resaltar el verdadero valor de la calificación registral y obviar la frase del auto de que «la función calificadora no puede jugar con interpretaciones y presunciones», pues es evidente que en la interpretación se encuentra el eje jurídico de la calificación, conviniendo traer a colación el artículo 1.284 del Código Civil, tanto más cuando en buena lógica la frase utilizada sólo admite un sentido y lo que se pretende es que se haga valer su significación literal.

Doctrina de la Dirección General.—Vistos los artículos 26 y 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y Resolución de esta Dirección General de 19 de febrero de 1986.

1. Se plantea en el presente recurso el determinar si la declaración contenida en la escritura de compraventa de una finca rústica donde el vendedor, tras manifestar que la misma está libre de arrendatarios, hace constar que «no se ha hecho uso de la facultad prevista en el artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Rústicos» cumple con la exigencia contenida en el artículo 91.1 de dicha Ley.

2. Dentro del amplio abanico de derechos que al arrendatario confiere la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, reguladora de los arrendamientos rústicos, interesa en este momento destacar dos: el de prórroga del arrendamiento, regulado en su artículo 26 y disposición transitoria primera, sin perjuicio de la posibilidad de oposición por ésta en el artículo 26, y el de acceso a la propiedad que contempla el capítulo IX y cuya principal manifestación la constituyen los derechos de tanteo y retracto ejercitables en toda transmisión *inter vivos*, excepción hecha de los supuestos que contempla el artículo 92. Como garantía del respeto de ambos derechos, el artículo 91 de la misma Ley arbitra una serie de cautelas, exigiendo que en la escritura de enajenación el transmitente declare, bajo pena de falsedad, si la finca está o no arrendada y, en este último supuesto, «si ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho que concede al arrendador el artículo 26.1 de la Ley», vedando el acceso al Registro de la Propiedad de la misma si no contuviere tales declaraciones, y además, en el supuesto de que tales declaraciones fueran positivas, prohibiendo al fedatario la autorización de la escritura en tanto no se le acredite fehacientemente la previa notificación al arrendatario del propó-

sito de enajenar y sus condiciones, y al Registrador de la Propiedad la inscripción sin justificar la notificación al mismo arrendatario del contenido de la escritura de enajenación.

3. En el presente caso la primera de las declaraciones, la relativa a la inexistencia actual de arrendatarios, no plantea dificultades, suscitándose el problema en torno a la fórmula utilizada para la segunda. Si la nota de calificación invoca como defecto el «no aparecer debidamente cumplimentado el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos», el informe del Registrador centra el incumplimiento en la falta de complemento temporal del plazo durante el cual no se ha ejercitado el derecho del artículo 26 de la Ley, a lo que el auto apelado añade el uso de una locución impersonal, referida a una conducta sin agente determinado, en lugar de una declaración en primera persona relativa al propio comportamiento. Ninguno de los argumentos resulta convincente. La finalidad perseguida por la norma no es otra que exigir al transmitente la declaración —bajo pena de falsedad en documento público— de que en los seis años anteriores no se hizo uso del derecho de oposición a la prórroga forzosa, y es evidente que para ello no es imprescindible el uso de los propios términos del precepto legal, de suerte que, contra lo afirmado por el Registrador, la interpretación del sentido y alcance de la declaración que se haga al respecto, como la de todas las manifestaciones y declaraciones contenidas en las escrituras presentadas a inscripción, es uno de los cometidos de la función calificadora en cuanto tiende a apreciar la validez del acto dispositivo por lo que resulte de las mismas (art. 18 de la Ley Hipotecaria). En este caso la declaración del transmitente, en cuanto manifiesta que no se ha hecho uso del derecho concedido al arrendador por el artículo 26 de la Ley especial, es más amplia que la exigida por la Ley desde el momento que no parece concretada a un lapso de tiempo más o menos largo, sino que, literalmente interpretada, ha de entenderse referida a que nunca se ha hecho uso de tal derecho, lo cual, sin perjuicio de los riesgos que conlleva para quien la formula, cumple sobradamente la exigencia legal y la finalidad para la que se impone. Tampoco es rechazable la fórmula impersonal utilizada, que en ciertos casos puede ser la más conveniente si se quiere dar a tal manifestación la extensión temporal a que se acaba de hacer referencia, pues la declaración de no haberse ejercitado el derecho a enervar la prórroga hecha de un modo tan absoluto ha de entenderse referida no sólo al tiempo durante el cual ha sido titular de la finca quien la formula, sino a aquel durante el cual lo han sido sus causantes. Y es que, como ya declaró la Resolución de este Centro Directivo de 10 de febrero de 1986, en relación con la inexistencia de contrato de arrendamiento, si la declaración se formula en primera persona ha de entenderse que comprende tan sólo el plazo temporal durante el cual ha sido propietario quien la formula y no a aquel en que lo fueron sus causantes. Con ello resultará que si el declarante adquirió hace menos de seis años, su declaración sobre la falta de ejercicio, por él, del derecho de enervar la prórroga del arrendamiento no alcanzará el plazo temporal que la Ley exige. Y si bien es cierto que en el caso de que haya adquirido por acto *inter vivos*, tal declaración habrá de enlazar con la que en su día hiciera su transmitente en aquellos supuestos en que la adquisición haya sido por título *mortis causa*, o de las que excluyen los derechos de tanteo y retracto conforme al artículo 92 de la Ley, la manifestación sobre un determinado comportamiento personal no cumplirá con la exigencia legal, sino que también habrá de referirse a actuaciones ajenas, lo que queda comprendido en una declaración impersonal, todo ello con

independencia de la trascendencia que tal declaración, en cuanto referida a actos ajenos, pueda tener en orden a su posible falsedad.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

Comentario.—1. Siempre he pensado —y ya lo dije públicamente en otro lugar— que el jurista utiliza el lenguaje como herramienta fundamental en su quehacer cotidiano, siendo una de sus principales obligaciones la de afanarse por adquirir una óptima destreza en el manejo de aquélla. Por eso sigo lamentando que las Facultades de Derecho no tengan —ni hayan aprovechado las recientes reformas en sus planes de estudio para incorporarla— una asignatura cuyo objeto central sea el Lenguaje, bien sea en su faceta general o ceñido al lenguaje jurídico en particular, asignatura tanto más necesaria cuanto da la impresión —no sé si será un espejismo provocado por la edad— de que los profesores de bachillerato están últimamente bajando la guardia en esta área formativa.

2. Y no hago el lamento anterior porque me parezca que los intervinientes en el recurso que desembocó en la resolución sujeta a comentario adolezcan de falta de destreza en el manejo del lenguaje. Todo lo contrario. En un mundo jurídico como el que ahora nos rodea, donde el vulgarismo sintáctico y léxico se nos va infiltrando con escándalo de pocos, llama la atención una resolución como ésta en la que el debate se centró en una casi sutileza gramatical. Se trataba de dilucidar si la fórmula escogida por el Notario para que el otorgante cumpliera con el artículo 91.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos («no se ha hecho uso de la facultad prevista en el art. 26 de la Ley de Arrendamientos Rústicos») lograba o no dicho cumplimiento. Una simple confrontación con el texto legal (1) nos puede hacer pensar que el objeto del recurso se reducía a una bagatela, unos fuegos artificiales bajo una campana, unos juegos florales que revelan el escaso trabajo que por aquellos días tenían sobre la mesa tanto el Registrador como el Notario. Y sin embargo, si se profundiza un poco se comprueba que la polémica no ha sido inútil ni el tiempo perdido.

3. Ya el Presidente del Tribunal Superior de Justicia se percató de que no era igual utilizar una fórmula impersonal, propia de las oraciones pasivas reflejas, que sostener en primera persona el no ejercicio de un determinado derecho. La diferencia se podría traducir en que con el sistema utilizado en la escritura —caso de faltar a la verdad— puede quedar diluida una responsabilidad penal por falsedad en documento público, de indudable devengo, en cambio, en el caso del empleo de la primera persona. De ahí la razón fundamental para desestimar en primera instancia el recurso gubernativo. Aparte lo cual, el Presidente hace aplicación de un precepto —el art. 148 del Reglamento Notarial— que, aunque con acierto dice el Notario que no es invocable cuando

(1) Que me tomo la libertad de transcribir para satisfacer el derecho a la pereza del buen lector. «Art. 91.1. En toda enajenación de fincas rústicas el transmitente deberá declarar, bajo pena de falsedad, si la que es objeto de la misma se halla o no arrendada y, en este último supuesto, si ha hecho uso de los seis años anteriores a la transmisión del derecho que reconoce al arrendador el artículo 26.1 de la presente Ley. Sin esta declaración no podrá inscribirse la transmisión en el Registro de la Propiedad. Caso afirmativo, el fedatario no la autorizará sin que se le acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación a la que se refieren los artículos anteriores»

se trata de un defecto registral, siempre es una delicia recrearse en su lectura. Creo que quien determinó que los Notarios deben observar en la redacción de los instrumentos «de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma», se hizo, gracias a estas hermosas y precisas palabras, acreedor de una pensión vitalicia.

4. La Dirección General, después de situar adecuadamente el supuesto de hecho y la normativa aplicable a éste en los fundamentos 1.º y 2.º, se adentra en el fundamento 3.º en la exposición de las objeciones a la inscribibilidad de la escritura que resultan tanto de nota e informe registrales como del auto presidencial, a saber, la falta del complemento circunstancial de tiempo y la utilización de la locución impersonal en la declaración exigida legalmente, para proceder, acto seguido, a su desmantelamiento.

5. Sin embargo, antes de entrar en las cuestiones discutidas, llaman la atención —y así debe ser aquí destacado— unas palabras sobre la relación entre interpretación y calificación registral y que son, como confiesa el Notario en la apelación, «la razón de fondo de la alzada». No he tenido a la vista los textos íntegros de informe y auto, pero de lo reflejado en el texto de la propia resolución se colige que el Registrador había llegado a sostener que «el Registrador no puede jugar con interpretaciones y presunciones para dar acceso al Registro a los actos transmisivos», y que el Presidente, casi copiándolo al pie de la letra, se atrevió a afirmar que «la función calificadora no puede jugar con interpretaciones y presunciones». No sé si *jugar* es un verbo adecuado, dada su rica y a veces desconcertante polisemia; pero no me cabe ninguna duda de que en el oficio registral la interpretación no sólo de los textos legales, sino también de los negocios jurídicos, ocupa un lugar destacado si no fundamental. En cuanto a la utilización de presunciones, si éstas las entendemos como reglas de dispensa de prueba o que invierten la carga de ésta de una parte a la contraria dentro de un proceso, es evidente que el Registrador no está llamado a su empleo. No obstante, el papel en la vida jurídica de las presunciones, tanto las legales como las «de hombre», se hace sentir en terrenos mucho más vastos que los acotados por el proceso. No debemos olvidar que, en el fondo, algunos principios hipotecarios, netamente registrales o internos, como el de rogación o el de tracto sucesivo, se apoyan en presunciones. Acaso las afirmaciones del Registrador y del Presidente sobre interpretación y presunciones y su exclusión de los medios de calificación no resultaran tan tajantes dentro de su contexto, pero es bueno —y de agradecer— que el Notario haya logrado arrancar de la Dirección General la afirmación de que «la interpretación del sentido y alcance... de todas las manifestaciones y declaraciones contenidas en las escrituras presentadas a inscripción es uno de los cometidos de la función calificadora en cuanto tiende a apreciar la validez del acto dispositivo por lo que resulte de las mismas». En unos tiempos como los que corren en que de la propia Dirección salen palabras que tratan de recortar el alcance de la calificación, bien está que, al menos, no se nos haya privado de la interpretación jurídica. De lo contrario se habría dado otro paso hacia adelante en la paulatina sustitución del hombre por la máquina. Aunque sólo hubiera sido por esto, el recurso habría merecido la pena.

6. Volviendo la vista a la cuestión sustantiva, bueno sería recordar las críticas hechas por la doctrina al artículo 91.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos en la medida en que obliga, o parece obligar, al transmitente a hacer una declaración de no ejercicio de la facultad de recuperación de la finca

durante los seis años anteriores, cuando bien pudiera ocurrir que tan sólo ha sido propietario, por ejemplo, durante los últimos tres años. En tal sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ (2) dice que «de *lege ferenda* los términos correctos del artículo 91.1 no podrían ser otros que los de obligar al transmitente a declarar si durante el tiempo de su titularidad se ha opuesto a la prórroga, como autoriza el artículo 26.1». La Dirección General se mueve en el terreno de *lege data* y afirma que si el transmitente «adquirió hace menos de seis años, su declaración sobre la falta de ejercicio, por él, del derecho de enervar la prórroga del arrendamiento no alcanzará el plazo temporal que la Ley exige». Con ello, el Centro Directivo está dando a entender que la fórmula impersonal empleada en la escritura objeto del recurso por el Notario recurrente es más perfecta, aunque no exenta de riesgos, que la utilizada en primera persona, que suele ser la habitual y que acaso hubiera gustado más al Registrador y al Presidente. De ahí que a partir de esta resolución o gracias a la precisión en ella contenida, y siguiendo su hilo argumental, no debería el calificador conformarse con que el transmitente, en el caso de que su tiempo de permanencia en la propiedad de la finca fuera inferior a seis años —y siempre que su título de adquisición sea *mortis causa* o por uno de los que enervan el retracto arrendaticio según el art. 92 de la Ley—, declare en primera persona que no ha hecho uso del derecho de recuperar la finca. Debe, por el contrario, ese transmitente declarar el no uso de tal derecho por sí y por su causante en los últimos seis años. Sin embargo, tal interpretación iría en contra de lo que RODRÍGUEZ LÓPEZ considera incontrovertible principio: el de que «nadie puede ser obligado, bajo pena de falsedad, a declarar aquello que ni está obligado ni tiene medios para conocer» (3). Este principio, no formulado en Ley alguna, no dudo en considerarlo como uno de los principios generales del Derecho, que ostentan, a tenor del artículo 14 del Código Civil, un carácter informador del ordenamiento jurídico y que, tenido en cuenta en el caso que nos ocupa de interpretar el artículo 91.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, nos debe llevar a rechazar la consecuencia que se deduce de las propias palabras de la Dirección General y no exigir al transmitente que asuma los riesgos inherentes a una declaración referida a actos ajenos.

7. El Notario de nuestro caso tenía razón y, en consecuencia, logró la revocación del auto y nota, pero jugó demasiado fuerte y obligó a su cliente (4) a correr los riesgos derivados de una declaración referente a actos ajenos y a su posible falsedad. Nada digamos en cuanto a la falta del complemento circunstancial de tiempo. Si no se expresa, debe entenderse que *nunca* se ejerció el derecho derivado del artículo 26 de la Ley; pero poner esta aseveración en boca del transmitente es arriesgar demasiado. ¿Qué sabe el vendedor de lo que ocurrió con una finca que no fue suya en años pasados? ¿Por qué hacerle decir cosas que no sabe ni puede saber ni debe saber? El recurso está bien ganado, pero algo me apostaría asegurando que en aquella Notaría se ha debido de retocar fórmula tan omnicompreensiva como peligrosa.

(2) FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, «El Registro de la Propiedad y la situación arrendaticia de las fincas», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 241, pág. 13

(3) Lugar y página citados en nota 2.

(4) Si se me permite llamar cliente del Notario al vendedor, obligado por el artículo 1.455 CC a pagar los gastos del otorgamiento de la escritura salvo pacto en contrario.

8 Aunque no es aplicable a nuestro supuesto de hecho por razón de la fecha en que acaeció, no debemos dejar de hacer una somera referencia al escaso porvenir que, a medio plazo, tienen las normas comentadas. El artículo 28 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995, con una técnica legislativa un tanto deficiente, introduce —para los contratos de arrendamientos rústicos que se celebren a partir de su vigencia— un sistema distinto en orden a duración del contrato, sus prórrogas y facultad del arrendador para recuperar la finca. Cuando esta Ley le atribuye tal facultad al término del contrato y de alguna de sus prórrogas «sin sujeción a ningún requisito o compromiso», claramente está eliminando para esos contratos venideros la aplicación del artículo 26.1 de la Ley de 1980 y sus reflejos en el artículo 91. Ocurre, sin embargo, que esta coexistencia prolongada con una pluralidad de regímenes jurídicos distintos para una misma institución —y lo mismo podríamos decir para los arrendamientos urbanos desde la Ley de 1994— va a provocar unas complicaciones para el intérprete que nos harán recordar el galimatías de las viviendas de protección oficial. En el plano registral el problema se agudiza porque no sabemos con exactitud cuándo habrá que dejar de tener presente el régimen del retracto arrendaticio según la Ley precedente, por razón de la posible subsistencia sobre la finca transmitida de algún arrendamiento sujeto a ella

9. Sea como fuere, y enlazando con lo dicho al principio, no me resisto a traer a colación una cita de OTTO GIERKE que tomo prestada de RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE (5): «La palabra —dijo el gran jurista germano— es la carne y la sangre de la jurisprudencia»; a lo que añade el propio MENDIZÁBAL: «La palabra desempeña un papel protagonista y es el norte infalible para la orientación del razonamiento jurídico. Si la Ley es lo que se lee, hay que leer, porque la gramática también tiene sus leyes».

EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CESION DE BIENES EN EJECUCION DEL CONVENIO REGULADOR DE SEPARACION, SIN NECESIDAD DE APROBACION JUDICIAL AUN Y A PESAR DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 90 DEL CODIGO CIVIL. TODO ELLO SOBRE LA BASE DE LA DISPOSICION SEXTA ADICIONAL SOBRE TRAMITACION DEL PROCEDIMIENTO DE SEPARACION (LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO), QUE EN EL CASO DE EXISTIR MENORES O INCAPACITADOS EXIGE LA APROBACION. (RESOLUCIÓN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1995. BOE DE 8 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Hechos.—I. El día 11 de febrero de 1992, ante don I. M. P., Notario de Barcelona; don J. C. M. y doña A. C. D. otorgaron escritura de cesión de bienes, en ejecución del convenio regulador de separación. En dicha escritura se acordó capitalizar la pensión compensatoria, y al efecto el señor M. cedió a doña A. C. en pago de la pensión una serie de bienes, entre los que se encuen-

(5) Voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio de 1995.

tra una finca, sita en el término de Vilassar de Mar, con frente al camino de San Ginés de Vilasar.

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 3 de Mataró, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción por el defecto subsanable de no justificarse haber sido aprobado judicialmente el convenio regulador, mediante sentencia firme recaída en el correspondiente procedimiento de separación o divorcio, de la cual el convenio regulador es un complemento o consecuencia. Por consiguiente, en tanto no recaiga dicha aprobación judicial, el proyecto de convenio regulador no es título adecuado para transmitir la propiedad ni puede surtir efectos, independientemente de dicha resolución judicial. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en la forma y plazos (del art. 112), digo determinados en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de acudir a los Tribunales para ventilar acerca de la validez o nulidad del título conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Mataró, a 6 de mayo de 1993.—El Registrador, *Jesús María del Campo Ramírez*.» Presentada nuevamente la citada escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado de nuevo el presente documento, se suspende la inscripción solicitada por las mismas razones expuestas en la precedente nota de 6 de mayo del año en curso. Mataró, 7 de junio de 1993.—El Registrador, *Jesús María del Campo Ramírez*.»

III. Don J. C. M. interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la escritura de cesión recoge de manera inequívoca la figura regulada en el artículo 1.175 del Código Civil. El convenio regulador no es más que un contrato, y en cumplimiento de lo estipulado en dicho contrato, el señor C. cede sus bienes en pago de lo pactado en el citado convenio. Se trata, pues, de una cesión pura y simple, que es título suficiente para transmitir la propiedad, independientemente de si el convenio regulador ha sido aprobado judicialmente o no, que no afecta para nada a la transmisión efectuada, que al ajustarse totalmente a lo recogido en el Libro Cuarto del Código Civil, que trata de las obligaciones y contratos, es irrevocablemente inscribible en el Registro de la Propiedad.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que la cuestión debatida en el presente recurso se centra en determinar si el convenio regulador pactado por los cónyuges durante su matrimonio y antes de su separación o divorcio, existe y produce todos los efectos previstos en el mismo antes de su aprobación judicial. Que para ello es conveniente determinar la naturaleza del convenio regulador. Dicha figura sólo aparece regulada en el Código Civil en el Libro I, en los capítulos relativos a la separación, disolución y efectos comunes a las mismas y a la nulidad del matrimonio, que por el carácter de orden público de dichas materias, excluyen una absoluta e ilimitada autonomía de la voluntad de las partes. Esto es, la autonomía de la voluntad en la regulación de los efectos del matrimonio en los casos de crisis del mismo viene condicionada por los principios constitucionales (arts. 32 y 39 de la Constitución Española) y para su salvaguardia se prevé la intervención judicial. Que el convenio regulador, en consecuencia, es un negocio jurídico familiar que tiene carácter mixto, por intervenir los particulares y la autoridad judicial, que tiene como finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio. Por tanto, no es un contrato más de los regulados en el Libro IV del Código Civil. Que constituyen los elementos necesarios del convenio regulador. 1.º Como presupuesto legal, la situación de crisis del matrimonio (separación o divorcio) y 2.º como requisito de eficacia, la aprobación

judicial de su contenido. En el caso concreto objeto de este recurso no se da ninguno de los dos. Que la declaración judicial firme de separación o divorcio constituye una *conditio iuris* del convenio regulador, y en el presente caso, tal condición no se acredita haberse producido. Que también adolece el convenio de falta de aprobación judicial y también de no exigirse, podrían producirse situaciones jurídicamente contradictorias. Que esta doble condición para la eficacia del convenio regulador viene confirmada en las Resoluciones de 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988. Que en tanto todos esos requisitos no concurren, los cónyuges podrían conseguir los efectos patrimoniales deseados acudiendo a otras fórmulas jurídicas, pero no a un convenio regulador previsto legalmente para otros supuestos.

V. El Notario autorizante del documento informó: Que se considera debe ser válido e inscribible sin necesidad de aprobación judicial, el acuerdo de cesión de bienes en pago de la pensión, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación entre los cónyuges proclamados por el Código Civil. Que aún más lo será en el supuesto que se estudia, ya que la escritura se limita a recoger la cesión que previamente se había pactado en el propio convenio regulador de la separación en que se preveía ya la cesión a cambio de la pensión. El Juez se limitaría únicamente a constatar los pactos realizados por los cónyuges, salvo que hubiere graves perjuicios para alguno de los cónyuges contratantes. Pero esta tutela judicial se puede producir en el momento inicial o posteriormente por alteración sustancial de las circunstancias. Que se entiende que dicha tutela judicial no puede limitar la libertad de pactos entre los cónyuges, cuando afecta únicamente a la esfera patrimonial de aquéllos. En este punto hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1990. Que lo expuesto anteriormente no será óbice para que el Juez, en el caso de alteración sustancial de las circunstancias o de la fortuna de uno u otro cónyuge, establezca otras garantías reales o personales, en defensa del cónyuge que pudiese resultar perjudicado, al amparo de lo establecido en los dos últimos párrafos del artículo 90 y del artículo 100 del Código Civil.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en que en virtud del artículo 90 del Código Civil no hay duda que el convenio regulador de que se trata y los pactos que en él se establezcan están condicionados a la finalidad de dicho convenio tendente a facilitar el régimen subsiguiente a una crisis matrimonial, debiéndose acompañar incluso a la demanda de separación o divorcio la propuesta del convenio regulador de sus efectos; pues sería incomprensible que dicho convenio produjera plenos efectos antes de que la separación o divorcio se haya producido o iniciado.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones que constan en el escrito de interposición del recurso.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 6, 68, 69, 70, 81, 90, 97, 99, 100, 151, 153, 609, 1.255, 1.271, 1.274 a 1.277, 1.281 a 1.289 y 1.814 del Código Civil y la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1985.

1. Determinados cónyuges, que viven separados de hecho, conciertan privadamente un convenio en el que ratifican la separación, estipulan determinados derechos económicos, unos en favor de uno de ellos, la mujer, y otros, en relación con los alimentos de hijos, y también el régimen de visitas respecto a éste. Ahora se trata de decidir si es eficaz otro acuerdo que, en ejecución de

lo acordado sobre derechos económicos de la mujer en ese previo convenio, otorgan ambos cónyuges, esta vez en escritura pública, y por el cual el marido cede a la mujer una serie de bienes en pago de la pensión compensatoria fijada en el convenio anterior y la mujer «se da por totalmente pagada de cuantas cantidades pudieran corresponderle en concepto de pensión compensatoria, comprometiéndose a nada más pedir ni reclamar por dicho concepto».

2. La cuestión planteada es, por tanto, la de decidir si el tenor de los artículos 90, 91 y 97 del Código Civil determina la sustracción a la autonomía de la voluntad de lo relativo al derecho de pensión compensatoria prevenido en el artículo 97 del Código Civil para las hipótesis de separación o divorcio, o si, por el contrario, pueden los cónyuges, con ocasión de un convenio de separación amistosa, concluir con plena eficacia jurídica los acuerdos traslativos que consideren oportunos para evitar que el desequilibrio económico entre ambos provoque a uno de ellos un empeoramiento de su situación con respecto a la anterior en el matrimonio, y en los cuales se dé por finiquitado todo lo relativo al derecho de pensión compensatoria.

