

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIII • Mayo-Junio 1987 • Núm. 580

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisoló.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

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

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
«In memoriam: GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO», por JUAN ANTONIO CUADRADO CÁNOVAS	657
ESTUDIOS:	
«Las Sociedades Anónimas Laborales», por JOAQUÍN LANZAS GALVACHE.	663
«Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción», por JOSÉ CERDÁ GIMENO	711
«Consideraciones sobre el artículo 2 del vigente Reglamento de Inver- siones Extranjeras (ADENDA)», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CA- LATAYUD	801
DICTAMENES Y NOTAS:	
«El crédito hipotecario en la CEE», por MANUEL CASERO MEJÍAS ...	807
ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	837
JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	849
II. Resoluciones de la Dirección General, por JUAN PABLO RUANO BORRELLA y RICARDO EGEA IBÁÑEZ	861
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y Contratos, por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ	879
2. Derecho Mercantil, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS	923
3. Jurisprudencia Fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	935

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Solidaridad en la fianza», de MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	943
«Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización», de ISABEL SABATER BAYLE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	946
«La fe pública judicial y las funciones del Secretario en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial», de J. TOMÉ PAULE, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	951
«Emblemas», de ANDREA ALCIATO, por MARIANO PESET	954
«Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	956
«Derechos reales (De los bienes a la hipoteca)», de E. BALLESTER GINER, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	958
REVISTA DE REVISTAS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	963

In memoriam

Ginés Cánovas Coutiño.

Ha fallecido en Madrid el 2 de marzo nuestro compañero GINES CANOVAS COUTIÑO, miembro del Consejo de Redacción de esta Revista, en la que colaboró durante muchísimos años. Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, gran jurista, con una dilatada vida profesional, que culmina en Madrid, donde se jubila en el Registro número 4, con el número uno del escalafón.

Había nacido Ginés Cánovas en Totana (Murcia) el 2 de febrero de 1900, en el seno de una familia acomodada de la ciudad. Su padre, el Capitán de Infantería don Luis Cánovas Povo, abandona pronto la milicia y se dedica a la política. Trabaja en la sombra a las órdenes de José Maestre, hombre fuerte de los conservadores murcianos. Ginés Bautista —éste era su nombre completo de pila— nunca se ve, en cambio, tentado por la política.

A los dieciocho años es ya licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia. De allí arranca la amistad de toda su vida con el que sería gran Notario, su paisano Antonio Moxó Ruano. Poco tiempo asiste Cánovas a aquellas aulas. «Las clases —nos dice su hijo José Luis— las encontraba lentas y pesadas.» Decide estudiar libre. También por su cuenta se prepara para jurídico militar. Tras seis meses con ese cuestionario, decide ir a Registros. Sigue solo con sus libros y apuntes.

Toma parte en las oposiciones convocadas en agosto de 1923 y obtiene plaza en ellas. Figura en su promoción con el último número, porque no tenía al nombrarse los aspirantes —marzo de 1924— los veinticinco años entonces exigidos para el ejercicio de la profesión.

De Registradores y juristas en general es conocida su gran labor en la Revista. Sus comentarios a las resoluciones de la Dirección —que suspende en diciembre de 1958, en vísperas de su jubilación— son modelo de concisión y profundidad. Ha sido con estos comentarios maestro de todos nosotros.

Como detalle anecdótico que le retrata, digamos finalmente que nunca cobró un céntimo por sus artículos. La Junta del Colegio acordó regalarle todos los años una serie de libros jurídicos. Cánovas aceptó el obsequio, pero a condición de que si el precio de las obras excedía de la normal retribución de sus trabajos, él pagaría la diferencia... Hasta ahí llegaba su desprendimiento.

Presente siempre en los grandes acontecimientos del Cuerpo, en 1961, con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria, «la mejor Ley española», según sus palabras, inaugura los cursos de Derecho hipotecario para el doctorado en la Universidad de Madrid. En 1960 enjuicia en la Revista la reciente reforma del Reglamento Hipotecario y los comentarios de otro gran maestro de Registradores, Ramón de la Rica Arenal. Ginés Cánovas nos refería su agrado por la opinión de don Ramón: «Me ha escrito que sus comentarios se complementan con mi artículo de la 'Revista Crítica'».

Casado en 1933 con Luisa Palacio-Valdés, nieta del insigne novelista, tiene gran admiración por la labor de don Armando, de Pío Baroja, de los escritores de la generación del 27... Vuelca su inquietud literaria en su novela «La artimaña», que publica en 1924, en la que, al igual que en «La vida en los pueblos», traza buenas páginas costumbristas de su tierra.

Ginés Bautista era alto, de buen porte, con una seriedad no exenta del sentido del humor y de palabra afectuosa. Católico ferviente, buen padre de familia, buen compañero y buen amigo, no quiso nunca molestar a nadie. Quizá por ello su muerte pasó inadvertida casi para todos. Sus últimos años entre Madrid y su Totana —allá en su finca de «La Majadilla»— han transcurrido serena y cariñosamente solo con los suyos. Preparándose para el más allá. Nuestro buen amigo gustaba de repetir con frecuencia la frase de Joubert: «Si es posible, hay que saber morir amablemente.»

¡Ginés Cánovas Coutiño, descansa en paz!

Juan Antonio CUADRADO CANOVAS

Registrador de Madrid número 11

NOTA DE LA REDACCIÓN:

Como complemento a esta sentida semblanza de GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO reseñamos los trabajos y colaboraciones en esta Revista del que fuera nuestro compañero y amigo, tristemente desaparecido:

- Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General en varios números de esta *Revista*.
- El abandono en la hipoteca (año 1948, pág. 137).
- El arrendamiento y lo institucional. Precio, prórroga y retracto (año 1948, página 229).
- El valor de la inscripción según RAMÓN DE LA RICA (conferencia) (año 1948, página 273).
- Algunas ideas en torno a los problemas surgidos con ocasión de la delimitación de perfiles del proceso establecido en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria (recensión y comentarios de conferencia de JOSÉ AZPIAZU) (año 1948, página 555).
- La accesión y el Registro de la Propiedad (año 1952, pág. 903).
- Los comentarios de RAMÓN DE LA RICA a la reforma del Reglamento Hipotecario (año 1959, pág. 616).
- El pensamiento de RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE sobre la reforma del Derecho hipotecario (año 1960, pág. 721).
- La jurisprudencia del Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (año 1961, pág. 393).
- Las reservas y el Registro de la Propiedad (año 1961, pág. 855).
- Derecho de sucesiones (año 1962, pág. 174).
- Relaciones económico-matrimoniales (año 1964, pág. 137).
- Recensiones de obras jurídicas en varios años (años 1945, 1948 y 1949, 1951, 1952, 1959, 1964, 1966, 1967 y 1970).

•

0

4

•

•

•

•

•

•

9

•

ESTUDIOS

Las sociedades anónimas laborales (comentario a la Ley 15/1986, de 25 de Abril)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ESTRUCTURA DE LA LEY.—III. REQUISITOS DE LA S.A.L.—IV. NORMAS POR LAS QUE SE RIGE.—V. EL CAPITAL SOCIAL.—VI. REGIMEN DE LAS ACCIONES.—VII. EXAMEN ESPECIAL DE LA TRANSMISION DE ACCIONES.—VIII. ADMINISTRACION.—IX. ORGANO DELIBERANTE.—X. DENOMINACION SOCIAL.—XI. OTROS LIMITES IMPUESTOS A ESTE TIPO SOCIAL.—XII. DERECHOS DE SUSCRIPCION PREFERENTE.—XIII. LAS RESERVAS.—XIV. PERDIDA DEL CARACTER LABORAL.—XV. DISOLUCION.—XVI. EL REGISTRO ADMINISTRATIVO.—XVII. REGIMEN TRIBUTARIO.—XVIII. DERECHO TRANSITORIO.—XIX. CONSIDERACIONES PRACTICAS.

I. INTRODUCCION

Atendiendo la amable invitación del Ilustre Colegio Notarial de Sevilla, hicimos unos comentarios sobre el Proyecto de Ley relativo a las Sociedades Anónimas Laborales, en ponencia, charla de amigos, más bien, que tuvo lugar el día 10 de abril del año en curso.

Poco después, el *Boletín Oficial del Estado* correspondiente al 30 de abril publicó la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, en adelante Ley especial.

Tomando como base aquella Ponencia, hemos actualizado los comentarios que nos sugirió el Proyecto de Ley, adaptándolos a la Ley 15/1986, que presenta algunas novedades respecto de aquél.

Consecuencia de ello es este modesto trabajo que hoy ofrecemos a la consideración de cuantos puedan estar interesados en el tema.

Las Sociedades Laborales estaban reclamando de forma imperiosa una adecuada regulación legal. Regidas durante años por Ordenes Minis-

teriales, proliferaban las Sociedades Laborales adoptando la forma de Anónimas, que era precisamente la menos adecuada por el carácter rabiamente personalista de aquéllas, del todo incompatible con la naturaleza capitalista de éstas.

Por estas razones, el legislador debió optar por configurar las Sociedades Laborales como Sociedades de Responsabilidad Limitada, o bien, lo que tal vez hubiera sido más razonable, regularlas de manera específica sin encajarlas en ninguna de las formas mercantiles, que no parecen responder a los deseos del legislador: las unas, por la responsabilidad ilimitada que alcanza a los socios colectivos; las otras, porque su construcción legal no permite su adecuación a los indicados deseos del legislador.

Pese a todo, al menos ahora contamos con una Ley, en tanto que antes las Ordenes Ministeriales significaban una auténtica anomalía, por ser contrarias éstas a la Ley de Sociedades Anónimas, con lo que se provocaban no pocos y graves problemas a Notarios y Registradores, que nos las veíamos y deseábamos para lograr un equilibrio que era imposible alcanzar.

Es cierto que las Ordenes Ministeriales no hablaban de Sociedades Anónimas Laborales, sino sólo de Sociedades Laborales, pero no es menos cierto que todas las que se constituían lo hacían bajo la forma de Anónimas. Carentes de regulación legal, basadas en Ordenes Ministeriales que no podían derogar ni oponerse a la Ley de Sociedades Anónimas, por el inferior rango de aquéllas, lo lógico es que se hubiera acudido en la práctica bien a la Sociedad de Responsabilidad Limitada bien en otro caso a la Comanditaria, simple o por acciones. No se hacía así y, por ello, en este sentido, la Ley 15/1986 merece una crítica favorable, en cuanto desaparece el vicioso sistema de las Ordenes Ministeriales.

En todo lo demás, la crítica no puede ser sino rotundamente negativa. Insistimos: no es la Sociedad Anónima el cauce adecuado para dar cobijo y abrigo a las Sociedades Laborales.

II. ESTRUCTURA DE LA LEY

El Proyecto constaba de dos capítulos. El primero de ellos establecía el régimen legal de este tipo de Sociedades. El segundo, su régimen tributario. Aquél lo integraban 17 artículos. Este, tan sólo dos.

Terminaba el Proyecto de Ley con una disposición transitoria única y cuatro disposiciones finales.

La Ley especial respeta esta misma distribución con una única dife-

rencia: que el capítulo primero tienen 19 artículos; es decir, dos más que el Proyecto.

III. REQUISITOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA LABORAL

Vamos a exponerlos con referencia al Proyecto y a la Ley especial.

El artículo 1.º del Proyecto decía que sólo podían tener carácter laboral las Sociedades Anónimas en las que se dieran los siguientes requisitos:

- a) Que el 51 por 100 del capital social perteneciera a los trabajadores que prestasen en ella sus servicios retribuidos en forma:

- directa,
- personal y
- en jornada completa.

La Ley añade, también en el artículo 1.º, un requisito más que ya latía en el párrafo 2.º del artículo 14 del Proyecto, y que consiste en que la relación laboral que ligue a los trabajadores de la Sociedad con ésta, lo sea

- por tiempo indefinido.

Por tanto, son cinco las circunstancias que han de adornar esos servicios, conforme al artículo 1.º de la Ley: que sean retribuidos, directos, personales, en jornada completa y por tiempo indefinido.

- b) Que se den las demás condiciones reguladas por la Ley, que son las siguientes:

- 1.ª Que en la denominación figure la indicación «Sociedad Anónima Laboral» —artículo 3.º, párrafo 1.º, de la Ley— o bien su abreviatura; o sea, SAL; que por lo demás sólo pueden ser usadas, indicación y abreviatura, por las Sociedades acogidas a dicha Ley —párrafo 2.º del mismo artículo 3.º—.
- 2.ª Que se inscriban en el Registro administrativo que se crea por la Ley en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social —artículo 4.º, párrafo 1.º, de la Ley—.

- 3.^a Que posteriormente se inscriban en el Registro Mercantil —artículo 4.º, párrafo 2.º, de la Ley—.
- 4.^a El artículo 5.º del Proyecto exigía la total suscripción y desembolso del capital social. La Ley ha suavizado la exigencia, aceptando el régimen de la de Sociedades Anónimas, pues sólo impone la suscripción total y el desembolso de la cuarta parte del capital social, en el párrafo 2.º del artículo 5.º
- 5.^a Que ninguno de los socios posea acciones representativas de más del 25 por 100 de dicho capital social, sin que, además, los no trabajadores puedan superar, en su conjunto, más del 49 por 100 del mismo —artículos 5.º, párrafo 2.º, y 1.º, respectivamente de la Ley—.
- 6.^a Que las acciones sean nominativas —artículo 6.º, párrafo 1.º, inciso 1.º, de la Ley—.
- 7.^a El artículo 14 del Proyecto no permitía que el número de trabajadores asalariados fijos de plantilla y contratados por tiempo indefinido, que no tuvieran suscritas y desembolsadas acciones de la SAL, fuera superior al 15 por 100, en relación al total de socios trabajadores, aunque se excluían del cómputo los trabajadores con contrato de trabajo en prácticas o para la formación y aquéllos con contrato temporal no superior al término señalado en el Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 16 de la Ley, que ha sustituido a ese artículo 14 del Proyecto, dispone que: «En las Sociedades Anónimas Laborales el número de trabajadores cuya relación laboral sea por tiempo indefinido y que no tengan suscritas y desembolsadas acciones de la Sociedad, no podrán ser superiores al 15 por 100, en relación al total de socios trabajadores, excepto en las constituidas por menos de 25 socios trabajadores, en las que el porcentaje máximo será del 25 por 100. Se excluyen de este porcentaje los trabajadores con contrato de duración temporal no superior a la señalada en el Estatuto de los Trabajadores».

Distingue, pues, dos supuestos:

- Sociedades con menos de 25 socios trabajadores: puede tener trabajadores no socios en número no superior al 25 por 100 de aquéllos.
- Sociedades con más de 25 socios trabajadores: los trabajadores no socios no pueden exceder del 15 por 100 de aquéllos.

IV. NORMAS POR QUE SE RIGEN

A tenor de lo que dispone el artículo 2.º de la Ley, que reproduce literalmente su correlativo del Proyecto, las Sociedades Anónimas Laborales se rigen, en primer lugar, por sus normas específicas; en segundo lugar, por la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951; y en tercer lugar, por remisión de ésta, por el Código de Comercio y, en su defecto, por las normas del Derecho común; sin olvidar, claro es, el Reglamento del Registro Mercantil.

Es de destacar nuevamente que resulta inconcebible que la Ley se haya decidido por una sola forma, la Anónima, precisamente la menos adecuada, a nuestro entender, para acoger las Sociedades Laborales, cuando pudo optar por cualquiera de las otras tres clases, o, por lo menos, permitir cualquiera de ellas... menos la Anónima.

En cambio, con carácter de exclusividad, sólo las admite bajo esta última fórmula, que es de todas ellas, repetimos, la que menos se adapta a la naturaleza fuertemente personalista de la Sociedad Laboral, lo que se acusa, sobre todo, en el artículo 8.º, que regula las limitaciones a la transmisibilidad de acciones, a cuyo comentario nos remitimos.

V. EL CAPITAL SOCIAL

Para que la Sociedad Anónima pueda tener carácter laboral, es preciso que su capital social esté en posesión de trabajadores de la misma en un 51 por 100, como mínimo.

Sólo el 49 por 100 de aquel capital puede pertenecer a socios no trabajadores de la propia Sociedad (aunque lo sean de otra, laboral o no), entendiendo por tales aquéllos que no reúnan las condiciones que expresa el artículo 1.º de la Ley.

Reiterando lo que tenemos dicho, hay que recordar aquí que el artículo 5.º de la Ley, respetando lo que, a su vez, disponen los artículos 8.º y 20 de la Ley de Sociedades Anónimas, permite que el desembolso, en el momento de la suscripción, sea del 25 por 100, con lo que se aparta del Proyecto, que en su también artículo 5.º exigía el desembolso total.

Sin embargo, el propio artículo 5.º de la Ley señala límites a la autonomía de la voluntad, en cuanto al desembolso del 75 por 100 restante o la parte inferior a él pendiente de desembolso, cuando impone que tenga lugar en plazo no superior a un año, a contar desde su inscripción en el Registro Mercantil como tal Sociedad Anónima Laboral.

El incumplimiento de esta obligación no parece que lleve consigo la pérdida de la cualidad laboral, dados los términos del artículo 18 de la Ley (que debe ser de interpretación restrictiva), pero sí parece que supone la pérdida de los beneficios tributarios, como se desprende del artículo 21 de la misma, lo que puede dar lugar, ciertamente, a una situación un tanto curiosa, por extravagante.

Pasando de tema; concretamente, debido a la distinción entre acciones de trabajadores y acciones de no trabajadores, el artículo 6.º, tanto del Proyecto como de la Ley, se ve obligado a crear dos clases o series de acciones cuando haya accionistas no trabajadores, con lo que se intenta respetar lo que dispone el artículo 37 de la Ley de Sociedades Anónimas: las acciones de la misma serie o clase serán de igual valor y conferirán los mismos derechos.

Por otra parte, la Ley (como el Proyecto) en su artículo 2.º no establece límites (ni mínimo ni máximo) para el capital social, disponiendo que las Sociedades Anónimas Laborales tendrán este carácter, cualquiera que sea la cifra de aquél.

Seguramente la Ley lo que pretende es evitar que las Sociedades Laborales dejen de ser Anónimas para el caso de que una nueva Ley de Sociedades Anónimas establezca (lo que es previsible) un capital mínimo para las que pretendan constituirse al amparo de la misma.

El artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, como el 1.º de la Ley de Sociedades Anónimas, dice que ese capital social estará dividido en acciones y que se fijará en los Estatutos, tal como, por su parte, exige la letra f) del artículo 11 de la propia Ley de Sociedades Anónimas. También exige dicho artículo 5.º la suscripción total de las mismas, en el momento de la constitución.

Pero con posterioridad a la constitución, bien por la vía de los aumentos de capital, bien por la del artículo 8.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, relativo a las limitaciones a la libre transmisibilidad de acciones, se permiten las acciones en cartera, proscritas por la legislación vigente.

No obstante, la creación de acciones en cartera no es libre: son necesarios para ello dos requisitos:

- 1.º Que se trate de las reservadas a los trabajadores.
- 2.º Que el capital que representen no exceda de la cuarta parte del capital representado por el total de las acciones reservadas a los trabajadores.

La situación jurídica de las mismas está perfectamente delimitada por la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, en su artículo 6.º (dos últimos

párrafos), al disponer que, en tanto no sean objeto de suscripción, es decir, mientras se hallen en tal situación

- ni atribuyen ningún derecho,
- ni el capital que representen puede ser llevado al pasivo del balance.

Tiene, pues, el artículo 6.º que ahora comentamos un alcance mucho mayor que el que se deriva del artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas, que permite a la Sociedad adquirir sus propias acciones con cargo al capital social sólo para amortizarlas; y también a este único efecto por compraventa o permuta con los beneficios y reservas libres. Sin necesidad de amortizarlas sólo puede la Sociedad adquirir sus propias acciones en dos casos:

- a título gratuito,
- y a título oneroso, distinto de la compraventa o permuta, solamente con los beneficios y reservas libres, para evitar un daño grave a la propia Sociedad y previo acuerdo de la Junta General.

El artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales es mucho más abierto y permisivo, pues, como hemos visto, admite que el origen de las acciones en cartera provenga bien de la aplicación del artículo 8.º de la propia Ley bien de un simple acuerdo de aumento de capital. Las dos únicas trabas o límites que señala son los que ya expusimos; o sea, que se trate de acciones reservadas a los trabajadores y que el capital que representen no supere la cuarta parte del total capital que representen, a su vez, las acciones de esa misma clase o serie.

Además, debe tenerse presente que con ese artículo 6.º no se está descartando, ni mucho menos, la aplicabilidad del artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas, que también tiene cabida, en los casos que contempla, en las Sociedades Anónimas Laborales.

Por tanto, las acciones en cartera no pueden ser de las acciones no reservadas a los trabajadores. Estas están sometidas a la normativa general. Sólo las acciones reservadas pueden constituirse en acciones en cartera, ya sea como consecuencia de un aumento de capital, ya sea como consecuencia de la utilización del vehículo que ofrece a la Sociedad el artículo 8.º, que luego examinaremos.

En ambos casos, la finalidad que persigue la Ley es la misma: evitar la pérdida de la cualidad de laboral como resultado de la inflexible aplicación de los límites cuantitativos que impone la Ley en sus artícu-

los 1.º y 5.º, párrafo 2.º, lo que, lógicamente, le lleva a no aceptar que las acciones en cartera puedan ser de las no reservadas a los trabajadores.

Una duda puede plantearse en cuanto a la base para la determinación del porcentaje límite que establece el artículo 6.º, que es, como ya expusimos, la cuarta parte del total capital social «reservado», pues si bien en el supuesto del artículo 8.º está claro que hay que referir esa cuarta parte al total capital social «reservado» en el momento en que la Sociedad haga uso de su derecho de adquisición preferente, no ocurre lo propio en los casos de aumento de capital, en los que la Ley no dice si esa cuarta parte ha de determinarse antes del acuerdo o después de él. Nosotros nos inclinamos por este segundo momento, precisamente por estar claro en el otro caso y no decirse nada en contrario en éste, pues, siendo la misma la razón, debe serlo también el criterio aplicable. Con ello se permite a la Sociedad obtener los capitales «no reservados» que precise sin que peligre su cualidad de laboral.

Lo que no dice la Ley, a diferencia de lo que hace el artículo 5.º, que señala el plazo de un año, como máximo, para realizar el total desembolso de las acciones suscritas al constituirse la Sociedad, es el plazo dentro del cual la Sociedad ha de desprenderse de las acciones en cartera. El artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas obliga a la Sociedad a vender las acciones que no haya de amortizar «en el más breve plazo». El artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales se limita a decir que las acciones en cartera, mientras lo sean, ni atribuyen derechos ni pueden ser llevadas al pasivo del balance.

Por consiguiente, ¿podrá perpetuarse dicha situación? Indudablemente, no. Lo prohíbe el artículo 6.º, número 4, del Código Civil, por cuanto se trataría de un evidente fraude de ley.

¿Cuál será, pues, la norma aplicable? A pesar de que una lejana analogía nos podría inclinar a pensar que el plazo para desprenderse de las acciones en cartera sería el de un año, por aplicación del párrafo 1.º del artículo 5.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, lo cierto es que no hay base sería para ello y que la norma aplicable ha de buscarse a través del artículo 2.º de la misma Ley con su remisión a la de Sociedades Anónimas, y, por tanto, el precepto buscado no puede ser otro que el artículo 47 de esta última Ley: «deberá venderlas en el más breve plazo», interpretando, eso sí, la palabra «venderlas» en un sentido más amplio, para comprender, con auténtica propiedad, los dos supuestos que recoge el último párrafo del artículo 6.º, pues en los aumentos de capital se trataría más bien de suscripción.

Parece, sin embargo, que, en orden a su desembolso, una vez adquiridas por los trabajadores, socios o no, hay que distinguir las dos hipó-

tesis que contempla dicho último párrafo del artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, pues si las acciones en cartera nacen como consecuencia de un aumento de capital, nos inclinamos por la norma del artículo 5.º de la misma: ha de desembolsarse, al menos, una cuarta parte en el momento de la suscripción y totalmente en el plazo de un año, a contar desde ese mismo momento; en cambio, si las acciones en cartera proceden del ejercicio por la Sociedad del derecho de adquisición preferente que regula el artículo 8.º, creemos que el precio de las mismas ha de ser satisfecho en el acto de la «venta».

Tampoco regula la Ley cuál será ese «precio». Nuevamente hemos de distinguir las mismas hipótesis:

- 1.º Si las acciones en cartera son fruto de un acuerdo de aumento de capital, habrá de estarse a los términos del mismo para el que rigen las normas de la Ley de Sociedades Anónimas.
- 2.º Si las acciones en cartera proceden del ejercicio del derecho de adquisición preferente por la Sociedad, entendemos que su «precio» mínimo es el determinado por su valor real, a tenor de lo dispuesto por el artículo 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales; es decir, no el 75 por 100 de que habla el mismo, sino el 100 por 100 que supone ese valor real, tanto si ha habido discrepancia como si no la ha habido, pues en este último caso hay que suponer que la sociedad ha satisfecho tan sólo el 75 por 100 de ese valor real.

La finalidad que persigue la Ley con la admisión de las acciones en cartera parece clara. Por un lado, facilitar el acceso de nuevos socios reclutados entre los trabajadores que aún no lo sean. Por otro lado, evitar por esta vía que el tope del 49 por 100 del artículo 1.º sea superado, lo que supondría la pérdida por la Sociedad de su carácter laboral. Y, por último, impedir que algún socio trabajador llegue a ostentar, en lo posible, claro está, más del 25 por 100 del capital social.

No nos merece crítica favorable la regulación contenida en la Ley acerca de las acciones en cartera, que nos parece innecesaria porque los mismos resultados se conseguirían a través del artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas para los casos de ejercicio del derecho de adquisición preferente, cuya aplicación se justificaría por el daño grave que con ello se evitaría a la Sociedad (la pérdida de su naturaleza laboral); y a través del artículo 96 de esa misma Ley, para los supuestos de aumento de capital; sin necesidad, por tanto, en ambos casos, de acudir a la admisión de acciones en cartera, que es una manera como otra cual-

quiera de denominarlas, sin que realmente lo sean, por no estar destinadas a especulación alguna, sino precisamente todo lo contrario.

VI. REGIMEN DE LAS ACCIONES

Aparte el hecho de que han de pertenecer a los trabajadores acciones que representen, al menos, el 51 por 100 del capital social, y precisamente como acciones «reservadas», es decir, de la serie o clase destinada exclusivamente a trabajadores de la Sociedad, como se desprende de la regulación legal, especialmente, de los artículos 1.º y 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales; y de que ningún socio, trabajador o no, puede titular más del 25 por 100 del capital social (párrafo 2.º del artículo 5.º de la misma Ley); el artículo 6.º exige que las acciones sean siempre nominativas, tanto las de los trabajadores cuanto las de los no trabajadores.

Con ello se hace posible conocer, en cada momento, que los límites antes expresados no son superados, es decir, por un lado, que las acciones reservadas a los trabajadores suponen, al menos, el 51 por 100 del capital social; y, por otro, que ningún socio titula más del 25 por 100 del mismo.

En atención al primero de los repetidos límites es por lo que el mismo artículo 6.º de la Ley dispone que cuando existan socios no trabajadores han de haber dos clases o series de acciones: las reservadas a los trabajadores (en adelante, acciones reservadas) y las restantes (en adelante, ordinarias o no reservadas). Y para distinguirlas, añade que las reservadas deben llevar esta indicación en el propio título de la acción, sin que sea preciso hacer indicación alguna en las no reservadas.

De todo ello se deduce: 1.º Que para que una Sociedad Anónima sea Laboral no es necesario que haya socios no trabajadores ni, por tanto, acciones no reservadas. 2.º Que, consiguientemente, todas las acciones pueden ser reservadas, pertenecientes, claro es, a trabajadores que reúnan los requisitos precisos. 3.º Que en este caso habrá una sola serie o clase. Y 4.º Que solamente debe haber dos clases o series cuando haya socios no trabajadores.

Entre una y otra clase de acciones existe otra diferencia fundamental: cuando los trabajadores adquieran acciones no reservadas, cualquiera que sea el título adquisitivo, pueden solicitar el cambio de clase, que requiere el acuerdo, en tal sentido, de la Junta General, procediéndose en este caso a la sustitución de los títulos (párrafo 2.º del artículo 6.º de la Ley especial). Por el contrario, ha de procederse necesariamente al cambio de clase cuando sean los no trabajadores los que adquieran acciones

reservadas, ya sea por derecho de suscripción (artículo 7.º, párrafo 2.º), ya lo sea por derecho de adquisición preferente (art. 8.º). Lo propio ocurre cuando el socio trabajador deje de serlo, respecto de las acciones reservadas (artículo 10, número 1, inciso 2.º), por extinción de la relación laboral, a cuyo supuesto ha de asimilarse el de adquisición por sucesión hereditaria, cuando el heredero o legatario no ostente la condición de trabajador o no sea aceptado como tal, si las acciones transmitidas, en todo o en la parte que lo sean, pertenecen a las reservadas (artículo 11).

Ha desaparecido en la Ley el límite que establecía el Proyecto en el párrafo 2.º del artículo 6.º que permitía a los trabajadores solicitar el cambio de clase cuando adquirían por cualquier título acciones no reservadas, pero sólo si la petición, individual o colectiva, afectaba a un mínimo del 10 por 100 del capital social. Esta solicitud, de acuerdo con el artículo 6.º de la Ley especial, no está sometida a límite cuantitativo alguno: basta, pero es necesario, el acuerdo de la Junta General aceptando el cambio, cualquiera que sea el número de acciones afectadas, procediéndose a la sustitución de las acciones no reservadas por las acciones reservadas. En consecuencia, para obtener ese cambio o canje, en cuanto supone modificación de Estatutos, es preciso observar los requisitos que establece el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Tal acuerdo, sin embargo, no es necesario para proceder al cambio de clase cuando un no trabajador llega a ser titular de acciones reservadas, sea por ejercicio del derecho de suscripción preferente, sea por el de adquisición preferente, sea por actos *mortis causa*, y, en general, por cualquier causa que provoque la extinción de la relación laboral, como se desprende del tono imperativo que emplean los artículos 8.º y 10, antes citados. Esto quiere decir, a nuestro juicio, que no es preciso el acuerdo de la Junta General al respecto, sino que, producido el hecho, ha de procederse al cambio de clase. Al no regular específicamente la Ley especial cómo ha de llevarse a cabo ese cambio, ni ser aplicables las normas del artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, debido a la necesidad de tal cambio, hay que entender que los administradores tienen las facultades precisas, sin necesidad de consulta específica a la Junta General, para realizar el cambio por sí mismos y adaptar el correspondiente artículo estatutario.

La razón del distinto tratamiento de un supuesto y otro estriba en que en la adquisición por los trabajadores de acciones no reservadas no puede haber perjuicio para la Sociedad, en tanto que la adquisición de acciones reservadas por los no trabajadores, si no se transforman en no reservadas,

supone la pérdida de la cualidad de laboral por la Sociedad, por no darse los requisitos básicos para ostentar aquélla, de acuerdo con el artículo 1.º y sus concordantes, de la Ley especial.

Para completar la materia, diremos que el número 2 del artículo 10 de la Ley especial permite que los Estatutos establezcan normas especiales, en los supuestos de jubilación e incapacidad permanente, relativas a las consecuencias que han de producir estas situaciones en cuanto a la titularidad de acciones reservadas y el modo de proceder respecto de ellas, determinando, por ejemplo, el cambio automático de clase, con concesión de las facultades necesarias para llevarlo a cabo a los administradores, tal como antes veíamos.

De la misma manera, el párrafo 2.º del propio número 2 del artículo 10 faculta a los Estatutos para regular la situación de los socios trabajadores en excedencia.

En ambos casos, las normas estatutarias están sometidas a los límites del artículo 12 de la Ley especial: es nulo el pacto sobre transmisibilidad de acciones contrario a la misma, así como el que prohíba totalmente la transmisión a personas extrañas a la Sociedad.

En cualquier caso, si la transmisión de acciones supone la alteración de los límites cuantitativos de los artículos 1.º y 5.º, párrafo 2.º, de la Ley especial, se aplicará lo dispuesto por el artículo 18 de la misma, de acuerdo con el 13 de la propia Ley, o sea, provoca la pérdida por la Sociedad de su carácter laboral.

Los cambios continuos de clase, que pueden derivarse de la existencia de acciones reservadas en exclusiva a trabajadores de la Sociedad, hacen que la numeración correlativa a que se refieren los artículos 35 de la Ley de Sociedades Anónimas y 102, letra f), del Reglamento del Registro Mercantil, salga bastante malparada por razones obvias, porque lo que, desde luego, no puede pretenderse y sería odioso en la práctica, es que cada cambio de serie se traduzca en un reajuste permanente en la numeración de las acciones, reservadas o no, no afectadas por los hechos que lo determinan.

En la Ley especial ha desaparecido el artículo 7.º del Proyecto, que decía: «El derecho de suscripción preferente se referirá exclusivamente a cada una de las dos clases de acciones».

Por el contrario, el artículo 7.º de dicha Ley distingue las dos clases de acciones para someterlas a distinto régimen:

- 1.º Acciones reservadas: El derecho de suscripción preferente se rige por el artículo 8.º, que regula el derecho de adquisición preferente respecto de las transmisiones *inter vivos*, que después estudiaremos.

- 2.º Acciones no reservadas: Tanto el derecho de suscripción como el de adquisición preferente (en cuanto a éste, si se estableciere expresamente por los Estatutos) se regirá por las normas de la Ley de Sociedades Anónimas, a las que nos remitimos.

Este cambio normativo tiene un gran alcance. En el artículo 7.º del Proyecto, el derecho de suscripción preferente quedaba sometido a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas, pero con la importante particularidad de que en los aumentos de capital funcionaba con total independencia respecto, por un lado, de las acciones reservadas y, por otro, de las no reservadas, de modo que aquéllas habían de ofrecerse en primer lugar a los socios trabajadores, sin que fuera necesario ofrecerlas después a los socios no trabajadores; y en cuanto a las acciones no reservadas, habrían de ofrecerse, paralelamente, a los socios no trabajadores, sin que tampoco fuera preciso ofrecerlas después a los socios trabajadores. En ambos casos, no obstante, los Estatutos podían imponer ese segundo ofrecimiento antes del que podía hacerse a extraños a la Sociedad, siempre, por supuesto, respetando los límites legales, si quería conservarse el carácter laboral de la Sociedad.

Con la redacción que la Ley ha dado al artículo 7.º en cuestión, las cosas han cambiado sustancialmente. Los socios no trabajadores sólo pueden suscribir acciones reservadas, en los aumentos de capital, a través de las normas del artículo 8.º, de modo que antes de llegar a aquellos socios, han de ser ofrecidas, en primer lugar, a los trabajadores no socios, después a los socios trabajadores, y, en tercer lugar (pero antes que la propia Sociedad), a los socios no trabajadores.

Si se trata de acciones no reservadas, el caso se regula conforme a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas, de tal manera que socios trabajadores y socios no trabajadores gozarán del derecho de suscripción preferente en los términos del artículo 92 de aquella Ley. Esto plantea un grave problema no resuelto por la Ley especial, pero que sí resolvía el artículo 7.º del Proyecto al canalizar el derecho de suscripción preferente a través de dos vías paralelas, por más que también suscitara no pocos problemas. Porque el laconismo del artículo 7.º de la Ley especial al referirse genéricamente a las normas de las Sociedades Anónimas nos lleva a preguntarnos cuál es el criterio de proporcionalidad al que hay que atender para hacer efectivo ese derecho de preferente suscripción.

Parece lógico pensar, como afirmábamos antes, que los socios trabajadores tienen derecho a participar en los aumentos de capital que supongan emisión de acciones no reservadas, de la misma manera que el artículo 8.º se le reconoce, aunque en tercer lugar, a los socios no trabajadores respecto de las acciones reservadas. El problema no es ése: el

problema consiste en dilucidar si la proporcionalidad de que habla el artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas ha de fijarse de acuerdo con el total capital social o de acuerdo con el que representen las acciones no reservadas; es decir, si tendrán derecho de suscripción preferente en todo caso los titulares de acciones reservadas, supuesto en el cual no cabe duda de que ha de atenderse al total capital social, o si, por el contrario, sólo tendrán aquel derecho quienes posean acciones no reservadas, sean o no titulares de acciones reservadas, de modo que quedarían excluidos los socios trabajadores que no tuvieran acciones no reservadas.

Nosotros nos inclinamos por la primera de las soluciones, precisamente por la supresión del contenido del artículo 7.º del Proyecto en su correlativo de la Ley especial y por razones de equidad, pues si los socios no trabajadores gozan de aquel derecho respecto de las acciones reservadas, parece justo que los socios trabajadores también participen del mismo derecho en cuanto a las no reservadas.

La diferencia está en que así como los no trabajadores ocupan el tercer lugar en la preferencia que regula el artículo 8.º de la Ley especial, en cambio, los socios trabajadores concurren en plano de igualdad con los socios no trabajadores en la suscripción de las acciones no reservadas que se emitan.

Por tanto, hay que distinguir los siguientes hipotéticos casos:

- 1.º Si el aumento de capital se refiere sólo a acciones reservadas, se aplica el artículo 8.º de la Ley especial.
- 2.º Si el aumento de capital lo es solamente en cuanto al «no reservado», sin que se emitan acciones reservadas, se aplica el artículo 92 de la Ley, conforme al cual todos los socios, titulares de acciones reservadas o no reservadas, tienen «derecho a suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean», proporcionalidad que ha de establecerse en función del total capital social, única manera de que tal derecho no resulte frustrado para los titulares de acciones reservadas que no lo sean, al mismo tiempo, de acciones no reservadas.
- 3.º Si el aumento de capital afecta a la parte reservada y a la no reservada simultáneamente, el derecho de suscripción preferente seguirá dos caminos paralelos:
 - para las acciones reservadas, el del artículo 8.º de la Ley especial, con la conversión forzosa de su párrafo 5.º, en su caso;
 - para las no reservadas, el del artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero con la posibilidad de conversión en

reservadas que permite el párrafo 2.º del artículo 6.º de la Ley especial.

- 4.º Para soslayar los problemas que puedan presentarse en el caso del número anterior por la posibilidad de superación de los conocidos límites del 51 por 100 y el 25 por 100, siempre queda a la Sociedad la posibilidad de crear las acciones en cartera, en último término, tal como permiten los dos últimos párrafos del artículo 6.º de la Ley especial, previsión que habrá de adoptarse cuando exista ese riesgo.

Llegados a este punto, conviene aclarar que el límite del 51 por 100 no tiene excepción ninguna, pero sí el del 25 por 100, pues, sin superar aquél, es decir, hasta el 49 por 100 del capital social, puede pertenecer, según el párrafo 2.º del artículo 5.º de la Ley especial, a las Entidades públicas, así como a las personas jurídicas en cuyo capital social participan mayoritariamente o lo titulen en su totalidad el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

VII. EXAMEN ESPECIAL DE LA TRANSMISION DE ACCIONES

Capítulo aparte merece el estudio de las limitaciones que implanta la Ley en orden a la transmisibilidad de las acciones reservadas, que son de Derecho necesario, y cuya inobservancia, por tanto, impide la calificación como laboral de la Sociedad.

En cambio, al igual que el derecho de suscripción preferente, el de adquisición preferente, si los Estatutos lo regulan, queda sometido a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas (artículo 7.º, párrafo 1.º, de la Ley especial), cuando se trate de acciones no reservadas, rigiendo, por tanto, lo que dispone el artículo 46 de aquella Ley.