El único argumento en contra de la inclusión del derecho de pensión compensatoria en el ámbito de la autonomía de la voluntad, es la dicción literal del artículo 90 en el inciso final de su párrafo segundo, cuando, después de definir el contenido mínimo del convenio regulador, establece de forma indiscriminada que «Los acuerdos de los cónyuges... serán aprobados por el Juez, salvo si son... gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». Sin embargo, frente a él existen importantes razones que obligan a concluir que esa aprobación judicial no se ha de predicar respecto de todos los acuerdos recogidos en el convenio regulador sino, exclusivamente, de los que afectan a los hijos o de aquellos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, como el eventual derecho de alimentos. En este sentido, pueden señalarse las siguientes consideraciones:

1.^a El amplio margen con que hoy se permite la contratación entre cónyuges (art. 1.323 CC).

2.^a Que se trata de un acuerdo de significación exclusivamente patrimonial y concertada entre personas capaces para gobernarse por sí mismas (art. 322 CC).

3.^a Que la regla general en nuestro ordenamiento es la renunciabilidad de todo derecho salvo que con ello se contrarie el interés u orden público o se perjudique a terceros (art 6 CC).

4.^a Que si bien la pensión compensatoria engloba en ocasiones el derecho a alimentos (en el divorcio, la posible situación de necesidad de un cónyuge sólo podría paliarse mediante la pensión compensatoria; y en la separación, puede ocurrir que, o bien la fijación de pensión compensatoria hace innecesaria la previsión actual de alimentos, o que se atienda al derecho de alimentos vía pensión compensatoria), no por ello puede concebirse aquella como una derivación de éste, y por tanto, incurso en la prohibición de transacción y renuncia de los artículos 151 y 1.814 del Código Civil, sino que conserva su propia autonomía conceptual y funcional, fundada exclusivamente en el desequilibrio económico determinante de un empeoramiento para uno de los cónyuges, y así puede ocurrir que proceda la pensión compensatoria aunque tal situación económica de ambos cónyuges no requiera la prestación de alimentos, y a la inversa, que la improcedencia actual de la pensión compensatoria no excluye en el futuro el posible pago del derecho de alimentos (por ejemplo, en los casos de separación, como resulta de los arts. 67 y 68 en relación con el 90, letras C y E,

del Código Civil); por eso, también es por lo que la renuncia eventual del derecho de pensión hoy procedente, no excluirá la posibilidad de exigir alimentos posteriormente, si el vínculo conyugal sigue vigente.

5.^a Que si los cónyuges en algunos casos pueden exigir la declaración judicial de determinada situación matrimonial de la que pueda derivar el derecho a la pensión compensatoria (vid. art. 81.1.º Código Civil), no resultará desacertado considerar que pueden aquéllos, igualmente, decidir sobre las consecuencias exclusivamente patrimoniales de dicha declaración judicial, y que sólo a ellos incumben.

6.^a Que si no puede obligarse al cónyuge a recibir la pensión compensatoria judicialmente acordada contra su voluntad, no se ve razón para excluir esta materia de la autonomía de la voluntad.

7.^a Que el tenor literal del artículo 90.D del Código Civil llevaría a exigir igualmente la necesaria aprobación judicial para la eficacia de la liquidación del régimen económico matrimonial pactada durante la tramitación de la separación o divorcio, lo cual no resulta congruente con el derecho de los cónyuges para, en cualquier momento (y, por tanto, también durante la tramitación de la separación o el divorcio), pactar el régimen de separación de bienes (cfr. arts. 1.315 y 1.326 CC) y la consiguiente liquidación del anterior consorcio conyugal.

8.^a Por otra parte, si se analiza la regulación del procedimiento previsto para la tramitación de las peticiones de separación y divorcio, contenido en las propias disposiciones adicionales de la misma Ley 30/1981, de 7 de julio, en especial, la disposición adicional sexta que regula el trámite para las separaciones y divorcios solicitados de mutuo acuerdo, se advierte claramente en los números 6 y 7 de dicha disposición, que la aprobación judicial no se predica respecto de todos los acuerdos a que se refiere el artículo 90 del Código Civil, sino exclusivamente de los acuerdos relativos a los hijos. Así, es de observar cómo el número 6 de esta disposición adicional sexta, en el que se contempla la intervención del Ministerio Fiscal y se prevé la posibilidad del Juez de exigir a los cónyuges una nueva propuesta, subordina estos trámites a la existencia de hijos menores o incapacitados: Se dice llanamente que el informe del Ministerio Fiscal se contrae a «los términos del convenio relativo a los hijos», y se añade que solamente cuando el Juez considerase que el convenio (no todo el convenio del art. 90 CC, sino el convenio relativo a los hijos, como previamente se ha definido) no amparase suficientemente el interés de los hijos podrá acordar que los cónyuges le sometan nueva propuesta; por su parte el número 7 de la misma disposición adicional sexta, cuando prevé la posibilidad de que el Juez no apruebe en algún punto el convenio, se está refiriendo, no al convenio del artículo 90 del Código Civil, sino al convenio definido en el número anterior de esta disposición adicional sexta que se ha señalado, esto es, al convenio relativo a los hijos.

9.^a Que la frase «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges» del párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil, mantiene pleno sentido aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimento de sólo uno de los cónyuges.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el presente recurso revocando el auto apelado.

Comentarios críticos.—En forma muy general —y sin perjuicio de luego descender a detalles para comentar las nueve aseveraciones de la Resolución—

se barajan en el recurso las diferentes posturas de los intervinientes, así como unos principios de carácter general entre los cuales el de la «autonomía de la voluntad» se especula sobre la «eficacia» de la intervención judicial en los convenios reguladores de situaciones de separación, divorcio y nulidad, se acude a la teoría general de los contratos, a la contratación entre cónyuges y otra serie de conceptos que tratan de lograr una interpretación de lo que el legislador dispone para estos casos en el artículo 90 del Código Civil. El problema en su esencia es, si puede inscribirse, una «cesión de bienes» hecha por un cónyuge a otro en cumplimiento de un convenio regulador de separación, sin que haya recaído la aprobación judicial.

Todos recordamos aquel diabólico artículo del Reglamento Hipotecario del cual se deducía que los «actos anulables» podían ser inscritos en el Registro de la Propiedad, al igual que sucedía con aquellos actos realizados por mujer casada «sin licencia marital». Creo recordar que era el artículo 98, del cual en la actualidad ha desaparecido la posibilidad de inscribir los actos anulables. Con la tesis que mantienen el recurrente, el Notario y la Dirección General, volvemos a permitir la inscripción de «actos anulables». Acuden inmediatamente a esa interpretación los conocidos conceptos de actos nulos, actos anulables, actos eficaces, ineficaces, válidos pero eficaces, etc. La intervención judicial, ¿qué carácter tiene en estos casos? Es necesaria, es subsanatoria, es decisiva, es un acto homologable, es coetánea con lo acordado por las partes, etc. Mientras no demos solución al tema estaremos permitiendo la inscripción de actos que crean a través de la publicidad una «inseguridad» jurídica. La Dirección General da un rodeo para hacer viable —a efectos de inscripción— una escritura a la que —conforme al art. 90 del CC— le falta un requisito. Es evidente que si se elimina el requisito la escritura puede ser inscrita, pero el acto reflejado registralmente sigue necesitando la aprobación judicial, pues si ésta no se produce el acto resulta «incompleto».

De lo dicho se desprende que mi postura se acerca muchísimo más a la calificación registral que a las argumentaciones del recurrente y del Notario y, por supuesto, a las conclusiones de la Dirección General. Acertadísima es la posición que adopta el Tribunal Superior de Justicia correspondiente. No acierto a descubrir las razones de la doble presentación del documento y quizá ello sea bueno para que mi comentario pueda ser plenamente objetivo. Vamos a distinguir los argumentos y soluciones dadas por los recurrentes, el Registrador, el Tribunal de Justicia y los nueve puntos que como conclusiones ofrece la Dirección General.

A) POSICIÓN REGISTRAL Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La postura registral es la de considerar al convenio que regula el artículo 90 del Código Civil como un «acto mixto» por exigir la intervención del poder judicial. Criterio que mantienen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema*, IV) y ENCARNA ROCA (*Comentario del Código Civil*, tomo I), siendo un requisito indispensable la presentación del convenio al Juez para que surta los efectos oportunos. En el exprimido resumen que se ofrece de la postura registral parece quedar patente que «la aprobación judicial es un requisito de eficacia» y, por ello, podríamos pensar que el acto o convenio celebrado entre marido y mujer «es válido, pero no surte efectos». No obstante, avanzando en el argumento utilizado por el Registrador parece deducirse que la intervención judicial es una

«*conditio iuris*» a través de la sentencia firme que declara la separación o el divorcio y que la aprobación del convenio evita la aparición de situaciones contradictorias. Igualmente mantiene que no puede hablarse con amplitud del principio de autonomía de la voluntad, sujeto en estos casos por el carácter de «orden público» de dichas materias; y a este respecto hace las citas de los artículos 32 y 39 de la Constitución.

Avanza más, a mi entender, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, pues considera que a la demanda de separación o divorcio debe acompañarse el convenio; y sería incomprensible que dicho convenio surtiera plenos efectos antes de que la separación se hubiese producido.

Lefdo sin prejuicios el artículo 90 del Código Civil, es evidente que «*en todo caso*» es precisa la aprobación judicial y que lo convenido por las partes en base del principio de autonomía de la voluntad puede no aprobarse por el Juez en los casos de daños para los hijos o perjuicios graves para uno de los cónyuges. Es decir, que estamos ante un «acto incompleto» que solamente tendrá plena validez para producir todos los efectos cuando sea examinado y aprobado por el Juez. Inscribir un acto en esas condiciones supone la creación aparente de un acto válido que está provocando una inseguridad jurídica: que el Juez decida no aprobarlo. Es la teoría del acto anulable.

B) RECURRENTE Y NOTARIO AUTORIZANTE

El recurrente desgaja el contrato de cesión realizado por los cónyuges del campo de la separación y divorcio y entiende que el tema debe situarse en el campo de las obligaciones y contratos. Tratar de hacer andar por diversos caminos el convenio de separación con los actos que se realizan para su cumplimiento y aprobación judicial supone desconocer la «causa» que motiva la cesión y aplicar a las situaciones «anormales» del matrimonio la regulación que el Código Civil hace para la normalidad. Que los cónyuges pueden en su libertad de contratación hacer y deshacer es evidente, pero si lo hacen como consecuencia de un convenio necesitan la aprobación judicial.

La tesis notarial va por el mismo camino del recurrente, lo cual significa abandonar la normativa del Código Civil en materia de separación, regulada en el artículo 90, y coger el atajo de la libre autonomía para contratar entre sí los cónyuges. El contrato de cesión que se realiza es un contrato «derivado o consecuencia» del convenio, y si el Juez debe aprobar el convenio lo lógico es que lo apruebe en su totalidad; y pienso que en la sentencia firme constará la aprobación de la cesión. Cita en apoyo de su tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1990, pero me resisto a creer que el Alto Tribunal excluya de la aprobación los actos que los cónyuges realizan en cumplimiento del convenio, y si así fuese la crítica frente a ella tendría que ser negativa.

C) POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Vaya por delante el resultado de su intervención: considera inscribible el contrato de cesión. En su apartado primero la Dirección afirma —como no podía menos— que se trata de una «ejecución de lo acordado» en el convenio. Por ello estamos ante un acto reflejo, derivado, un acto necesario para desarrollar el convenio

Lo importante de la Resolución está en el párrafo segundo, donde después de montar la pensión compensatoria y el juego de la autonomía de la voluntad llega al planteamiento de si en «TODOS» los casos de separación o divorcio el convenio debe ser o no aprobado por el Juez o solamente esta intervención debe ser en los casos de daño para los hijos o perjuicio para cualquiera de los cónyuges. Eso en las reglas de interpretación —aun admitiendo la mala redacción del art. 90 del CC— no puede admitirse. En esos casos es cuando «no aprueba el Juez» y dicta una «resolución motivada».

Creo que la Dirección se aparta totalmente del tema de si es o no necesaria la aprobación judicial en las seis «consideraciones» primeras, quemando mucha pólvora en resaltar la libertad de contratación entre cónyuges, lo de que los que contratan son capaces, el principio de «renunciabilidad» del artículo 6 del Código Civil, la pensión compensatoria y los alimentos, la posibilidad de exigir los cónyuges esa pensión compensatoria (art. 81.1.º del CC) y que dicha compensación no puede imponerse judicialmente. Los dos puntos importantes a mi entender y que al tema concreto se refieren son las conclusiones séptima y octava: una referida a la liquidación de la sociedad y otra un argumento procesal que provoca un desconcierto interpretativo de mucha enjundia. Merece la pena tocar ambos puntos:

— *La liquidación de la sociedad conyugal.* El argumento de la Resolución es el de que si para este acto se exige también «aprobación judicial» se contradicen los artículos 1.315 y 1.326 del Código Civil que permiten pactar el régimen económico en «cualquier momento».

Me voy a limitar a dar la opinión de una autora que colabora en los comentarios al Código Civil editados por el Ministerio de Justicia que ya antes he citado. Se trata de ENCARNA ROCA TRIAS, quien dice que «los cónyuges no pueden disolver el régimen, sino sólo establecer las bases para la liquidación del que hasta aquel momento regía sus relaciones económicas. La disolución la produce la sentencia». También LACRUZ BERDEJO se manifestaba en este mismo sentido.

— *El argumento procesal.* Para rematar el cúmulo de desaciertos interpretativos, la octava consideración cita la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, disposición condicionada a la reforma posterior de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el argumento «*adjetivo*», frente a la disposición «*sustantiva*» del Código Civil (art. 90) parece que la aprobación judicial sólo entra en juego cuando existen hijos. Esto no es lo que dice, ni quiso decir, la disposición sexta adicional de la Ley citada. Esta disposición está regulando la «tramitación» de las peticiones de separación o divorcio y en su número 6 —como caso especial— contempla el supuesto de que existen «hijos menores o incapacitados».

La Dirección General trata de que la regla general, clara y contundente del artículo 90 del Código Civil quede reducida al caso especial de hijos «menores o incapacitados». Resulta difícil reprimirse ante esta singular argumentación, por lo que opto por poner punto final a este comentario, ya que la Dirección General ha tenido para mí un gran respeto por las elevadas doctrinas jurídicas que en sus resoluciones imprimieron una generación de juristas, a la cabeza de los cuales figuraba en forma sobresaliente don JERÓNIMO GONZÁLEZ.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

I. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
y JOSÉ QUESADA SEGURA

LOS INTERESES LEGALES SON EXIGIBLES DESDE LA FECHA DE LA SENTENCIA Y NO DESDE LA INTERPELACION JUDICIAL. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1995.)

En la demanda no se aclara desde cuándo entiende que se deben los intereses pedidos, no obstante, y en ausencia de petición se condena al pago de intereses desde la interpelación judicial a pesar de que la cantidad debida se ha fijado por primera vez en el fallo recurrido reproduciendo lo declarado por el Juez de Primera Instancia, que ya redujo la suma originariamente demandada.

Por esta Sala se establece que sólo es exigible, en su exacta cuantía fijada judicialmente cuando la determinó el Tribunal, y, entonces, los intereses sólo pueden reclamarse en el supuesto contemplado desde la fecha de la Sentencia, sin que pueda dudarse que en el caso ahora debatido ha sido preciso un pleito para fijar la cantidad debida lejos de todo automatismo, sin que aparezca enriquecimiento injusto por parte del deudor y fijada en la Sentencia de segunda instancia, de carácter declarativa de condena y no meramente declarativa.

EN MATERIA DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL ES ESENCIAL EL REQUISITO DE LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO PRODUCIDO. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1995.)

No puede admitirse la existencia de responsabilidad por culpa extracontractual cuando el agente demuestra que ha procedido con la diligencia debida.

La negligencia ha de basarse en la omisión de los medios de seguridad que se establezcan reglamentariamente y que eviten la causación de un daño que

pueda ser previsto dentro de la actividad de la construcción, lo cual no ocurre en el caso de que se trata porque de la prueba practicada se evidencia que se daban todos los medios de seguridad que exige la diligencia dentro de la construcción.

El requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual, y desde el momento en que no puede estimarse previsible, habrá de entenderse que cesa la obligación de responder y entra en juego el caso fortuito, por aplicación del artículo 1.105 del Código Civil

HAYA O NO MEDIADO UN ENCARGO DE PAGO VALIDO Y EFICAZ, SE DEBERAN REINTEGRAR LAS CANTIDADES ABONADAS EN AQUELLO EN QUE LE FUE UTIL EL PAGO. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1995.)

El material objeto de la discutida adquisición era apto para las tareas a que se dedicaba la empresa demandada; y al no estar acreditado que la misma opusiera traba alguna a dicha adquisición, la demandada deberá pagar «al menos aquello en que le fue útil el pago», lo que, según el fallo de la Sentencia recurrida, debió ser la totalidad de lo servido.

EL LIMITE PARA QUE UNA SENTENCIA DICTADA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL SEA SUSCEPTIBLE DE CASACION DEBE SER EXAMINADO DE OFICIO. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1995.)

De acuerdo con el artículo 489.7 de la Ley Procesal, la cuantía litigiosa debe ser de tres millones de pesetas; al ser el supuesto de hecho de doscientas mil pesetas, no alcanza el límite económico establecido en el citado artículo 1.687 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial sea susceptible de casación, presupuesto procesal que ha de ser examinado de oficio por esta Sala sin que medie alegación de parte dado el carácter de orden público que tienen las normas reguladoras procesales sobre competencia y que no pueden quedar en su aplicación al arbitrio de las partes.

EL ERROR DEL ARTICULO 1.692.4 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SE FUNDAMENTA EN QUE LOS DOCUMENTOS HAN DE REUNIR LA CUALIDAD LITERO-SUFICIENTE QUE DEMUESTRE EL ERROR EN QUE HA INCURRIDO EL JUZGADOR. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1995.)

No son aptos para basar el error al que se refiere el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los documentos aportados en los escritos dispositivos del pleito valorados en la instancia, pues aquéllos han de reunir la cualidad litero-suficiente, es decir, que sin necesidad de interpretaciones, deducciones o conexiones con otras pruebas demuestren de manera patente, palmaria y objetiva el error en que ha incurrido el Juzgador. Si se discrepa de la interpretación que la Sala ha hecho de los documentos aportados, ha de utilizarse el ordinal quinto del precepto procesal citado, señalando la norma de valoración infringida y cómo ha sido.

AL CONSTAR ACREDITADA LA NEGLIGENCIA MEDICA CONCURREN LOS REQUISITOS PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION DE RECLAMACION DE DAÑOS CAUSADOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1995.)

Concurren los requisitos para la prosperidad de la acción de reclamación de los daños causados por responsabilidad extracontractual, ya que ni la Sala sentenciadora infringió el principio de la carga de la prueba, ni aplicó incorrectamente la teoría de la responsabilidad objetiva —que no tiene vigencia en el ámbito de la responsabilidad médica—, ni finalmente podía, como pretende la recurrente, estimar la existencia de caso fortuito ni de fuerza mayor en el supuesto en que, como sucede en el que nos ocupa, consta acreditada la negligencia, siquiera leve, del médico.

LA ESENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES RECOGIDA EN EL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL SE HALLA EN LA OMISION DEL DEBER DE VIGILANCIA. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1995.)

La responsabilidad declarada en el artículo 1.903 del Código Civil contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia.

EL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO PREVIO DE LA COMPRAVENTA AL AMPARO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL HA DE CONTENER, INEQUIVOCA Y NITIDAMENTE, LA DECLARACION DE VOLUNTAD DEL VENDEDOR DE TENER POR RESUELTO EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995.)

En el presente caso la resolución del contrato simplemente se tiene por cierta en la carta notarialmente remitida del contenido de un acta de conciliación donde se ratifica la papeleta de demanda en su día entregada al comprador-demandado. En dicha notificación no se tiene por resuelto el contrato de compraventa, sino que únicamente hay un requerimiento de pago, de modo que ni la carta por sí misma ni el contenido de la conciliación a que se contrae permiten afirmar que contengan una profunda declaración de voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato.

EXISTE INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR DE LA OBLIGACION DE ENTREGA DE LA COSA CUANDO ESTA PENDIENTE LA REALIZACION DE UN ACUERDO MUNICIPAL DE DEMOLICION DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995.)

Existe incumplimiento por parte de los demandados —vendedores de una vivienda pendiente de resolución municipal determinante de la demolición de las obras que erigieron dicha vivienda— de la obligación esencial de entrega de cosa vendida que da lugar a la resolución de la venta por extinción del objeto del contrato. La existencia de un vicio oculto originador de una reclamación no verificada —indemnización que exigiría la prueba de mala fe o negligencia de los vendedores— abocaría a la idéntica conclusión extintiva del contrato que la que resulta de la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil.

DEBE PROTEGERSE AL TERCERISTA CUANDO JUSTIFICA SU DERECHO DE DOMINIO SOBRE BIENES EMBARGADOS. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1995.)

La acción de tercería de dominio, que presenta innegable semejanza con la reivindicatoria, tiende de modo esencial a sustraer de un procedimiento de apremio bienes ya no pertenecientes al patrimonio del ejecutado toda vez que los bienes que han de responder de las deudas contraídas son sólo los que realmente se encuentran incorporados a dicho patrimonio al momento de ejercitarse la acción para el cobro de aquéllas, por lo que ha de protegerse al tercerista cuando se justifica su mejor derecho dominical sobre los bienes encargados por medio de cualesquiera de las pruebas admitidas en Derecho.

LA AUTENTICIDAD Y CREDIBILIDAD DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS NO RECONOCIDOS SE VALORAN SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO Y EN UNION DE OTROS ELEMENTOS DE JUICIO. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1995.)

La tesis que se mantiene por el recurrente es que los albaranes de entrega de las mercancías de la cooperativa en ningún momento habían sido reconocidos por el recurrente ni estaban firmados por él ni por persona alguna que lo represente, siendo redactados por la propia actora de forma unilateral, negando por ello la existencia de entrega y recepción.

No obstante, la Sala entiende que el efecto de credibilidad y autenticidad de los documentos privados no reconocidos puede ponderarse atendidas las circunstancias del caso y valorarse en unión de otros elementos de juicio. El hecho de que existió envío y entrega de la mercancía, obviamente, no puede quedar a merced de que lo reconozca o no el demandado.

NO HAY PROTECCION A LA CONFIANZA SUSCITADA POR UNA DECLARACION DE VOLUNTAD SI EL QUE LA RECIBE PUDO CONOCER EL ERROR (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1995.)

Aunque hipotéticamente se mantuviese la declaración de voluntad por considerar que el demandado cayó en un error inexcusable al manifestar a la demandante su propósito de aportar las naves arrendadas para la constitución

de una nueva sociedad, con indicación de su valor y con la invitación a que si la actora estuviese interesada en su adquisición se lo comunicase, tendría como consecuencia el mantenimiento de la declaración como trámite obligado para el ejercicio del tanteo de la arrendataria. La sociedad no la poseía por haber renunciado al tanteo y retracto legal en el contrato de arrendamiento, y de ahí el supuesto error del arrendador. No obstante, el arrendatario también sabía que no la poseía y, sin embargo, se apresura a ejercitar el tanteo, es decir, trata de aprovecharse de un error en la contraparte, lo que esta Sala tiene vedado por contrario a la buena fe aunque el error de esta última no fuese excusable.

I. I. M.

NO ES COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES LA RECLAMACION DE UNA DEUDA TRIBUTARIA EXTRANJERA. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—No es suficiente, según Sentencia de 23 de octubre de 1992 y otras, para acreditar la norma extranjera un informe hecho a instancia de los recurrentes expresamente referido al litigio planteado que no recoge el texto literal de los preceptos que refiere ni acredita, como era necesario, la vigencia del derecho extranjero aplicable.

Se reclama en la demanda una deuda tributaria basada en normas fiscales, y estas normas no tienen el carácter de normas civiles, únicas a que se refiere el número 5, ahora el 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consecuentemente, el negocio resultante no es un negocio civil, sino de otro orden jurisdiccional, que no se incluye en la competencia de los Tribunales españoles. Si hay que indicar cuál es el Tribunal competente para resolver la cuestión planteada, podría decirse que se halla en la jurisdicción alemana, como cuestión de orden público en aquel país, por referirse a leyes fiscales y no existir un específico tratado internacional con el Estado español que resuelva la cuestión discutida, tratado que no es el existente sobre ejecución de resoluciones dictadas en materia civil y mercantil.

LA APRECIACION DE FRAUDE DE LEY PERMITE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita la causa, y todo ello sin necesidad de acudir a la doctrina del abuso del derecho dado el fin defraudatorio de los derechos legitimarios. Es obligado mantener el fallo recurrido debido a la inexcusabilidad del cumplimiento de las normas jurídicas y la antijuricidad pretendida de dañar derechos ajenos, actos que, según el artículo 6.4 del Código Civil, «no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir» (la intangibilidad de la legítima), de manera que la eficacia sancionadora de la norma dentro de la cual ha de contemplarse el fraude de Ley permite la indemnización de daños y perjuicios, y no sólo la nulidad, para no dañar derechos de terceros.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. (SENTENCIA DE 8 MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La naturaleza jurídica de las concesiones administrativas no suponen la adquisición de unos bienes de dominio público, sino simplemente la explotación de ellos a través de una posesión *sui generis* o típica derivada de su origen e índole esencialmente administrativa y cómo tales bienes de dominio público son inalienables (S. de 5 de diciembre de 1981).