La Ley especial destina los artículos 8.º a 13, ambos inclusive, a regular todo lo relativo a la transmisión de acciones reservadas, que pasamos a examinar a continuación, no sin antes recordar que las mismas normas de preferencia se aplican al derecho de suscripción en los aumentos de capital, en cuanto a dichas acciones reservadas, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 7.º de la Ley especial, que también, en este punto, es de Derecho necesario.

La Ley distingue dos clases de transmisiones: las *inter vivos* y las *mortis causa*, si bien debe advertirse:

- 1.º Que, en cuanto a las primeras, sólo regula las voluntarias, quedando sometidas a las normas generales las forzosas. Dentro de las voluntarias, al no distinguir, quedan comprendidas tanto las onerosas como las gratuitas, cualquiera que sea la naturaleza concreta de unas u otras.
- 2.º Que no regula específicamente las *mortis causa*, respecto de las cuales dispone:
 - a) Que el heredero o legatario adquiere automáticamente la condición de socio.
 - b) Que, no obstante ello, los Estatutos podrán establecer limitaciones a dicha norma general, concediendo a los trabajadores no socios y a los socios, trabajadores o no, el derecho de adquisición preferente correspondiente, con ciertas salvedades que luego expondremos.
- 3.º Que las limitaciones impuestas por los Estatutos, ya se trate de transmisiones *inter vivos*, ya se trate de transmisiones *mortis causa*, tienen, a su vez, dos límites:
 - a) Es nulo el pacto sobre transmisibilidad de acciones contrario a Ley.
 - b) Lo es también el que prohíba totalmente la transmisión a personas extrañas a la Sociedad. Por personas «extrañas» a la Sociedad hay que entender que son aquellas en las que concurren dos circunstancias:
 - no ser trabajadores de la Sociedad y
 - no ser socios de la misma.

Los trabajadores, aunque no sean socios, no tienen la consideración de personas extrañas a la sociedad, pues tanto en las transmisiones *inter vivos* cuanto en las *mortis causa* son, precisamente, los primeros destinatarios del derecho de adquisición preferente (arts. 8.º y 11 de la Ley especial), posibilitando así el cumplimiento de lo que disponga el artículo 129, punto 2, de la Constitución: el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Por otro lado, los socios, sean o no trabajadores de la Sociedad, evidentemente no pueden ser considerados extraños a la misma.

Sólo, pues, son personas extrañas a la Sociedad, a los efectos

de la Ley especial, quienes, no siendo socios, no sean tampoco trabajadores de ella, en los términos definidos por el artículo 1.º de aquella Ley.

- 4.º En cualquier caso, si la transmisión, una vez consumada definitivamente, trae como consecuencia la alteración de los límites cuantitativos (51 por 100 y 25 por 100) o cualitativos (acciones reservadas, propiedad de no trabajadores, en el sentido legal de la expresión, conforme al artículo 1.º), ello determina la entrada en juego de lo que dispone el artículo 18 de la misma, que, como veremos, puede suponer, en último término, la pérdida por la Sociedad de su condición de Laboral.

Consiguientemente, estudiaremos por separado las transmisiones *inter vivos* y las *mortis causa*.

A) TRANSMISIONES «INTER VIVOS»

Se regulan en los artículos 8.º, 9.º y 10 de la Ley especial, y abarca tan sólo, como ya dijimos, las de origen voluntario que tengan por objeto acciones reservadas.

Pero para que entren en juego tales preceptos, es preciso, además, que la transmisión lo sea a favor de persona que no sea trabajador de la Sociedad a tiempo total. Pese a esta dicción de la Ley hay que entender por no trabajador, a los efectos de la misma, quien no reúna todos y cada uno de los requisitos que enumera el artículo 1.º

Así delimitado el alcance del artículo 8.º, éste exige que el titular de acciones reservadas a los trabajadores que se proponga transmitir *inter vivos* (es decir, antes de hacerlo), todas, algunas o algunas de ellas, ha de comunicarlo por escrito dirigido a los administradores.

Estos, a su vez, han de notificarlo a los trabajadores no socios, en el plazo de quince días, quienes dentro de los treinta días siguientes a la notificación, pueden «optar a la compra» (*sic* en la Ley).

Puede suceder que sean varios los trabajadores que ejerciten ese derecho de adquisición preferente, resolviendo la Ley el problema acudiendo al criterio de distribución igualitaria: se distribuirán entre todos ellos por igual, dice, si bien, a continuación «aconseja» evitar en lo posible la existencia de acciones en copropiedad, pero sin indicar los medios utilizables para conseguirlo. Por tanto, creemos que los Estatutos pueden fijar criterios objetivos para evitar aquella situación de copropiedad. Por ejemplo, atribuyendo la acción al más antiguo en la empresa y, si hubiere varios con la misma antigüedad, al de más edad (sin distinción de

sexos, por supuesto); o bien, si se tratare de más de una acción, distribuyendo una a una entre cuantos se hubieren interesado, siguiendo el mismo orden sucesivamente, de modo que ningún trabajador reciba más de una, cuando no hubiere para todos. Si hubiera para todos los trabajadores interesados en la adquisición y lo que ocurriese es que resultaren acciones improrrrateables, entendemos que, *mutatis mutandi*, deben aplicarse idénticas normas de preferencia. Con ello no resultaría perjudicado o violado el criterio de igualdad entre los trabajadores en orden a la titularidad de las acciones reservadas, pues tanto por la vía de los posteriores derechos de adquisición preferente como por la de los derechos de suscripción preferente nacidos a consecuencia de los aumentos de capital, se conseguiría progresivamente aquella igualdad, dado el criterio de distribución en proporción inversa que para los socios trabajadores sienta el artículo 8.º de la Ley.

Efectivamente, dicho artículo 8.º dispone que, en el caso de que «ningún trabajador» ejercite su derecho, los administradores notificarán la propuesta de transmisión a los socios trabajadores «en el mismo plazo», para que éstos puedan optar, dentro de los treinta días siguientes a la notificación, de tal modo que, si son varios los que quieren adquirir las acciones, éstas han de distribuirse entre todos ellos, en proporción inversa a su respectiva participación en el capital social, debiéndose evitar en todo lo posible, como en el caso anterior, la existencia de acciones en copropiedad, a cuyo fin creemos que valen las mismas fórmulas antes expuestas, con las convenientes adaptaciones, dado que aquí no rige el principio de igualdad, sino el de proporción inversa, con lo cual se pretende, precisamente, llegar al de igualdad.

Hemos entrecomillado antes las palabras «ningún trabajador» y estas otras «en el mismo plazo». Y lo hemos hecho porque, a pesar de la literalidad de las mismas, debe entenderse:

- 1.º Que el derecho de adquisición preferente concedido a los socios trabajadores, no nace sólo cuando «ningún trabajador» no socio no ejercite el suyo, sino, incluso aunque se ejercite, cuando no se comprendan todas las acciones ofrecidas en la demanda producida. Esto nos parece evidente y por ello no insistimos más en la cuestión.
- 2.º Que la frase «en el mismo plazo» es un tanto aquívoca, pues ¿cuál es ese «mismo plazo»: el de treinta días que precede inmediatamente al párrafo que la acoge o el de quince días a que alude el inciso 1.º del artículo? A pesar de que pudiera pensarse que la Ley se refiere al de treinta días, por ser el más próximo a la repetida frase, nosotros creemos que se refiere al

de quince días, no sólo porque donde se da una misma razón debe aplicarse una misma regla, sino porque así lo revela el párrafo 2.º del artículo 8.º que, al regular el derecho de adquisición preferente de los socios no trabajadores, establece que se les ofrecerá en venta las acciones sobrantes «en los mismos plazos»; es decir, en los de quince días a que antes alude el precepto.

Sigue añadiendo el artículo 8.º que «si ningún socio trabajador» (valen las consideraciones anteriores) ejercita su derecho, se ofrecerán las acciones a los socios no trabajadores, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de treinta días durante los cuales puede tener lugar aquel ejercicio. Los socios no trabajadores, dentro de los treinta días siguientes a la notificación, pueden ejercitar el derecho de adquisición preferente, de modo que, si fueren varios los interesados, se distribuirán entre ellos a prorrata de su respectiva participación social, con lo cual se sigue el criterio que para el derecho de suscripción preferente utiliza el artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas.

También para este supuesto dispone el artículo 8.º de la Ley especial que se evitará en lo posible la existencia de acciones en copropiedad, para lo que valen también, *mutatis muntandi*, las consideraciones que para los otros dos supuestos ya hemos dejado expuestas, pues, si no se entiende así, no se comprende cómo puede evitarse la existencia de acciones en régimen de comunidad. Lo que sin duda quiere dejar sentado la Ley es que no se puede alterar el orden de preferencias que establece, pero que, dentro de él, la autonomía de la voluntad, manifestada a través de los Estatutos, puede establecer normas complementarias que no supongan alteración sustancial de la superior norma del susodicho artículo 8.º de la Ley especial.

Si «ningún» (vale lo antes dicho al respecto) trabajador ni socio (trabajador o no) ejercita su derecho, es la propia Sociedad la que puede adquirirlas «en el plazo de diez días», bien para tenerlas en cartera, siempre que se den los requisitos del artículo 6.º y con el alcance fijado en él, bien para amortizarlas «previa reducción del capital social».

Dos frases, igualmente, dejamos entrecomilladas en el párrafo anterior. La primera se refiere al plazo concedido a la Sociedad para ejercitar su derecho, que nos parece muy breve, pues al concederse genéricamente a la Sociedad sin aclarar cuál es el órgano al que compete la decisión, no nos cabe duda de que éste es la Junta General de Accionistas, por lo que, a la vista del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas, ese plazo es manifiestamente insuficiente. Por tanto, no tratándose de un elemento sustancial del artículo 8.º de la Ley especial, los Estatutos

deberán, si no quieren convertir ese derecho en ilusorio, ampliar el plazo de diez días, al menos hasta los treinta días (seguramente, a más, cuando se apruebe la nueva Ley de Sociedades Anónimas).

Pues bien, el artículo 8.º permite que esa adquisición por la Sociedad lo sea:

- para tener las acciones en cartera o
- para amortizarlas, previa reducción del capital social.

Abundando en lo que antes decíamos, tanto el acuerdo relativo a la tenencia de las acciones en cartera, cuanto el relativo a su amortización, que requiere la previa reducción del capital, corresponde tomarlos, ante el silencio de la Ley especial, a la Junta General de Accionistas, en virtud de la remisión que a la Ley de Sociedades Anónimas hace el artículo 2.º de aquélla. Y además, y por ello mismo, con el *quorum* del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando tenga por objeto la amortización y con el *quorum* ordinario en otro caso. De acuerdo con esto, procede distinguir:

- 1.º Si en el orden del día de la convocatoria sólo figura la propuesta de amortización, porque no quepa la posibilidad de la otra alternativa con base en el artículo 6.º de la Ley especial, el *quorum* será el del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas.
- 2.º Si en el orden del día figura tan sólo la propuesta de llevar las acciones afectadas a la cartera de la Sociedad, porque de otro modo se romperían o alterarían los límites cuantitativos del 50 por 100 o del 25 por 100, entonces bastaría el *quorum* ordinario del artículo 51 de la última de las Leyes citadas, porque ello no implicaría modificación alguna estatutaria.
- 3.º Si ambas alternativas figuraran en la convocatoria, el *quorum* exigible sería el superior de entre los dos posibles, es decir, el del artículo 58, conforme reiteradamente tiene declarado la Jurisprudencia.

Pues bien, transcurrido el plazo concedido a la Sociedad, el socio trabajador puede transmitir libremente las acciones que hubiere ofrecido con tal fin o bien aquellas sobre las que nadie hubiere ejercitado sus derechos, por el orden y en la forma ya estudiada. Tal transmisión puede hacerla en la forma (onerosa o gratuita, que no ha de especificar en su propuesta o comunicación) y modo que tenga por conveniente.

Pero tanto en este caso como en el de que sean adquiridas por socios no trabajadores, dice el párrafo 5.º del artículo 8.º de la Ley examinada

que «se procederá (*sic*) al cambio de clase de las acciones, que pasarán, de este modo, a ser de las no reservadas u ordinarias.

Varios problemas plantea la frase entrecomillada, que intentaremos resolver:

- 1.º Parece, y así lo creemos, que la conversión o cambio se producen por ministerio de la Ley.
- 2.º Que, por tanto, no es necesario el previo acuerdo de la Junta General, tácitamente adoptado, al no ejercitar su derecho.
- 3.º Que son los administradores quienes por sí mismos pueden y deben materializar ese cambio.
- 4.º Que, consiguientemente, también tienen las facultades necesarias para adaptar a la nueva situación el artículo pertinente de los Estatutos, sin perjuicio de dar cuenta de ello a la primera Junta General que se celebre.
- 5.º El cambio de clase supone la sustitución de los títulos representativos de acciones reservadas por otros de las no reservadas, o sea, de la ordinaria.
- 6.º Que, a pesar de esos términos imperativos y absolutos, creemos:

- a) Que si las acciones reservadas son, en todo o en parte, adquiridas por socios trabajadores que ya titulen acciones reservadas, no es necesario proceder al cambio de las afectadas. Y es que esos socios trabajadores pueden no haber ejercitado su derecho de adquisición preferente, y, sin embargo, decidirse después a adquirirlas, aunque no es frecuente que ello ocurra por lo que después diremos acerca de la determinación del precio, al comentar el artículo 9.º
- b) Que si aún no titulan acciones reservadas, sino que sólo poseen acciones ordinarias o no reservadas, el cambio sí se produce en los términos antes expuestos. Lo que ocurre es que el adquirente puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 6.º, párrafo 2.º, de la Ley especial, es decir, solicitar el cambio de clase. Esta regla se justifica por dos razones:

- la necesidad de acreditar que se reúnen las circunstancias del artículo 1.º, lo que no procede si ya se titulan acciones reservadas; y
- el hecho que para la Ley especial socios trabajadores son sólo los trabajadores titulares de acciones reserva-

das, como son trabajadores no socios los que, reuniendo los requisitos del artículo 1.º, no poseen acciones reservadas.

El último párrafo del artículo 8.º exige que el accionista que se propuso transmitir sus acciones reservadas lleve a efecto tal transmisión en el plazo de cuatro meses, a contar desde la finalización del último de los precedentes, pues en otro caso deberá iniciar nuevamente todos los trámites estudiados y someterse a ellos antes de hacer efectiva la transmisión. Obsérvese, a este respecto, cómo el párrafo aludido habla impropriamente del «accionista vendedor» cuando el párrafo 1.º está incluyendo todos los supuestos, onerosos o gratuitos, pero voluntarios, de transmisión *inter vivos*.

Por su parte, el artículo 9.º de la Ley especial regula el modo de llegar a la fijación del precio cuando por cualquiera de los que gozan del derecho de adquisición preferente hacen uso de él, para lo que permite que los interesados se pongan de acuerdo acerca del mismo y sólo si no hay acuerdo, o sea, en caso de discrepancia, se acudirá al camino que señala, que consiste sustancialmente en el nombramiento de un perito nombrado

- de común acuerdo por las partes interesadas
- o, en defecto de él, por el Juez (entendemos que el de Primera Instancia).

Para este último nombramiento se seguirá el procedimiento de los artículos 2.175, 2.º, y 2.176 de la LEC.

Una vez nombrado, el perito, previa audiencia de las partes, emitirá su dictamen. Una y otra cosa debe realizarlas dentro de los plazos que al efecto el Juez le señale.

Contra el dictamen sólo cabe el recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo por los motivos señalados en el artículo 1.753 de la LEC.

Por último, corresponde al Juez adoptar las providencias necesarias para la efectividad de la transmisión en el precio señalado por el perito, por la misma vía procesal establecida para la ejecución de sentencias.

Pero «ese precio señalado por el perito» no se corresponde con el valor real de la acción, sino que ha de consistir en el 75 por 100 de éste, lo cual exige que el perito nombrado fije el valor real de la acción y; por tanto, señale el precio de la misma, que ha de consistir necesariamente (al no haber habido acuerdo al respecto, que la Ley comienza por respetar, según vimos) en el 75 por 100 de ese valor real.

De modo que, en relación al «precio» de la acción, ha de tenerse presente:

- 1.º Que las partes interesadas pueden fijarlo libremente, se corresponda o no con el valor real, es decir, que su fijación es definitiva y no ha de reducirse al 75 por 100 de ese valor real.
- 2.º Que sólo si las partes interesadas no llegan a un acuerdo, es preciso el nombramiento de perito.
- 3.º Que también para este nombramiento ha de estarse a lo que los interesados pacten.
- 4.º Sólo a falta de acuerdo ha de procederse al nombramiento por el Juez, aplicándose en todo lo demás el párrafo 2.º del artículo 9.º, tal como antes exponíamos.

De estos puntos, sólo el primero y el cuarto no ofrecen problemas; sí, en cambio, los otros dos.

En primer lugar, no creemos que, si hay acuerdo, éste haya de consistir necesariamente en el nombramiento de un solo perito, sino que, a nuestro juicio, pueden nombrarse más, siempre que su número sea impar.

En segundo lugar, entendemos que puede utilizarse al respecto, según el acuerdo de las partes, tanto el arbitraje de Derecho como el de equidad.

Y, en tercer lugar, que el procedimiento a seguir será el que establece la Ley reguladora de dicho arbitraje.

Pero tanto en el caso del nombramiento de perito por las partes, uno o varios, como por el Juez, tan sólo uno, el precio de la acción ha de ser fijado en el 75 por 100 del valor real apreciado para la misma en el peritaje correspondiente, lo que no ocurre cuando el precio se fija de común acuerdo por las partes, que quedan en entera libertad, aunque, sin duda, sobre todo por el adquirente, no dejará de ser tenida en cuenta aquella limitación al 75 por 100 del valor real.

Esta fijación del precio en el 75 por 100 del valor real de la acción, que tiene justificación (préstamos, subvenciones, beneficios fiscales, reservas indisponibles, tanto la del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, como la del artículo 17 de la Ley especial) cuando los adquirentes son los trabajadores no socios, los socios trabajadores, e incluso la propia Sociedad, carece de toda justificación cuando el o los adquirentes son los socios no trabajadores, pues si las acciones así adquiridas han de cambiar de clase necesariamente, según antes veíamos, y la adquisición de acciones no reservadas no está sometida, en cuanto a la fijación del precio, a restricción alguna, no vemos qué razón puede haber para que, cuando los socios no trabajadores adquieran acciones que ya, por

ello, dejan de ser reservadas, están sometidas también a ese límite del 75 por 100.

B) TRANSMISIONES «MORTIS CAUSA»

Se refiere a ellas el artículo 11 decretando que la adquisición de alguna acción por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio.

Pese a su generosidad aparente, este artículo, como todos los demás relativos a la materia, es decir, del 8.º al 13, se refiere tan sólo a las acciones reservadas, pues las acciones no reservadas se rigen por las normas de la Ley de Sociedades Anónimas, tanto en lo relativo al derecho de adquisición preferente, cuanto al de suscripción (párrafo 1.º del artículo 7.º). Por el contrario, el derecho de suscripción preferente de acciones reservadas se rige por las normas del artículo 8.º, sin que le sean aplicables los artículos 9.º, 10 y 11, mas sí los artículos 12 y 13, todos de la Ley especial.

Pues bien, pese a la categórica afirmación del párrafo 1.º del artículo 11: el heredero o legatario adquiere la condición de socio, lo cierto es que el párrafo 2.º deja en libertad a los Estatutos para establecer limitaciones al respecto, tanto a favor de los trabajadores no socios, como a favor de los socios, trabajadores o no.