EL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS RESPONDE UNICAMENTE DENTRO DE LOS LIMITES DEL SEGURO OBLIGATORIO (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo plantea una cuestión que ha sido reiteradamente resuelta por esta Sala (SS. de 30-5-1991 y 28-9-1994, entre otras). En todas ellas se afirma que la *ratio legis* que hay que buscar en el artículo 3 del Decreto-Ley 18/1964, de 3 de octubre, y en el artículo 2.4° del Decreto 2432/1967, de 11 de octubre, normas que no pueden interpretarse en su literalidad, lleva a la conclusión de que el Consorcio de Compensación de Seguros, en caso de quiebra o insolvencia de las aseguradoras, responde únicamente dentro de los límites del seguro obligatorio.

POSIBILIDAD DE INCONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS. PRELACION DE CREDITOS. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial acerca de las sentencias absolutorias que no pueden, en general, ser tachadas de incongruentes al entenderse que resuelven todos los puntos objeto de la controversia, tiene la referida doctrina como una de sus quiebras o inaplicaciones la de que para dictar el fallo absolutorio el órgano jurisdiccional haya realizado una alteración o cambio del soporte fáctico (*causa petendi*) de la acción ejercitada.

También es reiterada y ya pacífica doctrina de esta Sala la de que en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisan de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación de saldo, la preferencia crediticia viene referida a la fecha de esa operación de determinación o liquidación definitiva del saldo deudor.

LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA PRODUCE EXCEPCION DE COSA JUZGADA RESPECTO A POSTERIORES PROCESOS CIVILES. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia penal, que resultó condenatoria, al contener pronunciamientos civiles de índole indemnizatoria impide que pueda

promoverse juicio civil posterior sobre los mismos hechos y para obtener idéntica condena de resarcimiento económico.

La Sentencia penal condenatoria produce excepción de cosa juzgada respecto a posteriores procesos civiles que cabe ser apreciada de oficio. Entenderlo de otra manera traería la consecuencia de desvalijar de seguridad a los juicios penales y de su fuerza de ejecutoriedad y, subrepticamente, poder controlar sus fallos decisorios, introduciendo modificaciones y ampliaciones para de esta forma llevar a cabo actuaciones judiciales revisoras de las ejecutorias correspondientes, lo que ha producido unánime repulsa jurisprudencial.

Resultaría situación manifiesta de ilógica jurídica en los casos normales que pudieran los perjudicados, a su arbitrio o capricho, fragmentar y dividir las indemnizaciones civiles persiguiendo parte en la vía penal y el resto en la civil cuando el acto ilícito y generador de las mismas es idéntico, con el riesgo de llegar a sentencias contradictorias.

RESPONSABILIDAD DE LOS CONSTRUCTORES DE UN EDIFICIO. LEGITIMACION DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala ha venido interpretando el artículo 1.591 de acuerdo a la realidad social de estos tiempos (art. 3.1 CC), tanto para abarcar los frecuentes abusos de promotores, constructores y técnicos, como para preservar los derechos de los compradores que ocupan acreditada situación de desigualdad en los contratos de compraventa de pisos y locales, con apariencias externas o artificias de normalidad, que ocultan graves deficiencias que frustran el fin del negocio y se proyectan a defraudar los legítimos derechos de los adquirentes, lo que ha venido configurando la doctrina jurisprudencial elaborada por esta Sala sobre el concepto de ruina funcional progresiva.

A los presidentes de las Comunidades de Propietarios, ante la carencia de personalidad jurídica inherente a estas agrupaciones, les asiste la facultad de representar a la Comunidad en juicio y fuera del mismo, tratándose de una representación orgánica otorgada con carácter especial por la Ley de Propiedad Horizontal y que lleva implícita la de todos los cotitulares del edificio, por lo que la voluntad del presidente se proyecta al exterior como voluntad de la Comunidad y, consecuentemente, de los plurales integrantes de la misma, por lo que los presidentes están perfectamente legitimados para plantear reclamaciones por obras defectuosas tanto que afecten a los elementos comunes como a los privativos.

LA RESPONSABILIDAD PUEDE PROVENIR DE CULPA CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos. Tanto daños morales como daños patrimoniales pueden provenir lo mismo de la culpa contractual como de la culpa extracontractual, sin que dentro de la dogmática jurídica la posible apreciación de una y otra culpa, fuente de cada

responsabilidad, pudiera provocar que la discrecionalidad entendedora de la Sala de instancia para apreciar el *quantum* indemnizatorio varíe o experimente en un caso una reducción reglada.

GANANCIALES: EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER PUEDE PRESTARSE TACITAMENTE. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien se precisa el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes gananciales (art. 1.377 CC), es doctrina jurisprudencial que el consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso su pasividad o la no oposición de la mujer a la enajenación, conociendo la misma, o incluso el silencio puede ser revelador de consentimiento (SS. de 5 de diciembre de 1983 y 6 de octubre de 1988, entre otras).

CAUSA Y MOTIVOS: DIFERENCIA. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La causa se diferencia de los motivos en que se determina por los móviles con trascendencia jurídica que incorporados a la declaración de voluntad en forma de condición o modo forman parte de aquélla a manera de motivo esencial impulsivo o determinante; la conjunción entre ambos es posible, sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado coadyugan al hallazgo de aquel designio de razonabilidad e, incluso, partiendo de la triple distinción de la doctrina más decantada entre la causa de la atribución, causa de la obligación y causa del contrato, habría que adscribir ese juego de conjunción en el primer expediente de este proceso, esto es, en la causa de la atribución, que dice el porqué el atributario está jurídicamente facultado para recibir el desplazamiento patrimonial, mientras que la causa de la obligación es la fuente constitutiva de la misma, y la del contrato, el fin común perseguido en el negocio por las partes.

EL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA CUBRE SOLO LOS DATOS JURIDICOS. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La presunción de exactitud registral que ampara el artículo 38 de la Ley Hipotecaria cubre únicamente los datos jurídicos, no las circunstancias de mero hecho, como la extensión, linderos, etc., de la finca inscrita (SS. de 13 de noviembre de 1987 y 11 de julio de 1989).

EJERCICIO ACUMULATIVO DE ACCIONES. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—En el segundo motivo se cita que en la demanda se ejercitaron acumulativamente las acciones procedentes de responsabilidad contractual y extracontractual, lo cual sería posible a través de un ejercicio

escalonado y subsidiario de una en defecto de la otra, pero no a través del ejercicio de dos acciones principales simultáneamente; y como ha señalado Díez-PICAZO, existe una radical incompatibilidad entre la acción *ex contractu* y la acción *ex delicto*, debiendo respetarse el principio de unidad del daño, y una vez reparado en vía no cabe la repetición en otras: *non bis in idem*.

Lo que ocurrió en realidad fue que el actor promovió una demanda con base en dos acciones de distinta naturaleza, lo cual no cabe conceptuar, en rigor, como un supuesto de infracción cometida contra lo dispuesto en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino más bien y en su caso en el de los artículos 153 y 154.3.º de la Ley Procesal, los que, desde luego, no impedirían al Tribunal resolver la acción estimada pertinente y dejar de hacerlo respecto a la acumulada incorrectamente.

PRINCIPIO GENERAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Debe partirse del principio general del artículo 2.3 del Código Civil, que establece que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no se dispusiere lo contrario, irretroactividad que tiene su consagración constitucional en materia de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en el artículo 9.3 de la Constitución; y el artículo 2.3 del Código Civil siempre ha sido entendido como un precepto no dirigido al legislador sino al Juez, para que en cada caso de duda opte por la irretroactividad de la norma, entendiéndose incluso cuando la Ley disponga la aplicación retroactiva que ésta ha de hacerse con carácter restrictivo. Pueden servir de criterio interpretativo las disposiciones transitorias del Código Civil, ya que pueden aplicarse análogicamente a disposiciones como la discutida que no resuelven expresamente el tema de la retroactividad.

Nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarlas por preceptos posteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo, como también declara el Derecho histórico.

PRELACION DE CREDITOS: NO HAY PREFERENCIA DEL APARTADO A) RESPECTO AL B) DEL ARTICULO 1.924.3º DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—En la actualidad se ha impuesto el criterio de esta Sala según el cual los apartados A) y B) del artículo 1.924 del Código Civil, en su apartado 3.º, son intercambiables, no hay preferencia del apartado A) respecto al B) y, como dice el propio artículo, las sentencias y escrituras públicas gozan de preferencia entre sí según las fechas. Es criterio también ya consolidado que las pólizas intervenidas por los Corredores de Comercio, prescindiendo de que sean o no verdaderos documentos públicos, son declarados de carácter similar a las escrituras públicas, sin que el hecho de que el titular del crédito contenido en póliza haya acudido al juicio ejecutivo para su cobro y obtenido Sentencia, remita a la fecha de la Sentencia la preferencia de su derecho, pues ello equivaldría a atribuir un crédito con certeza escritu-

raria indubitada y de fecha anterior, peor condición que a otros posteriores en el tiempo.

COMPENSACION: AMBAS DEUDAS DEBEN ESTAR VENCIDAS. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Una obligación vencida (pago de una deuda) no tiene por qué esperar el vencimiento íntegro y la liquidación de una obligación futura para ser efectiva. La compensación se producirá si las dos deudas están vencidas, son líquidas y exigibles en el momento de la efectividad de ambas. Si estas circunstancias no se produjeran, tendrían que seguir cauces resolutorios independientes, pero en ningún caso subordinar el cumplimiento de una a la otra.

REVOCAACION DE DONACIONES: BASTA QUE LA CONDUCTA DEL DONATARIO SEA SOCIALMENTE REPROCHABLE. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1995.)

Hechos.—Un ciudadano alemán donó a su prometida un chalé en Marbella. El matrimonio no llegó a celebrarse porque la novia concibió un hijo de otro hombre. El donante estima la revocación de la donación, pretensión que es estimada.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 648.1 del Código Civil, al hablar de la revocación de las donaciones por causa de ingratitud considera como una de las causas el haber incurrido en una conducta delictiva, esto es, haber cometido un delito el donatario contra el donante; causa por cierto matizada en términos de comprensible entendimiento extensivo en la reciente Sentencia de la Sala de 27 de febrero de 1995 al decir que no debe olvidarse que la doctrina de esta Sala al considerar la infracción del artículo 648.1 del Código Civil, aunque entiende suficiente para la revocación una conducta socialmente reprochable y no se limita a los casos de clara imputación de un delito al donante que haya de ser previamente condenado en vía penal, matiza en esa Sentencia que si bien abogan por una interpretación amplia de dicho precepto legal, se refieren a conductas socialmente reprochables, pero con base en acciones que pueden ser declaradas delictivas, aun no formalmente declaradas tales; en el caso de autos esta referencia normativa es impertinente, ya que siendo aplicable la legislación alemana, es evidente que el razonamiento jurídico que la Sentencia recurrida obtiene es correcto, pues la causa de ingratitud a que se refiere el artículo 530 del BGB como constitutivo de una falta grave contra el demandante es indiscutible.

LO PACTADO EN CONVENIO COLECTIVO HA DE PREVALECER SOBRE LAS NORMAS GENERALES. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Lo pactado en Convenio Colectivo ha de prevalecer en principio sobre lo normado con carácter general en las disposiciones legales, salvo que las normas convencionales no respeten los mínimos de Derecho necesario o infrinjan las disposiciones estatales de Derecho necesario

absoluto que configuran el orden público laboral. La jurisprudencia del orden social ha mantenido ininterrumpidamente el reconocimiento de la autonomía colectiva y de su ámbito propio de regulación, derivados directamente del artículo 37.1 de la Constitución, así como la fuerza vinculante de los convenios, a los que los artículos 3 y 82 del Estatuto de los Trabajadores otorgan, siempre que cumplan los requisitos establecidos, la naturaleza de fuente objetiva del ordenamiento laboral.

«LEVANTAMIENTO DEL VELO» EN LAS SOCIEDADES. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia—Tiene declarado esta Sala que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados hoy en la Constitución, se ha decidido prudencialmente y según los casos por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC) la práctica de penetrar en el *sustratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción de forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino de fraude, admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantamiento del velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás, es decir, de mal uso de la personalidad y de un ejercicio antisocial de su derecho.

FINES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El Seguro de Responsabilidad Civil presenta un contenido y unas finalidades bien concretas. Trata de proteger y mantener exento el patrimonio del asegurado cuando aquél tenga que indemnizar a terceros por haberse producido el siniestro pactado, por lo cual el riesgo que se asegura viene configurado precisamente por el nacimiento de la obligación de indemnizar que atribuye al asegurado la carga de atender determinada deuda con quien resulta perjudicado y se la reclama, y por medio del seguro dicha deuda se traspaşa del asegurado al asegurador. El daño o perjuicio material jurídico no lo ha sufrido inicialmente el propio asegurado, sino un tercero; y el menoscabo patrimonial que afectaría a aquél al tener que indemnizar directamente al perjudicado es lo que conforma la cobertura de este especial seguro.

El riesgo precisa estar previsto en el contrato, ya que representa una incertidumbre y no certeza cuyas consecuencias económicas trata de cubrir el asegurado mediante la póliza que concierta. El hecho causante, del que surge la posterior obligación de indemnizar, se presenta como presupuesto necesario, ya que el riesgo no lo origina la simple reclamación del tercero, sino que es exigente en la concurrencia de un hacer u omitir contemplado en la póliza e imputable al asegurado causante del daño, lo que no impide a la aseguradora atender al pago de dicha reclamación directamente con el tercero. La aseguradora no está obligada ni puede ser condenada a satisfacer más cantidades ni ninguna superior a aquellas a cuyo pago ha sido condenado el propio asegurado.

OBJETO DE LA OBLIGACION DE DAR. LA CONDICION ES EXCEPCIONAL Y NO SE PRESUME. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El objeto del contrato es una obligación, el de la obligación; una prestación, y el de ésta el dar, hacer o no hacer alguna cosa, consistiendo la prestación de dar en la realización de los actos necesarios para que el acreedor tome posesión de la cosa, en este caso el establecimiento, de manera que si el adquirente tiene la posesión pacífica del local, mal puede ampararse en esa falta de «entrega jurídica» para dejar de cumplir lo que le incumbe: el pago del precio, pues lo que sí le ampara en todo caso es el saneamiento previsto en el artículo 1.461.

La existencia de la condición no se presume, ya que la obligación condicional es la excepción y solamente puede deducirse cuando claramente el ánimo de los contratantes fue hacer depender los efectos del contrato de un acontecimiento futuro e incierto. No son condición en sentido estricto y, por tanto, la obligación es pura, las llamadas cláusulas o «condiciones» estipuladas en el contrato referentes a las prestaciones de las partes.

VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La valoración de la prueba pericial realizada en la Sentencia que se revisa casacionalmente lo fue en su totalidad, por lo que no puede llevar a cabo desarticulación de la misma.

Sólo cabe tener en cuenta su impugnación para acceder a su crítica en casación cuando la decisión que con relación a la misma alcanza el órgano jurisdiccional es contraria a una patente evidencia, se tergiversa ostensiblemente, se falsea o se omiten dictados esenciales o se extraen deducciones ilógicas o absurdas que contradigan de manera bien manifiesta el raciocinio humano marginando toda elemental lógica jurídica.

EL INCUMPLIMIENTO ACCESORIO NO FRUSTRA LAS EXPECTATIVAS DEL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia—Se debe considerar cumplida la prestación que incumbía realizar al vendedor, ya que él mismo ha llevado a cabo la entrega del local en funcionamiento, con la consiguiente clientela y maquinaria, instalaciones y utensilios, aunque no sea en su totalidad y algunos sean inidóneos para su propio fin, comportamiento este último que sólo puede ser reputado de incumplimiento accesorio, sin que tenga cabida en la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que, atendida la escasa entidad de la prestación complementaria incumplida, ello no frustra las legítimas expectativas del comprador y, por ende, no evidencia la frustración del contrato de compraventa para el mismo.

BASTA FRUSTRAR LAS LEGITIMAS ASPIRACIONES DE UNA PARTE PARA QUE HAYA INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El problema del cumplimiento o incumplimiento del contrato es una cuestión de hecho, pudiendo revelarse la voluntad de

incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (S. de 10-3-83), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo (S. de 18-11-83), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (S. de 31-5-85).

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO ES LO MISMO CULTIVADOR PERSONAL QUE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, BASTANDO PARA ESTA SEGUNDA CUALIDAD LA DEDICACION PREFERENTE A LAS ACTIVIDADES AGRICOLAS AUNQUE RECIBA AYUDA DE PARTE DE LOS FAMILIARES QUE CON EL CONVIVAN LA EDAD DEL ACTOR NO ES OBICE PARA ESTIMAR SU PRETENSION NI AUN CUANDO ESTUVIERA JUBILADO. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1992.)

El Juzgado de Guernica estimó la demanda y la Audiencia de Bilbao revocó parcialmente la anterior.

No prospera la casación. Se alega que el actor no es cultivador personal, pues esta figura se equipara a la de «profesional de la agricultura», concepto éste que aparece *ex novo* en nuestra legislación con la Ley vigente que centra la profesionalidad en la dedicación preferente a las actividades agrícolas más que en la capacidad personal para realizar las faenas propias de una explotación agrícola. Según la Exposición de Motivos, razones de orden social han movido al legislador a crear el término, destinado a personas que queriendo cultivar la tierra carecen de medios para adquirirla, finalidad reconocida por esta Sala en Sentencias de 5 de octubre de 1984 y 5 de diciembre de 1986 al indicar que la finalidad tuitiva de la Ley se dirige a la figura del agricultor profesional modesto. Entre las limitaciones de esta figura no está la posible ayuda que pueda recibir en su actividad de parte de familiares que con él convivan, siempre que no utilice mano asalariada, fuera de las exigencias estacionales o personales y, en todo caso, de forma circunstancial. La edad del actor no es óbice para estimar su pretensión ni aun cuando estuviese jubilado, de acuerdo con la doctrina de esta Sala que dice que no cabe confundir la jubilación con la pérdida de profesionalidad agraria (SS. de 28 y 3 de junio de 1988, 20 de febrero y 6 de junio de 1989), para lo que basta reunir los requisitos de los artículos 15 y 16 de la Ley.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR NO HA PROBADO SER ARRENDATARIO DE LA FINCA, NO HABIENDOSE PRODUCIDO LA SUBROGACION

DE SU PADRE. POR OTRA PARTE, ESTA MISMA ACCION YA FUE EJERCITADA EN OTRO PLEITO, CONCURRIENDO LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado de Tarancón desestimó la demanda y la Audiencia de Albacete rechazó la apelación.

No triunfa la casación. La Sentencia de primera instancia apreció la excepción de falta de legitimación activa en el demandante por no reunir éste la cualidad de arrendatario ni haber acreditado la correspondiente subrogación, prevista en el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Es preciso que se dé la condición de arrendatario del actor y que la relación contractual fuese anterior a la Ley de 1935, pero el demandante no consigue acreditar ambos requisitos ya que el arrendatario era su padre, lo que no se desvirtúa por el requerimiento previo a la demanda, ya que la subrogación no ha producido sus efectos y una resolución judicial posterior la desconoce, declarando vigente el arrendamiento del padre; y en cuanto a la antigüedad, hay un documento suscrito por el que se alega ser su causante en el que consta la fecha, posterior a la de 21 de septiembre de 1935, por lo que no cabe la adquisición pretendida. Por otra parte, es evidente que existe identidad de acción entre la ejercitada en el presente proceso por el hoy actor en donde se promueve una acción igual a la resuelta por el Juzgado de Tarancón en 6 de abril de 1987 y en base a las mismas circunstancias respecto al arrendamiento, antigüedad del mismo y la facultad subrogatoria del actor debiendo prevalecer cuanto se estima en aquella Sentencia en el sentido de no declarar la cualidad de arrendatario del demandante, pues siendo firme la Sentencia debe desplegar los efectos de la cosa juzgada material en los términos del artículo 1.252 del Código Civil

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO ES NULO AL NO DARSE LA CONCURRENCIA DE LA CAUSA DE LA OBLIGACION DE LOS CONTRATOS ONEROSOS. EL CONTRATO ES SIMULADO Y, POR TANTO, NULO E INEXISTENTE CONFORME AL ARTICULO 1.261 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Jerez de la Frontera estimó la demanda y la Audiencia de Sevilla confirmó la anterior.

No triunfa la casación. El proceso no se desarrolla dentro del ámbito de la Ley de Arrendamientos de 1980, sino que la demanda se amplía en su objeto principal al interesar la declaración de nulidad del contrato. El Tribunal de apelación consideró el contrato locativo como nulo por falta de causa por ser la renta muy inferior a la normal para una finca de tal naturaleza y entidad. La presunción de causa del artículo 1 277 del Código Civil no es absoluta, pues cede ante prueba en contrario, y así la Sala de apelación llegó a la conclusión de que el contrato por simulado es inexistente al no darse la causa de la obligación de los contratos onerosos, pues no se da la función económica jurídica que la causa representa. La causa debe concurrir no sólo en la formación, sino también durante la vida del convenio hasta su total cumplimiento. La Sala *a quo* llegó a la conclusión de la falta de seriedad del arriendo, que se celebró sin pretender los efectos propios e inherentes al mismo y como un medio que instrumentó el recurrente para continuar dispo-

niendo de la finca, por lo que se dan las notas de apariencia y simulación que determina la falta de causa y lo hacen nulo conforme al artículo 1.261 del Código Civil.

PERTURBACION DE POSESION ARRENDATICIA.—EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO NO PERTENECE A TODOS LOS VECINOS DE LA PARROQUIA, SINO A ALGUNOS DE ELLOS QUE SON LOS QUE SE HAN SUBROGADO EN LA POSICION DE LOS PRIMITIVOS ARRENDATARIOS. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado de Mieres desestimó la demanda y la Audiencia de Oviedo revocó la anterior.

Prospera la casación. Los actores alegan que como vecinos de la parroquia de Peñerudes y subrogados en derecho arrendaticio de sus causantes, así como los demás vecinos, son los que tienen derecho al uso de los montes destinados a pastos dentro del Coto de Peñerudes y los demandados deben retirar los ganados de dichos montes. El Juzgado rechazó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior. Prevalece el motivo cuarto del recurso: La Sentencia de 11 de febrero de 1960 del Juzgado número 1 de Oviedo dijo que los demandantes eran arrendatarios *pro indiviso* junto con otros vecinos de la parroquia de Peñerudes de los montes destinados a pastos dentro del Coto. La Sala *a quo* comete un error cuando trata el arrendamiento como un derecho que pertenece a todos los vecinos de la parroquia, porque la Sentencia del Juzgado era clara en cuanto determina que la propiedad del Coto había concedido no un único derecho de arrendamiento a los vecinos de Peñerudes, sino múltiples derechos, independientes unos de otros sobre un mismo objeto, por lo que los actores no estaban legitimados para actuar en nombre de otros vecinos dado que no había comunidad en la titularidad del derecho arrendaticio. La Sentencia de 11 de febrero de 1960 no atribuyó un derecho de arrendamiento a todos los vecinos de Peñerudes de forma colectiva, sino a ciertas y determinadas personas que reunían aquella condición. No basta ser vecino de la parroquia para tener derecho de arrendamiento, sino que es necesaria la prueba de que se han subrogado en la posición de los primitivos arrendatarios, lo que no ha sucedido.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LOS HIJOS SE SUBROGAN EN LA POSICION PROCESAL DE SU PADRE, EL ARRENDATARIO, QUE TENIA LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL, SIN QUE ELLOS TENGAN QUE OS-TENTAR DICHA CUALIDAD, LO QUE SERIA OBJETO DE OTRO LITIGIO. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Vitoria desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Bilbao rechazó la apelación.

Triunfa la casación. La Sentencia de primera instancia, confirmada por la de la Audiencia, rechazó la demanda por no acreditarse que el actor fuera profesional de la agricultura y efectuase el cultivo directo y personal. Fallecido el arrendatario, son sus hijos los que podrían ejercitar la acción como subrogados *mortis causa*, pero para ello tendrán que acreditar su condición de cultivadores personales, lo que no ocurre aquí según la Sentencia de apela-

ción. Pero los hijos no ejercitaron tal acción, sino que se subrogaron en el procedimiento iniciado por su padre que fue el que lo ejercitó, siendo transmitido *mortis causa* el derecho de acceso a la propiedad. Los recurrentes no pretenden ejercer un derecho con base en la existencia de una subrogación en el arrendamiento en virtud del artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, sino mantener la acción instada por su causante como continuadores del mismo, formando parte del patrimonio relicto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil, el derecho arrendaticio. Los recurrentes ejercitan el derecho de acceso como causahabientes o herederos testamentarios del arrendatario a través de la sucesión procesal. Existe un precepto en la Ley de Arrendamientos Rústicos que contempla la continuación del fallecimiento del titular, el artículo 79, señalando los sucesores en el arrendamiento, pero exigiendo en su número 2 que el sucesor ha de ser profesional de la agricultura, cualidad que no concurre en los recurrentes, pero la extinción del arrendamiento no ha sido controvertida por los litigantes y no se puede declarar la extinción del contrato por no haber sido suplicada en la contienda, prevaleciendo no obstante que por la *perpetuatio actionis* sólo debe dirimirse si aquel actor ejerciente tenía derecho de acceso a la propiedad. No fue objeto de la acción inicial si los hijos son o no profesionales de la agricultura y por ello la constatación de aquella circunstancia carecía de las garantías ínsitas en el juego del principio de la contradicción de toda contienda. Los hijos tienen derecho a poder instar, si les interesa, la posibilidad de continuar el arrendamiento en los términos previstos en el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE CONTRATO.—NO ES NECESARIO QUE SEA DEMANDADO EL TERCERO QUE FORMA PARTE DE LA SOCIEDAD QUE SE INTRODUCE EN EL ARRENDAMIENTO EN LUGAR DE LOS ARRENDATARIOS. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1992)

El Juzgado número 1 de Las Palmas desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación.