Para ello pueden —y deben— señalar los plazos dentro de los cuales ha de hacerse efectivo el derecho. Pero aquí acaba la libertad, pues, además de los límites generales que establece el artículo 12 y de las consecuencias que pueden dedivarse de una alteración de los toques del 51 por 100 y del 25 por 100, a que se refiere el artículo 13, el propio artículo 11 señala otros, que pueden sintetizarse así:

- 1.º Ese derecho no se puede reconocer a la Sociedad, sino sólo a los trabajadores no socios y a los socios, trabajadores o no.
- 2.º El precio ha de fijarse conforme a las normas del artículo 9.º
- 3.º Es inalterable el orden de preferencia que marca el artículo 8.º
- 4.º Si el heredero o legatario es trabajador no socio o es admitido como trabajador por los administradores no nace ese derecho respecto del que se encuentre en alguna de dichas situaciones.

Por tanto, los Estatutos pueden conferir ese derecho de adquisición preferente, salvo en los casos comprendidos en el número 4.º que antecede. De todos modos, deben exigir que los herederos o legatarios lo pongan en conocimiento de los administradores en el plazo que fijen, haciendo valer, en su caso, su condición de trabajador no socio o solicitando

su admisión como trabajador. Y los Administradores obrarán en consecuencia; es decir:

- 1.º Si el adquirente es trabajador no socio o es admitido como trabajador en las condiciones del artículo 1.º, entonces la adquisición deviene definitiva y no puede darse el derecho de adquisición que regulen los Estatutos al amparo de esa libertad de pacto.
- 2.º Aunque no se den esas circunstancias, de todos modos el heredero o legatario deben ponerlo en conocimiento de los administradores en el plazo que fijen los Estatutos y, a partir de ese momento, en su caso, entra en juego el artículo 8.º, en cuanto a la observancia del orden de preferencia que señala y demás allí establecido, salvo los plazos, que pueden acomodarse, según el artículo 11, y la exclusión *ministerio legis* de la Sociedad como titular del derecho.

Pero el artículo 11 deja varios puntos sin regular. Los más importantes son los dos siguientes:

- 1.º Si se reconoce el derecho en los Estatutos, ¿habrá de hacerse necesariamente a favor —sucesivamente, por supuesto— de los trabajadores no socios, de los socios trabajadores y de los socios no trabajadores, o podrá prescindirse de alguno de estos grupos? A la luz de la finalidad perseguida por la Ley (acceso de los trabajadores a la propiedad de los medio de producción), nosotros entendemos:
 - a) Que el establecimiento de restricciones es voluntario; es decir, que los Estatutos pueden optar entre establecerlas o no.
 - b) Que si lo hacen a favor de trabajadores no socios, de socios trabajadores y de socios no trabajadores, el orden ha de ser precisamente ése, con observancia de cuanto dispone el artículo 8.º en esa materia.
 - c) Que, ello no obstante, puede excluirse a alguno o algunos de esos grupos, pero por su orden; es decir, que en todo caso, si se establece, ha de reconocerse en primer lugar o único a los trabajadores no socios, pudiendo los Estatutos negarlo a los demás órdenes; que, además de los trabajadores no socios y después de ellos puede atribuirse a los socios trabajadores, negándolo a los socios no trabajadores.

Lo que no se puede hacer, a nuestro juicio, es alterar el orden del artículo 8.º ni prescindir de uno de los grupos preferentes, en beneficio del que le siga, ni saltarse el intermedio en beneficio de los socios no trabajadores, ni soslayar el sentido residual del precepto, con lo que queremos decir que todas las acciones han de ponerse a disposición de los trabajadores no socios; sólo las que resten, pero todas las que resten, a disposición de los socios trabajadores; y, por último, las que queden, a disposición de los socios no trabajadores.

Se puede, pues, prescindir de los dos últimos grupos, pero no del segundo, en beneficio del tercero, ni, por supuesto, del primero en ningún caso en que se reconozca el derecho de adquisición preferente, en cuanto a las acciones reservadas, cuando sean objeto de transmisión *mortis causa*.

2.º El otro problema que queda sin resolver en el artículo 11 es el relativo a qué ocurre cuando acciones reservadas sean adquiridas por socios no trabajadores, pues la verdad es que el artículo en cuestión se remite a los anteriores en cuanto al precio y preferencias. A pesar de ello, hay que entender:

- a) Que si las acciones son heredadas o adquiridas por legado por trabajadores no accionistas, por quienes sean aceptados como trabajadores por los administradores, o son adquiridas en virtud del ejercicio del derecho de adquisición preferente por trabajadores no socios o por socios trabajadores, conservan su clase de reservadas.
- b) Que si, por el contrario, en ejercicio de tal derecho son adquiridas por socios no trabajadores, ello determina su conversión en acciones de la otra clase, o sea, en acciones no reservadas, en los términos que establece el párrafo 5.º del artículo 8.º

C) OTROS SUPUESTOS: ARTÍCULO 10 DE LA LEY ESPECIAL

Este precepto analiza y regula dos supuestos distintos: en su número o apartado 1, de extinción de relación laboral; y en el 2, las situaciones especiales creadas por la jubilación, incapacidad permanente y excedencia.

En cuanto a estas últimas, deja en libertad a los Estatutos (con los límites generales del artículo 12 y las posibles consecuencias previstas por el 13) para establecer normas especiales regulando la materia a que

se refiere el apartado 1 para los supuestos de jubilación e incapacidad permanente, por ejemplo: permitiéndoles conservar sus acciones reservadas previa conversión en acciones no reservadas, autorizando en lo necesario a los administradores para llevarla a efecto y sustituir los títulos representativos de aquéllas por los correspondientes de acciones no reservadas, sin necesidad de intervención alguna de la Junta General.

De la misma manera pueden los Estatutos regular la situación de los socios trabajadores en excedencia; por ejemplo, señalando el modo de proceder al término de la misma, según los supuestos que puedan presentarse.

El apartado 1, sin embargo, marca las pautas de Derecho necesario para los casos de extinción de la relación laboral de los socios trabajadores poseedores de acciones reservadas, obligándoles a ofrecerlas del modo y a los efectos que regula el artículo 8.º y con fijación del precio por los medios que ofrece el artículo 9.º, pero con una particularidad, fruto de la naturaleza de las cosas, con respecto al artículo 8.º, consistente en que si ninguno de los que tienen derecho de adquisición preferente lo ejercita (o en la parte en que no se ejercitare), el socio cuya relación laboral se extinguió, puede continuar como socio no trabajador «procediéndose al cambio de clase de sus acciones», cambio que es forzoso y que, por sí, pueden llevar a efecto los administradores, según ya vimos.

VIII. ADMINISTRACION

La Ley dedica un solo artículo, el 14, al órgano de administración de la Sociedad, para establecer dos reglas:

- 1.º Que tales órganos serán los que permite la Ley de Sociedades Anónimas; es decir, administrador único, dos administradores mancomunados, admitidos (mal admitidos) por la Dirección General de los Registros y del Notariado, varios administradores solidarios (con determinación concreta de su número, o, al menos, mínimo y máximo de ellos), Consejo de Administración (con igual determinación) o Consejo de Administración coexistente con uno o más administradores singulares (artículo 102, letra *h*), del Reglamento del Registro Mercantil).
- 2.º Que, caso de existir acciones reservadas y acciones no reservadas, es decir, dos clases de accionistas, ambas estarán representadas proporcionalmente a sus aportaciones al capital social en tales órganos administradores.

Esta norma es bastante ingenua, pues esa proporcionalidad es imposible cuando hay un solo administrador, o solamente dos administradores, mancomunados, solidarios o integrados en Consejo. Por ello, entendemos que debió ser más casuística, porque, sin duda es de Derecho necesario («estarán», dice el artículo 14). Por consiguiente, serán los Estatutos los que habrán de descender a ese casuismo. Nosotros, por nuestra parte, creemos que:

- a) Si se trata de administrador único, habrá de ser nombrado en Junta General por la mayoría ordinaria, cualquiera que sea el número y la clase de los votos emitidos.
- b) Si se nombran dos administradores, mancomunados o solidarios, o dos consejeros, uno nombrarán los titulares de acciones reservadas y otro los de acciones ordinarias, con absoluta independencia los unos de los otros, de modo que cada accionista intervenga sólo en la votación y elección del que ha de representar su clase.
- c) Si se nombran más de dos administradores solidarios o más de dos consejeros, entonces se aplicará la regla de proporcionalidad que el precepto establece, que no puede ser otra, en definitiva, que la que establece el artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas, *mutatis mutandi*; es decir, se divide el capital social por el número de consejeros y se procede en consecuencia. Valga un ejemplo:

- Capital social: 600.000 pesetas.
- Capital reservado: 400.000 pesetas.
- Capital no reservado: 200.000 pesetas.
- Número de consejeros: seis.
- Corresponde nombrar a las acciones reservadas: cuatro.
- Corresponde nombrar a las acciones no reservadas: dos.

Si hubiere decimales, entendemos que la unidad que representen debe aplicarse al grupo nombrado por los accionistas titulares de las reservadas por parecer lo más conforme con el espíritu de la Ley.

Al no disponer nada en contrario el artículo 14, hay que entender que los administradores no han de ser necesariamente socios, a menos que los Estatutos dispongan otra cosa, de acuerdo con el párrafo 2.º del citado artículo 71.

IX. ORGANO DELIBERANTE

También se le destina un solo precepto, el artículo 15, que se refiere, por un lado, a la impugnación de acuerdos sociales, y, por otro, a una materia que nada tiene que ver con aquel órgano. Nos referimos al último párrafo del artículo 15 (innecesario por evidente), que dice que tanto los conflictos individuales como los colectivos de carácter laboral, aunque afecten a socios que presten en la Sociedad sus servicios retribuidos, serán competencia (exclusiva y excluyente) de los órganos jurisdiccionales del orden social.

En consecuencia, nos limitaremos al análisis de los dos primeros párrafos del precepto.

El primero de ellos reproduce el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, párrafo también 1.º, si bien añade un caso más que amplía los admitidos por aquél, cual es el de los acuerdos sociales «que supongan alteración de los límites de participación, tanto de los socios trabajadores como de los no trabajadores».

¿A qué límites se refiere, a los de 51 por 100 y el 25 por 100? Indudablemente, sí; pero no parece que se refiera sólo a ellos, porque entonces no tendría sentido utilizar una frase tan larga, cuando bastaría usar la que siempre figura en la Ley cuando sólo se refiere a aquellos límites (ver, por ejemplo, el artículo 13: «alteración de los límites establecidos en esta Ley»; o el artículo 18: «límites que para la posesión de acciones y participación en el capital social se fijan en los artículos 1.º y 5.º de la Ley»).

Por tanto, entendemos que el artículo 15 no sólo se refiere a aquellos límites, sino también a todo otro acuerdo que suponga alteración del *statu quo* existente en el momento de adoptarse. De no admitirse así, carecería de sentido hablar de alteración de los límites de participación tanto de los socios trabajadores como de los no trabajadores, lo que supone que puede afectar a unos y no a otros o también, claro es, a ambos simultáneamente, pero rompiendo la proporcionalidad preexistente en beneficio de una u otra clase de acciones.

El párrafo 2.º del artículo 15 contiene una norma dirigida al órgano jurisdiccional ante quien se propusiere la demanda correspondiente, obligándole a poner en conocimiento del Registro de Sociedades Anónimas Laborales dentro de los siete días siguientes:

- 1.º El inicio de la impugnación, computándose aquel plazo desde el de admisión de la demanda.

- 2.º Su resultado, es decir, la sentencia recaída, en cuyo supuesto dicho plazo se cuenta desde el día de la notificación de aquella sentencia.

No prevé la Ley los casos de renuncia, desistimiento, etc., pero sin duda el órgano jurisdiccional ha de ponerlo en conocimiento del Registro en igual plazo, a contar desde el día en que los hechos determinantes tengan lugar. Otra cosa sería irracional.

No se refiere tampoco el artículo en cuestión al Registro Mercantil, seguramente por innecesario, ya que a ello provee el artículo 112 de su Reglamento.

X. DENOMINACION SOCIAL

Trata de ella el artículo 3.º de la Ley, diciendo que «en la denominación de la Compañía deberá figurar necesariamente la indicación de Sociedad Anónima Laboral, o su abreviatura SAL», siendo las Sociedades reguladas por dicha Ley, una vez constituidas, «las únicas autorizadas para usar la denominación de Sociedad Anónima Laboral».

Subrayamos dos veces la palabra «denominación» que utiliza el artículo porque supone un cambio en cuanto al sistema de las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas, pues el artículo 2.º de esta última Ley dispone que en la denominación de la Compañía debe figurar necesariamente la indicación Sociedad Anónima, mientras que el artículo 102 del Reglamento Mercantil en su letra a) ordena que la abreviatura SA, si se utilizare, siga necesariamente a la denominación.

El artículo 3.º de la Ley especial no ordena que la abreviatura siga a la denominación, sino que parece integrarla en ella, cualquiera que sea el lugar en que se coloque. No creemos que sea esa la intención del legislador, de tal manera que, a nuestro juicio, aunque formen parte de la denominación, cuando se utilice la abreviatura SAL debe seguir a la denominación propiamente dicha; es decir, como dispone el aludido artículo 102.

Pese a ello, supone una excepción a la regla general, que se deduce de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de julio de 1983, que rechazó la posibilidad de que después de la abreviatura SA figuraran ni letras ni palabras por imperativos del repetido artículo 102 del Reglamento (se trataba, precisamente, de la abreviatura SAL). Sin embargo, creemos que la doctrina que sienta esa Resolución sigue siendo la general, sin más excepción (al menos, por ahora) que la establecida por el artículo 3.º de la Ley especial.

El párrafo 2.º de dicho artículo 3.º olvida inexplicablemente la abre-

viatura SAL, aunque indudablemente está incurso en la prohibición de su utilización por Sociedades no constituidas a su amparo, no autorizadas para usar indicación y abreviatura.

Por otro lado, aparece mal redactado el supradicho párrafo 2.º del artículo 3.º, porque habla de «usar la denominación», cuando debiera decir «usar *en* la denominación».

XI. OTROS LIMITES IMPUESTOS A ESTE TIPO SOCIAL

Como ya hemos dicho, se consideran trabajadores no socios, para los efectos de la Ley, los que, reuniendo las circunstancias expresadas por el artículo 1.º, no sean titulares de acciones reservadas. Paralelamente, son estimados socios trabajadores los que, reuniendo tales circunstancias, titulen alguna acción reservada.

Pues bien, el artículo 16 de la Ley especial dispone que el número de trabajadores no socios no puede superar un cierto porcentaje de socios trabajadores.

Este porcentaje es distinto según la Sociedad supere o no el número de 24 trabajadores socios.

Si la Sociedad tiene menos de 25 trabajadores, el número de trabajadores no socios no puede superar el 25 por 100 de aquéllos.

Pero si tiene más de 24 (25 o más), entonces el límite es del 15 por 100.

Esto puede dar lugar a situaciones un tanto anómalas, porque si una Sociedad tiene 24 socios trabajadores, puede tener hasta seis trabajadores no socios. En cambio, si tiene entre 25 y 40 socios trabajadores, concretamente, si tiene 39, no puede contratar más de cinco trabajadores no socios; es decir, si no llega a 40, como mínimo, no puede contratar seis trabajadores no socios, lo cual, francamente, nos parece un tanto arbitrario.

Dos observaciones:

- 1.ª Que las acciones en cartera no entran, lógicamente, en el cómputo.
- 2.ª Que en este porcentaje se excluyen los trabajadores con contrato de duración temporal no superior a la señalada en el Estatuto de los Trabajadores.

Y una aclaración: que los socios no trabajadores no son tomados en cuenta a estos efectos: su número es indiferente.

El incumplimiento de estas limitaciones puede dar lugar a la pérdida de la cualidad de laboral por la Sociedad, a tenor de lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley especial.

XII. DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE

Recapitulando cuanto hemos dejado ya consignado acerca de esta materia, podemos sintetizar la doctrina legal en dos puntos:

- 1.º Tratándose de acciones reservadas, la preferencia viene determinada por el artículo 8.º de la Ley especial (art. 7.º, 2.º, de la misma).
- 2.º Si las acciones son de las no reservadas, se aplica la normativa de la Ley de Sociedades Anónimas.

Esto quiere decir que en todo aumento de capital de las Sociedades Anónimas Laborales se hacen dos compartimentos estancos: uno para las acciones reservadas y otro para las no reservadas.

En las primeras se aplica el artículo 8.º de la Ley especial.

En las segundas, el 92 de la Ley general.

En cuanto a estas últimas, no hay problema: todos los socios, trabajadores o no, titulares de acciones reservadas o no, tienen ese derecho en plano de igualdad, con arreglo al citado artículo 92.

En cuanto a las acciones reservadas, la remisión del artículo 7.º al artículo 8.º es demasiado lacónica, pero está claro que el ejercicio del derecho corresponde, por este orden:

- 1.º A los trabajadores no socios, por igual, en su caso.
- 2.º A los socios trabajadores, en proporción inversa a su respectiva participación social, también en su caso.
- 3.º A los socios no trabajadores, a prorrata de su respectiva participación social, igualmente en su caso.

Pero ¿qué ocurre con la propia Sociedad si en todo o en parte no se ejercita ese derecho de suscripción preferente?

Puesto que la Sociedad puede hacer una de estas dos cosas: tenerlas en cartera o amortizarlas, entendemos que en el acuerdo de aumento de capital debe preverse esta posibilidad y adoptar una de esas dos soluciones o bien dejar en libertad a los administradores para adoptar una u otra, marcándoles, o no, pautas al respecto, con vistas, sobre todo, a que no sean rebasados los límites de los artículos 1.º y 5.º de la Ley especial.

Con ello se aparta dicha Ley especial de lo que disponía el artículo 7.º del Proyecto, que decía: El derecho de suscripción preferente se referirá exclusivamente a cada una de las dos clases de acciones».

Con la fórmula que utiliza el artículo 7.º de la Ley, los socios no trabajadores pueden llegar a suscribir acciones reservadas, aunque en último lugar (sólo antes que la Sociedad), procediéndose a su cambio de clase, en tanto que los socios trabajadores pueden suscribir acciones no reservadas en plano de igualdad con los socios no trabajadores; es decir, pueden suscribir un número proporcional al de las acciones, reservadas y no reservadas, que posean, de acuerdo con el artículo 92 de la Ley general. No otra cosa puede significar el contenido del artículo 7.º de la Ley especial, que contrasta significativamente con el también 7.º del Proyecto, según el cual ni los socios trabajadores, en cuanto tales, tenían derecho de suscripción preferente en cuanto a las acciones no reservadas, ni los titulares de éstas, como tales, tenían el mismo derecho respecto de las reservadas.

Por tanto, en todo aumento de capital, ya se refiera sólo a acciones reservadas, ya solamente a acciones no reservadas, o ya a ambas clases de acciones, el derecho de suscripción preferente nace siempre y se da, en principio, en favor de toda clase de socios, pero no con la misma intensidad, que es distinta según la naturaleza o clase de las acciones afectadas, pues si las acciones son reservadas se rige por el artículo 8.º de la Ley especial; si las acciones no son reservadas, rigen las normas de la Ley de Sociedades Anónimas; y si el aumento afecta a unas y otras, las primeras están sometidas al régimen del artículo 8.º y las segundas siguen su curso, conforme al artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas. No creemos que sea necesario añadir más.

Pero hay un problema que nos preocupa: nos referimos a las acciones en cartera. Ya sabemos que éstas sólo son admitidas respecto de las reservadas, seguramente para que se pueda eludir la alteración de los límites cuantitativos establecidos por la Ley, y que sólo pueden tener su origen bien por aplicación del artículo 8.º bien como consecuencia de los aumentos de capital acordados.

En cualquier caso, además de haber de ser acciones reservadas, únicas que se pueden tener en cartera, el capital que representen no puede exceder de la cuarta parte del capital representado por el total de las acciones de esta clase, y, por otro lado, mientras se encuentren en tal situación, no atribuyen ningún derecho ni el capital que representen puede ser llevado al pasivo del balance, *mientras no sean objeto de suscripción*.

¿Qué quiere decir esta última frase, la subrayada? A nuestro juicio,

cualquiera que sea el origen de las acciones en cartera, que su suscripción queda sometida a las normas del artículo 7.º, párrafo 2.º, y, por tanto, en definitiva, por remisión de éste, a las del artículo 8.º, ya examinado.

Pero nótese que el artículo 7.º sólo se remite al artículo 8.º, pero no al artículo 9.º, de donde hay que deducir que el «precio», es decir, la determinación del valor de las acciones, queda sometida a las normas generales de la Ley de Sociedades Anónimas.

En todo lo demás, nos remitimos a cuanto dijimos en el apartado VII.

XIII. LAS RESERVAS

Dos normas de la Ley tratan de las reservas: el artículo 17 y la letra b) del artículo 21; la del primero de los preceptos citados puede titularse, como lo hace la Ley, reserva «especial»; la del segundo de ellos, reserva «excepcional» o «especialísima».

Dados los términos del primero de los artículos citados («además de las reservas legales o estatutarias»), no hay duda de que insta una nueva reserva legal, que se une a la del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, y que por ello hemos denominado «especial».

La reserva legal «normal» es la que se impone a las Sociedades Anónimas que obtengan en el ejercicio económico beneficios líquidos superiores al 6 por 100 del importe nominal de su capital, deducidos los impuestos, y que consiste en el 10 por 100 de los mismos beneficios, hasta alcanzar el 20 por 100 del capital desembolsado. Su finalidad, como es sabido, es la de cubrir, en su caso, el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias; y cuando descienda del indicado nivel debe hacerse la reposición correspondiente en los propios términos.

Pues bien, además de esta reserva legal normal y de la que puedan establecer los Estatutos (reserva estatutaria, con el destino que fijen aquéllos), el tipo de Sociedades que estamos examinando ha de constituir un fondo de reserva, que se integra con el 10 por 100 de los beneficios líquidos de cada ejercicio.

Es, pues, indiferente el porcentaje que los beneficios representen respecto del importe nominal del capital de la Sociedad. Basta que haya beneficios para que, cualquiera que sea su cuantía, deba constituirse esa reserva especial, en lo que se diferencia de la reserva normal, separándose, a su vez, de la estatutaria por el hecho de venir impuesta por la Ley.

Dice el artículo 17 que la reserva que implanta tiene los mismos fines que la legal normal y que la estatutaria. Los fines de la legal normal están suficientemente claros: cubrir el saldo deudor de la cuenta de

pérdidas y ganancias. Por su parte, también la reserva voluntaria o estatutaria puede cumplir esa finalidad, pero no es ese su normal destino, al menos en la práctica y, de hecho es de la más diversa índole.

Pero siempre que los Estatutos no la vinculen, destinen o afecten, a uno o más fines concretos, la reserva estatutaria está presidida por un principio cardinal: es de absoluta y libre disposición; la Junta General puede disponer de ella cuando, como y para lo que decida o acuerde.

Por todo ello, sorprende sobremanera que el artículo 17 de la Ley especial identifique los fines de la que implanta con los de las reservas legales y estatutarias.

No hay duda, por tanto, de que esta reserva especial procede además de la normal y de la estatutaria, con las que coexiste. Pero no está claro cuál es su destino.

Nosotros entendemos que su finalidad es la misma de la reserva legal, sin que pueda equipararse a la estatutaria o voluntaria; pero que integra una partida del balance distinta de la dirigida a recoger la reserva legal. La razón es obvia: consiste en el 10 por 100 de los beneficios líquidos, como la legal, pero no tiene límite alguno, a diferencia de la legal, que basta con que cubra o alcance la quinta parte del capital desembolsado; y, además, sólo separándolas convenientemente, puede conocerse cuándo la legal del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas ha alcanzado el tope mínimo que establece. Por razón de la reserva «especial» ha de detraerse siempre el 10 por 100 de los beneficios líquidos y, además, otro 10 por 100 destinado a la reserva legal ordinaria cuando se den los supuestos que prevé dicho artículo 106 y hasta que se alcance la cota que señala: de ahí que hayan de contabilizarse por separado. No se trata, por tanto, de un supuesto de los previstos en el propio artículo 106 cuando impone a las Sociedades Anónimas crear un fondo de reserva legal superior a la quinta parte del capital desembolsado, si a ello les obligan otras disposiciones especiales, sino de una reserva legal, especial y distinta, aunque con idéntica finalidad que la legal ordinaria.

Si la Ley no lo hubiera querido así, hubiera determinado el porcentaje que tendría que destinarse a la reserva legal normal de dicho artículo 106, dictando para ello las correspondientes «disposiciones especiales», que fijarían, además, el límite superior del fondo de referencia.

Tal vez las «disposiciones necesarias» a que alude la disposición final tercera disipen nuestras dudas en este extremo.

Por último, debemos consignar que la reserva especial es irrepartible, salvo, claro es, en el supuesto de disolución y liquidación, al que hay

que unir, aunque no lo diga la Ley, el de la pérdida por la Sociedad de su cualidad laboral (ver artículo 19 de la Ley especial, *in fine*), que pasamos a exponer a continuación.

XIV. PERDIDA DEL CARACTER DE LABORAL

Dice el artículo 18 de la Ley especial que esa condición de laboral se pierde:

- 1.º Si se superan los límites del artículo 1.º —el 49 por 100—.
- 2.º Si se exceden los del artículo 5.º —el 25 por 100—.
- 3.º Si no se respetan las normas del artículo 17, en cuanto a la reserva especial.
- 4.º Si no se cumplen las limitaciones que, en orden a la contratación de trabajadores asalariados, se contienen en el artículo 16.

Conocido ese hecho por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, lo advertirá a la Sociedad para que ésta se acomode a lo dispuesto en aquellos artículos, en plazo que no podrá exceder de seis meses, pues, de no hacerlo así, dictará el Ministerio Resolución descalificándola y ordenando su baja en el Registro Administrativo.

Al mismo tiempo remitirá certificación al Registro Mercantil correspondiente y al Ministerio de Economía y Hacienda, a los fines respectivos, que, en cuanto a este último, supondrá la pérdida de los beneficios fiscales.

En relación con el Registro Mercantil, añade el artículo 18 que en él se hará constar la descalificación por nota marginal, pero nada dice acerca de la denominación; es decir, no regula el modo de proceder para evitar que en la denominación figure la indicación «Sociedad Anónima Laboral» o bien la abreviatura «SAL», puesto que la continuidad de tal indicación está vedada por el párrafo 2.º del artículo 3.º de la Ley especial.

Hubiera sido suficiente con añadir que, además de la descalificación, que la nota recogería, ésta sería de signo cancelatorio en cuanto a la palabra «laboral» o a la abreviatura «L», en su caso, así como respecto a las demás alusiones que al carácter laboral se contuvieran en los Estatutos, dejando para la Junta General la modificación de los mismos, si así lo desea la Sociedad, para adaptarlos pura y simplemente a los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas.

De todos modos, producida la descalificación, que, por supuesto, ha

de notificarse a la Sociedad, es insoslayable una modificación de los Estatutos, por razones obvias, en las que no creemos necesario entrar, por ser de todo punto evidentes.

XV. DISOLUCION

Precepto inútil el contenido en el artículo 19 de la Ley, que afirma, por un lado, que las Sociedades Anónimas Laborales se disuelven por las mismas causas que las no laborales, para lo que basta lo que dispone el artículo 2.º de aquél, y, por otro, que su descalificación como Laborales no afecta a la continuidad de su personalidad jurídica, lo que, por natural, hace innecesario decir.

Tal vez la Ley lo que ha querido es aclarar que la pérdida de la cualidad de laboral no supone que la Sociedad incurra en la causa de disolución del número 2 del artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas.

De todos modos, si se hubiera omitido tal artículo, todo seguiría igual, por aplicación de las normas de esta última Ley, ya que ni siquiera esa pérdida puede suponer transformación, como la propia Ley especial reconoce para el caso inverso en el último párrafo del artículo 4.º, también inútil, porque la adquisición o la pérdida de la naturaleza laboral por una Sociedad Anónima, en ningún caso hubiera podido estimarse por sí sola, como supuesto de transformación.

Ya volveremos después sobre esta norma, que plantea no pocos y graves problemas, en el apartado siguiente.

XVI. EL REGISTRO ADMINISTRATIVO

La Ley, en su artículo 4.º, crea en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social un Registro de Sociedades Anónimas Laborales que tendrá carácter puramente administrativo, y en el que se harán constar las constituciones de aquellas Sociedades y los demás hechos que se determinen en esta Ley (que sólo nombra la descalificación y consiguiente baja en el artículo 18, así como la impugnación de acuerdos en el artículo 15) y en sus normas de desarrollo, a las que alude la disposición final tercera de la misma.

La personalidad jurídica, sin embargo, no proviene de la inscripción en el Registro Administrativo, sino en el Mercantil. No obstante, no puede inscribirse en el Registro Mercantil sin que se aporte certificación

de inscripción en aquel otro que acredite, además, su calificación como laboral.

Esto último puede plantear bastantes problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, por cuanto el hecho de su calificación como laboral y el de su inscripción en el Registro Administrativo, no priva al Registrador Mercantil de su deber (y derecho) de calificación, para lo que tendrá que atender, no cabe duda, tanto a la Ley que regula las Sociedades Anónimas Laborales cuanto a la Ley de Sociedades Anónimas y al Reglamento del Registro Mercantil.

Habrà, pues, una doble calificación registral, que puede no ser coincidente, en cuanto a la observancia de los requisitos legales para ostentar la cualidad de laboral; y otra calificación registral, ésta reservada exclusivamente al Registrador Mercantil, en cuanto al cumplimiento de las normas de la Ley de Sociedades Anónimas y del Reglamento del Registro Mercantil no alteradas por la que regula las laborales.

Dados los efectos fuertemente sustantivos de la inscripción en el Registro Mercantil y los puramente administrativos de la inscripción en el de esta clase, ni qué decir tiene que, a salvo los recursos pertinentes, debe prevalecer la calificación del Registrador Mercantil.

Así debe entenderse a la vista del artículo 44 del mencionado Reglamento.

Pero esto plantea un problema no resuelto por la Ley: ¿cuál es la actitud del Registrador, o, mejor dicho, cuál debe ser esa actitud? El artículo 4.º de la Ley, como luego veremos, ordena al Registrador Mercantil notificar al Registro Administrativo el hecho de haber realizado la inscripción, pero nada dice para los casos de suspensión o denegación.

Sin embargo, por razones de analogía, no sólo por lo que dispone ese artículo 4.º para la inscripción, sino también por cuanto establece el artículo 15 de la propia Ley especial, creemos que el Registrador Mercantil también debe notificar al Registro Administrativo la suspensión o denegación de la inscripción, con indicación de los defectos observados.

Por las mismas razones, entendemos que el plazo será el de siete días que concede el artículo 15, que se contarán desde la inscripción o desde la calificación, según proceda.

La Ley, como ya anteriormente exponíamos, dice en el último párrafo del artículo 4.º que no se considerará transformación, a efectos de la Ley de Sociedades Anónimas, la adquisición por una Sociedad ya constituida del carácter de laboral.

Con ello parece que *sólo* se quiere decir que para alcanzar aquella condición no es preciso observar los requisitos del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero utiliza un concepto equivocado: el de

transformación, porque pudo y debió utilizar otro más adecuado: el de modificación. Nada se transforma por la adquisición de una Sociedad Anónima de la naturaleza laboral. sólo se modifica: concretamente, la denominación y los demás preceptos estatutarios afectados; por ejemplo, la naturaleza de las acciones, si fueran al portador, etc.

Por otro lado, el precepto peca también por defecto, porque, literalmente, sólo se refiere a las Sociedades Anónimas, y, precisamente, el artículo 4.º en este punto sólo tendría virtualidad si, generalizando, permitiera que cualquier tipo de Sociedad, Anónima o no, pudiera transformarse en Sociedad Anónima Laboral, sin necesidad de observar los preceptos legales o estatutarios que regularan la transformación, declarando suficiente los *quorum* y mayorías ordinarias, sin perjuicio de que la modificación de una Sociedad Anónima por su adquisición del carácter laboral tampoco requiriese sino las mayorías ordinarias; es decir, sin someterla a los requisitos del artículo 58 de la Ley.

Pero no acaban aquí los problemas, pues quedan bastantes más sin resolver.

Supongamos que una Sociedad Anónima quiere, y así lo acuerda, adquirir condición de laboral. Para ello, si las acciones son al portador, han de convertirlas en nominativas y, además, acogerse a la regulación que sobre la transmisibilidad se contiene en el artículo 8.º y concordantes de la Ley especial.

El párrafo 3.º del artículo 85 de la Ley concede a los accionistas que no hayan votado a favor, el derecho a vender libremente sus acciones, al no quedar sometidos al acuerdo durante el plazo de tres meses, contados desde su inscripción en el Registro Mercantil.

¿Qué ocurre, por tanto, en este caso?: ¿se aplicará el artículo 8.º de la Ley especial o el artículo 85 de la Ley?

No nos cabe duda de que el precepto aplicable será el artículo 85 de la Ley, entre otras razones porque si se optara por el artículo 8.º de la especial, lo sería en relación con el artículo 85 de la Ley, que es el que concede aquella libertad de transmisión, pero que sólo se extiende a lo largo de tres meses, de modo que si se agotaran los plazos del artículo 8.º, el socio disidente no dispondría ya de plazo para disponer de sus acciones, según el artículo 85 de la repetida Ley.

Por otro lado, ¿es que acaso el precio de adquisición sería el que dispone el último párrafo del artículo 8.º, es decir, el 75 por 100 de su valor real? Indudablemente, esto no podría ser, no es, así.

Por estas razones y algunas más que no se escapan a nadie, es por lo que entendemos que el precepto aplicable, exclusivamente, es el del artículo 85 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, al no disponer

nada, especialmente, al respecto, la Ley especial, de acuerdo con el artículo 2.º de la misma.

La verdad es que la adquisición por una Sociedad Anónima constituida del carácter laboral supone una profunda modificación de los Estatutos.

Por ello, declarar que no supone transformación de aquélla, a los efectos de las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas, es ir demasiado lejos, pues conlleva:

- 1.º La inaplicabilidad del *quorum* del artículo 58 de la Ley general.
- 2.º La imposibilidad de utilizar el derecho de separación que concede el artículo 135 de esta última Ley.

¿No es todo esto excesivo?

Nosotros, por todo ello, entendemos que lo que la Ley especial pretende es excluir la aplicabilidad de los artículos 134, 136 y 138, pero no la de los artículos 135 y 137, todos de la Ley general.

Sólo nos resta añadir algunas otras consideraciones. Como veíamos antes, la inscripción en el Registro Mercantil, ya se trate de constitución, ya de «transformación» de Sociedad Anónima preexistente en laboral, ha de notificarse al Registro Administrativo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el plazo de siete días, a contar desde ella.

Por su parte, la constancia en el Registro Mercantil del carácter laboral (y, por tanto, de la inscripción en el Registro Administrativo, como tal) sigue un camino distinto, según se trate, de constitución o de «laboralidad sobrevenida».

En el primer caso, tal circunstancia se hará constar en el cuerpo de la inscripción.

En el segundo caso, dispone el artículo 4.º de la Ley especial que se consignará por nota marginal, «en la forma y plazos que se establezcan reglamentariamente, previa —es decir, mediante— la presentación del certificado administrativo» correspondiente.

Ingenua la Ley especial, muy ingenua, porque suponiendo ello, como ya dijimos, una profunda «transformación» de la Sociedad, lo que conlleva una no menos profunda modificación de los Estatutos, ¿cómo puede bastar una simple nota marginal? Esperemos que el anunciado Reglamento exprese lo que debe expresar: al margen de la primera inscripción, se pondrá nota haciendo constar el carácter laboral adquirido por la Sociedad, con indicación de la inscripción practicada como consecuencia de las modificaciones estatutarias que se hubieren llevado

a cabo para la oportuna adaptación a las normas contenidas en la Ley especial. Menos mal que ésta ha dejado abierto el portillo reglamentario.

Por último, aclara el artículo 4.º que, en ningún caso, la adopción por empresas preexistentes de la forma de Sociedad Anónima Laboral se considerará como transmisión de la relación arrendaticia a los efectos de la legislación de arrendamientos.

Este último párrafo (nuevo respecto del Proyecto) nos sugiere estas consideraciones:

- 1.ª Que esa adopción del carácter laboral por una Sociedad Anónima preexistente no supone transformación, a efectos de la Ley general de Sociedades Anónimas, porque lo impide el párrafo 3.º del artículo 4.º de la Ley especial.
- 2.ª Que, en cambio, sí han de observarse las reglas de la transformación cuando se trate de una Sociedad de otro tipo, al no existir salvedad al respecto.
- 3.ª Que en ninguno de los dos casos ello supone transmisión de la relación arrendaticia.
- 4.ª Que tampoco la supone ni siquiera aunque se trate de una empresa individual. Hasta este extremo nos parece que llega el paternalismo de la Ley especial.

XVII. REGIMEN TRIBUTARIO

Según el último párrafo del artículo 18 de la Ley especial, corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y al de Economía y Hacienda la inspección de las Sociedades Anónimas Laborales, a los efectos tributarios; es decir, el control del cumplimiento por éstas de las condiciones exigidas para ostentar dicho carácter laboral.

El correspondiente régimen tributario viene regulado por los artículos 20 y 21 de la misma Ley.

A) REQUISITOS NECESARIOS PARA GOZAR DE LOS BENEFICIOS TRIBUTARIOS QUE CONCEDE

No basta, según el artículo 21, con figurar inscritas, y no descalificadas, en el Registro Administrativo, sino que, además, deben reunir todos los demás requisitos que en él se establecen.

Exige también el artículo 21 que *en el ejercicio en que se produzca el hecho imposible* que determina aquellos beneficios tributarios, se des-

tine al fondo de reserva el 50 por 100 de los beneficios líquidos del mismo.

Este precepto nos plantea dos graves problemas que ni se resuelven ni, por lo que se ve, se intuyen: Son los siguientes:

- 1.º ¿A qué reserva se imputan esos beneficios?, ¿a la reserva legal del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, a la reserva especial del artículo 17 de la Ley especial, o a las reservas voluntarias, establecidas por los Estatutos?

Nosotros nos inclinamos a creer que este precepto, al no disponer nada en contrario, se está refiriendo a la reserva de la Ley especial; es decir, a la que hemos calificado también de *especial*, si fuera de otro modo, lo imperdonable sería que no lo hubiera aclarado.

- 2.º Cómo se computa ese 50 por 100? Entendemos que el 50 por 100 no ha de sumarse al 10 por 100 de que habla el artículo 17 de la Ley, sino que lo suple; es decir, que a la reserva legal iría, en su caso, el 10 por 100 de los beneficios líquidos, y a la reserva especial, el 50 por 100 de esos mismos beneficios.

En cuanto a aquélla, si se dan las circunstancias que prevé el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En cuanto a ésta, cualquiera que sea la cuantía de los beneficios: *la única condición es que los haya.*

Lo que antecede constituye la regla general, pues respecto a determinadas Sociedades Anónimas Laborales, la Ley especial exige el previo informe favorable del Ministerio de Industria y Energía. Son aquéllas las que expresa el número 2, del artículo 21; o sea, las que desarrollen su actividad en sectores declarados de interés preferente, de acuerdo con la Ley 152/1963, de 2 de diciembre, o en sectores declarados de reconversión industrial, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.º de la Ley 27/1984, de 26 de julio, o, por último, en sectores comprendidos en el artículo 38 de esta última Ley.

B) CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LOS BENEFICIOS FISCALES CONCEDIDOS

- 1.º El ámbito en el que se gozan tales beneficios es exclusivamente el del *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*.
- 2.º Consiste en una bonificación *en la cuota* que se devengue.
- 3.º Esa bonificación es siempre del 99 por 100.