La casación no prospera. Los arrendatarios introdujeron a un tercero constituyendo una sociedad irregular, asignándole el 15 por 100 de las participaciones, por lo que parece que dicho tercero debió haber sido demandado; pero aparte de que esto era cuestión nueva, la jurisprudencia de esta Sala dice que lo característico del litisconsorcio necesario radica en la situación jurídico-material controvertida, con la presencia de todos los interesados, únicos que pueden ser demandados, ya que los que no fueron parte en el contrato carecen de interés legítimo. Debe tratarse de la misma relación jurídico-material, pues si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo por una simple conexión, su posible intervención en el litigio no es de índole necesaria, siendo muchas las Sentencias del Tribunal Supremo que así lo recogen, como las que declaran la innecesidad de demandar a los cesionarios o subarrendatarios en los casos de cesión o subarriendo. En cuanto a que el socio del 15 por 100 sólo participa del resultado económico del negocio, sin modificar o trascender el arrendamiento, no puede ser más explícito el contrato de sociedad, ya que éste es un socio con los mismos derechos que los demás socios.

SUBARRIENDO.—EL CONTRATO DE FRANQUICIA ES UN INDICIO MAS DE LA INTRODUCCION DE UN TERCERO EN EL SUBARRIENDO, LO QUE DETERMINA LA RESOLUCION DEL MISMO. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Aranjuez estimó la demanda y la Audiencia de Madrid desestimó la apelación.

No se admite la casación. Se introdujo en el subarriendo a persona distinta de la subarrendataria, existiendo pruebas como el cambio de nombre del local, la intervención que en la gestión de lo arrendado alcanzó la empresa de franquicia, los empleados de la arrendataria pasaron a cobrar de la nueva empresa y otros hechos análogos. La existencia del contrato de franquicia, hecho para justificar la presencia de un tercero en el local y eludir la resolución arrendaticia; pero de su contenido no puede deducirse nada que destruya las afirmaciones de la Sentencia, es decir, que ha habido introducción de un tercero en la utilización de la cosa subarrendada. El citado contrato de franquicia no es en realidad determinante de la resolución tomada por la Sentencia recurrida, pero tal contrato no ha sido más que un mero dato de hecho, un indicio más del que se ha obtenido la conclusión de que se ha producido la entrada de un tercero en el disfrute del local y se incurre en causa de resolución.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—AUNQUE EL ARRENDAMIENTO HECHO POR EL USUFRUCTUARIO DEBE EXTINGUIRSE AL FALLECIMIENTO DE ESTE, NO SUCEDE ASI EN LOS SOMETIDOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS POR EXISTIR LA PRORROGA FORZOSA DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Segovia rechazó la demanda, pero prosperó la apelación ante la Audiencia de Madrid, declarando resuelto el contrato.

Triunfa la casación. Cedido por el Ayuntamiento de Segovia el usufructo de un solar por un plazo de cincuenta años —de 1931 a 1981—, sobre dicho solar se construyó un edificio y dos locales. Uno de éstos se cedió en arrendamiento en 1963 por un plazo de quince años, facultando para realizar obras de reforma, conservación o mejora en cualquier tiempo mientras subsista el arrendamiento, así como podía ceder los derechos de este contrato a uno o varios de sus hijos. Al fallecer la arrendataria en 1980, le sucedieron sus hijos. La Sentencia recurrida declaró resuelto el contrato de 1963 por ser gravosas para la propiedad las condiciones pactadas. Pero analizando dicho contrato hay que tener en cuenta que el arrendador fue el usufructuario, cuyo derecho tenía un plazo de cincuenta años, debiendo producirse su extinción en 1981. Ahora bien, cuando el arrendamiento es de fincas urbanas, se produce la subsistencia del contrato al estar amparado por la Ley de Arrendamientos Urbanos. Celebrado el contrato estando en vigor la Ley de 1956, es susceptible de aplicación la prórroga forzosa. Las facultades de cesión concedidas a la arrendataria no las utilizó, pues los recurrentes accedieron al arrendamiento una vez fallecida aquélla al subrogarse en sus derechos conforme al artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación a la disposición transitoria 11 de la misma. La permanencia en el arriendo por parte de los hijos reviste una situación excepcional, avalada por la subrogación legal y aplicación de la prórroga for-

zosa. Por lo expuesto, la gravosidad pactada carece de eficacia al fallecer la arrendataria sin usar de aquellas facultades. Al haber perdido vigencia el contrato la normativa a aplicar es la que prevé la Ley de Arrendamientos Urbanos. La relación arrendaticia vincula a los recurrentes con el Ayuntamiento de Segovia y ha de mantenerse como subsistente, pues la sucesión en el arriendo persiste como situación legal, no sucediendo así con las condiciones otorgadas por el usufructuario a la arrendataria, pues éstas sólo afectaban y favorecían a dicha causante, manteniéndose solamente durante el usufructo y extinguiéndose al terminar tal derecho.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—CONTRA LA RESOLUCION DEL JURADO DE EXPROPIACION SOLO CABE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y NO LOS DERIVADOS DE LA RELACION ARRENDATICIA. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Tarragona declaró resuelto el contrato por causa de expropiación y la Audiencia de Barcelona confirmó la anterior.

No se admite la casación. Acordada la expropiación del local arrendado se extendió por el Ayuntamiento acta de ocupación e ingresado el importe en la Caja General de Depósitos dada la negativa del arrendatario a admitir la indemnización por considerarla insuficiente. El recurrente dice que esta indemnización debía fijarla el Jurado de Expropiación citando la Sentencia de 28 de febrero de 1987; pero está probado que el arrendatario estuvo al corriente de la tramitación del expediente expropiatorio, en el que no compareció ni formuló oposición contra él ni contra las tasaciones o justiprecios practicados y ni siquiera se hizo cargo de los mismos, sin que hubiese recurrido el acuerdo de expropiación. La naturaleza administrativa del expediente de expropiación está fuera de duda aun cuando en materia de indemnización se haga una remisión a las normas de la legislación arrendaticia. La Ley de Expropiación dice que la resolución del Jurado de Expropiación ultima la vía gubernativa, procediendo contra la misma el recurso contencioso-administrativo. La intervención del Jurado se encuentra subordinada al rechazo del interesado al precio ofrecido por la Administración, lo que no ocurre aquí por la conducta pasiva que adoptó el arrendatario recurrente. Es diferente a la Junta de Estimación, a la que se refieren los artículos 73 y 152 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de la que sus resoluciones pueden ser impugnadas en el juicio declarativo correspondiente. El supuesto de la causa 9.^a del artículo 114 de la Ley especial es diferente al de su artículo 70 en relación con el artículo 62.1, que lo es de excepción a la prórroga forzosa, supuesto al que es aplicable el artículo 73; y tal diferencia hace inaplicable al caso de autos la doctrina de la Sentencia de 28 de febrero de 1987.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA INSTALACION DE MAQUINAS RECREATIVAS EN UN LOCAL DESTINADO A BAR CONSTITUYE UNA ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA QUE NO SUPONE SUBARRIENDO DEL LOCAL. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Bilbao estimó la demanda, pero la Audiencia de Burgos revocó la anterior.

No se admite la casación. La cuestión estriba en si la introducción de máquinas recreativas con premio en el interior del local destinado a bar constituye un contrato de subarriendo parcial no permitido, pero interpretando las normas bajo la realidad social del tiempo (art. 3 CC) que pone de relieve la proliferación de aparatos de la más diversa especie en establecimientos destinados a hostelería y bares; dichas actividades han de considerarse como simples actividades complementarias de atracción de clientela que no afectan a la titularidad del negocio, cuyo dueño sigue conservando íntegramente la ocupación del local arrendado, con lo que la relación arrendaticia no puede considerarse afectada. Hay sentencias contradictorias de esta Sala: la de 21 de febrero de 1991 rechazó la existencia de subarriendo por la instalación de una máquina tragaperras, y la de 10 de octubre de 1991 sostiene lo contrario, pero con base en la instalación en un espacio de no más de 100 metros cuadrados de cinco máquinas tragaperras, cuyo rendimiento superaría con creces los límites que permiten calificar su presencia como elemento auxiliar o complementario. El criterio decisivo para reputar la conducta enjuiciada de subarriendo ha de basarse en la entidad económica que se ofrezca o resulte de la instalación de tales mecanismos, cuya presencia no puede sino incidir en cesión o subarriendo, desplazando en su detrimento sensiblemente la propia del arrendatario en el local

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA NO PUEDEN AFECTAR AL ARRENDAMIENTO, YA QUE LOS ARRENDATARIOS CARECEN DE ACCION PARA PRETENDER LA NULIDAD DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE AQUELLAS LIMITACIONES. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 6 de Madrid estimó la demanda declarando nulo el arrendamiento y la Audiencia Provincial desestimó la apelación.

Triunfa la casación. En el pliego de condiciones de la subasta acordada por la Cooperativa de Viviendas se hizo constar la prohibición de destinar alguna de ellas a establecimiento de farmacia, lo que quedó recogido en el contrato de compraventa de 8 de junio de 1973, y es indiscutible que la compradora y su hijo conocían la cláusula prohibitiva cuando convinieron el contrato de arrendamiento del local en junio de 1977. En dicho contrato concurren todas las circunstancias del artículo 1.261 del Código Civil, no pudiendo sostener que alguna de ellas queden invalidadas por el mero hecho del conocimiento mencionado, cuya omisión no cabe identificar como cualquiera de los supuestos que recoge el artículo 1.255 del Código Civil como cortapisas a la libertad de contratación. Esa omisión no puede privar de licitud a la causa del arrendamiento, y ni este contrato ni la compraventa anterior permiten semejanza alguna con la figura de la simulación. Si la conducta de los contratantes fuera dolosa o culposa, su repercusión afectaría al contrato de compraventa con la entrada en juego de las sanciones figuradas en la cláusula 8.^a, lo que aconteció con el procedimiento resolutorio que instó la Cooperativa. No se puede encuadrar en las figuras de fraude de Ley y abuso de derecho, ya que el incumplimiento contractual de las cláusulas limitativas de la compraventa afecta a las partes intervinientes en la compraventa, por lo que los actores en cuanto litigan como titulares del arrendamiento carecen de acción para pretender la nulidad del contrato de arrendamiento y, además, el plazo de cuatro años del

artículo 1.301 del Código Civil había caducado cuando se presentó la demanda. En cuanto a la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, el plazo de un año desde que los actores vinieron a conocer la instalación farmacéutica (1980) hasta la presentación de la demanda (1986) transcurrió con exceso.

RESOLUCION DEL CONTRATO.—NO RESULTA PROBADA LA RELACION ARRENDATICIA, SINO QUE SE TRATA DE UNA CONCESION ADMINISTRATIVA QUE REVIERTE AL ESTADO AL FINAL DEL PLAZO DE DURACION (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Valencia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No prospera la casación. Se siguió procedimiento de apremio por la Tesorería demandada contra la concesión administrativa de explotación de la estación de servicio de que era titular la madre de la demandante. Antes de ser fallado el pleito falleció dicha señora habiéndola sucedido sus herederos, entre los que, al parecer, figura como demandante su hija. No resultó probada la relación arrendaticia que la señora fallecida decía ostentar para explotar la estación de servicio y fue embargada por el procedimiento de apremio por débitos a la Hacienda toda vez que no se acreditó la fecha del contrato, renta alguna del supuesto arrendamiento, plazo por el que se estipuló, ni que uno de los propietarios, el Banco Santander, haya percibido tal renta en ninguna ocasión. Se acredita que el supuesto local no es de negocio sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos y también se probó que se trata de una concesión administrativa a la señora fallecida que nació en 1950, con duración de cincuenta años, al cabo de los cuales revertirá al Estado. Debíó ser demandada la arrendataria y una vez fallecida lo serán los herederos, ya que en otro caso afectaría la cosa juzgada de esta Sentencia a personas que no han sido citadas ni oídas en el presente proceso, abriéndose la posibilidad de sentencias contradictorias. La recurrida no era la única heredera de su madre por tener al menos otra hermana más, y no consta que se haya oído a los otros herederos ni se conoce el testamento de la fallecida arrendataria. Si los interesados lo estiman oportuno pueden hacerlo a través de una demanda nueva en la que sean llamadas las personas que sean herederas y aleguen sus defensas sustantivas y procesales, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo planteada.

C. R. R.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO: *El deslinde de las costas*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995. Un tomo de 146 págs. Prologado por Ramón Parada.

Constituye el tema de las costas un lugar de encrucijada entre el Derecho Público y el Derecho Privado, un terreno de fricción entre principios jurídicos contrapuestos, ámbito de desencuentro de iuspublicistas y privatistas, de abiertas disensiones doctrinales, de contradicciones jurisprudenciales, y cancha de pupilato tradicional —obviamente dialéctico— entre administrativistas e hipotecaristas. Y en este campo minado se adentra, no sin valor y autoridad doctrinal, el autor de este libro.

Ciertamente la confusión existente en torno al tratamiento jurídico de nuestras costas, y el fuerte proceso edificatorio y urbanístico que las mismas sufrieron fundamentalmente como consecuencia del desarrollo turístico a partir de los años sesenta, con los inevitables efectos de degradación física y medioambiental que ello comportaba, llegó a preocupar incluso a nuestros constituyentes (lo que si se repara en las urgencias que habían de atender por consecuencia de la convulsa situación social y política que se vivía en España en los primeros años de la transición, no deja de ser un dato relevante), al punto de llegar a consagrar un artículo de nuestra Carta Magna al tema, sancionando el carácter de dominio público de las playas y costas y su régimen de inalienabilidad, en lo que constituye una novedad en nuestra historia constitucional y en el Derecho constitucional comparado. Aún con todo, la cuestión sobre la demanialidad de nuestro litoral sin excepciones («en todo caso», dice la Constitución) no quedó del todo zanjada, ya que durante la elaboración del texto se solicitó la inclusión de una cláusula de salvaguardia expresa de los derechos adquiridos, solicitud de la que desistieron sus promotores en aras del célebre consenso constitucional y sobre la base de entender que la interdicción de la confiscación que se contiene en la propia Constitución representaba una garantía suficiente respecto de los citados derechos adquiridos. Este sobreentendido ha sido el germen de la polémica posterior, sobre la que ha venido a interferir la Ley de Costas de 1988, la cual es objeto de análisis a lo largo de las páginas del presente libro en la parte de la misma dedicada a la regulación del deslinde de las costas.

El autor de la obra, SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS, es un brillante publicista, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de León, que es —al igual que el tema del libro— tierra de encrucijada entre el páramo y la montaña, entre paisajes castellanos y paisajes asturianos y gallegos, y que cuenta con famosos puertos, como el de Pajares, pero que son de montaña y no de mar. Algo debe tener el páramo que recuerde al mar, cuando también a mí me dio por escribir un libro sobre costas allá por tierras castellanas de Palencia durante el período de mi primer destino de registrador, y cuyo paisaje recuerdo siempre no sólo por la evocación nostálgica del primer destino,

sino sobre todo porque cuelgan de las paredes de mi despacho cuatro hermosas litografías del célebre paisajista vallisoletano SANTIAGO CUADRADO-LOMAS que me regaló el Colegio Notarial de Valladolid. A buen seguro que algún recuerdo de su paisaje leonés acompaña al profesor SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS en su estancia en Dresden (Alemania) donde actualmente ejerce como profesor docente de Derecho público español y como Becario Humboldt.

Sin embargo, en el desarrollo del libro que comento, el autor abandona su vocación por el comparatismo jurídico y prescinde de la historia de la institución que analiza, para sumergirse de principio a fin en el estudio de los deslindes de las costas desde nuestro Derecho positivo vigente y desde la más reciente jurisprudencia de nuestros Tribunales, así como mediante la aportación de numerosas citas doctrinales.

En el capítulo I el autor expone su pensamiento acerca de la naturaleza jurídica y los efectos del deslinde, defendiendo la tesis de que la vigente Ley de Costas configura el deslinde como un «acto administrativo que crea, modifica y extingue» derechos de los particulares y de la Administración, de forma que se atribuye al mismo plena eficacia y ejecutoriedad inmediata, sin limitaciones a la autotutela administrativa, y en cuya virtud se produce el cambio de la titularidad privada en pública del bien afectado, produciéndose la sustracción del derecho de propiedad privada. En este punto cita el autor a su revisionista para discrepar de él, por entender éste que el alcance del deslinde es meramente declarativo y no constitutivo, por pertenecer este carácter a «la Ley», que constituye el título genérico que inviste a la Administración de su condición de *dominus* sobre el dominio público. Entiende el autor que una vez efectuado el deslinde los terrenos incluidos en el mismo son demaniales sin discusión posible. De ahí deriva la consecuencia de que se ha producido una iuspublicación del Derecho de costas que obliga a darle una correspondencia procesal, llevando a los Tribunales de lo contencioso-administrativo el enjuiciamiento de todos los asuntos litigiosos generados por el deslinde, entendiéndose que los medios de defensa de los particulares se limitan a la interposición de recursos contencioso-administrativos y al efecto suspensivo del acto administrativo, lo cual constituye la verdadera idea-eje del libro.

En este capítulo GONZÁLEZ-VARAS dedica un importante apartado a la figura del Registrador de la Propiedad como garante de la demanialidad de la zona marítimo-terrestre, a través de su actuación en relación con las solicitudes de inmatriculación de fincas colindantes en el dominio público.

El capítulo II se consagra al estudio del procedimiento del deslinde, y en él insiste el autor en el nuevo alcance de la eficacia atribuida por la Ley de 1988 al deslinde como acto atributivo de titularidad demanial al Estado aún en contra de los pronunciamientos registrales, destacando lo novedoso de la regulación de la citada ley, frente al criterio tradicional de que el deslinde únicamente establecía declaraciones sobre estados posesorios y no dominicales, cuyo último aspecto quedaba reservado en exclusiva a los Tribunales civiles, los cuales durante mucho tiempo sostuvieron la idea de que la Administración al deslindar no podía desconocer las situaciones jurídicas consolidadas a favor de los particulares por venir amparadas en preceptos civiles o hipotecarios.

El capítulo III aborda el tema de la ejecutoriedad del deslinde y de su eficacia en orden a atribuir la posesión de los terrenos deslindados al Estado, mediante la recuperación de oficio o a través del deshaucio administrativo, salvo que el particular ocupante goce de algún título administrativo que le habilite para poseer, como sería el caso de las concesiones administrativas.

Careciendo de dichos títulos, la Administración podrá reintegrarse en la posesión del terreno usurpado ejerciendo sus citados privilegios de autotutela, sin necesidad de acudir a la vía de los interdictos civiles.

El capítulo IV del libro se dedica por su autor a la crítica del actual sistema de doble revisión jurisdiccional del acto administrativo del deslinde: *a)* la propia del orden contencioso-administrativo que conoce las cuestiones de legalidad del procedimiento del deslinde; y *b)* la del orden civil ante cuyos Tribunales se ventilan las cuestiones de propiedad. La razón de la crítica radica en que, en opinión del autor, ya no hay litigios de propiedad, porque la Ley prejuzga la cuestión en favor de la demanialidad, sino sólo cuestiones de tipo administrativo. Si el procedimiento se ha tramitado correctamente, si el particular puede acceder al régimen concesional o si puede mantener la posesión frente a la recuperación de oficio, cuestiones todas ellas propias de un recurso contencioso-administrativo y no de un declarativo civil. No obstante, el propio autor confiesa que se trata más de una propuesta de *lege ferenda* que de una interpretación de nuestro Derecho actual, ya que la Ley de 1988 habla expresamente del posible ejercicio en este campo de «acciones civiles».

En el capítulo V GONZÁLEZ-VARAS analiza la jurisprudencia elaborada por nuestro Tribunal Supremo sobre esta materia, en particular la recaída tras la entrada en vigor de la Constitución, cuyo artículo 132 consagra el principio general de la demanialidad de las costas. Entiende que, en general, el Alto Tribunal no ha hecho una aplicación directa del citado precepto al que se atribuye meramente un valor probatorio al exigirse un mayor rigor en la prueba de las titularidades privadas, y que si bien el Supremo se muestra proclive al reconocimiento de la demanialidad de las costas, admite también la posible existencia de titularidades privadas si éstas traen causa de una fecha anterior a 1880, o bien los terrenos públicos fueron previamente desafectados, llegando incluso a sostener en Sentencia de 20 de enero de 1993 que han de quedar a salvo los derechos adquiridos a la fecha de la entrada en vigor de la Constitución.

Por su parte, en el capítulo VI, y tras la exposición anterior, GONZÁLEZ-VARAS descubre su propósito de señalar los nuevos criterios que emanados de la Ley de 1988 han de servir para la corrección de la jurisprudencia anterior. Tales criterios serían los siguientes: ampliación material del espacio físico del litoral, la superación de las excepciones admitidas por nuestra legislación histórica a la demanialidad de las costas, la inscribibilidad de éstas en el Registro de la Propiedad (destacando el autor el papel activo que la Ley otorga a esta Institución en la protección de nuestro litoral), y el reconocimiento de la facultad de recuperación de oficio. El criterio de la demanialidad absoluta, entiende el autor, que ni siquiera está excepcionado en las disposiciones transitorias de la Ley, en las que en todo caso lo que hay es el reconocimiento como compensación a la privación de la titularidad civil de meros derechos concesionales que habilitan el mantenimiento del uso ocupacional por un máximo de sesenta años (lo que, por otra parte, critica el autor como criterio excesivamente generoso que conduce a una situación que describe gráficamente como «demanialidad ocupada»). En la misma línea apunta el carácter restrictivo y excepcional con que la Ley de 1988 admite la desafectación del dominio público costero, no obstante, la doctrina jurisprudencial del «dominio degradado» que puede conducir al reconocimiento en favor de los particulares afectados por el deslinde de un plus de compensación indemnizatorio, frente a lo que el autor alega que ello no está previsto en el texto de la Ley, y que

el Tribunal Constitucional sancionó en este punto expresamente la constitucionalidad de tal texto.

Concluye el libro con un capítulo de «perspectivas» en el que se pone de manifiesto que para el logro de la demanialidad plena queda un largo proceso por delante que sin duda suscitará numerosos litigios jurídicos: el deslinde de toda la costa, el otorgamiento de los títulos concesionales y la espera hasta la extinción de éstos. Con el rumbo hacia ese fin, afirma GONZÁLEZ-VARAS que la vigente Ley de Costas lanza tres claros mensajes: a la Administración para que deslinde, a los Tribunales para que aplique criterios de demanialidad en los litigios de que conozcan y, por fin, a los Registradores de la Propiedad para que salvaguarden el dominio público frente a agresiones futuras denegando inmatriculaciones de bienes en zona demanial.

En suma, el libro es claramente polémico en sus planteamientos, hasta el punto de discrepar abiertamente de gran parte de su contenido el propio prologuista. Personalmente disiento de alguno de los puntos de vista manifestados por el autor (de lo que, en parte, da cuenta él mismo en el libro), pero, con todo, ello no puede empeñar la impresión que causa la lectura de la obra de encontrarnos en presencia de un estudio de gran altura científica, dotado de un aparato jurisprudencial y doctrinal muy exhaustivo, que interpreta con valentía, sugiriendo nuevos caminos en la hermenéutica jurídica de la materia que aborda. Se trata, sin duda, de la obra de un brillante administrativista.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad de Barcelona

CACHÓN BLANCO, JOSÉ ENRIQUE *200 preguntas sobre los mercados de valores*. Madrid, Actualidad Editorial, 1995. 392 págs.

JOSÉ ENRIQUE CACHÓN BLANCO es un gran experto en materia de mercados de valores, pues no en vano, tras desempeñar durante varios años el cargo de Agente de Cambio y Bolsa, realiza actualmente una importante labor como Corredor Colegiado de Comercio, en la plaza de Madrid, e imparte clases de Derecho Mercantil en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Complutense de Madrid.

El libro *200 preguntas sobre los mercados de valores* —como señala el autor en la introducción— presenta principalmente un carácter informativo y divulgativo, ya que *la información es la mejor protección del inversor*, haciendo fácilmente comprensibles lo que otros califican como complejas cuestiones sobre mercados de valores e inversiones.