- 4.º La concede el Ministerio de Economía y Hacienda, si bien las funciones de inspección se confían conjuntamente a éste y al de Trabajo y Seguridad Social (art. 18).
- 5.º Los actos a que se extienden dichos beneficios son los dos siguientes:
 - a) Operaciones societarias gravadas y consistentes en la constitución y aumento de capital de las Sociedades Anónimas Laborales o en la transformación o adaptación de Sociedades ya existentes, que sean necesarias para la adquisición del carácter de Sociedad Anónima Laboral, así como todos los actos precisos para la adaptación de las Sociedades Anónimas Laborales existentes al entrar en vigor la Ley y a que se refiere la disposición transitoria.
 - b) Constitución de préstamos, incluso representados por obligaciones, si su importe tiene como fin la inversión en activos fijos necesarios para el desarrollo de su actividad.
 - c) La adquisición, por cualquier medio admitido en Derecho, de bienes provenientes de la empresa (incluso individual) de que procedan la mayoría de los socios trabajadores de la Sociedad Anónima Laboral.
- 6.º Por otro lado, este tipo social goza de libertad de amortización, en cuanto a los elementos del activo destinados a la realización del objeto social, durante los primeros cinco años (no susceptibles de prórroga), a partir del primer ejercicio económico del mismo con tal carácter, ya se adquiriera éste por vía de constitución, ya por vía de «transformación».
- 7.º Límite temporal: los beneficios fiscales tiene una vigencia máxima de *cinco años*. prorrogables por otros cinco, contados, según los casos:
 - a) desde la fecha de la escritura de constitución;
 - b) desde la «transformación» en Sociedad Anónima Laboral, de la preexistente sin tal carácter (hay que entender que, concretamente, desde la fecha de la escritura correspondiente);
 - c) o desde la adaptación de la Sociedad Anónima Laboral preexistente como tal, de acuerdo con la disposición transitoria (entendiendo, como antes, que, concretamente, desde la fecha de la oportuna escritura pública).

XVIII. DERECHO TRANSITORIO

Se contiene una única disposición transitoria, que impone la adaptación de las Sociedades que tenían consideración de Laborales, a efectos de ayudas que se otorgaban con cargo al «extinguido» Fondo Nacional de Protección al Trabajo, *en plazo de un año*, a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto a que se refiere la disposición final primera, a las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas Laborales, mediante la correspondiente modificación de los Estatutos e inscripción, tras ella, en el Registro Administrativo. Después de obtenida tal inscripción y con el certificado oportuno (artículo 4.º, párrafo 4.º, de la Ley), deberá procederse a su constancia en el Registro Mercantil, mediante la extensión de la oportuna nota marginal y demás, según vimos.

En otro caso, tales Sociedades quedarán como ordinarias, perdiendo el carácter laboral, pero sin que ello afecte a la continuidad de su personalidad jurídica.

Nada dice la Ley sobre el modo de proceder en esta situación. Sin embargo, habrá de ser como en el caso anterior, pues por analogía es aplicable el artículo 18 de la misma.

Al Real Decreto a que hemos aludido antes se refiere la disposición final primera, que concede al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia y del de Trabajo y Seguridad Social, un plazo no superior a seis meses, a partir de la publicación de la Ley, para la aprobación de un Real Decreto regulador del funcionamiento y competencias del Registro Administrativo de Sociedades Anónimas Laborales, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La disposición final segunda permite a dicho tipo social organizarse en asociaciones o agrupaciones específicas, de acuerdo con la Ley 19/1977.

La tercera faculta al Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia, Economía y Hacienda y Trabajo y Seguridad Social, cada uno en el ámbito de sus competencias respectivas, para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la Ley.

Y la cuarta (y última) dispone la entrada en vigor de la Ley, a los treinta días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Por último, nos falta manifestar un deseo: que el anunciado Reglamento, aunque se exceda en sus límites, resuelva algunos problemas, los más importantes, de los que aquí quedan apuntados y que en más de un caso, probablemente, hemos opinado de forma no muy acertada, pero creemos que sí ortodoxa a la vista de la legislación supletoria aplicable, en tanto no haya normas específicas que la excluyan como tal.

Uno de los extremos más necesitados de aclaración es el de las reservas que implanta la Ley, que suponemos tendrán la finalidad de crear uno o dos Fondos Sociales, con destino reglamentariamente fijado.

XIX. CONSIDERACIONES PRACTICAS

A modo de resumen y desde el punto de vista práctico, podemos sentar las siguientes reglas:

A) DENOMINACIÓN

Puede utilizarse la abreviatura SAL (art. 3.º de la Ley), aunque siguiendo necesariamente a la denominación social (art. 102, a), del Reglamento).

B) DOMICILIO, DURACIÓN, COMIENZO DE LAS OPERACIONES Y OBJETO

No existen especialidades: rigen las normas de la Ley de Sociedades Anónimas.

C) CAPITAL SOCIAL

Necesaria creación de dos series cuando haya socios no trabajadores.

La Ley de Sociedades Anónimas Laborales, saliendo al paso de lo que dispone el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, las libera de la necesidad de que el capital social no sea inferior a 10.000.000 de pesetas.

En cambio, al no disponer otra cosa, el valor nominal de las acciones, si el Anteproyecto llega a ser Ley, ha de ser de 500 pesetas, o múltiplo de esa cifra.

D) ACCIONES

A salvo lo anterior, han de ser necesariamente nominativas.

Para las acciones reservadas a los trabajadores, el régimen del artículo 8.º de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales es de Derecho necesario; por el contrario, para las acciones no reservadas u ordinarias son aplicables los artículos 46 de la Ley de Sociedades Anónimas y 104 del Reglamento.

No obstante, salvo que el anunciado Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas Limitadas atribuya al órgano de administración la facultad de adquirir para la Sociedad las acciones reservadas, será conveniente aumentar a treinta el plazo de diez días concedido a la misma para optar, puesto que haya que entender que corresponde esta facultad a la Junta General (ver artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Ahora bien, el artículo 8.º de la Ley de Sociedades Anónimas Limitadas ordena evitar en lo posible la existencia de acciones en copropiedad.

Ello obliga, si quiere llevarse a la práctica esta disposición, a establecer un orden de preferencia para los casos de acciones sobrantes, una vez prorrateadas las susceptibles de ello en la forma expresada por la Ley.

Amparándonos en el espíritu de la Ley especial, creemos que pueden servir de base las siguientes normas:

- a) Si se trata de trabajadores no socios, cuando no haya para todos, se irán atribuyendo, hasta donde alcancen, por orden de antigüedad en la empresa y, en caso de igualdad, al de más edad.

Si hay para todos, una o más, en plano de igualdad, pero quedaren sobrantes, se procederá en cuanto a éstas como en el supuesto anterior.

- b) Si se trata de socios trabajadores y no hay para todos se atribuirán al socio de menor participación hasta que iguale al que le preceda y así sucesivamente. Los supuestos de empate se resolverán como en el caso a)

Si hay para todos, una vez alcanzada la igualdad, se procederá, en cuanto a las sobrantes, como en el caso del párrafo 1.º de la letra a).

- c) Si los optantes fueren socios no trabajadores, se distribuirán todas a prorrata de su respectiva participación social y en cuanto a las improrrateables se sortearán, una a una, entre todos los optantes, siendo sucesivamente eliminados o excluidos del sorteo aquéllos a quienes fueren correspondiendo.

Para terminar, ante el silencio de la Ley, creemos que cabe establecer una norma estatutaria que atribuya a los administradores, cuando acciones reservadas llegaren a poder de no trabajadores, las facultades precisas para realizar por sí, sin necesidad de acuerdo de la Junta, al cambio (o creación, en su caso) de la serie correspondiente, pudiendo también, por tanto, adaptar el artículo pertinente de los Estatutos.

E) JUNTA GENERAL

No tiene más especialidad, que no hay que recoger en los Estatutos, que la relativa a impugnación de acuerdos (ver artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales).

F) ORGANO DE ADMINISTRACIÓN

La única particularidad es la que se deriva de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales para el caso de existir dos clases de accionistas: ambas deberán estar representadas proporcionalmente a sus aportaciones al capital social.

Ni qué decir tiene que los socios, trabajadores y no trabajadores, pueden decidir en Junta lo que estimen conveniente al respecto, pero para ello será precisa la unanimidad. En cuanto algún socio se oponga hay que acudir al sistema de proporcionalidad, aunque el oponente sea «arrasado» y, en definitiva, por la vía del artículo 14 se nombren los propuestos por la casi totalidad de los socios asistentes a ella.

Pero, en su caso, deberá procederse al nombramiento paralela y separadamente por las dos clases de accionistas. Dentro de cada clase se aplicará, en el supuesto que contempla, el artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas, bien entendido que el capital social que hay que computar es el correspondiente a la serie o clase de que se trate y, evidentemente, el número de vocales es el atribuido a esa misma serie o clase, según pasamos a ver.

Efectivamente, ¿cómo determinar cuántos administradores corresponde nombrar a cada serie de acciones?

He aquí las normas que se nos ocurren:

- 1.^a Que su número sea siempre impar.
- 2.^a Que si hay un solo administrador, sea nombrado en Junta por mayoría en la forma ordinaria.
- 3.^a Que si hay más de uno, siempre los socios trabajadores nombrarán, como mínimo, un administrador más que los no trabajadores.
- 4.^a Que si, determinada la proporción, resultaren decimales, cualquiera que sea su cuantía en relación a cada serie, se completará siempre la unidad de la de los trabajadores socios.

Si se nombra Consejo de Administración, por último, creemos, para salvar el espíritu de la Ley, que al producirse la renovación parcial ésta

debe realizarse por cada serie separadamente¹ para los afectados nombrados por los accionistas de la misma.

G) RESERVAS

No es necesario aludir a ellas en los Estatutos, pero, si se hiciese, deben acogerse también las de los artículos 17 y 21, éste en su caso, de la Ley especial.

H) OTRAS CUESTIONES

En todo lo demás rigen las normas de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

No obstante, dado el límite del artículo 5.º de la Ley especial, debe tenerse presente que el número de socios no puede ser inferior a cinco, como consecuencia de la aplicación del límite del artículo 1.º, cuando haya socios trabajadores y socios no trabajadores. Mas si sólo hay socios trabajadores, o, mejor dicho, si sólo hay acciones reservadas, ese número no puede ser inferior a cuatro, por imperativo del primero de los límites esperados.

Sin embargo, debe tenerse presente que, al no hacer salvedad alguna la Ley especial, si el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas sale adelante, el número de socios fundadores no puede ser inferior a cinco.

Para terminar, debemos advertir que es imposible o, al menos, muy difícil, la fundación por vía sucesiva de una Sociedad Anónima Laboral. Lo que sí podría hacerse es la fundación simultánea con socios trabajadores y los no trabajadores que se prestaren a ello y luego hacer uso de la autorización que permite el artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas o bien utilizar el camino del artículo 91 de la misma, con lo cual se llegaría de hecho al mismo resultado.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE
Registrador de la Propiedad

Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción

*A don LUIS Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN,
ejemplo constante de búsqueda intelectual y de
magisterio, en testimonio de gratitud y afecto.*

SUMARIO: I. BREVE INTRODUCCION A LA MATERIA: 1. Ideas previas. 2. Exposición de la normativa desde el perfil estructural.—II. REFLEXIONES COMPARATIVAS: A. Entre el proyecto de Ley de 1986 y el de 1987. B. Entre el proyecto de 1987 y la normativa del Código Civil vigente.—III. SISTEMATICA IMPLICITA EN EL PROYECTO DE LEY: ○ La posición sistemática de la normativa sobre la adopción en los vigentes Códigos Civiles europeos. ○ La ubicación de la adopción dentro del Código Civil.—IV. HISTORIA RECIENTE (LAS APORTACIONES DOCTRINALES ULTIMAS EN MATERIA DE ADOPCION): A. Las ideas doctrinales más recientes: 1. La posición de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. 2. Mi posición. B. El proyecto de Ley.—V. TEMARIO DE CUESTIONES PENDIENTES: A. La situación de abandono. B. El consentimiento de los padres naturales. C. El período de prueba. D. Las características genéricas de la regulación proyectada. E. La infraestructura. F. El procedimiento.—VI. BREVE RECAPITULACION.—VII. REFLEXIONES FINALES: A. La dimensión normativa de la adopción. B. La dimensión fáctica de la adopción. C. La dimensión valorativa de la adopción.—A MODO DE RESUMEN.—BIBLIOGRAFIA.—APENDICE I (cuadro comparativo de normativas vigentes y proyectadas).—APENDICE II (cuadro comparativo de ubicación dentro de los Códigos Civiles).

I. BREVE INTRODUCCION A LA MATERIA

1. IDEAS PREVIAS

Parece posible comenzar esta exposición recordando que la institución de la adopción presenta perfiles borrosos (1) y que viene a ser un ente proteico encubridor de diversas formulaciones jurídicas no siempre susceptibles de reconducción a un instituto unitario (2). Desde este apunte inicial es lógico señalar, como ya hice en ocasión anterior (3), que las diversas formulaciones sociológicas de los supuestos de hecho conducentes a una adopción concreta se avienen difícilmente a la idea de un concepto unitario del instituto.

Dato insoslayable previo a todo estudio, exposición, normativa, etc., sobre esta materia debiera ser el de un estudio sociológico. Es dicho estudio sociológico frecuente en otros países (como en Francia), y prácticamente inexistente en España, lo que hace tiempo he denunciado en otro lugar (4).

Complemento de lo anterior debería ser el de la correcta distinción entre los perfiles o dimensiones *estructural* y *funcional* de la adopción, o, de otro modo dicho, las diversas connotaciones que va suscitando la adopción bien en su presentación *estática* bien en su formulación *dinámica*. A lo que parece, mi estudio citado fue el pionero en la materia, aunque al parecer sin demasiados resultados prácticos. Ello no obstante, aunque el apresuramiento de estas notas de urgencia impide el desarrollo extensivo de algunos argumentos, creo defendible el uso de esta diferenciación de perfiles o dimensiones en la adopción como mínimo en el enjuiciamiento de las normativas proyectadas y en el repaso a toda la problemática pendiente de solución.

Finalmente, todo estudio o normativa sobre la adopción debería comenzar con una especie de «declaración de principios», sentando la base

(1) Así, muy expresivamente, en Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV («Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones»), Ed Tecnos, Madrid, 1978, pág. 372.

(2) Expuesto claramente en MANTECA ALONSO-CORTÉS: «La adopción», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 72, 1971, págs. 101 y sigs., espec. pág. 105.

(3) Véase CERDÁ GIMENO: «Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y de 28 de mayo de 1973)», en esta *Revista —RCDI—*, núm. 567, marzo-abril 1985, páginas 407 y sigs., espec. pág. 440.

(4) Véase CERDÁ GIMENO, *op. cit.* en nota 3 precedente, y allí, pág. 408 y su nota 4.

de la necesidad de un planteamiento *no dogmático* de la institución y en perfecto acorde con los distintos intereses en juego (5).

Expuestas estas ideas previas sobre la institución de la adopción, hago constar la conveniencia de que se proceda a un examen comparativo *en horizontal* de las diferentes normativas a contemplar (6).

2. EXPOSICIÓN DE LA NORMATIVA DESDE EL PERFIL ESTRUCTURAL

Consecuente con las ideas previas expuestas, presento seguidamente en el Apéndice I un cuadro comparativo de la normativa vigente tras la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y de las normativas postuladas en los Proyectos de Ley de 1986 y 1987. En el aludido cuadro comparativo *en horizontal* pueden verse fácilmente los diferentes aspectos de las respectivas regulaciones y obtener una serie de consecuencias que pueden servir de hitos o lugares comunes en la construcción legal del instituto objeto de reforma.

Una contemplación tal de la institución en su dimensión normativa y en su perfil *estático* no basta para adentrarnos en la esfera central de la adopción, que, bien es sabido, se centra más en su presentación funcional y en el modo operativo en la realidad social. De donde se sigue que más adelante he de hacer somera referencia a los aspectos o problemas pendientes derivados del perfil *dinámico* de la institución.

Conviene aquí recordar que *desde el perfil estructural* una adopción puede ser caracterizada por la total falta de requisitos y formalidades previas, como puse de relieve en otro lugar (7). Dije entonces —y sostengo lo mismo ahora— que «es necesario robustecer y dignificar un *acto previo* a la adopción de forma que existan garantías para todos los que más directamente son afectados por la operación —madre natural, hijo, padres adoptantes— y que haya un rígido control que evite los abusos y el actual 'desmadre' de tanto intermediario...». Postulaba yo allí la necesidad de una *actividad administrativa total*, tendente a conjugar los distintos intereses en juego y a satisfacer las demandas de la justicia y de la no discriminación (ni por nacimiento, ni por sexo, ni por religión, etc.) (8).

A la vista de lo expuesto, no estará de más el efectuar un cotejo de

(5) Así, FRIEDMANN: *El Derecho en una sociedad en transformación*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1966, págs. 268 y sigs. En mi trabajo citado en nota 3 precedente, págs. 442 y 475 y sigs., *he hecho aplicación directa y expresa* de tal planteamiento. Y, como no podía ser menos, *también lo hago en el presente*.

(6) Véase expresamente, en APENDICE I, a continuación de este trabajo.

(7) Véase CERDÁ GIMENO, *op. cit.* en nota 3 precedente, págs. 439 y sigs.

(8) Véase CERDÁ GIMENO, *op. cit.* en nota 3 precedente, pág. 441.

las normativas postuladas en los proyectos de ley con este aspecto o perfil *estructural*, y sin perjuicio de más adelante hacer lo propio con el perfil *funcional*.

II. REFLEXIONES COMPARATIVAS

Conforme a lo antes dicho, en este epígrafe vamos a hacer ese cotejo entre normativas desde el aspecto estático o estructural de la adopción. Como es lógico, para seguir un cierto orden *cronológico* se parte aquí, *en primer lugar*, de una comparación entre los dos proyectos de ley de tan recientes fechas y que tienen la singularidad única de emanar prácticamente del mismo Gobierno del PSOE, mayoritario en las Cámaras legislativas en las dos fechas (1986 antes de las elecciones de junio de 1986, y 1987); *en segundo lugar*, se llega a una comparación de la normativa postulada ahora en 1987 con la hoy vigente en el Código Civil tras la última reforma parcial —'minireforma'— de la adopción de 1981.

A) ENTRE EL PROYECTO DE LEY DE 1986 Y EL DE 1987 (9)

Aparentemente el cotejo entre ambos proyectos de ley muestra escasas diferencias y todas ellas de aspectos más cuantitativos y numéricos que cualitativos y de cambios profundos. Cabría pensar, en principio, que la *mens legislatoris remota* u originaria ha sido la misma o, de otro modo, que ha bebido en las mismas fuentes.

1. Esta aserción inicial es confirmada fundamentalmente por la filosofía que inspira el proyecto de ley, contenida sobre todo en la *justificación del mismo* o *exposición de motivos* que lo acompaña. En efecto, dicha exposición de motivos es prácticamente *la misma* en uno y otro proyecto, comprensiva de catorce apartados sin numerar y separados por un punto y aparte. Las *diferencias* de uno a otro de ambos proyectos se contienen en los apartados 7 y 9: en el apartado 7 han sido suprimidos los incisos de su último párrafo relativos a «por regla general», «de la venta de niños», «y de la intervención»; en el apartado 9 se

(9) EL PROYECTO DE LEY DE 1986 aparece publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, bajo la referencia: «CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, II Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 10 de marzo de 1986, núm. 194-I, págs. 3965 a 3970».

EL PROYECTO DE LEY DE 1987 aparece publicado en el mismo *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, referencia: «CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, III Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 4 de febrero de 1987, núm. 22-I, págs. 1 a 7, número 121/00023. Modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (NUMREG. 4832)».

suprime toda la referencia de *su párrafo segundo*, relativo a las normas procesales recogidas en una disposición adicional.

La filosofía subyacente en ambos proyectos *aparece* claramente expresada en los tres primeros apartados de la exposición de motivos: en el 1.º se reconoce que el régimen vigente de la adopción «no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución»; en el 2.º se dice gráficamente, «se acusa, sobre todo, en la Ley vigente una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción... permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños... y daba lugar, otras veces, a una inadecuada selección de los adoptantes... resulta inapropiado el tratamiento dado a los supuestos de abandono de menores»...; y en el 3.º se estima que «el sistema actual no está suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado (*sic*)» (10).

Como consecuencia del planteamiento inicial expuesto, el apartado 4.º sienta los dos principios fundamentales o goznes en torno a los que gira todo el proyecto de ley: el de la configuración de la adopción como un instrumento de integración familiar y el de la primacía del interés del menor. El primero de dichos principios es desarrollado en los apartados 5.º y 6.º, y el segundo principio en el apartado 7.º: *correlativamente, en el articulado postulado* EL PRIMERO de tales principios se recoge en la nueva sección 1.ª (De la guarda y acogimiento de menores) en los artículos 172, 173 y 174 y en el modificado artículo 239, todos ellos del Código Civil; por su parte, EL SEGUNDO principio parece tener su acomodo en los nuevos artículos 175 a 180 del Código Civil.

Complemento y lógica consecuencia de todo lo anterior *las restantes piezas del arco clave* de la nueva adopción son: las instituciones públicas o privadas colaboradoras en la protección de los menores (apartado 8.º, desarrollado en la disposición adicional primera), el nuevo procedimiento judicial o cauce procesal elegido (apartado 9.º, con desarrollo en el ARTICULO 7.º DEL PROYECTO, que modifica totalmente el Título II del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 1.825 al 1.832), la eliminación de la figura de la adopción simple (apartado 10), la modificación de la norma de Derecho internacional privado del artículo 9.º del Código Civil (apartado 11 de la E. de M.) y la regulación de las cuestiones de Derecho transitorio (apartado 12 EM, desarrollado por las disposiciones transitorias primera y segunda).

Expuestas las *coincidencias* de ambas exposiciones de motivos, resta

(10) Entiendo que el Proyecto de Ley *debe decir* aquí «adoptando» y no «adoptado»: este error terminológico se repite varias veces a lo largo de este Proyecto de Ley.

ahora aludir a aquellas DIFERENCIAS *entre los apartados 7.º y 9.º* de los respectivos proyectos, que antes he calificado como más *cuantitativas* que cualitativas. En efecto, *en el 7.º* la supresión de los incisos aludidos («por regla general», «venta de niños», etc.) parece pretender, *de una parte*, la *total exclusión* de la posibilidad de un negocio privado entre adoptante y padres naturales (o sea, conversión de una proposición negativa particular en una universal); y, *de otra parte*, el inciso de la 'venta de niños', eliminado, convierte toda la frase en una proposición de deseo por tanto, utópica— de «supresión» de intermediarios, lo que parece poco posible desde el nivel legislativo, y podría muy bien sustituirse por los términos «desaparición» o «eliminación» que suscitan ideas más acordes con ese deseo del legislador. En orden al *apartado 9.º*, la desaparición de todo *su párrafo 2.º* es consecuente con la supresión en el actual proyecto de ley de la disposición adicional cuarta y su virtual conversión en el nuevo cauce procesal que recoge EL ARTICULO 7.º del Proyecto.

2. *El contenido normativo* de uno y otro proyectos es muy similar: *el de 1986* se compone de cinco artículos, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y una disposición final, subdividida en tres apartados numerados; *el de 1987* se distribuye en siete artículos, tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y una disposición final, subdividida en dos apartados numerados. De donde se sigue que las diferencias sean *aparentemente* más cuantitativas que cualitativas entre ambos proyectos.

3. *El desarrollo articulado* de uno y otro proyectos es, por lo que se acaba de decir, muy similar. Para un seguimiento en paralelo u horizontal entre ambos me remito gráfica y descriptivamente a lo señalado en el APENDICE I.

• El ARTICULO 1.º del Proyecto de 1986 redacta de nuevo *el apartado 5.º* del artículo 9.º del Código Civil en materia de adopción en relación con las normas de colisión o Derecho internacional privado. En el similar del Proyecto de 1987 se redactan de nuevo *aquel mismo apartado 5.º* y *el apartado 4.º* en materia de filiación en orden a las normas de colisión.

La inclusión de una nueva redacción reformada del APARTADO 4.º del artículo 9.º del Código Civil es una consecuencia derivada del artículo 39 de la Constitución Española. Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 1982 y de 26 de agosto de 1982 ya habían anticipado que «el régimen de filiación ha sufrido un cambio total a partir de la Constitución (art. 39), al equiparar a los hijos independientemente de su filiación matrimonial o extramatrimonial».

monial» y que «la equiparación de los efectos para hijos matrimoniales y no matrimoniales se extiende a los nacidos con anterioridad a la Ley 11/1981, dada la eficacia retroactiva de esta Ley» (11).

EL APARTADO 5.º del artículo 9.º del Código Civil ha sufrido significativos *retoques* en poco menos del año transcurrido entre uno y otro proyecto de ley. De tales retoques el de mayor transcendencia es *la supresión de todo el párrafo 4.º* sobre los efectos de la adopción *constituida en el extranjero* cuando éstos fueren distintos a los previstos por la ley española. Los restantes cambios se producen, a mi juicio, precisamente *en función del sistema de tipo judicial* introducido en la nueva ley de tal manera que se atiende a la *lex fori*, con la salvedad del *nuevo párrafo 2.º* sobre la ley nacional del adoptado (12). Para un estudio más detallado, me remito a la doctrina internacionalista especializada (13) y, en concreto, a las *diferencias* que la regulación hoy vigente —y, a mi modo de ver, también en la normativa reformadora postulada— sigue

(11) Algo lejana ya en el tiempo, pero muy interesante, aparece una primera aproximación doctrinal acerca de este *apartado 4 del artículo 9 del Código Civil*, a cargo del ilustre especialista M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en «Comentarios al artículo 9, apartados 1 al 10, del Código Civil», en la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por don M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo I, Madrid, Edersa, 1978, págs. 135 y sigs., espec. págs. 161 y sigs.

Véase más recientemente, J. BONET CORREA: *Código Civil, con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo I (título preliminar y libro primero), Edit. Civitas, 1.ª edición, Madrid, 1964, págs. 163-164.

Ultimamente, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: *Adopción* (Circular de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, núm. 13, de 20 de marzo de 1987), en ejemplar mecanografiado, folio 2, quien, en orden a *esta postulada reforma del apartado 4*, considera que «este cambio es desacertado por atentatorio contra la unidad de la familia».

(12) Dice «adoptado» y no «adoptando»: vale aquí lo dicho en la *nota 10* precedente.

(13) Véase, al respecto, la obra citada en la *nota 11* precedente, del profesor AGUILAR, págs. 169 y sigs. Es muy significativa la referencia que en dicho lugar se hace a *la postura personal* de R. BERCOVITZ en el seno de la «Comisión General de Codificación», en el sentido de que este último aludía al «riesgo de la ineficacia de las normas de conflicto y a la *conveniencia de establecer cuáles son las autoridades competentes para la constitución de la adopción*» (subrayados míos: JCG). Todo ello evidencia, a lo que creo, *la directa procedencia y la autoría inmediata* del postulado NUEVO APARTADO 5 del artículo 9 del Código Civil. En línea con lo expuesto, LOS NUEVOS PÁRRAFOS 4 Y 5 DEL APARTADO 5 parecen recoger la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 19 de junio de 1943, 7 de abril de 1952 y 19 de septiembre de 1974, y asimilar los criterios del propio R. BERCOVITZ en sus «Comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil», en la obra dirigida por M. ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed. revisada, Editorial Edersa, Madrid, 1982, págs. 318 y sigs.

Ultimamente, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit.* en la *nota 11* precedente, folio 2, considera que «en conjunto nos parecía mucho más acertado *el actual apartado 5*, así como *el apartado 5 del anterior proyecto de 1986*, y confiamos en que el nuevo se mejore en la discusión parlamentaria» (subrayados míos: JCG).

manteniendo con lo acordado en el Convenio de La Haya de 1965 sobre Adopción en las cuestiones relativas a las autoridades competentes para la anulación o revocación de la adopción, a la prioridad de la conexión nacional sobre la residencia habitual del adoptante y al momento de cumplimiento de las condiciones de la residencia habitual o nacionalidad (14). Hay una importante norma en orden a *la nacionalidad del adoptado* contenida en el nuevo artículo 18 del Código Civil, tras la Ley 51/1982, de 13 de julio, reformadora de la nacionalidad, comentada asimismo por la doctrina más autorizada, a la que me remito igualmente (15).

De los actuales párrafos del apartado 5.º del artículo 9.º del Código Civil han sido *eliminados* los que conllevan referencias a la capacidad para adoptar, la adopción conjunta por marido y mujer, efectos de la adopción y formalidades del acto: *unos* son consecuencia lógica de los nuevos planteamientos en la materia sugeridos por la doctrina (R. BERCOVITZ), *otro* —*el vigente párrafo 2.º*, que aplica la ley del marido— era una regla implícitamente derogada desde la vigencia de la Constitución por contener una discriminación hacia la mujer. La eliminación de la regla relativa a *la forma (lex locus regit actum)* parece excesiva, aunque pudiera entenderse sobreentendida en los *nuevos párrafos 1.º, 4.º y 5.º*.

• El ARTÍCULO 2.º, tanto del Proyecto de 1986 como del de 1987, lleva en ambos idéntica *rúbrica* —«De la adopción y otras formas de protección de menores»— y el mismo *contenido* reformador de los artículos 172 al 180 del Código Civil. Las modificaciones más relevantes son las que comportan la introducción de *dos secciones*, una para la «guarda y acogimiento de menores» y otra para «la adopción». EN LA PRIMERA SECCIÓN los *nuevos artículos 172, 173 y 174* carecen de precedentes normativos recientes y directos en nuestra legislación y traen causa de los 172 y 173 del Proyecto de 1986 (16); es el postulado ahora *artículo 174* un precepto enteramente nuevo entre nosotros, siendo su procedencia próxima el antiguo número 3 del artículo 172 del Proyecto

(14) Véase AGUILAR, *op. cit.*, pág. 170. Véase también BONET CORREA, *op. cit.*, páginas 164-166.

(15) Véase DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS (revisión DE LOS MOZOS): *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I, «Introducción y parte general, volumen 2.º (Teoría de la relación jurídica y del Derecho subjetivo)», Ed. Reus, 14.ª ed., Madrid, 1984, págs. 283 y sigs.

Específicamente sobre este punto, véase Díez DEL CORRAL RIVAS, en «Principios de la reforma en materia de nacionalidad», en RDP, 1983, págs. 791 y sigs.

(16) Cabría denominarlas normas «de imitación» o de importación italiana. Es una verdadera «cripto-recepción» de los artículos 1 al 5 de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983.

de 1986. A mi modo de ver, este postulado *artículo 174* plantea una *doble problemática formal y material*: *formal*, en tanto en cuanto subvierte el contenido tradicional normativo del precepto en *el correlativo número actual* vigente del Código Civil (16^{bis}), *problema obviado* en otros ordenamientos civiles más próximos, que proceden o bien al añadido de *un número detrás* del correspondiente al artículo del Código —sistema del Código Civil francés—, o bien al empleo de *una letra subsiguiente* al número del precepto —sistema del Código Civil suizo—; *material*, ya que el contenido normativo del precepto es enteramente *procesal* y cabe la duda de si su lugar más idóneo no sería el de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EN LA SEGUNDA SECCIÓN, dedicada a la adopción, se mantienen la misma estructura y contenido normativo de los artículos 175 al 180 del Código Civil. *El postulado artículo 175* procede del 174 del Proyecto de 1986, que en parte recuerda el tono y dicción del *vigente* artículo 172, con algunas particularidades, como las de reducción al mínimo de las prohibiciones en línea acorde con las críticas últimas de la doctrina (17). *El nuevo artículo 176* trae causa del 175 del Proyecto de 1986, con algunas *rectificaciones* muy significativas, como *la del número 1*, donde se sustituye la voz «preferentemente» por la de «siempre», o *la del número 2*, donde los requisitos de la propuesta de la entidad pública van *implícitamente remitidos* a lo prevenido al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la muy importante *supresión del anterior número 4* del Proyecto de 1986, que queda trasladado a la Ley de Enjuiciamiento Civil. *El nuevo artículo 177* se corresponde con los 176 y 177 del Proyecto de 1986, con los relevantes *retoques de distinguir* ahora en la normativa postulada *tres distintos supuestos de hecho* relativos a los casos de 'consentimiento', 'asentimiento' y 'audiencia', todo ello siempre a presencia del Juez. *El postulado artículo 178* procede próximamente del homónimo 178 del Proyecto de 1986, del que ha desaparecido *el número 1* —efectos iguales a los de la filiación por naturaleza— en buena lógica por ser evidente y porque ya viene hoy expresado en el artícu-

(16 bis) Entiendo que no se trata tan sólo de una cuestión de mera «forma». Recuérdese ahora y en este lugar que la propia *Exposición de Motivos de la Ley 7/1970, de 4 de julio, sobre adopción, apartado 4*, se refería expresivamente a que «la Ley mantiene la distribución del articulado... *Para no introducir alteraciones numéricas que puedan resultar en ningún aspecto perturbadoras*, se ha hecho el esfuerzo de mantener el mismo número de artículos» .. (subrayados míos: JCG). Parece, por tanto, que no estaría de más que el legislador de 1987 mantuviese aquí y ahora *una actitud semejante*, que facilitaría en el futuro a los «operadores jurídicos» la aplicación de la norma y evitaría posibles errores de *imputar* contenidos normativos a *determinados números* del articulado del Código.

(17) Véase BONET CORREA, *op. cit.*, págs. 489 y sigs.

lo 108, 2.º, del Código Civil tras la reforma de 1981, y en el que se ha refundido el anterior número 2 del precepto, pero de forma que ahora aparece poco claro el contenido del *apartado* 2 del postulado número 1; ha desaparecido de este precepto el anterior número 3 del Proyecto de 1986, *trasladado ahora* al artículo 180, 4.º, aunque quizá tenía mejor encaje *en este* artículo 178, ya que se está tratando de *exclusión* de las relaciones por naturaleza y *es aquí* donde viene oportuno referirse a la determinación de la filiación por naturaleza, aunque ello no afecte a la adopción. *El ahora postulado artículo 179* no tiene nada que ver con *el anterior 179* del Proyecto de 1986, que ha desaparecido totalmente (18), y sin que su eliminación acabe de estar clara ni justificada: *ahora el nuevo artículo 179* procede del anterior número 3 del artículo 180 del Proyecto de 1986, en tanto que *los anteriores números 1, 2 y 4 del 180 de 1986* pasan a formar *el nuevo artículo 180 actual*.

• El ARTICULO 3.º, tanto del Proyecto de 1986 como en el actual de 1987, aluden a la llamada «adopción plena». El cambio introducido es de matiz: *antes* se decía que «*Las expresiones que se refieran... se entenderán hechas a...*», en tanto que *ahora* se dice «*En... se entiende sustituida por...*». A mi juicio, una y otra norma vienen a decir lo mismo, quizá la de 1986 era más completa, y en ambos casos hay una clara invitación al operador jurídico o intérprete para una labor de completar *per relationem* el contenido de cada norma a interpretar. Una labor completa legislativa debería indicar todas y cada una de las normas sustantivas o adjetivas que contienen la expresión «adopción plena».

• El ARTICULO 4.º, tanto en el Proyecto de 1986 como en el de 1987 se refieren a los bienes de los hijos adoptados en forma simple *exceptuados* de la administración paterna —art. 164, 3.º, del CC vigente—, cuya mención queda suprimida al eliminarse la adopción simple. También aquí el cambio es de matiz: *antes* decía «el cual (o sea, 164, 3.º, CC) quedará *sustituido* por el actual número 4 del mismo artículo», en tanto que *hoy* dice «El actual número 4 queda *convertido* en el número 3 del mismo artículo». A mi modo de ver, se trata de una opción del legislador, o se estima mejor la palabra 'sustitución' o se prefiere el vocablo «conversión», y en todo caso se trata de un mero artificio técnico habitual en las tareas de legislar.

(18) *El anterior artículo 179 del Proyecto de 1986* traía causa, a mi juicio, del viejo ARTICULO 178, 4.º DE LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958, referente a la publicidad de la adopción resultante del Registro Civil. Más tarde vuelvo sobre este punto.

• El ARTICULO 5.º es prácticamente similar en uno y otro Proyectos: *en el de 1986* sólo alude a la nueva redacción del artículo 239 del Código Civil sobre la tutela de los menores acogidos en establecimiento público, y *en el de 1987* alude a la nueva redacción de los artículos 229 y 239 del Código Civil, relativo el primero a los obligados a promover la constitución de la tutela y comprensivo el segundo ahora de la tutela de «los menores desamparados», incluyendo un segundo párrafo en el precepto.

• El ARTICULO 6.º del Proyecto de 1987 no tiene su correspondiente en el de 1986, siendo su procedencia próxima la *regla tercera* de las disposiciones adicionales contenidas en el Proyecto de 1986, y se refiere a la nueva regla *en materia de competencia judicial*, de tal manera que se redacta de nuevo la *regla 16 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

• El ARTICULO 7.º del Proyecto de 1987 tampoco tiene su correspondiente en el de 1986 y su contenido es íntegramente reformador de la *totalidad del Título II* del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la forma que expresa se da nuevo contenido a los artículos 1.825 al 1.832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo contenido normativo se extrae —procedencia *próxima e inmediata*— de la *desaparecida regla cuarta* de las disposiciones adicionales del Proyecto de 1986 y en pequeña parte de normas aisladas entresacadas de los 175, 2, 2.º; 176, 2, y 175, 4, todos ellos del Proyecto de 1986. Esta entresaca obedece probablemente al contenido eminentemente procesal de tales normas, cuyo marco adecuado es lógicamente el de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

• Las DISPOSICIONES ADICIONALES eran cuatro en el Proyecto de 1986, y *ahora* la cuarta se ha suprimido, la segunda pasa a ser la tercera y la tercera pasa a ser segunda con un ligero retoque. La *primera* viene a ser pieza fundamental en la nueva Ley y de ella ha desaparecido el inciso inicial, pero quedando muy claro que la nueva normativa postulada *centra* la protección de menores en la atribución a las llamadas 'Entidades públicas colaboradoras' de tal función de guarda.

• Las DISPOSICIONES TRANSITORIAS en uno y otro proyecto de ley son dos y en ambos con idéntico normativo. Observo una diferencia gramatical en el texto *actual de la segunda*: *antes* decía «con los efectos que les *reconocía*», en tanto *ahora* dice «que les *reconozca*». Parece lo mismo, pero estimo que no lo es: en un caso se refiere a efectos ya pasados (verbo en *imperfecto*) y en el otro a efectos posibles y condicionales (verbo en *subjuntivo*). Entiendo es opción final del legislador escoger una u otra forma, pero con claridad.

• La DISPOSICION FINAL existe también en uno y otro proyecto de ley: en el del 86 contiene *tres normas* separadas y numeradas, y en el actual del 87 hay sólo *dos normas* separadas y numeradas y ya *ha desaparecido la tercera*, alusiva a la derogación de las reglas contenidas en los artículos 63, 16, y 1.825 al 1.832, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Quizá gramaticalmente sería preferible decir FINALES y no FINAL, ya que se trata de dos normas distintas.

4. *Las modificaciones introducidas.* Quedan subsumidas en el contenido normativo, aunque en algún caso sea *per relationem*, de los ARTICULOS 1.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º, ya examinados genéricamente, todos ellos del Proyecto postulado de 1987.