JOSÉ ENRIQUE CACHÓN ha dividido la materia en quince partes. A saber:

A) *Cuestiones de carácter general* (preguntas 1 a 20). Y para resaltar la esencia divulgativa y práctica de la obra anoten, por ejemplo, las siguientes preguntas a las que el autor da cumplida respuesta en esta parte: ¿Es tan fácil ganar dinero en Bolsa como dicen algunos? ¿Pueden invertir los españoles en Bolsas extranjeras? ¿En qué consiste el depósito o administración de valores? ¿Es posible vender valores, propiedad de un menor de edad?...

B) *Cuestiones relativas al control de los mercados de valores* (preguntas 21 a 29). Aquí el autor responde a preguntas tales como: ¿Qué funciones tiene la Comisión Nacional del Mercado de Valores? ¿Qué es la información privilegia-

da (insider trading) y cómo se combate? ¿Qué infracciones existen en los mercados de valores?...

C) *Cuestiones relativas al mercado primario* (preguntas 30 a 35). En esta parte, JOSÉ ENRIQUE CACHÓN nos acerca a las emisiones de títulos-valores, explicándonos quiénes pueden ser «emisores», «colocadores», «aseguradores», en qué consisten los «folletos informativos», etc.

D) *Cuestiones relativas a los intermediarios* (preguntas 36 a 51). Aquí el autor explica qué son las Sociedades de valores y de valores y Bolsa, las Agencias de valores y de valores y Bolsa, las Sociedades Gestoras de Carteras. Detalla las facultades que, en relación con el mercados de valores, tienen los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, Sociedades Gestoras de Carteras y Corredores Colegiados de Comercio. También explica las funciones y obligaciones y otras muchas cuestiones relacionadas con los intermediarios en los mercados de valores.

E) *Cuestiones relativas a los valores: acciones, obligaciones y otros* (preguntas 52 a 75). En este lugar, el profesor CACHÓN BLANCO aclara el significado y el funcionamiento de todos los valores actualmente negociables, que sintetiza en los siguientes: Acciones (ordinarias y sin voto), derechos de suscripción, cuotas participativas de Cajas de Ahorro, Deuda Pública (Obligaciones y Bonos del Estado, Letras del Tesoro y títulos análogos de Comunidades Autónomas y Municipios), obligaciones privadas (simples, canjeables, convertibles, subordinadas, cupón-cero, etc.), Títulos Hipotecarios (cédulas, bonos y participaciones) pagarés de empresa, warrants, opciones, futuros, opciones sobre índices bursátiles, futuros sobre índices bursátiles, participaciones en Fondos de Inversión, participaciones en Fondos de Titulación Hipotecaria, acciones y valores extranjeros y participaciones en Fondos extranjeros. Además, explica el significado y el funcionamiento de los «bonos-matador», «bonos-basura», «bonos-bolsa», «blue-chips», «chicharros»...

F) *Cuestiones relativas a la Bolsa como Institución* (preguntas 76 a 89). ¿Qué mercados y valores existen en España? ¿Qué son los segundos y terceros mercados? ¿Quién coordina y dirige el mercado continuo? ¿Qué ventajas aporta un mercado unificado? ¿Existirá una Bolsa única europea? ¿Es posible la autocartera? Estas son algunas de las preguntas que JOSÉ ENRIQUE CACHÓN contesta en este apartado

G) *Cuestiones relativas a las operaciones de Bolsa: Contado, crédito, ampliaciones y otras* (preguntas 90 a 118). Así, por ejemplo, ¿qué es el «block trading»? «Block trading» quiere decir negociación en bloques o paquetes. Un paquete es una cantidad relevante de valores, es decir, 20.000, 50.000 valores, etc. La Bolsa y los demás mercados de valores están preparados para negociar tanto cantidades pequeñas (picos), como cifras estándar de títulos (lotes) o cifras elevadas (paquetes). Un paquete se forma de varios lotes —señala el autor—, que prosigue explicando: ¿Qué es una OPA? ¿Cuándo es obligatorio formularla? ¿Cómo se desarrolla? ¿Qué es la oferta competidora o contra-OPA? ¿Cómo defenderse contra una OPA? ¿Qué son las ofertas públicas de venta de valores? ¿Qué se entiende en Bolsa por «maquillaje»?...

H) *Cuestiones relativas a la Deuda Pública y al Mercado de Deuda Pública* (preguntas 119 a 123). ¿Qué es la Deuda Pública? ¿Clases? ¿Quién puede emitirla? ¿Qué operaciones tienen lugar en el mercado de Deuda Pública? ..

I) *Cuestiones relativas a las opciones, futuros y sus mercados* (preguntas 124 a 133). ¿Qué son las opciones? ¿Qué son los futuros? ¿Qué son los merca-

dos de opciones y futuros? ¿Qué funciones cumplen los mercados de opciones y futuros?...

J) *Cuestiones relativas a los mercados organizados* (preguntas 134 a 136). JOSÉ ENRIQUE CACHÓN explica aquí, entre otras cosas, ¿Qué es el mercado de renta fija AIAF (Asociación de Intermediarios en Activos Financieros)? ¿Qué valores se negocian en él? ¿Cómo se estructura el mercado AIAF? ¿Qué intermediarios actúan en el mercado AIAF?...

K) *Cuestiones relativas a las órdenes de Bolsa* (preguntas 137 a 145). ¿Qué criterios deben seguirse a la hora de redactar una orden de Bolsa? ¿Se pueden dar órdenes telefónicas? ¿Cómo se ejecutan las órdenes por lo mejor? ¿Qué son órdenes ligadas?...

L) *Cuestiones de Técnica Bursátil* (preguntas 146 a 156). ¿Qué variaciones puede tener el precio de un valor en un día? ¿Qué es una OPA de exclusión? ¿Qué se puede hacer con un valor que baja?...

M) *Cuestiones de Análisis Bursátil* (preguntas 157 a 176). ¿Cómo se elabora un índice? ¿Qué es el índice IBEX-35? ¿Cómo responde la Bolsa ante la inflación? ¿Qué influencias tienen las Bolsas extranjeras sobre la Bolsa española? ¿Qué es y qué mide el PER? ¿Qué es el rating y cuándo se aplica?...

N) *Cuestiones Fiscales* (preguntas 177 a 185). ¿Cuál es el tratamiento de las plusvalías de Bolsa? ¿Qué son los «Planes de Ahorro Popular»? ¿Cómo tributan los valores en el Impuesto sobre el Patrimonio?...

Ñ) *Cuestiones relativas a la inversión colectiva* (preguntas 186 a 200). ¿Qué son los Fondos de Inversión Mobiliaria? ¿Qué ventajas ofrecen? ¿Qué son los FIAMM? ¿Qué es un Fond-Tesoro? ¿Qué son los clubs de inversión? ¿Qué ventajas y problemas fiscales tienen los Fondos de Pensiones?...

El libro tiene, desde luego, un activo indiscutible: Hace asequibles muchos conceptos que «a priori» resultan incomprensibles. Es una obra sencilla pero no vulgar, sino excelente y de gran cultura económica y financiera. *Hay que leerla.*

IGNACIO SERRANO BUTRAGUÑO

D'ORS, ALVARO: *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Cívitas, Cuadernos, 1995.

Los escritos procedentes de ALVARO D'ORS siempre han provocado en mí la tentación de leerlos y, una vez leídos —despacio y subrayándolos— siempre me he sentido satisfecho y compensado. La figura del «enriquecimiento injusto o sin causa» aquí se convierte en un enriquecimiento justo y siempre respaldado por una causa. Al tratarse de un enriquecimiento de ideas, de mensajes, de orientaciones, de nuevas visiones, de enfoques diferentes, lo que el lector experimenta —lo que yo, lector, experimento— es gratitud. La tentación de leerle no lleva la penitencia de haber cedido a ella, sino la grandeza del agradecimiento por todo lo que se recibe. Y esto es así, aunque a veces no se esté de acuerdo con todo lo que dice. Pero cuando un maestro apostilla su trabajo con el subtítulo de «siete lecciones», se hace preciso asistir a las mismas y aprender de ellas.

El tema sobre el cual van a proyectarse las siete partes de la obra (naturaleza, verdad, patrimonio, potestad, persona, matrimonio y servicio) es el llamado derecho natural que el autor contempla en su triple dimensión de la

filosofía del derecho, de la postura de los moralistas y de los que hablan de «derechos humanos». El autor, más que hablar de «derechos humanos», considera que lo que existen son «deberes». Arranca de la definición de derecho natural que da GRACIANO («Es el que se contiene en la Ley —es decir, los Diez Mandamientos— y el Evangelio»), con una doble aclaración: *a)* Sólo interesa ahora aquello que puede ser objeto de juicios humanos socialmente organizados. *b)* El derecho natural no es aquello que pueda imponer la conciencia de cada uno, sino que es algo que se impone al hombre en virtud de la propia naturaleza y que no depende de las conciencias individuales o religiones, ni de una conciencia generalizada por una voluntad colectiva de los hombres.

Sentadas estas premisas en el Prólogo del estudio, se van exponiendo sucesivamente cada uno de los puntos de las siete lecciones que resultan difícilmente resumibles, pues en cada una se abordan temas que tienen conexión con el general, pero que conservan su autonomía. En forma muy sucinta daremos una versión que exige en todo caso el complemento de la lectura del original.

A. NATURALEZA

Esta primera parte o lección gira en torno a la idea de los preceptos naturales de la conducta humana que el derecho humano no debe infringir. Por ello el autor enfoca el «*derecho humano*» en un orden reducido que vincula a comportamientos socialmente relevantes, en tanto que el «*derecho divino*» afecta a las conciencias individuales por toda conducta humana. Ello le lleva a desarrollar los conceptos de naturaleza y sentido común, la vida como forma de reproducirse y perpetuarse, los términos responsabilidad y libertad (como forma de poder «optar» por una conducta), así como de las tres opciones: del bien, la conciencia y la noción natural del pecado. La legalidad y la legitimidad, con la inevitable relación con el concepto de lo «injusto» y la ley natural y sus excepciones, cierran esta primera lección, en la cual intencionadamente he omitido el tema de la mujer como especie del género humano y que no me atrevo a resumir por las dificultades que encierra.

B. VERDAD

Bajo la premisa de que la misma noción de lo natural es la que, al conocer sus límites, postula la necesidad de lo sobrenatural, de un Dios que todo ha creado, mantiene y rige, va desarrollando diversos puntos íntimamente relacionados: el deber natural de adorar a Dios, el error religioso (basado en que no todas las conciencias religiosas «estén en la Verdad»), los conceptos de verdad y veracidad que van concatenados con los de juramento y promesa, así como el tema de la omisión de la veracidad, el pluralismo religioso y confesionalidad social, terminando con el politeísmo, idolatría y sectas.

C. PATRIMONIO

La iniciación de esta lección abre el gran tema del dominio colectivo y la posesión particular. Todas las cosas sirven para la vida del hombre y consti-

tuyen su patrimonio. Pero esta posición del señorío patrimonial sobre las cosas no es originariamente individual, sino colectiva, en todo el género humano es el «señor» del resto de la Naturaleza creada por Dios. En conexión con ello se desarrollan los temas de la administración de los bienes distribuidos, las preferencias jurídicas, el comercio, la contratación y la herencia. Sitúa también el autor el problema del «no hurtarás», el abuso de la riqueza, la defensa de los bienes naturales, los conceptos de comunidad y sociedad, pueblo y suelo, subsidiariedad de la escala comunitaria, solidaridad popular, las relaciones entre comunidades distintas (relaciones societarias) y el orden mundial como límite.

D. POTESTAD

La idea que centra el tema de esta lección es la de que la potestad de unos hombres sobre otros es esencialmente distinta al dominio de los hombres sobre las cosas. La potestad sobre las personas es eminentemente moral, en tanto el dominio sobre las cosas es material. Centrado el tema, lo desarrolla tocando el punto de la paternidad, la potestad civil, la legitimidad de ejercicio, la autoridad, la coacción legal y sus consecuencias: las leyes penales, las leyes fiscales, las penas y la necesidad de defender lo público.

E. PERSONA

Perfectamente se delimitan por el autor los conceptos de hombre y persona. Lo que importa desde el punto de vista humano, no es el hombre sino la personalidad que accidentalmente exista entre esos hombres necesariamente relacionados unos con otros. Así el derecho natural incide de algún modo en el derecho humano que consiste en deberes de las personas, no del hombre en sí mismo. Con ello se pasa a la diferencia entre personas naturales y las morales o jurídicas y a los conceptos de representación, la identidad e integridad del propio cuerpo, el feticidio, la legítima defensa, la defensa del cuerpo y la reputación e intimidad. Temas todos ellos de acusada actualidad, que siguen exigiendo conceptos muy claros y que el autor plasma con auténtica maestría.

F. MATRIMONIO

Se sienta como premisa fundamental, según el derecho natural, la naturalidad del sexo, pues de la creación divina de la dualidad de sexos, de su unión en matrimonio, depende la propagación del género humano. Eso lleva al autor a tocar puntos como el del matrimonio contraído con la condición de no cumplir el fin matrimonial, la sodomía, la homosexualidad, la poligamia, la poliandria, el adulterio, la adopción, la fecundación artificial, que van siendo encuadrados o excluidos del derecho natural. Temas especialmente desarrollados son los de la familia legítima, la presunción de paternidad, educación de la prole, parentesco y patriotismo (como ampliación de la gran familia). Son temas de rigurosa actualidad que exigirían más meditación de la sociedad actual sobre ellos.

G. SERVICIO

Como principio general el autor ofrece la idea de solidaridad del género humano. Esta solidaridad natural se manifiesta en un deber de servicio no sólo al grupo colectivamente considerado, sino entre las personas que lo componen. Ello hace al autor reflexionar en temas concretos como la libertad de profesión, el trabajo productivo, la empresa, el servicio laboral, los conceptos de competencia y competitividad, desocupación laboral, usura, conflictos laborales, descanso y fiesta. La sola enunciación permite al lector darse cuenta que, al relacionarse con el derecho natural, exigen una respuesta que emana de las páginas del trabajo.

Creo que para terminar esta reseña viene muy oportuna la cita de R. TAGORE en sus conceptos de servicio y alegría: «Yo dormía y soñé que la vida era ALEGRIA. Me desperté y vi que la vida era SERVICIO. Serví y comprendí que el servicio era la ALEGRIA». Con servicio y alegría será la forma de seguir entendiendo que el derecho natural deba ser límite del derecho positivo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*. Ministerio de Sanidad y Consumo Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1994, 254 págs.

El origen de esta interesante monografía está en la ponencia presentada por el autor, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante, en el Primer Congreso Nacional del Derecho del Consumo, celebrado en Oviedo en 1989 y que tenía por objeto «La compraventa y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», actuando como moderador de la misma el profesor LACRUZ.

Como señala CABANILLAS SÁNCHEZ, en los años transcurridos desde entonces, el panorama ha cambiado totalmente debido a la promulgación de algunas disposiciones legales, que en desarrollo de la LCU contemplan específicamente la vivienda y, en concreto, el arrendamiento y la compraventa de la misma.

Tiene este trabajo un gran interés teórico y práctico, ya que la vivienda constituye en la actualidad uno de los productos de consumo cuyo uso se halla generalizado: en el año 1991, la vivienda es el sector sobre el que se produjeron más reclamaciones en las asociaciones de consumidores y en las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, más concretamente un 22 por 100 del total de las reclamaciones. En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del Real Decreto de 21 de abril de 1989 establece que *la vivienda constituye en la actualidad uno de estos productos de uso ordinario y generalizado. Su utilización mediante compra o en arrendamiento constituye una actividad no sólo cotidiana, sino de gran trascendencia en la vida del consumidor*.

La monografía diversifica su contenido, sin perder su estudio a la luz de las normas de protección al consumo, entre la compraventa de viviendas y los contratos de arrendamiento de las mismas.

La obra se halla estructurada en siete capítulos, precedidos de una introducción y con una exhaustiva información bibliográfica al final de la misma.

El capítulo I fija y determina los presupuestos sobre los que gira la protección del consumidor en esta materia.

En primer lugar se delimita la figura del consumidor, como la persona que adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, bienes inmuebles. En esta definición, que excluye del concepto de consumidor a aquéllos que adquieren bienes inmuebles para revenderlos o ceder su uso a terceros, ha sido enfatizado el concepto de consumidor por dos Leyes autonómicas (Galicia y Andalucía) mediante la referencia al uso personal, familiar o doméstico que de la vivienda hace su titular o usuario.

El otro polo sobre el que gira esta materia es la consideración del vendedor o arrendador de la vivienda como empresario o profesional.

Los principios que inspiran esta normativa se basan precisamente en la situación de desigualdad en que se haya el consumidor frente a quien le proporciona el uso o la propiedad de la vivienda. No parece admisible —señala el autor— que se proteja como consumidor a un particular frente a otro particular, que no ejercita una actividad empresarial o profesional.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982 excluye del ámbito de intervención de la normativa protectora del consumidor a aquellas operaciones aisladas, no imputables al tráfico de una empresa inmobiliaria.

Del mismo modo se pronuncia el artículo 1.º del Real Decreto de 21 de abril de 1989, respecto del arrendamiento, al establecer que éste debe realizarse en el marco de una actividad empresarial o profesional.

El ámbito objetivo de esta normativa lo constituye la vivienda, cuya específica protección ya se produce desde la propia constitución cuando su artículo 47.1 establece el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada.

El elemento delimitador del concepto de vivienda es su destino al uso de residencia habitual y permanente, y en este requisito coincide la mayoría de la legislación (LAU, RDL de 31 de octubre de 1978, Ley de 27 de julio de 1968 o Ley de la Comunidad de Cataluña, de 29 de noviembre de 1991).

No se distingue en esta materia entre vivienda habitual o secundaria, unifamiliar o en régimen comunitario. También se extiende la protección del Real Decreto a los elementos accesorios y a la participación de los elementos comunes, si bien respecto de los primeros sólo se aplicará el Real Decreto cuando su adquisición se efectúe conjuntamente con la vivienda y por tanto no quedando sujetos a la aplicación del mismo cuando la adquisición se efectúe de manera autónoma y desvinculada de la vivienda.

En cuanto a los arrendamientos, sólo gozarán de la protección que establece el Real Decreto aquéllos que se hallen sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, punto este censurado por el autor, ya que hace escapar de su protección a los llamados arrendamientos de temporada, de gran importancia en un país de marcado carácter turístico como el nuestro, que quedan sujetos a su normativa específica constituida principalmente por la Orden de 17 de enero de 1967 y el Real Decreto de 15 de octubre de 1982.

Por último quedan también excluidos del ámbito de aplicación de esta normativa las ventas que se efectúen mediante subasta pública, judicial o administrativa, medida desafortunada a juicio de quien esto escribe, debido a la pérdida de hecho del carácter de públicas que debían tener estas ventas, sobre todo en lo relativo a las subastas judiciales.

El capítulo II estudia el ámbito de aplicación de la normativa estatal y autonómica.

Diversas Comunidades Autónomas establecen en sus respectivos Estatutos su competencia exclusiva en materia de defensa del consumidor (así, País Vasco, Cataluña, Andalucía, Comunidad Valenciana y Navarra). En los restantes Estatutos se atribuye competencia a la correspondiente Comunidad Autónoma solamente para la ejecución de la legislación del Estado.

Por esta causa se plantea el problema de si la normativa estatal que protege al consumidor en el ámbito de la vivienda invade la competencia de las Comunidades Autónomas en esta materia.

La cuestión ha sido resuelta por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982, que declara supletoria la aplicación del Real Decreto de 21 de abril de 1989, respecto a la legislación autonómica, excepto los artículos 3.2 y 10, que son de aplicación preferente.

El capítulo III aborda el estudio de la oferta, la promoción, la publicidad y la información en la venta o el arrendamiento de vivienda. El texto de la Ley impone el principio de veracidad a la oferta, promoción y publicidad, ya que del artículo 13.1 LCU, la obligación de información se configura como precontractual de acuerdo con la construcción del Derecho francés de este tipo de obligaciones basadas en la necesidad de atenuar la desigualdad de información de las partes. Desde este punto de vista las informaciones de carácter precontractual se pueden clasificar en dos grupos, las que se refieren al objeto del contrato y las relativas a las condiciones jurídicas de adquisición del bien o de la contratación del servicio.

A continuación, el autor hace un minucioso y exhaustivo estudio sobre los extremos concretos que ha de contener la información suministrada al consumidor, incluyendo la normativa autonómica, cuyo estudio en detalle excede de la extensión y razón de estas líneas. En especial, ha de reseñarse la necesidad de una información completa y detallada de la descripción y características del inmueble y sus anejos y servicios que excedan de lo que comúnmente se entiende comprendido en el edificio como elemento común y que debe tener acceso al Registro de la Propiedad a través de la correspondiente escritura pública.

El capítulo IV trata del documento contractual de compraventa o de arrendamiento de vivienda, en cuya redacción debe observarse el principio básico de la claridad y sencillez.

El artículo 10.a) LCU realiza una formulación general relativa a la utilización de condiciones generales en los contratos, entendiéndose por tales las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa o unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Por ello este tipo de contratación es el que exige ineludiblemente que deba adoptarse un control riguroso, como el que previene la LCU y el Real Decreto de 21 de abril de 1989, que impida las situaciones de abuso en la contratación, respecto a la parte contractual económicamente más débil. Este control-protección se rige por los siguientes principios: 1.º Los documentos contractuales de compraventa o arrendamiento de vivienda deben ir redactados con la debida claridad y sencillez; 2.º No es admisible la referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato de compraventa o arrendamiento de vivienda. Por último, se resalta en este capítulo el fenómeno del resurgimiento del formalismo como una eficaz técnica de protección de los

consumidores, en cuanto garantía complementaria del consentimiento, ya que el contrato ha de constar necesariamente por escrito (arts. 9 y 10 del Real Decreto de 21 de abril de 1989) aunque llama poderosamente la atención que la norma se circunscriba a la venta sin aludir al arrendamiento. Por otra parte, la obligación de entregar copia del contrato al comprador por y a costa del vendedor, tiene un extraordinario valor probatorio.

El capítulo V contempla la integración del contrato de compraventa o arrendamiento de vivienda. En este sentido hay que tener en cuenta que las lagunas del contrato producidas por la falta de previsión de las partes en cuanto al contenido del contrato, deben ser integradas por la normativa legal. Sin embargo, esta integración contractual no se basa tanto en un intento de presumir la omitida voluntad de las partes como en una labor objetiva de regulación del contenido del contrato efectuada directamente por la norma legal. Y una concepción social del Derecho y de la economía no puede por menos de proteger, mediante esta función integradora, los intereses de la parte más débil.

El capítulo VI trata del control del contenido de las condiciones generales del contrato de compraventa o arrendamiento de vivienda. El sistema que sigue nuestra legislación consiste en la formulación de una cláusula general de control del contenido y una enumeración casuística y no exhaustiva de cláusulas prohibidas, conforme al modelo utilizado en las diversas leyes de control de las condiciones generales de los contratos y en especial por la Ley alemana de condiciones generales de 1976. Esta regla general está contenida en el artículo 10 del Real Decreto de 21 de abril de 1989, que establece que los contratos de compraventa o arrendamiento de viviendas igualmente deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones. Esto no significa —como hace notar DE CASTRO— que los que contraten estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener una adecuada justificación para ser eficaces. El Real Decreto de 21 de abril de 1989 establece diversas cláusulas que se consideran prohibidas, pero no se trata de una lista cerrada. Esto significa que el proceso de concreción, a partir de los citados principios, habrá de ser continuamente hecho por los Tribunales. Sin embargo, el Real Decreto no ha seguido el criterio de la Ley alemana de condiciones generales que distingue entre los supuestos en que se deja a la apreciación judicial declarar la ineficacia de la cláusula y aquellos otros en que se declara la ineficacia de la cláusula sin posibilidad de apreciación por parte del juez. En el sistema seguido por nuestra legislación las cláusulas prohibidas se consideran nulas de pleno derecho y por tanto no puestas, siendo posible incluso la nulidad parcial del contrato. Sigue a continuación un estudio detallado de las diversas cláusulas prohibidas cuyo resumen excede de las dimensiones de este trabajo y a cuyo lugar correspondiente en la obra me remito.

Por último, el capítulo VII recoge el estudio de las sanciones administrativas por infracción de las normas que protegen al comprador o arrendatario de vivienda. El Real Decreto señala claramente cuándo se produce una infracción en materia de protección del consumidor: cuando tiene lugar el incumplimiento de cualquiera de los preceptos que aparecen en el Real Decreto. En cuanto a las clases de infracción, el Real Decreto se remite al artículo 35 LCU, desarrollado por los artículos 6, 7 y 8 del Real Decreto de 22 de junio de 1983, que distingue entre infracciones leves, graves y muy graves. El artículo 11.3

del Real Decreto de 21 de abril de 1989 prescribe que las infracciones serán sancionadas con multa de acuerdo con la gradación establecida en el artículo 36 de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

ANTONIO JIMÉNEZ CLAR

SERRANO ALBERCA, JOSÉ MANUEL: *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995. Un tomo de 324 págs.

Que la propiedad del Código Civil se parece muy poco a la regulada por la actual Ley del Suelo es una idea inicial tan patente que no precisa de muchas aclaraciones.