5. *Las novedades legislativas.* Son ciertamente bastante numerosas y en seguida voy a referirme a ellas al proceder al cotejo de la normativa postulada con los textos correspondientes del Código Civil hoy vigentes. Reducidas sintéticamente a lo esencial, cabe señalar:

- Que el ARTICULO 2.º del Proyecto de Ley produce, más que una reforma o cambio, una verdadera 'revolución' en la conceptualización de la adopción. Viene a ser la creación *de nueva planta* de un añejo instituto con injertos nuevos, de forma que se pasa a un sistema judicial casi absoluto en la materia.
- Que el ARTICULO 7.º del Proyecto somete con técnica correcta todo el ámbito procesal a la normativa procesal común de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Que la DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA introduce por vez primera en España el concepto e institución de «Entidades colaboradoras» en materia de guarda y protección de menores.
- Que se introduce una normativa clara en orden al *Derecho transitorio*, cosa que se echaba de menos en la reforma parcial de la adopción efectuada en 1981.
- Que se introduce también una normativa específica en las dos *disposiciones finales*, innovación aparentemente dedicada a mantener la especificidad de la normativa nueva postulada, que queda reducida al ámbito *sustantivo* o civil, por una parte, y al ámbito *adjetivo* o procesal, por otra.

— A modo de *resumen* de estas previas reflexiones comparativas entre uno y otro proyecto de ley reformadores de la adopción, cabe señalar como más relevantes las *ideas directrices y orientadoras de ambos proyectos de ley* en la forma siguiente:

- 1. La normativa postulada procede a la instauración de una 'nueva planta' en orden a la adopción, ahora subsumida e incapsulada dentro de la *noción más amplia y genérica* de la «protección de menores».
- 2. La nueva normativa innovadora fundamenta la adopción en *dos principios*: el de ser un instrumento de integración familiar y el de la primacía del interés del menor o del preferente beneficio del adoptado.
- 3. La tramitación y *procedimiento* tendentes a la adopción pasan a ser materia exclusiva de la Jurisdicción voluntaria, es decir, el procedimiento se convierte en exclusivamente judicial.
- 4. La *nueva noción* de Entidades —públicas o privadas— 'colaboradoras' parece quedar pendiente de un ulterior desarrollo legislativo y sugiere un control por parte de la Administración.

B) ENTRE EL PROYECTO DE 1987 Y LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

La comparación entre una y otra normativa evidencia unas diferencias que no son ni cuantitativas ni cualitativas, sino expresión de una manera distinta de ver reflejada en la norma la configuración de la adopción desde la perspectiva de su inserción en la realidad social. Vista así la cosa, a mi modo de ver la impresión inicial de un intérprete desapasionado es la de detectar *un notable progreso* en la normativa postulada, que realmente es más *innovadora* o revolucionaria que reformadora.

1. Examinada en el apartado A) precedente de este epígrafe la *justificación o fundamentación jurídica* del proyecto de ley con un cierto detalle, parece huelgan aquí ulteriores comentarios. Sobre todo, por no ser demasiado frecuente que las leyes se publiquen en su integridad en estos últimos años, y de ello es buena muestra que si se trata de buscar *la fundamentación real* de la normativa *hoy vigente* en el Código Civil el intérprete puede acabar desorientado o descorazonado: *en primer lugar*, porque las modernas Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, *no* contienen exposiciones de motivos; *en segundo lugar*, aunque sí contienen excelentes justificaciones los respectivos anteproyectos o proyectos de ley —en algunos casos son más de uno—, sin embargo, en ninguna parte de los mismos hay párrafo o referencia alguna a la adopción; *en tercer lugar*, porque la normativa hoy vigente en el Código Civil es el resultado del «parcheo» o técnica legislativa usual consistente en ir arreglando o adaptando las instituciones que resultan afectadas por innovaciones generales del sistema nuevo y por derivación

lógica e imperativa de las nuevas normas constitucionales tras la Constitución Española de 1978 (19); *en cuarto lugar*, y consecuentemente, si hay que encontrar la fundamentación *última* a la adopción *hoy vigente* en el Código Civil habrá que ir a la «nueva planta» introducida *en la normativa general para el instituto que se introdujo en la anterior modificación legislativa de la adopción*, es decir, la producida por la Ley 7/1970, de 4 de julio (BOE de 7 de julio); *en quinto lugar*, por lo antes denunciado, resultará difícil encontrar publicada la exposición de motivos de dicha Ley, a no ser que acuda a la propia publicación oficial (19 ^{bis}).

Una vez hallada, afortunadamente, la exposición de motivos de la Ley de 1970, y procediendo al cotejo con la respectiva del proyecto de ley aquí examinado, la impresión causada al intérprete es la de encontrarse ante dos situaciones distintas en dos momentos históricos distintos para dos instituciones *aparentemente idénticas* a regular por dos normativas sustancial y procesalmente distintas.

La fundamentación de la Ley de 1970 se desarrolla en 21 apartados —alguno de cierta prolijidad—, en contraste con los 14 del actual proyecto de ley. De aquellos apartados pueden traerse aquí los que señalo con los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 10, 11, 17, 18 y 20, en el sentido de contener las *ideas o principios básicos* de la entonces nueva regulación. *Principios* que entiendo son los todavía hoy vigentes y *que cabría resumir* en los siguientes: la estimación crítica de la Ley de 1970 dentro del proceso más amplio de la formación del derecho, la finalidad primordial de dicha Ley (20), la distribución del articulado (21), la conceptualización de la adopción como acto complejo a la vez consensual y formal —y, dentro de ello, la distinción de *tres grados o escalas* en el consentimiento—, el concepto del menor abandonado, la equiparación de los hijos adoptivos

(19) En un sentido algo similar al aquí señalado, véase J. FERRANDIS VILELLA, en «Nuevas perspectivas de la adopción», en el volumen colectivo «Familia y cambio social», de la *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Empresariales*, Editorial ICADE, Madrid, 1985, pág. 109.

(19 bis) Puede también encontrarse en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 213, julio-agosto 213, págs. 494 y sigs.

(20) Decía el legislador de 1970, en *Exposición de Motivos, párrafo 3*, que: «Como *tónica dominante*, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo» (subrayado mío: JCG). Parece que el mal uso de nuestra lengua llegaba ya entonces a nuestros legisladores: confiemos que los actuales no les imiten en ello. La expresión subrayada es desafortunada, puesto que la palabra «tónica» no existe en nuestra lengua: véase al respecto, en A. DE MIGUEL: *La perversión del lenguaje*, Ed. Espasa-Calpe, colección Espasa-Mañana, Madrid, 1985, epígrafe I, «Inventos y mixtificaciones», págs. 79 y sigs., espec. pág. 80.

(21) Véase en el *párrafo 4*, antes resumido en la *nota 16 bis* precedente: elogioso dicho propósito del legislador de no introducir cambios numéricos.

plenamente a los legítimos, la referencia al Registro Civil y la posibilidad de retroactividad con la norma transitoria.

De toda esta serie de principios de la Ley de 1970 hoy vigente, inducidos de una atenta lectura de su exposición de motivos, tras la prueba de fuego que representa la combinación de una serie de *factores sobrevenidos* —cuales los de la aplicación práctica de más de veinticinco años, los ejemplos del Derecho comparado, la influencia de la doctrina, la incidencia de las profundas reformas de 1981 sobre el Derecho de Familia, la fuerza de la opinión pública y de los medios de comunicación social, los problemas políticos que resultan de un Gobierno con mentalidad más progresista y social cual el del PSOE, doblemente vencedor en dos elecciones consecutivas, y alguno más que podría citarse—, pocos de ellos pueden resistir ya. A mi modo de ver, el reflejo exacto se produce en el nuevo proyecto de ley y *tan sólo son hoy servibles*: el relativo al proceso de formación del derecho, la distinción de tres grados en el consentimiento, la equiparación —hoy ya *total* tras la Constitución— con los hijos legítimos y la normativa en Derecho transitorio.

2. Al *contenido normativo* y al *desarrollo articulado* de la vigente regulación de la adopción se han referido todos los autores y nuestra mejor doctrina especializada (22), a la que en este lugar me remito.

(22) Véase para ello cualquiera de los Manuales o Tratados de Derecho Civil patrio, o Libros de Comentarios al Código Civil y sus reformas, en la *relación bibliográfica* que se adiciona después de este trabajo. *Hasta 1984* había una exposición personal mía *seleccionada*, en mi obra citada en *nota 3* precedente, en esta *Revista*, págs. 477-478.

Para la doctrina extranjera, *además* de las obras relacionadas en la selección bibliográfica final, son muy interesantes todas las aportaciones de la doctrina civilista francesa y belga, v.gr.:

- François RIGAUX: *Les Personnes*, t. I, «Les relations familiales», Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Ed. Maison F. Larcier, Bruselas, 1971 —y revisión de M. T. MEULDERS-KLEIN en 1978—, páginas 706 y sigs., y la bibliografía para el Derecho belga en págs. 597-598.
- Alex WEILL y François TERRÉ: *Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, col. Précis Dalloz, Ed. Dalloz, 4.ª ed., París, 1978, págs. 655 y sigs.
- Jean CARBONNIER: *Droit Civil*, t. 2, «La famille. Les incapacités», col. Thémis-Droit, Ed. Presses Universitaires de France, 12.ª ed. refundida, París, septiembre 1983, págs. 457 y sigs.
- Gérard CORNU: *Droit Civil*, t. II, «La famille», col. Précis Domat, Ed. Montchrestien, París, 1984, págs. 400 y sigs.
- Alain BÉNABENT: *Droit Civil. La famille*, col. Litec-Droit, Ed. Librairie à la Cour de Cassation, 2.ª ed., París, 1984, págs. 399 y sigs.
- Catherine LABRUSSE-RIOU: *Droit de la Famille*, t. I, «Les personnes», Ed. Masson, París, 1984, págs. 169 y sigs.
- Claude COLOMBERT: *La famille*, col. Droit fondamental-Droit Civil, Ed. P. U. de France, París, 1985, págs. 195 y sigs.

De su cotejo con el nuevo contenido normativo aquí presentado por el nuevo proyecto de ley y con su propuesta articulada *cabe deducir varias cosas importantes: primera*, que las meras *modificaciones* o retoques técnicos introducidos por los artículos 1.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del Proyecto de Ley son necesaria consecuencia de la adaptación de determinadas normas a la nueva configuración global *ex toto* de la adopción nueva DENTRO del más amplio marco de la figura de «protección de menores»; *segunda*, que las verdaderas *innovaciones* o revolución sobrevenida resultan de los artículos 2.º —reformador *de todo el capítulo V* del Título VII del Código Civil—, 7.º —reformando *todo el Título II* del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y disposición adicional primera.

3. *Los cambios legislativos introducidos.* Como consecuencia de la serie de modificaciones y de innovaciones del Proyecto de Ley de 1987 respecto de la normativa hoy vigente en el Código Civil, la exposición detallada de todas ellas ocuparía demasiado lugar ahora, por lo que me remito a la exposición *genérica* efectuada en el apartado A) de este epígrafe. Ello no obstante, a los efectos de una divulgación de las innovaciones de la normativa postulada o más bien de una exposición meramente orientativa del conjunto de reformas que se pretende introducir con la nueva Ley, cabe aquí reseñar las PARTICULARIDADES siguientes:

- a) Que en materia de *normas de colisión* se introduce *dos nuevas reglas*: una, en orden a la Ley de la filiación, y *otra*, en orden a la adopción. *Son los propuestos apartados 4.º y 5.º del artículo 9.º del Código Civil*, a que antes hice referencia. Como complemento de lo dicho antes en epígrafe actual apartado A), es de notar que *se suprime* la regla en orden a la capacidad del adoptante *hoy vigente* en el *párrafo 1* de este número del artículo 9.º del Código Civil, que igualmente *se suprime* la regla relativa a la aplicación de la capacidad del marido en caso de adopción conjunta por marido y mujer (23) (derogado *implícitamente* por anticonstitucional después de 1978), que también *se suprime* la regla relativa a los efectos de la adopción (24), y que *se suprime* finalmente la regla relativa a la forma del acto (aunque, a mi modo de ver, no estaría de más la subsistencia de la misma).

(23) Véase BERCOVITZ: «Vecindad civil y nacionalidad», en *ADC*, fascículo IV, 1983, págs. 1151 y sigs., y en el volumen colectivo *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 57 y sigs.

(24) Véase, sobre este punto, ampliamente, AGUILAR, *op. cit.*, págs. 173 y sigs.

b) Que la reforma de *todo el capítulo V* del Título VII del Libro I del Código Civil, comprensivo de los nuevos artículos 172 al 180, es la que introduce mayores *novedades*, como sigue:

- La nueva *rúbrica* de todo el capítulo, *ahora titulada* «De la adopción y otras formas de protección de menores», *que conlleva la nueva distribución del articulado en dos secciones*, una para la guarda y acogimiento de menores, y otra, para la adopción. Y con ello se plantea el *problema* de qué significado exacto va a tener esa *nueva figura genérica* de la «guarda de menores», si su delimitación conceptual va a permitir que se le considere como una nueva institución de tipo *civil* puro o si no hará tránsito, más bien, a una figura de corte administrativo.
- Por lo mismo que acabo de apuntar, tampoco el llamado «acogimiento» parece que pueda considerarse, sin más, como figura civil pura y muy bien puede caracterizarse como *un híbrido* a mitad de camino entre los sectores civil y administrativo.
- Por lo dicho en el apartado A), *los nuevos artículos 172 al 174* carecen de precedentes en nuestro Derecho y muy bien pueden considerarse como verdaderas y propias normas «de imitación», a modo de trasunto más o menos exacto de los artículos 1.º al 5.º de la nueva Ley número 184, de 4 de mayo de 1983, aprobada en Italia (25).
- El *artículo 172, punto 2.º*, plantea la duda de la *causa* de la falta de atención hacia el menor: en el *Proyecto del 86* se decía «no poder tenerlo en su compañía *a causa* de enfermedad u otras circunstancias graves», y *ahora* se dice «por no poder atenderlo *por* enfermedad u otra circunstancia grave». Parece más claro el texto del 86. En cualquier caso, parece que aquí, una vez más, la discrecionalidad judicial será amplísima y sin control alguno (25 ^{bis}).
- El *artículo 172, punto 4.º*, plantea también la *extensión posible* de esa reinserción en la propia familia, dada la indeterminación de la norma y el propósito utópico que la impulsa.

(25) Véase, sobre dicha Ley, el amplio y exhaustivo comentario a cargo de Alfio y Mario FINOCCHIARO, en *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. Ed. Giuffrè, Milano, 1983.

(25 bis) Véase MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit.*, folio 3, en sentido muy similar al aquí expuesto, quien se pregunta: «¿Cuáles son los casos en que legalmente proceda que el juez podrá acordar esta guarda? ¿Qué Ley los determina?»

- .. El artículo 173, punto 1.º, tiene una redacción muy similar a la del viejo artículo 154 sobre la patria potestad. Su punto 2.º suprime el *derecho de visitas* a los padres *que no tengan* la patria potestad, de forma total y sin excepción alguna, lo que podría plantear dudas sobre la constitucionalidad de la norma y sobre su equidad. Parecía más humana la norma contenida en el precedente Proyecto del 86, artículo 173, punto 2.º, párrafo final. El punto 3.º, relativo a la cesación del 'acogimiento' también endurece la posición del legislador hacia los padres naturales, ya que les exige que tengan la patria potestad y reclamen su compañía», en tanto que en el Proyecto del 86, artículo 173, punto 3.º, inciso final, la actitud es más humana («la petición... *será atendida si es posible* la reinserción efectiva del menor en la propia familia, *sin perturbaciones dañosas* para éste») (26). El punto 4.º, relativo a la conveniente «reserva», sigue la tendencia general de la nueva normativa: es *reiterada* de forma ostensible en la *disposición adicional primera, apartado 6.º*
- .. El artículo 174 carece de precedentes y traduce lo dispuesto por el legislador italiano en su artículo 4.º de la Ley del 83, citada. Al problema *formal* planteado por el artículo me he referido más arriba. Al problema *material* aludía allí, entendiendo que todo este contenido normativo es cosa procesal. O de otro modo dicho, lo relativo a «la vigilancia ejercida por el Juez» parece poco propio de un Código Civil y más bien encajable en un Código Procesal.
- .. En general, a mi modesto entender, toda *esta nueva sección 1.ª* tiene materia escasamente civil y su ubicación preferible parece debería ser la del ámbito procesal.
- .. El artículo 175 —ya en la *sección 2.ª*, de la adopción— procede a una nueva y significativa reducción de edades en orden al adoptante y la diferencia respecto del adoptado. No se desprende de la norma con claridad si puede adoptar un soltero o una pareja no casada, verbigracia. Tampoco en el punto 2.º, inciso segundo, es el legislador todo lo claro que debiera, o de otro modo dicho, la situación no interrumpida de acogimiento iniciada *antes* de los catorce años ¿cuánto tiempo tiene de duración? (26 bis). ¿Es absoluta aquí la dis-

(26) Los subrayados son míos (JCG).

(26 bis) Parece referirse también a este punto J. FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, página 121, quien alude a esta situación «*iniciada durante la minoría y continuada durante tres años como mínimo*» (los subrayados son míos: JCG).

crecionalidad del Juez? Del *punto 3.º* me ocupaba anteriormente, y es elogiabile la reducción de las prohibiciones.

- El nuevo *artículo 176* es uno de los preceptos *clave* de la reforma y en cierto modo EQUIVALE al *vigente artículo 175 del Código Civil*. Es otra norma «de imitación» de la moda italiana, tan cara a la doctrina que últimamente se ocupaba de la adopción. En la normativa propuesta ahora la adopción requiere una propuesta previa de la entidad pública colaboradora y la constitución mediante una resolución judicial. Así, en síntesis, es perceptible el cambio, más bien revolución producida en el precepto vigente: *desaparecen del mismo* la escritura pública y la referencia al Registro Civil. A uno y otro de los elementos hasta hoy *constitutivos* de una adopción me he referido *in extenso* en otro lugar (27), y a pesar de la categoría de los oponentes y de la abundancia de sus argumentos, ninguno de ellos consigue rebatir cuanto ya expuse en estas páginas. La *exclusión de la escritura notarial* es otra moda pasajera más, muestra de la inquina a lo notarial y del desconocimiento de nuestra historia. El *silencio sobre el Registro Civil* evidencia que mi denuncia sobre este punto sigue siendo válida, ya que —a diferencia del Registro de la Propiedad, como equivocadamente asimilan y piensan algunos— en el Registro Civil se inscriben los hechos inscribibles que acceden al Registro (28) y el *título de atribución del estado civil* NO ES EL DOCUMENTO, SINO EL SUPUESTO DE HECHO, del que depende su existencia jurídica (29).

Alguna precisión más merece este nuevo propuesto *artículo 176*. En su *apartado 1* centra la *constitución* en la

(27) Véase mi obra citada en *nota 3 precedente*, en esta *Revista*, cit., páginas 465 y sigs. y 472 y sigs., *espec.* 476: lo mismo que se dijo entonces sigue siendo válido hoy, y la pregunta se mantiene viva en torno a: ¿Por qué se suprime la escritura pública notarial? ¿No hay demasiada demagogia al respecto? Parece que el Notario sea el único culpable del retraso o demora en los expedientes de adopción y que sus honorarios «encarecen» tal expediente: como dije en 1984, la cosa es bien risible; me remito a la *op. cit.*, págs. 469-470, y allí, *notas* 198, 199 y 200.

(28) Véase J. Díez del Corral Rivas: *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1983, páginas 12 y 113, y 51 y sigs.

Véase también F. LUCES GIL: *Derecho Registral Civil*, 3.ª ed. actualizada, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, págs. 108 y sigs.; U. RUIZ GUTIÉRREZ: *Temas de Registro Civil*, Ed. Comares, Granada, 1986, págs. 5 y 108 y sigs. (sobra el término «absurda», por lo dicho en *nota 27 precedente*).

(29) Así, en el magisterio indiscutible de don F. DE CASTRO, en su *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 4.ª ed., 1968, págs. 208 y sigs.

resolución judicial, siguiendo con ello la actual moda italianizante, ya que parece posible afirmar que la intervención judicial en la adopción no es una constante histórica entre nosotros y parece más bien responder a la demanda social de un