Recuerdo que a raíz de la publicación de la reforma de la Ley en 1990, en unas jornadas que para su estudio organizó el Colegio de Registradores de la Propiedad, ya se mostraron fuertes críticas por algunos de los asistentes. Para los civilistas, esa invasión de las normas de tinte público, o más bien socializador, en la esfera privada, suponía un ataque no muy justificado al antes venerable o al menos respetado ámbito de la esfera patrimonial de la persona.

Pero las cosas se están desarrollando así y ya parece que no admiten vuelta de hoja. Antes el dueño de una tierra podía edificar en ella cuando lo considere conveniente para su utilidad; aquellas «limitaciones establecidas en las leyes», a que se refería el propio Código, podían contarse con los dedos de una mano y eran de tan pequeña entidad que casi no repercutían en la práctica. La edificación era una accesión del dominio, una naturalísima manifestación del *ius utendi* del dueño, y aunque ya se empezaban a exigir licencias municipales, éstas no pasaban de ser un simple trámite burocrático, siempre concedido a cambio de unas menguadas tasas para aliviar los presupuestos.

Ahora es distinto. La Ley del Suelo ha puesto las cosas más difíciles, introduciéndose incluso en el ámbito rústico. La nueva regulación, según nos han dicho autorizados tratadistas, ha convertido al propietario en un simple solicitante de licencias y permisos a la omnipotente Administración.

No hay más que ver el emblemático artículo 23 de la Ley del Suelo que organiza el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria a base de una gradual adquisición de fases sucesivas y encadenadas: Primero, urbanizar el suelo; después, obtener el aprovechamiento urbanístico adecuado y luego edificar; pero esta edificación no se integra en el patrimonio del dueño del suelo si no se ha hecho con arreglo a licencias concordadas con una ordenación predeterminada. Por tanto, hay que ir adquiriendo esas facultades, una tras otra, mediando las correspondientes bendiciones administrativas.

Traigo a colación un feliz símil que se expuso en aquellas jornadas del Colegio de Registradores. Se dijo que este flamante título de la propiedad urbanística así concebido, no pasa de ser un billete de acceso a una escalera sin barandilla, cuyos peldaños y descansillos son inestables y peligrosos y en los que, desde luego, no hay señorío alguno sobre la cosa, como no sea ocasional, fraccionado y reducido. Nuestro compañero JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ dijo que el proceso era comparable a las marchas de un automóvil, pero en malo; para meter la primera, hay que contar con autorización de la Administración; para la segunda, que exista un plan de ordenación; en la tercera hace falta decisión de poner el coche en marcha y sólo la última supondrá que el

coche es del propietario; pero si se le ocurre utilizar el freno o la marcha atrás, hay expropiación, ya no hay propiedad de nada.

Estas ideas las he recordado al leer este interesantísimo libro que estamos presentando, escrito por el profesor JOSÉ MANUEL SERRANO ALBERCA, profesor de Derecho Administrativo y Letrado de las Cortes Generales, obra importante al exponernos con gran claridad y loable precisión las reflexiones que la nueva regulación producen al autor.

Como se manifiesta en el propio título del libro, se estudia la actual Ley del Suelo enfocando su temática desde tres prismas que son el régimen jurídico general de la propiedad del suelo, las especialidades que contiene la Ley en cuanto a la expropiación y las cuestiones de la valoración del suelo.

1.ª PARTE: EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO. SU REGIMEN JURIDICO

Punto inicial para abordar la problemática actual del derecho de propiedad es considerar que éste está siempre influido por el ambiente histórico en el que se formula, ya que en cada época se enfoca de modo diferente la contraposición entre las facultades del propietario y sus limitaciones. Así llegamos a las modernas ideas sobre la función social que no sabemos si serán las definitivas o habrán de ser superadas por distintas concepciones. De momento, nuestra Constitución recoge el reconocimiento y la modulación social a la vez en el artículo 33, y concede a la propiedad la garantía de la reserva de Ley en el artículo 53.

Para una más completa idea del tema, el autor acude al Derecho comparado, exponiendo el régimen de la propiedad del suelo en el Reino Unido, Alemania, Italia y Francia, como países más próximos a nuestro entorno, para pasar a estudiar después nuestro propio sistema. Empieza por los textos de la Ley del Suelo de 1956 y 1975, analizados a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para pasar después a la Constitución y la Ley vigente, ya con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La actual doctrina supone un amplio abanico que el libro recoge y que es muy interesante de leer, pero que por razones de espacio no podremos resumir tal como quisiéramos.

La teoría tradicional sigue más bien la línea civilista que se apoya en el artículo 348 del Código Civil y concede al propietario todas las facultades de uso, disfrute y disposición, sin más limitaciones que las excepcionales fijadas en las leyes. La teoría estatutaria parte del principio contrario de que no existe un contenido o núcleo esencial de la propiedad; este derecho puede y debe ser regulado por la Ley y el Plan sin limitación, porque el urbanismo es una función pública que no debe estar en manos del propietario, sino de la Administración. La teoría del contenido esencial, que desarrolla el autor, parte de que el derecho de propiedad sí tiene, como previo a la Ley, un contenido esencial formado por las facultades de uso y disposición y que se manifiesta en todas las actividades económicas posibles. El *ius aedificandi*, nos dice, es una de esas facultades integrantes del contenido esencial de la propiedad del suelo; la Ley podrá delimitar, a través del plan, el ejercicio de ese *ius aedificandi*, pero nunca su adquisición. Por eso critica el sistema de la Ley del Suelo vigente porque deja el derecho de propiedad del suelo vacío de contenido; en efecto, el derecho de edificar no se reconoce *prima facie* al propietario, sino que se le otorga por el plan con sometimiento a unos deberes que disgregan

la propiedad en una serie gradual y sucesiva de etapas sujetas a licencia. Por ello nos dice el autor, con mucha razón, que esta regulación legal, que lleva hasta sus últimas consecuencias los postulados de la teoría estatutaria y se fundamenta en ideologías colectivistas, no respeta las garantías que la propia Constitución establece para la propiedad.

2.ª PARTE: LA EXPROPIACION FORZOSA DEL SUELO

La institución de la expropiación, tradicionalmente regulada por las leyes, es tratada de modo especial en la Ley del Suelo, cuyo artículo 7 contiene dos principios básicos del urbanismo que inspiran una estructura coherente del régimen del suelo. Son el reparto de beneficios y cargas y la participación en las plusvalías; estas técnicas implican compensaciones en especie del *ius aedificandi*, que consiguen una equiparación razonable, aunque no llegue a una igualdad plena.

El libro contiene una amplia exposición de la materia de la expropiación urbanística, explicando cómo se trata de obtener con ella los terrenos para sustentar los sistemas generales y las dotaciones locales bajo el principio de la equidistribución entre todos los afectados, según los diversos supuestos posibles. También se estudia el problema de los patrimonios públicos del suelo y el de los medios para conseguirlos, entre ellos la expropiación, las ventas forzosas, tanteos y retractos legales.

El autor resume su doctrina diciéndonos que la actual Ley del Suelo ha desperdigado en su texto un conjunto de causas de expropiación que se han configurado en realidad como ilícitos urbanísticos que se sancionan no sólo con el acto expropiatorio sino a veces, también, con supresión o reducciones en el aprovechamiento urbanístico como consecuencia de incumplimiento de cargas. Por eso considera que esta regulación es confusa y debe ser modificada mediante el establecimiento de claros criterios de aplicación

3.ª PARTE: VALORACION DEL SUELO

Fue uno de los objetos principales de la Ley de reforma de 1990, y su normativa se ha trasladado a la Ley del Suelo vigente de 1992.

La valoración del suelo está en relación directa con su utilidad y ésta es el reflejo del conjunto de facultades del derecho de propiedad, especialmente el *ius aedificandi*. Aquí juegan dos conceptos importantes que son la plusvalía y las expectativas urbanísticas.

El autor estudia ambos conceptos diciéndonos que la plusvalía es el aprovechamiento urbanístico una vez que se han cumplido las condiciones legales para el ejercicio del derecho a edificar, mientras que la expectativa es la esperanza del aprovechamiento en razón de circunstancias objetivas que se ponen de manifiesto por la actuación de la Administración. Repasa los varios métodos o criterios que pueden seguirse para obtener la valoración, como pueden ser el valor de mercado, el criterio fiscal, el de expropiación y el urbanístico.

Tras ver los métodos seguidos por las leyes anteriores, analiza el de la Ley de 1990 y la actual, considerándolo confuso: Dice que el criterio objetivo acude a la clasificación de los terrenos atribuyéndoles el valor inicial o el urbanístico;

el subjetivo se aplica en dos supuestos, uno el del suelo programado pero sin desarrollo, y otro en el de haberse adquirido el derecho a urbanizar. El criterio sancionador o expropiatorio se aplica cuando hay incumplimiento de deberes y cargas.

La Ley del Suelo vigente regula, pues, las valoraciones de modo confuso y complicado, y no resulta fácil acercarse al único valor que, según el autor, debería tenerse en cuenta, que es el valor de mercado.

El libro contiene un completo tratamiento de estos problemas urbanísticos y sus conclusiones podrán parecer polémicas, pero las creemos plenamente acertadas. No estaban tan descaminados aquéllos que nos dicen que la Ley del Suelo ha venido a transformar al propietario en simple concesionario. Una cosa es admitir el sentido social de la propiedad del suelo y otra distinta el sometimiento continuo y por principio a la férula de la licencia administrativa omnipresente.

El libro termina con unas certeras conclusiones que resumen una doctrina que consideramos acertada del todo. Se lee con una gran atención, porque cada cuestión tiene un tratamiento justo y muy claro.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MEDINA DE LEMUS, MANUEL: *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995. Un tomo de 371 págs.

Ante la invasión creciente de las normas administrativas en el ámbito de los derechos privados, los civilistas se preguntan, no sin cierto temor, si este fenómeno puede llegar a suponer una deformación de los conceptos clásicos que hasta ahora se consideraban intangibles.

Donde más se nota esta influencia publicista es en el derecho de propiedad, manifestándose en las nuevas regulaciones que aparecen en los códigos y leyes más modernas. Para unos se trata de una superación del concepto dogmático pretérito que va siendo rebasado por la evolución jurídica de este siglo, como consecuencia de los nuevos acontecimientos económicos y sociales de nuestros días; para otros, el núcleo inicial permanece en pleno vigor y ese núcleo sigue siendo básico, porque dichas transformaciones no habrían sido posibles sin la preexistencia de ese concepto principal que subsiste.

Este es el punto central de este acabado estudio sobre los nuevos conceptos del urbanismo en sus efectos sobre la propiedad del suelo que ha realizado el profesor de Derecho Civil de la Universidad Complutense, MANUEL MEDINA DE LEMUS y que ha sido editado por el Centro de Estudios Registrales, dado el interés que el tema suscita para los registradores y el notable valor científico de la obra.

Lo curioso es que este libro no haya sido objeto de comentario antes en las páginas de nuestra Revista, y es que parece que llama más la atención lo lejano que lo cercano.

Decíamos que la pregunta inicial del autor es que si el concepto de propiedad que late en los Códigos Civiles, aunque no haya desaparecido del ordenamiento jurídico y haya servido de base para una expansión extraordinaria de la estructura económica y social, subsiste todavía; y en caso positivo, en qué medida comparte su hegemonía, de modo total o sólo parcialmente.

La cuestión, ciertamente, no es baladí ni se reduce a términos puramente académicos, pues se trata de saber cuáles son realmente los poderes y los deberes de los propietarios, cómo se adapta la propiedad privada a las diversas clases de bienes y cuál es la función de la propiedad según los diversos sistemas políticos que intentan regularla. Es un problema de difícil equilibrio, nos dice el autor, donde juegan lo político, con sus diversas ideologías, y los intereses públicos y privados. Por ello el tema no puede reducirse a contemplar un prurito mal entendido entre prioridades de disciplinas, ni es un simple conflicto entre viejos y nuevos conceptos o escuelas; se trata más bien de cumplir las exigencias técnicas que reclaman la colaboración de todas las ramas jurídicas para dar una respuesta adecuada a las necesidades que plantea la sociedad desde una concepción integral de la justicia.

Naturalmente la cuestión se enfoca y concreta hacia la propiedad del suelo urbano tal como la contempla la actual legislación. La Ley del Suelo ha sido tachada de inconstitucional por parte de la doctrina, con el argumento de que ignora el principio de libertad que corresponde al derecho de propiedad, sustituyéndolo por un opuesto principio de exagerado dirigismo público.

El autor aborda el tema estudiando y comentando con detalle los tres párrafos del artículo 33 de la Constitución y considera que se ha conseguido una feliz conjunción de intereses y bienes en juego, por lo que debe alejarse toda interpretación que vea en este punto un choque irreductible de posiciones. El legislador, nos dice, está obligado a regular los diversos regímenes del derecho de propiedad de tal manera que haga conveniente para el particular la utilización de los bienes para fines socialmente útiles.

El capítulo I del libro se dedica a estudiar el reconocimiento de la función social de la propiedad urbana en la Constitución recogiendo, tras el planteamiento e introducción que hemos resumido, unas acertadas ideas sobre el significado y alcance de la propiedad privada y cuyo reconocimiento inicial es básico para todo el desenvolvimiento posterior de las tesis sobre la función social a efectos de delimitar las facultades del dueño. El profesor MEDINA sopesa estas teorías y considera que el texto de los artículos 33 y 53 de la Constitución refieren los efectos de la función social no directamente sobre los bienes, sino más bien en relación con los derechos que recaen sobre ellos y por tanto adquiere verdadera significación y relevancia con ocasión del ejercicio de los mismos.

En el capítulo II se aborda el estudio del contenido esencial de la propiedad privada, basado constitucionalmente en su artículo 53.1, donde se proclama el principio de la reserva de Ley respecto al derecho de propiedad, al establecer que sólo mediante normas de tal rango podrá regularse su ejercicio y respetando, además, su contenido esencial. Hay, pues, una garantía material que protege las facultades de goce y disposición, y otra formal que es la reserva de ley. Ambos aspectos son estudiados detalladamente en el libro con una clara exposición.

En el capítulo III se entra ya en la cuestión central de la obra que es la propiedad urbana, partiendo de sus ideas generales que tratan de presentarnos el moderno fenómeno del urbanismo, clara manifestación de normativa pública y administrativa que se introduce en el ámbito privado de la propiedad del suelo que es su materia prima en un difícil encaje. Ríos de tinta se han escrito, múltiples son las disposiciones, y creo que miles ya las sentencias sobre el tema. El Derecho Urbanístico puede ya presumir de la suficiente entidad como para constituir una importante rama del Derecho. El autor resume con acierto

las discusiones doctrinales sobre si la propiedad urbana constituye una auténtica categoría autónoma. Y hablando de autonomías, pero ya en el otro sentido, también el autor aborda la nueva cuestión de las competencias de las Comunidades en permanente pugna con las estatales. Un completo capítulo que el profesor MEDINA concluye diciéndonos que si bien la propiedad urbana ofrece peculiaridades suficientes para una consideración especial, ello no obsta a la unidad del sistema, puesto que goza de un reconocimiento constitucional y tiene un contenido y unas condiciones básicas que deben ser respetadas en todo caso.

Y tras estas directrices de carácter general, en los capítulos IV y V del libro se estudian los supuestos que la actual Ley del Suelo ofrece al regularlo y que arrancan a partir de la Ley de reforma de 1990. Partiendo de la clasificación del suelo en urbano, no urbanizable y el intermedio de urbanizable (cuya dicotomía entre programado y no programado acaba de desaparecer por vía de reciente Real Decreto-Ley), se estudia el estatuto básico de los derechos y deberes de la propiedad urbanística y que obedecen a los principios básicos de la función social de la propiedad, la no indemnización por la ordenación, la participación en las plusvalías y el reparto equitativo y utilización del suelo conforme al planeamiento.

De acuerdo con estos principios se establecen en la Ley los deberes básicos de los propietarios y que se centran esencialmente en la incorporación al proceso urbanizador y las pautas para la adquisición gradual de facultades, con los consiguientes deberes de uso y conservación de lo urbanizado.

El sistema gradual de adquisición de esas facultades urbanísticas que se regula en el artículo 23 de la Ley del Suelo (derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento, derecho a edificar y derecho a la edificación) ha sido objeto de fuerte vapuleo por varios distinguidos autores; me remito a la Tesis Doctoral de mi hijo, JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN, donde se recogen estas justificadas críticas. Eso de ir subiendo peldaño a peldaño por una escalera, pero sin pasamanos, por estar sujeta a una rigurosa intervención administrativa y expuesta al frenazo y aun al batacazo definitivo, es algo difícilmente armonizable con la idea básica del dominio que nos servía de mojón inicial. Pero, en fin, la Ley es la Ley. Y aquí el autor nos expone bien y con detalle el sistema legal, aunque sin entrar en las discusiones apuntadas.

El último capítulo, que es el VI del libro, se dedica a la nueva figura del aprovechamiento urbanístico, que está adquiriendo una relevancia cada vez mayor, no sólo en la doctrina, sino en la práctica de las actuaciones sobre el suelo. Las administraciones públicas actuantes, especialmente los ayuntamientos, echan mano con frecuencia de estos aprovechamientos que les proporcionan rentables ventajas en suelo y medios de pago para las expropiaciones. También se ha escrito mucho sobre los aprovechamientos y sus transferencias, en este libro se recogen las teorías y la regulación legal con una gran claridad, dándonos bastante luz sobre este novedoso tema, no siempre claro.

En definitiva, este libro es una obra sobre la propiedad que contiene las suficientes ideas básicas y una exposición legal bastante completa sobre el debatido tema del suelo urbano. Como cada vez se aplica más la normativa urbanística, no cabe duda de la oportunidad y la utilidad de este libro, que recomendamos como necesario para nuestros profesionales.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 619 (Abril 1996)

«Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Principales aspectos prácticos de la nueva regulación y problemática de su aplicación», por CESÁREO DURO VENTURA, pág. 3289

SUMARIO: A) PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTION Y CONSIDERACIONES PREVIAS.—B) SOBRE EL BAREMO VINCULANTE.—C) NOVEDADES Y PROBLEMAS DE LA NUEVA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACION DE VEHICULOS A MOTOR: 1. ARTICULOS 1.1., 1.2. Y 3.—D) LA MORA DEL ASEGURADOR; EL INTERES APLICABLE: 1. EL ARTICULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO. 2. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR.

«El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994», por TERESA MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 3309

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO.—II. CONCORDANCIAS CON LAS DISTINTAS LEYES SOBRE FUNDACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.—III. EL PRECEPTO LEGAL.—IV. NOCIONES PREVIAS SOBRE LA COMPOSICION DEL PATRIMONIO DE LAS FUNDACIONES.—V. REGIMEN DE AUTORIZACIONES: CONTROL DEL PROTECTORADO.—VI. ACTOS DE DISPOSICION DE DONACIONES O SUBVENCIONES.—VII. INSCRIPCION DE LAS ENAJENACIONES O GRAVAMENES EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES.—VIII. EJECUCION Y EMBARGO DE LOS BIENES DE LAS FUNDACIONES.

COMENTARIO: Comienza la autora realizando un examen de los antecedentes del precepto constituidos inicialmente por las leyes desvinculadoras del siglo XIX, esto es, la Ley de 1 de mayo de 1855 y el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, cuyos principales efectos consistieron en el empobrecimiento progresivo de los patrimonios fundacionales. Analiza también el tema referente al régimen de autorización en caso de enajenación de bienes según el tipo de fundación, tanto si son de beneficencia particular, como culturales o laborales, deteniéndose finalmente en el Anteproyecto de Ley de fundaciones de 1981, el cual no contenía ninguna norma sobre la necesidad de autorizaciones para la disposición de bienes de la fundación, siendo la norma genérica la de dejar en libertad a las fundaciones para gestionar sus recursos.

El siguiente punto objeto de análisis, se centra en la distinta regulación existente en las Comunidades Autónomas sobre fundaciones, en concreto en Cataluña, Galicia, Canarias y País Vasco.

Tras exponer el contenido íntegro del artículo 19 de la Ley de Fundaciones, estudia con mayor detenimiento la composición del patrimonio de las mismas, patrimonio constituido no sólo por la dotación (capital fundacional más el 30 por 100 de los ingresos netos, una vez deducidos impuestos y gastos de administración), sino también activo circulante de la fundación, sin olvidar toda clase de bienes (valores mobiliarios, bienes inmuebles) y derechos (derechos reales de propiedad, derechos reales limitados, derechos de crédito, derechos sobre bienes inmateriales y derecho hereditario), teniendo en cuenta, además, que los fines de interés general de las fundaciones no impiden que realicen actividades mercantiles. Otros puntos de interés son los relativos a la responsabilidad de la fundación, la rentabilidad del patrimonio y la necesidad de su existencia actual.

A continuación desarrolla el régimen de autorizaciones, esto es, el control del protectorado. Comienza señalando la necesidad de que si bien es cierta la necesidad de la función fiscalizadora del protectorado, ésta «debía haberse canalizado atendiendo al criterio de efectiva necesidad y a través de aprobaciones y comunicaciones posteriores» al igual que ocurre en la legislación catalana y en la vasca. A su juicio, debería haberse cambiado la noción clásica de protectorado. Repasa toda la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de 30 de diciembre de 1992, a fin de exponer y detallar cuáles fueron los distintos argumentos utilizados para mantener el sistema de control del protectorado.

Por último, entra en un breve repaso relativo a la necesidad de autorización cuando se lleven a cabo actos de disposición de donaciones o subvenciones (art. 19.1), en la obligación de la inscripción de las enajenaciones o gravámenes en el Registro de Fundaciones (art. 18), en la ausencia de norma de la Ley de Fundaciones relativa a la ejecución y embargo de bienes fundacionales, donde el problema central se centra en determinar si ante el silencio de la Ley, y, a tenor de su Disposición Derogatoria, realmente están vigentes tanto el Decreto de 14 de marzo de 1899, como el Decreto de 21 de julio de 1972, los cuales, sin suponer la inembargabilidad de los bienes fundacionales, establecen un procedimiento de ejecución de los créditos para el cumplimiento de sus obligaciones.

«La regla de reconocimiento y el Derecho comunitario (Un análisis del Derecho comunitario desde la Teoría del Derecho)», por FRANCISCO LÓPEZ RUIZ, pág. 3329.

SUMARIO: 1. VALIDEZ Y REGLA DE RECONOCIMIENTO.—2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS: 2.1. EL PRINCIPIO DE APLICABILIDAD INMEDIATA. 2.2. LA APLICABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO. 2.3. PRIMACIA DEL DERECHO COMUNITARIO.—3. EL DERECHO COMUNITARIO DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO.

«Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», por JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ LUCAS, pág. 3355.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. EVOLUCION HISTORICA.—III. LEGISLACION VIGENTE.—IV. NATURALEZA JURIDICA: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. TESIS JURÍDICO PRIVADA: EL RECARGO COMO INDEMNIZACION CIVIL. 3. TESIS JURÍDICO PÚBLICA: EL RECARGO COMO SANCIÓN ADMINISTRATIVA: 3.1. *Sanciones administrativas*. 3.2. *El recargo por falta de medidas de seguridad e higiene como sanción administrativa*.—V. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y EL RECARGO POR FALTAS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE: 1. EL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM». 2. IDENTIDAD SUSTANCIAL ENTRE EL RECARGO Y LOS ILÍCITOS PENALES. 3. IDENTIDAD SUSTANCIAL ENTRE EL RECARGO Y LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE LA LISOS.

«La identificación de la pretensión punitiva y derecho de defensa», por José ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO, pág. 3459.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. LA PRESCRIPCION CONSTITUCIONAL DE TODA INDEFENSION.—2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA IDENTIFICACION DE LA PRETENSION PENAL: 2.1 LA PRETENSION PUNITIVA COMO VEHÍCULO DE INTRODUCCIÓN DEL OBJETO PROCESAL. 2.2. LA IDENTIFICACIÓN DE LA PRETENSION PENAL: a) *La identidad del hecho punible: el hecho como elemento esencial de identificación*: a).1. Concepto procesal de hecho. 1. Concepción naturalista del hecho o teoría del «hecho nudo». 2. Teorías normativas o del hecho calificado: 1. Teoría de la acción. 2. Teoría del bien jurídico lesionado. 3. Posturas intermedias: a).2. Extensión de la base fáctica desde la perspectiva del derecho de defensa. b) *La calificación jurídica como criterio de identificación de la pretensión punitiva*. c) *Vinculación con el «petitum» de la pena*: c).1. Posición de la doctrina. c).2. Doctrina del Tribunal Constitucional. c).3. Doctrina del Tribunal Supremo. d) *Doctrina del Tribunal Supremo sobre la identificación de la pretensión. Inalterabilidad del hecho punible y homogeneidad delictiva*: d).1. Conjunto de elementos fácticos. d).2. Calificación jurídica. Homogeneidad delictiva: 1. Alcance de la vinculación por la calificación jurídica. 2. El criterio de la homogeneidad.—3. LA DEFINITIVA FIJACION DEL OBJETO PROCESAL: LIMITES A LA MODIFICACION DE CONCLUSIONES PROVISIONALES Y GARANTIA DEL DERECHO DE DEFENSA: 3.1 LAS CONCLUSIONES PROVISIONALES Y DEFINITIVAS. LÍMITES DE LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN. 3.2. INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES EN EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO DE DEFENSA.

«La libertad de información versus el derecho al honor: ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?», por JAVIER MANUEL CUCHI DENIA, pág. 3489.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL CONCEPTO DE HONOR.—3. LAS LIBERTADES DE EXPRESION E INFORMACION. CONCEPTOS DIFERENTES: 3.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN 3.2. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. 3.3. CARACTERÍSTICAS COMUNES Y RASGOS DIRERENCIALES.—4. LA COLISION DE LOS DERECHOS DEL ARTICULO 18 Y LAS LIBERTADES DEL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCION. LA TECNICA DE LA PONDERACION: 4.1. LA COLISIÓN. ¿PREFERENCIA O JERARQUÍA ENTRE DERECHOS? 4 2. LA EVOLUCIÓN JURIS-

PRUDENCIAL HASTA LLEGAR A LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN. 4.3. LA PREVALENCIA DE LAS LIBERTADES DEL ARTÍCULO 20 SOBRE EL DERECHO AL HONOR. DEBATE DOCTRINAL.—5. LA LIBERTAD DE INFORMACION EN PARTICULAR. LA *EXCEPTIO VERITATIS*: 5.1. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. ¿DERECHO ABSOLUTO? 5.2. EL INTERÉS PÚBLICO. 5.3. LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN. 5.4. LA PROBLEMÁTICA «EXCEPTIO VERITATIS».—6. CONCLUSIONES.—7. APENDICE JURISPRUDENCIAL.

«La tutela cautelar de la propiedad intelectual en el proceso civil», por GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ, pág. 3763.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. LA LEY 22/1987 Y EL ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO REGIMEN ESPECIAL DE MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 20/1992, DE 7 DE JULIO.—2. EL CARACTER EXCLUSIVAMENTE CAUTELAR DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 126 DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ¿PUEDE HABLARSE DE UN PROCESO ESPECIAL DE NATURALEZA PRECAUTORIA EN LOS SUPUESTOS DE TEMOR FUNDADO DE INMINENTE INFRACCION DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS?—3. DETERMINACION DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS: A) LA INTERVENCIÓN Y EL DEPÓSITO DE LOS INGRESOS OBTENIDOS POR LA ACTIVIDAD ILÍCITA DE QUE SE TRATE O, EN SU CASO, LA CONSIGNACIÓN Y DEPÓSITO DE LAS CANTIDADES DEBIDAS EN CONCEPTO DE REMUNERACIÓN. B) LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE REPRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMUNICACIÓN PÚBLICA, SEGÚN PROCEDA. EL «PERICULUM IN MORA» EN ESTA MEDIDA: RIESGO DE EJECUCIÓN INFRUCTUOSA, O PERJUICIO DERIVADO DEL RETRASO EN DICTAR SENTENCIA. LA PROTECCIÓN INTERDICTAL COMO ALTERNATIVA A LA MEDIDA. C) EL SECUESTRO DE EJEMPLARES PRODUCIDOS O UTILIZADOS Y EL DEL MATERIAL EMPLEADO EXCLUSIVAMENTE PARA LA REPRODUCCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA.—4. EL CARACTER ALTERNATIVO DE LAS MEDIDAS DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL RESPECTO DE OTRAS NORMAS REGULADORAS DE MEDIDAS CAUTELARES.—5. SITUACION JURIDICA CAUTELABLE Y LEGITIMACION PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS.—6. LA AUDIENCIA PREVIA AL SUJETO PASIVO.—7 FIANZA Y POSIBILIDAD DE PRESTAR GARANTIA SUSTITUTORIA.—8. LA ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACION: INNECESARIEDAD DE FORMULAR RECLAMACION PREVIA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.—9. CONSIDERACIONES FINALES: ¿ERA VERDADERAMENTE NECESARIO UN NUEVO REGIMEN ESPECIAL DE MEDIDAS CAUTELARES?

«La denominada retroacción absoluta de los efectos de la declaración de quiebra y el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO, pág. 3795.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA ACUMULACION AL JUICIO DE QUIEBRA DE LOS PROCESOS SINGULARES: 1. REMISIÓN A LAS NORMAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES. 2. JUICIOS EJECUTIVOS QUE NO PUEDEN ACUMULARSE AL JUICIO DE QUIEBRA.—III. La denominada retroacción absoluta de los efectos de la declaración de quiebra: 1. REGULACIÓN LEGAL. 2. SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO

LO 878.II DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. 3. NUESTRA POSTURA. 4. LA RETROACCIÓN ABSOLUTA Y LA REFORMA DEL DERECHO CONCURSAL.—IV. EFECTOS DE LA DECLARACION DE QUIEBRA SOBRE LAS HIPOTECAS: 1. DISPOSICIONES SOBRE QUITA Y ESPERA, SUSPENSIÓN DE PAGOS Y CONCURSO QUE OTORGAN TRATO DE FAVOR A DETERMINADOS ACREEDORES. 2. DISPOSICIONES SOBRE QUIEBRA QUE OTORGAN TRATO DE FAVOR A DETERMINADOS ACREEDORES. 3. EL JUICIO DE QUIEBRA Y LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS.—V. EFECTOS DE LA DECLARACION DE QUIEBRA SOBRE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA QUE SE FUNDE EN HIPOTECAS CONSTITUIDAS DENTRO DEL DENOMINADO PERIODO DE RETROACCION ABSOLUTA: 1. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ACUMULAR AL JUICIO DE QUIEBRA EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. 2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. 3. NUESTRA POSTURA.

«El derecho a los medios de prueba pertinentes en el texto constitucional», por BLANCA GESTO ALONSO, pág. 3831.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL DERECHO A LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA: UN DERECHO DE CONTENIDO EMINENTEMENTE PROCESAL.—3. EL DERECHO AL EMPLEO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA COMO UNA DE LAS GARANTIAS PROCESALES, ACOGIDAS DE FORMA EXPLICITA EN EL APARTADO SEGUNDO DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.—4. RELACION ENTRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA.—5. EL DERECHO A LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA A TRAVES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: 5.1. INTRODUCCIÓN. 5.2. LIMITACIONES DEL DERECHO A LAS PRUEBAS: 5.2.1. *La pertinencia de los medios de prueba.* 5.2.2. *A quién corresponde apreciar la pertinencia.* 5.2.3. *La correcta aportación de las pruebas al proceso.*—6. EXAMEN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE PERTINENCIA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 6.1. DEFINICIÓN DE LA PERTINENCIA EN EL ÁMBITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 6.2. LA PERTINENCIA DE LAS PRUEBAS Y SU RELACIÓN CON LA INDEFENSIÓN.—7. LA ESTIMACION DE PERTINENCIA POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EL RECURSO DE AMPARO: CUESTIONES QUE PLANTEA.

Número 620 (Mayo 1996)

«El ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994», por JULIO J. TASENDE CALVO, pág. 4935.

SUMARIO: I. PRINCIPIOS BASICOS.—II. LA EDIFICACION URBANA COMO OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—III. EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: A) EDIFICACIÓN HABITABLE. B) EL DESTINO PRIMORDIAL DE LA VIVIENDA. C) LA SATISFACCIÓN DE LA NECESIDAD PERMANENTE DE VIVIENDA. D) EL MOBILIARIO Y LOS ELEMENTOS ACCESORIOS DE LA VIVIENDA COMO OBJETO CONTRACTUAL.—IV. REGIMEN JURIDICO APLICABLE: A) NORMAS COMUNES. B) RÉGI-

MEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA. C) RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS PARA USO DISTINTO DEL DE LA VIVIENDA. D) EXCLUSIÓN DE LA LEY APLICABLE Y RENUNCIA A LOS DERECHOS.

«Arrendamiento inscrito, no inscrito y ejecución hipotecaria. A propósito del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero», por PEDRO A. MUNAR BERNAT, pág. 4953.

SUMARIO: I. AMBITO DE APLICACION DE LA NORMA. 1. LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO: a) *Arrendamiento de vivienda*. b) *Arrendamiento para uso distinto de vivienda*. 2. VICISITUDES POSTERIORES DEL CONTRATO INICIAL.—II. TITULOS INSCRIBIBLES.—III. CONTENIDO DEL TITULO SUSCEPTIBLE DE INSCRIPCION.—IV. FORMA DE ACCESO AL REGISTRO.—V. CANCELACION DE LAS INSCRIPCIONES.

COMENTARIO: El propio autor indica que el objeto del artículo consiste en subrayar algunos aspectos del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, el cual reglamenta los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos celebrados a partir del 1 de enero de 1995.

Pone de relieve que la consecuencia de la inscripción del contrato de arrendamiento se centra en que las personas que con posterioridad al mismo adquieran o constituyan sobre el inmueble algún derecho real quedarán obligados a soportarlo. Se detiene en el análisis del artículo 13 de la LAU que predica la protección del arrendatario de una vivienda, durante un período de cinco años, con independencia de su posible inscripción registral o no, y su conexión con el artículo 131 LH. A su juicio, sólo a partir del plazo de cinco años, se podrá entender la inscribibilidad del contrato de arrendamiento, puesto que hasta ese momento el arrendatario se encuentra protegido, y la inscripción es una operación costosa económicamente. También estudia el supuesto del artículo 14 LAU, que establece la subrogación en la posición de arrendador durante los cinco primeros años del contrato, donde se acentúa la protección del arrendatario y, por consiguiente, es irrelevante la inscripción del contrato en este supuesto.

A diferencia del supuesto anterior sí tendrá relevancia la inscripción del arrendamiento para uso distinto de vivienda en la protección del arrendatario. En caso contrario, su derecho cederá ante cualquier derecho real sobre el inmueble que aparezca inscrito. Y ello porque no se le reconoce al arrendatario ningún período mínimo de duración del contrato, ni se le proporciona una especial protección.

También son objeto de acceso al Registro las modificaciones del contrato inicial, cuya base se sustenta en el principio de tracto sucesivo, tales como los subarriendos, la cesión del arrendador, las subrogaciones, las prórrogas del contrato, así como cualquier otra modificación. En base a los principios generales, la falta de inscripción de estas modificaciones la hará inoponible al tercero que adquiera o constituya sobre el inmueble un derecho real y lo inscriba en el Registro.

En el artículo 2 del citado Real Decreto, se estudia el tema del acceso al Registro de los contratos privados de arrendamiento, siempre que exista una legitimación notarial de firmas, es decir, sigue los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico (art. 3 LH). No obstante, se hace eco de lo

costoso que puede ser la necesidad de documento público para su inscribibilidad, aún teniendo en cuenta la reducción señalada de un 25 por 100 en el propio artículo 8.

Posteriormente, analiza los artículos 3 y 4 del Real Decreto que establecen los detalles que deben incluirse en la escritura pública, objeto de inscripción, y la forma de acceso al Registro (art. 6), esto es, la inscripción del arrendamiento en el folio de la finca siguiendo las directrices de los artículos 9 LH y 51 RH.

Por último, finaliza el estudio con el tema de la cancelación de las inscripciones, contenido en el artículo 7, el cual articula distintos mecanismos, tales como la cancelación de oficio por el Registrador, o la cancelación a instancia de parte, ya sea por parte del arrendador o del arrendatario a través de copia del acta notarial mediante el que notifiquen su voluntad de no renovar el contrato.

«Compraventa internacional (Convenio de Viena 1980)», por JUAN HERNÁNDEZ-MARTÍ, pág. 4967.

SUMARIO: I. PRELIMINAR: INTERPRETACION DEL CONVENIO.—II. AMBITO DE APLICACION: 1. CONTRATOS DE COMPRAVENTA SOBRE MERCADERÍAS. 2. COMPRAVENTAS CIVILES Y MERCANTILES. 3. MATERIAS REGULADAS POR EL CONVENIO. 4. DELIMITACIÓN ESPECIAL Y PERSONAL. 5. PACTOS RELATIVOS A LA APLICABILIDAD DEL CONVENIO. 6. CLÁUSULA RECOMENDABLE —III. CONCLUSION DEL CONTRATO: 1. ESTRUCTURA BÁSICA DE LA OFERTA. 2. ESTRUCTURA BÁSICA DE LA ACEPTACIÓN.—IV. REQUISITOS DE FORMA.—V. LA PERFECCION DEL CONTRATO Y EL CONTRATO COMO NORMA.—VI. CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACION DEL VENDEDOR DE ENTREGAR LA MERCANCIA: 1. MOMENTO DE LA ENTREGA. 2. LUGAR DE LA ENTREGA.—VII. CONTENIDO DEL CONTRATO. OBLIGACION DEL COMPRADOR DE PAGAR EL PRECIO: 1. MOMENTO DEL PAGO. 2. LUGAR DEL PAGO.—VIII. TRANSMISION DEL RIESGO.—IX. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: DEMORA DEL VENDEDOR EN LA ENTREGA: 1. PREMISAS. 2. CONSECUENCIAS.—X. INCUMPLIMIENTO: DEMORA DEL COMPRADOR: 1. PREMISAS. 2. CONSECUENCIAS.—XI. INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR: DEMORA EN LA RECEPCION. DEBERES DE COLABORACION DEL COMPRADOR.—XII. REGIMEN DE LAS GARANTIAS DEL VENDEDOR: 1. DEBER DE COMPROBACIÓN Y DE RECLAMACIÓN. 2. RESPONSABILIDAD POR ENTREGA NO CONFORME. 3. CONSECUENCIAS LEGALES DEL DEBER DE GARANTÍA DEL VENDEDOR. 4. ACCIONES DE SANEAMIENTO. 5. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR DAÑOS Y PERJUICIOS —XIII. PLAZOS DE CADUCIDAD Y DE PRESCRIPCION.

«Las transferencias transfronterizas en la Unión Europea: Reflexiones sobre la Propuesta de Directiva de 18 de noviembre de 1994», por RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, pág. 5003.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN LA MATERIA: A) LAS RECOMENDACIONES SOBRE TRANSFERENCIAS DE FONDOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. B) LA RECOMENDACIÓN SOBRE LA TRANSPARENCIA DE LAS

CONDICIONES EN LAS TRANSACCIONES TRANSFRONTERIZAS C) OTRAS INICIATIVAS DE LA COMISIÓN.—III. CONTROVERSIA ACERCA DEL SISTEMA A APLICAR: AUTORREGULACION O MEDIDA VINCULANTE.—IV. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATA A LAS TRANSFERENCIAS TRANSFRONTERIZAS: A) MAYOR TRANSPARENCIA EN LOS SISTEMAS DE PAGO TRANSFRONTERIZOS. B) MODO DE EFECTUAR LAS TRANSFERENCIAS: 1. *Ejecutar la orden dentro del plazo estipulado.* 2. *Ejecutar la orden siguiendo las instrucciones recibidas.* C) REEMBOLSO DEL IMPORTE DE LAS TRANSFERENCIAS NO EJECUTADAS.—V. CONCLUSIONES.—VI. ADDENDA.

«El Tribunal Constitucional y la configuración de la participación política en España», por JOAQUÍN MARTÍN CUBAS, pág. 5117.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.—III. LOS PARTIDOS POLITICOS.—IV. LA PARTICIPACION POLITICA Y EL ARTICULO 23 DE LA CONSTITUCION.—V. EL CONCEPTO DE REPRESENTACION.—VI. LA PARTICIPACION ELECTORAL.—VII. LA PARTICIPACION EN EL AMBITO PARLAMENTARIO.—VIII. OTRAS FORMAS DE PARTICIPACION EN LOS ASUNTOS PUBLICOS.—IX. CONCLUSIONES.

«El modelo IRU de Acuerdo de Intercambio Informático de Datos», por WALDEMAR CZAPSKI, pág. 5439.

SUMARIO: I ANTECEDENTES.—II. PROTOCOLO DE COMUNICACION Y MANUAL DEL USUARIO.—III. ¿POR QUÉ EL MODELO IRU DE ACUERDO DE INTERCAMBIO DE DATOS INFORMATIZADOS?—IV. NOTAS EXPLICATIVAS

«Responsabilidad del transportista por retraso en el transporte terrestre de mercaderías», por FERNANDO OLEO BANET, pág. 5445.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL TRANSPORTE COMO OBLIGACION DE RESULTADO Y LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA.—II. SIGNIFICACION JURIDICA DEL TIEMPO DE EJECUCION DEL TRANSPORTE: 1. TRADICIONAL DESATENCIÓN DE LOS PROBLEMAS DERIVADOS DEL RETRASO EN LA PRESTACIÓN DE TRANSPORTE. 2. DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE TRANSPORTE Y CONCEPTO DE RETRASO. 3. EL RETRASO DEL TRANSPORTISTA Y LA LESIÓN DEL INTERÉS DEL CONSIGNATARIO *DAÑO IN RE* Y *DAÑO IN OBLIGATIONIS*. 4. CONCURRENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR RETRASO Y POR PÉRDIDAS O AVERÍAS EN LAS MERCADERÍAS. 5. EL DEJE DE CUENTA O ABANDONO DEL CONSIGNATARIO DEL ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.—III. CONSIDERACION FINAL.—IV. NOTA BIBLIOGRAFICA.

«La Convención CVR sobre transporte internacional de viajeros y su posible modificación», por F. J. SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 5475.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 20 (1996)

«La tercería de dominio como acción declarativa del dominio», por NIEVES BAYO RECUERO, pág. 423.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. BREVE ANALISIS HISTORICO.—III. LA TERCERIA DE DOMINIO Y LA ACCION DECLARATIVA.—IV. LA TERCERIA DE DOMINIO COMO ACCION CONSTITUTIVA PROCESAL.—V. BIBLIOGRAFIA.

Número 21 (1996)

«Duración del derecho de superficie urbano», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, pág. 445.

SUMARIO: I. PREAMBULO.—II. DERECHO DE SUPERFICIE: TEMPORAL O PERPETUO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PLANTEAMIENTO DE LA DISYUNTIVA EN LA MODALIDAD URBANA: A) *Estudio de la cuestión*. B) *Posiciones doctrinales y jurisprudenciales*. C) *Derecho foral navarro*. D) *Conclusión*. 3. FUNDAMENTO DE LA TEMPORALIDAD EN LAS LEYES URBANÍSTICAS. 4. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: A) *Derecho italiano*. B) *Derecho francés*. C) *Derecho portugués*. 5. VALORACIÓN.—III. PLAZOS DE DURACION DEL DERECHO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REGULACIÓN LEGAL: DIVERSIDAD DE PLAZOS Y FUNDAMENTO DE LOS MISMOS: A) *Breve exposición de los plazos existentes en nuestro ordenamiento: las leyes urbanísticas y el Reglamento Hipotecario*. B) *Especial referencia al artículo 16.1.a) del Reglamento Hipotecario*. C) *Fundamento de los plazos*: a) Distinción de plazos por el sujeto concedente. b) Objetivo: ampliación de plazos. c) Ficción jurídica: transformación del concedente en particular. d) Imperatividad de los plazos legales. 3. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: A) *Derecho italiano*. B) *Derecho francés*. C) *Derecho portugués*. 4. NATURALEZA DE LOS PLAZOS: PLAZOS MÁXIMOS-PLAZOS MÍNIMOS.—IV. ESTUDIO DE LA VALIDEZ DEL PACTO DE PRORROGA DEL PLAZO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 3 POSICIONES DOCTRINALES. 4. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: A) *Derecho italiano*. B) *Derecho francés*. C) *Derecho portugués*. D) *Derecho español*: a) La prórroga y la configuración del derecho de superficie b) Admisión de prórrogas definidas. c) Estudio del pacto de preferencia en la renovación del derecho de superficie. d) Creación de nuevos contratos sobre la construcción tras su reversión a la Administración.

Número 22 (1996)

«El régimen de las explotaciones familiares agrarias en la Ley de 4 de julio de 1995», por IRENE ISABEL FELIZ MARTÍNEZ, pág. 481.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. TRANSMISION INTER VIVOS DE LA EXPLOTACION.—III. TRANSMISION MORTIS CAUSA DE LA CONCE-

SION.—IV. TRANSMISION MORTIS CAUSA DE LA EXPLOTACION.—V. AMBITO DE APLICACION.—VI CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFIA.

Número 23 (1996)

«El honor de las personas jurídicas», por RAFAEL SARAZA JIMENA, pág. 495.

SUMARIO: I. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO AL HONOR.—II. EL CONTENIDO PERSONALISTA DEL DERECHO AL HONOR. DISTINCION ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA PROPIA ESTIMACION, AL BUEN NOMBRE O REPUTACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y LA DIGNIDAD, PRESTIGIO O AUTORIDAD DE LAS INSTITUCIONES PUBLICAS O CLASES DETERMINADAS DEL ESTADO —III CRITICA A INSTITUCIONES PUBLICAS. LA AUSENCIA DE REFERENCIAS A HECHOS CONCRETOS O PERSONAS INDIVIDUALMENTE DETERMINADAS EXCLUYE LA EXISTENCIA DE INTROMISION EN EL DERECHO AL HONOR.—IV. ATAQUES A COLECTIVOS DE PERSONAS QUE SUPONEN UNA INTROMISION EN EL HONOR DE LOS MIEMBROS DE DICHS COLECTIVOS.—V. EL HONOR DE LAS PERSONAS JURIDICAS.—VI. A MODO DE CONCLUSION: RESUMEN Y CRITICA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Número 24 (1996)

«Inseguridad jurídica e impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios», por ARMANDO OREJAS GARCÍA, pág. 509.

SUMARIO: 1. LA ACCION DE IMPUGNACION.—2. CARACTERISTICAS Y AMBITO DE LA ACCION.—3. ACUERDOS NULOS Y ANULABLES.—4. LAS DOS CORRIENTES JURISPRUDENCIALES Y LA QUIEBRA DE LA SEGURIDAD JURIDICA.—5. PROPUESTA DE SOLUCION AL PROBLEMA

Número 25 (1996)

«Los actos meramente tolerados y la posesión», por BLANCA SILLERO CROVETTO, pág. 525.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. ACTOS MERAAMENTE TOLERADOS: 1.1 *Actos meramente tolerados y actos ejecutados en virtud de licencia.* 1.2. *Referencia al precario.*—2. NO AFECTAN A LA POSESION: 2.1. *La defensa interdictal.* 2.2. *Legitimación activa y pasiva de las acciones interdictales.* 2 3. *El que actúa por tolerancia puede gozar de protección interdictal.*—3. RÉGIMEN DE TOLERANCIA.—4 CONCLUSIONES.

Número 26 (1996)

«A propósito del "Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE)», por DOMINGO JIMÉNEZ LIEBANA, pág. 557.

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y CONCLUSIONES DEL INFORME.—II. LA JUSTIFICACION DEL INFORME.—III. EL MARCO DE REFERENCIA Y LAS SOLUCIONES DE LA DIRECTIVA. A) LA INEXISTENCIA DE UNA POLÍTICA COMUNITARIA ESPECÍFICA DE PROMOCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL TRATADO. B) LOS OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA. C) LAS SOLUCIONES DE LA DIRECTIVA.—IV. EL MARCO ACTUAL: POLÍTICA DE LOS CONSUMIDORES Y MERCADO INTERIOR.—V. LA APLICACION DE LA DIRECTIVA: A) LA APLICACIÓN NORMATIVA: 1. *Los textos de transposición*. 2. *Las opciones en el sistema de la Directiva y en su proceso de formación*: a) Las materias primas agrícolas y los productos de la caza y de la pesca. b) Los riesgos del desarrollo. c) El límite pecuniario de la responsabilidad. 3. *Las remisiones al legislador nacional*. 4. *Las cuestiones imperativas*. B) LA APLICACIÓN JUDICIAL.—VI. CONCLUSIONES.

Número 27 (1996)

«Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1995», por JESUS DIEZ DEL CORRAL RIVAS, pág. 597.

SUMARIO: 1. NOTA EXPLICATIVA.—2. ORGANIZACION DEL REGISTRO CIVIL Y DISPOSICIONES VIGENTES.—3. CUESTIONES PREJUDICIALES.—4. ANOTACIONES.—5. NOTAS MARGINALES.—6. PUBLICIDAD FORMAL.—7. LIBRO DE FAMILIA.—8. REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA.—9. TRASLADO DE INSCRIPCIONES.—10. LA CALIFICACION REGISTRAL Y SUS RECURSOS.—11. EL NOMBRE PROPIO.—12. ATRIBUCION DE APELLIDOS.—13. INSCRIPCION DE LA FILIACION DENTRO DE PLAZO.—14. INSCRIPCION DE LA FILIACION FUERA DE PLAZO.—15. INSCRIPCIONES MARGINALES A LA DE NACIMIENTO.—16. ADQUISICION ORIGINARIA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—17. CONSOLIDACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—18. ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCION.—19. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD.—20. RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD.—21. DOBLE NACIONALIDAD CONVENIDA.—22. PRUEBA DE LA NACIONALIDAD.—23. LA INSCRIPCION FUERA DE PLAZO DE NACIMIENTO.—24. CAMBIOS DE NOMBRES Y APELLIDOS.—25. LA INSCRIPCION DEL MATRIMONIO CANONICO.—26. EL EXPEDIENTE PREVIO A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL.—27. MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.—28. OTROS MATRIMONIOS ESPECIALES.—29. DISPENSAS MATRIMONIALES.—30. INSCRIPCION DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES SOBRE EL MATRIMONIO.—31. INDICACIONES SOBRE EL REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO.—32. LA INSCRIPCION DE DEFUNCION CUANDO EL CADAVER HA DESAPARECIDO O

HA SIDO INHUMADO.—33. EXPEDIENTES EN GENERAL.—34. RECURSOS EN MATERIA DE EXPEDIENTES.—35. LA RECTIFICACION DEL REGISTRO.

Número 28 (1996)

«La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución», por EVA SAAVEDRA MONTERO, pág. 633.

SUMARIO: 1. LAS AGREGACIONES DE TERRENOS: 1.1. QUE LA TRANSFORMACIÓN DE LA FINCA TRAS LA AGREGACIÓN IMPLIQUE QUE LA MISMA SÓLO CONSERVE SU VALOR MIENTRAS PERMANEZCA DICHA SITUACIÓN. 1.2. QUE LOS TERRENOS AGREGADOS SÓLO TENGAN VALOR JUNTO A LA FINCA RECEPTORA. 1.3. QUE LAS AGREGACIONES Y LA FINCA MATRIZ CONSERVEN SU VALOR CON INDEPENDENCIA UNAS DE OTRAS. 1.4 SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS.—2. LA NUEVA CONSTRUCCION DE EDIFICIOS DONDE ANTES NO LOS HUBIERE. 2.1. SIGNIFICADO DE LA PROPOSICIÓN «NUEVA CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS DONDE ANTES NO LOS HUBIERE». A) *Construcción donde existía otra de categoría distinta.* B) *La terminación de un edificio constante hipoteca.* C) *La construcción de un edificio donde lo había.* 2.2. AMBITO PROPIO DE LA EXCEPCIÓN. 2.3. CONSECUENCIAS Y POSIBLES SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA EXCEPCIÓN. 2.4. CONCLUSIÓN.—3. EL PACTO DE EXTENSION A LAS EXCEPCIONES CITADAS EN EL ARTICULO. 110.1 LH.

Número 29 (1996)

«El Fuero de Baylio: El Derecho Foral de la Comunidad de Extremadura», por MERCENARIO VILLALBA LAVA, pág. 647.

SUMARIO: 1. ORIGEN HISTORICO: A) ORIGEN CELTIBÉRICO. B) ORIGEN VÁNDALO. C) ORIGEN FRANCO-BORGOÑO.—2. RECONOCIMIENTO Y VIGENCIA DEL FUERO DE BAYLIO EN EXTREMADURA Y DE LA CARTA DE METADE EN PORTUGAL.—3. AMBITO GEOGRAFICO DEL FUERO DE BAYLIO.—4. PUNTOS DE CONEXION PARA SU APLICACION.—5. BIENES A LOS QUE SE EXTIENDE LA COMUNIDAD.—6. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA COMUNICACION FORAL.—7. TRATAMIENTO HIPOTECARIO DEL FUERO.—8. DERECHOS DEL CONYUGE SUPERSTITE.—9. PLASMACION LEGISLATIVA DEL FUERO DE BAYLIO POR LA ASAMBLEA DE EXTREMADURA.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 220 (Abril-Junio 1996)

«Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)», por JOSÉ ORIOI LLEBOT MAJO, pág. 319.

SUMARIO: 1 INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO.—2. LA DOCTRINA JURIDICO-MERCANTIL DE LA EMPRESA: 2.1. EL PROBLEMA. 2.2. LA RESPUESTA: LA EMPRESA COMO PARADIGMA. 2.3. LA FUNCIONALIDAD DE LA EMPRESA PARA EL DERECHO MERCANTIL. 2.4. EL SISTEMA DEL DERECHO MERCANTIL.—3. LA TEORIA ECONOMICA DE LA EMPRESA: 3.1 EL MÉTODO DE LA ECONOMÍA. 3.2 EL MODELO NEOCLÁSICO DE LA EMPRESA. 3.3. EL MODELO CONTRACTUAL DE LA EMPRESA.—4. EL DERECHO MERCANTIL Y EL MODELO CONTRACTUAL DE LA EMPRESA: 4.1. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA EMPRESA COMO PARADIGMA. 4.2. UN EJEMPLO: LAS PREGUNTAS Y LAS RESPUESTAS.—5. UNA REFLEXION METODOLOGICA.

COMENTARIO: Con gran capacidad explicativa el autor expone el afán doctrinal existente en la búsqueda de un paradigma que halle el criterio capaz de dar consistencia al conjunto de instituciones y normativas que tradicionalmente conforman el Derecho Mercantil. Para ello, realiza la exposición de la historia del Derecho Mercantil desde sus orígenes. Así, señala que tras los primeros tiempos de la Baja Edad Media y el segundo período relativo a la Edad Moderna, surge el tercero, en el siglo XIX con el movimiento codificador. En este período, la doctrina mercantil configura los actos de comercio como nuevo centro del sistema jurídico-mercantil, otorgándoles un carácter sustantivo. El problema nace por la imposibilidad de justificar y desarrollar el sistema del derecho mercantil en torno a la doctrina de los actos de comercio, lo que provoca la aparición de doctrinas alternativas.

Pero el cambio no se produce hasta que no surge la doctrina jurídico-mercantil de la empresa. Este criterio parte de la noción de empresa como forma de organización de la actividad económica superadora de la distinción entre la industria y el comercio. Las funciones de la empresa como paradigma del Derecho Mercantil se despliega en dos planos: como elemento económico y como criterio sistematizador de la materia jurídico-mercantil. No obstante, el autor señala que ninguna de las dos funciones se cumplen satisfactoriamente como consecuencia del conjunto de fenómenos que vacían de contenido al Código de Comercio. Tales fenómenos son entre otros: la anticodificación, la publicación del Derecho privado, y la privatización del Derecho público.

Ante esta crisis aparecen nuevas propuestas doctrinales que buscan un nuevo paradigma: Derecho económico que surge como consecuencia de la intervención del Estado en la economía, y Derecho del mercado. Sin olvidar que con el nacimiento de la Constitución se hace necesaria la revisión de la doctrina de la empresa.

El autor propone como solución que la doctrina jurídico-mercantil cuente con una noción de empresa con mayor capacidad explicativa, a través de la utilización de modelos contruados partiendo de la teoría microeconómica. Los economistas estudian distintas nociones de empresa, que se corresponden a distintos modelos, como manifestación del método utilizado, cuya explicación se encuentra en la finalidad para la que cada uno de los modelos ha sido desarrollado. Así, el autor parte de dos modelos de empresa: el neoclásico, que explica el mecanismo de determinación de los precios, y el modelo contractual, que explica la estructura de las empresas.

Por último, se concluye con la propuesta de adoptar el modelo contractual de la empresa con el objeto de funcionalizar la doctrina jurídico-mercantil de la empresa. Modelo que además ha suministrado nuevos puntos de vista para

el enfoque de los problemas en el derecho concursal, en el estudio del régimen jurídico de las entidades de crédito, y en el de los nuevos tipos de contratos de distribución. El autor destaca el valor que tiene su propuesta para el estudio de los problemas propios de algunas instituciones y normativas del derecho mercantil y, además, la conexión existente entre su propuesta y la corriente metodológica del análisis económico del derecho.

«La nueva trascendencia social de los contratos normalizados de opción negociados en mercados secundarios de productos o instrumentos derivados», por Javier Ibáñez Jiménez, pág. 389

SUMARIO: I. APROXIMACION INTRODUCTORIA.—II. EVOLUCION HISTORICA DE LA EXPANSION DE LAS UTILIDADES SOCIALES QUE SUMINISTRA LA CONTRATACION DE OPCIONES.—III. EL CONTROL DE LOS RIESGOS DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL COMO RASGO INHERENTE A LA NEGOCIACION DE OPCIONES NORMALIZADAS.—IV. ALGUNOS MECANISMOS CONFIGURADORES DEL REGIMEN JURIDICO DE LA OPCION NORMALIZADA EXPRESIVOS DE LA NUEVA UTILIDAD SOCIAL AÑADIDA POR EL CONTRATO.—V. LA EFICACIA DEL CONTROL DEL RIESGO ECONOMICO DE PERDIDA (FUNCION COBERTURA) COMO MEDIDA DE LA JUSTIFICACION SOCIAL DE LA CONTRATACION DE OPCIONES NORMALIZADAS: A) CONCEPTO DE COBERTURA. B) EFICACIA DE LA COBERTURA, EFICACIA DE MERCADO Y EFICACIA DEL SISTEMA DE CONTRATACION A PLAZO. C) LA ESTIMACION OBJETIVA DE LA POSICION DE COBERTURA: MEDICION Y CONTROL DE SU EFICACIA. D) SIGNIFICACION SOCIAL DE LA FUNCION DE COBERTURA DE ACTIVOS A TRAVES DE CONTRATOS DE OPCIONES ESTANDARIZADOS.—VI. MECANISMOS DE TRANSLACION SOCIAL DE LOS EFECTOS DE LA GESTION DEL RIESGO MEDIANTE LA NEGOCIACION DE OPCIONES DE COBERTURA.—VII. CONCLUSION.

«Los Grupos de sociedades en el derecho español», por ANGEL ROJO, pág. 457.

SUMARIO: I INTRODUCCION: 1. LA LEGISLACION FISCAL COMO «PIONERA»: LA CONSOLIDACION DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES. 2. REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA LABORAL EN MATERIA DE GRUPOS DE SOCIEDADES. 3. EL RETRASO DE LA LEGISLACION SUSTANTIVA EN LA REGULACION DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES: 3.1. *La reforma del Derecho de las sociedades mercantiles*. 3.2. *Las fragmentarias normas especiales relativas a los Grupos de sociedades*. 3.3. *Los Grupos de sociedades en la jurisprudencia civil: aplicación de la doctrina de «levantamiento de velo» a la persona jurídica*. 3.4. *Los Grupos de sociedades en el Derecho privado general: Grupos y condiciones generales*.—II. EL PROBLEMA DEL CONCEPTO GENERAL DE GRUPO DE SOCIEDADES.—III. LAS NORMAS SOBRE GRUPOS EN LA LEGISLACION SOBRE SOCIEDADES DE CAPITAL: 1. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: LA EXPRESA ADMISIBILIDAD DE LA LIMITACION ESTADUTARIA DEL NÚMERO MÁXIMO DE VOTOS DE LAS SOCIEDADES PERTENECIENTES A UN MISMO GRUPO. 2 LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: 2.1. *Las transmisiones libres de las participaciones sociales*. 2.2. *Los créditos y garantías a socios y a administradores*. 2.3. *La prohibición de aceptar en garantía las acciones o participaciones de sociedad perteneciente al mismo Grupo*.—

IV. LA ESTRUCTURA INTERNA DEL GRUPO: 1. LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD DE AGRUPACIÓN Y DE LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL GRUPO. 2. LA «SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES» COMO FACTOR DE CONSTITUCIÓN DE GRUPOS DE SOCIEDADES.—V. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES Y EL DERECHO CONCURSAL: 1. LA DIRECCIÓN UNITARIA DEL GRUPO EN CASO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS O DE QUIEBRA DE ALGUNA DE LAS SOCIEDADES AGRUPADAS 2. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA PRÁCTICA CONCURSAL: 2.1. *El problema de la transmisión separada*. 2.2. *El problema de los créditos del Grupo*. 2.3. *Referencia a los convenios recíprocamente condicionados*.

«La metamorfosis de un manual. Del «Handelsrecht» de Capelle al «Handelsrecht» de Canarias», por JOSÉ MARÍA DE EIZAGUIRRE, pág. 485

«La aplicación de la Ley de contrato de seguro 50/80 al seguro marítimo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala 1ª— de 20 de febrero de 1995 —RAJ, 1995/883)», por JUAN BATALLER GRAU, pág. 501.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 148 (Mayo-Junio 1996)

«La posición jurídica del propietario de suelo urbano y urbanizable en la legislación urbanística estatal y autonómica» (Continuación), por JOSÉ MANUEL MERELO ABELA, pág. 11.

SUMARIO. III. SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO Y APTO PARA URBANIZAR. 1. DEFINICIÓN 2. FACULTAD DE ACOMETER EL PROCESO URBANIZADOR Y EDIFICATORIO: 2.1 *Legislación estatal*. 2.2. *Legislación autonómica*. 3. APROVECHAMIENTO LUCRATIVO SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓN: 3.1. *Áreas de reparto*: 3.1.1. *Legislación estatal* 3.1.2. *Legislación autonómica*. 3.2. *El aprovechamiento referencial*: 3.2.1. *Legislación estatal (aprovechamiento tipo)*. 3.2.2. *Legislación autonómica*. 3.3 *El porcentaje a aplicar sobre el aprovechamiento referencial para determinar el aprovechamiento susceptible de apropiación*: 3.3.1. *Legislación estatal*. 3.3.2. *Legislación autonómica*. 4. CONTENIDO DE LOS DEBERES URBANÍSTICOS DE CESIÓN DE TERRENOS DOTACIONALES Y URBANIZACIÓN: 4.1. *Deber de ceder terrenos dotacionales*: 4.1.1. *Legislación estatal*. 4.1.2. *Legislación autonómica*. 4.2. *Deber de urbanizar*: 4.2.1. *Legislación estatal*. 4.2.2. *Legislación autonómica*. 5. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES URBANÍSTICOS VINCULADOS AL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO. 5.1. *Legislación estatal*. 5.2. *Legislación autonómica*. 6. VALORACIONES: 6.1. *En expropiaciones no por incumplimiento de deberes urbanísticos*: 6.1.1. *Legislación estatal*. 6.1.2. *Legislación autonómica*. 6.2. *En expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos*. 6.2.1. *Legislación estatal*. 6.2.2. *Legislación autonómica*. 7. RÉGIMEN INDEMNIZATORIO. 8. RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROPIETARIO DEL SUELO.

«Los límites legales de los estudios de detalle. Un mal ejemplo: el estudio de detalle "Ed. 5.2 Plaza de Castilla"», por FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 35.

SUMARIO: I. ANALISIS DE LOS LIMITES DE LOS ESTUDIOS DE DETALLE QUE DESARROLLAN UN PLAN GENERAL: 1. OBJETO Y CONTENIDO DE LOS ESTUDIOS DE DETALLE: 1.1. *El señalamiento de alineaciones y rasantes*: 1.1.1. El establecimiento de alineaciones y rasantes. 1.1.2. El reajuste o adaptación de alineaciones y rasantes. 1.2. *La ordenación de volúmenes*. 2. LÍMITES GENÉRICOS DE LOS ESTUDIOS DE DETALLE. 2.1. *El respeto del principio de jerarquía*. 2.2. *El estudio de detalle no puede asumir una función ordenadora*. 2.3. *El respeto de las condiciones de ordenación de los predios colindantes*.—II. EL ESTUDIO DE DETALLE «ED. 5.2 PLAZA DE CASTILLA»: 1. LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL COEFICIENTE MÁXIMO DE EDIFICABILIDAD PERMITIDO. 2. LA UBICACIÓN DEL INTERCAMBIADOR DE TRANSPORTES. 3. ACTUACIONES DEL ESTUDIO DE DETALLE RELACIONADAS CON EL VIARIO.

«La disciplina urbanística en la Ley Valenciana reguladora de la Actividad Urbanística», por ANTONIO T. VERDÚ MIRA, pág. 75.

«La pretendida deslegalización del régimen jurídico de fuera de ordenación», por JOSÉ ANTONIO RAMOS MEDRANO y MARÍA PAZ RAMOS MEDRANO, pág. 103.

«El medio ambiente como bien jurídico colectivo. El ruido callejero como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador», por MANUEL BEATO ESPEJO, pág. 115.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL: a) LA INDETERMINIZACIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO «AMBIENTE». b) EL MEDIO AMBIENTE Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA c) EL BINOMIO MEDIO AMBIENTE ADECUADO/DESARROLLO DE LOS SECTORES ECONÓMICOS. d) CARACTERES DE LA FUTURA LEY SOBRE MEDIO AMBIENTE —II. INFLUENCIA DE OTROS ORDENAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES: a) DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL. b) LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN NUESTRO ENTORNO. c) ESPECIAL INCIDENCIA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA. QUINTO PROGRAMA DE ACCIÓN SOBRE EL MEDIO AMBIENTE (1992-2000). d) MÚLTIPLE Y DISPERSA LEGISLACIÓN EN EL VIGENTE DERECHO ESPAÑOL.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONES

Número 1 (1995)

«La responsabilidad del patrimonio común por deudas (aparentemente) privativas de uno de los cónyuges. La posición y derechos del cónyuge no deudor», por JUAN IGNACIO MEDIANO SÁNCHEZ, pág. 11.

SUMARIO: I. AMBITO DE APLICACION.—II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL EMBARGO —III. LA REGULACION EN EL CODIGO CIVIL: 1. EL ARTICULO 1.373 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LA NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE NO DEUDOR DEL EMBARGO PRACTICADO SOBRE BIENES COMUNES Y POSIBLE PLAZO JUDICIAL PARA HACER VALER EL DERECHO DE SUSTITUCIÓN DE LA TRABA. 3. CAUCE PROCESAL PARA HACER VALER EL DERECHO DEL ARTÍCULO 1.373 DEL CÓDIGO CIVIL. 4

ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA TERCERÍA DE DOMINIO.—IV. LA POSICIÓN DEL CONYUGE NO DEUDOR EN LA COMPILACION: 1. LA REGULACIÓN EN LA COMPILACIÓN ARAGONESA. 2. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA RESPONSABILIDAD. 3. LA EMBARGABILIDAD DE LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE DEUDOR SOBRE EL PATRIMONIO CONSORCIAL. 4. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 46: 4.1. *Explicación del precepto*. 4.2. *La notificación del embargo al cónyuge no deudor*. 4.3. *Las consecuencias de la pasividad del cónyuge no deudor ante la notificación del embargo*. 4.4. *El plazo que el cónyuge no deudor tiene para reaccionar tras la notificación del embargo*. 5. LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DEL CÓNYUGE NO DEUDOR. LA REALIZACIÓN DEL BALANCE. 6. LA ADMISIBILIDAD DE LA TERCERÍA DE DOMINIO. 7. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA SOBRE BIENES CONSORCIALES. LA PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 144 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. 8. LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.373 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD EN LA ENAJENACION FORZOSA DE BIENES PRIVATIVOS Y COMUNES POR DEUDAS PRIVATIVAS DE LOS CONYUGES.—VI. CONCLUSIONES.

«La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón», por EMILIO MOLINS GARCÍA-ATANCE, pág. 47.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA SUCESION INTESTADA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGON. CONTENIDO DE LA REFORMA.—III. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA.—IV. PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL DERIVADOS DEL LLAMAMIENTO SUCESORIO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA: 1. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE HEREDEROS ABINTESTATO. 2. LA RECIPROCIDAD EN EL DERECHO INTERREGIONAL. 3. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.—V. BIBLIOGRAFIA.

«Un acercamiento al Derecho aragonés de luces y vistas», por ANA BELÉN LÓPEZ LÓPEZ, pág. 63.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. SITUACION ANTERIOR A LA VIGENCIA DEL CODIGO CIVIL: 1. REGULACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA.—III. SITUACION A LA VISTA DE LA PROMULGACION DEL CODIGO CIVIL: 1. LOS SUCESIVOS PROYECTOS. 2. JURISPRUDENCIA.—IV. EL APENDICE AL CODIGO CIVIL CORRESPONDIENTE AL DERECHO FORAL DE ARAGON: 1. REGULACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA.—V. EL SEMINARIO DE LA COMISION COMPILADORA DEL DERECHO FORAL DE ARAGON.—VI. LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE ARAGON: 1. REGULACIÓN. 2. EL PROBLEMA DE LA ADQUISICIÓN POR USUCAPIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: A) *Posibilidad de usucapir la servidumbre de luces y vistas mediante la apertura de «huecos ordinarios»*. B) *Posibilidad de usucapir la servidumbre de luces y vistas mediante la apertura de «huecos extraordinarios»*. 3. JURISPRUDENCIA.—VII. CONCLUSION.—VIII. BIBLIOGRAFIA.

«Adquisición de la vecindad civil por opción en Aragón y pérdida de la vecindad civil aragonesa por el menor de edad mayor de catorce años», por ADOLFO CALATAYUD SIERRA, pág. 105

«Cuestión práctica de conflicto interregional. El régimen económico matrimonial y el principio de la fe pública registral», por HONORIO ROMERO HERRERO, pág. 109.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO Número 140 (Enero-Junio 1996)

- «Consuetudines ecclesie Anglicane (Arxiu Capitular de la Seu d'Urgell. MS. 2874: a Note)», por P. LINEHAN, págs. 9-14.
- «Incapacidad de asumir (c. 1095, 3.º) y jurisprudencia de la Rota Romana», por F. R. AZNAR GIL, págs. 16-65.
- «Las nulidades matrimoniales canónicas en la República Argentina (1980-1989)», por N. D. VILLA, págs. 67-117.
- «Cura pastorale di fedeli di altra chiesa "sui iuris"», por M. BROGI, págs. 119-131.
- «Las certificaciones eclesíásticas en la nueva disciplina practicia», por R. M.ª RAMÍREZ NAVALÓN, págs. 133-155.
- «Los acuerdos o convenios de cooperación entre los distintos poderes públicos y las confesiones religiosas», por L. RUANO ESPINA, págs. 157-187.

REVUE DE DROIT UNIFORME Número 2 (1996)

- «La Convención interamericana sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'Unidroit», por ANTONIO BOGGIANO, pág. 219.
- «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», por MICHAEL JOACHIM BONELL, pág. 229.
- «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: a Russian View», por ALEXANDER S. KOMAROV, pág. 247.
- «La défaillance du credit-prenneur sous l'empire de la Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international», por GIORGIO DE NOVA, pág. 255.
- «Oil Pollution Liability and Compensation an International Regime», por MANS JACOBSSON, pág. 260.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES Número 921 (Mayo-Agosto 1995)

- «Reflexiones sobre el fideicomiso en la Ley 24.441», por CARMEN SILVIA ELENA MAGRI, pág. 349.
- «Hacia una revitalización de las hipotecas. Régimen especial de ejecución. Ley 24.441», por ZULMA A. DODDA, pág. 375.

- «Arbitraje (Primera parte)», por la ONPI (Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional), pág. 417.
- «Hipoteca de Inmueble usufructuado», por LUIS ROGELIO LLORENS, pág. 441.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 137 (Junio 1996)

- «Derecho de petición al Parlamento Europeo y déficit democrático de la Unión Europea», por ANGEL G. CHUECA SANCHO, pág. 9.
- «La iniciativa comunitaria sobre desarrollo fronterizo y cooperación transfronteriza. El supuesto específico de las regiones fronterizas de España y Portugal», por PEDRO T. NEVADO MORENO, pág. 17.
- «Aproximación a la política medioambiental de la Unión Europea», por ANGEL B. GÓMEZ PUERTO, pág. 43
- «La distribución exclusiva en farmacias. ¿Enfoque nacional o comunitario?», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 47.
- «Repercusión de la reforma de la PAC en los sistemas productivos ganaderos de la dehesa», por FRANCISCO PULIDO GARCÍA y otros, pág. 51.
- «La sanidad y la Unión Europea: algunas consideraciones», por JAIME RODRÍGUEZ ARANA, pág. 55.
- «Discriminación tributaria por causa de nacionalidad o de residencia», por ANTONIO M. CUBERO TRUYO, pág. 63
- «Los fondos autonómicos de solidaridad: el FCI y el FEDER», por ANA ISABEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ y BEATRIZ GROSSI SAMPEDRO, pág. 69.

Número 138 (Julio 1996)

- «Hacia un nuevo derecho a la educación. Principios filosófico-jurídicos y comunitarios en la Política Educativa de la Unión Europea», por JESÚS LÓPEZ MEDEL, pág. 9.
- «Los derechos políticos en la Comunidad Europea: el artículo 8.B) del tratado de la Unión y la Directiva de desarrollo 94/80/CE, del Consejo de 19 de diciembre de 1994», por MARCOS FRANCISCO MASSO GARROTE, pág. 19.
- «Comunidades Autónomas, Unión Europea y subsidiariedad: algunas reflexiones», por ANA I SÁNCHEZ RUIZ, pág. 25.
- «El rescate europeo de las políticas públicas de demanda y creación de empleo: el *Libro Blanco* de Delors», por CARLOS VELASCO MURVIEDRO, pág. 37.
- «Las cláusulas de los contratos bancarios y los derechos de los consumidores», por LUIS MARÍA CABELLOS DE LOS COBOS Y MANCHA, pág. 55.
- «Política de fomento y política de cuotas: Comentarios al capítulo III de la Directiva 89/552, "Televisión sin fronteras"», por FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA, pág. 67.
- «El efecto invernadero: alternativas en la intervención de la Unión Europea (especial referencia a la propuesta de Impuesto sobre las emisiones de dióxido de carbono y la energía)», por ANTONIO JOSÉ SÁNCHEZ PINO, pág. 79.
- «Novedades en materia de contabilidad y auditoría introducidas por la Ley 2/1995, en adaptación a las Directivas Comunitarias», por JULITA GARCÍA DÍEZ y ANTONIO MARTÍNEZ ARIAS, pág. 93.

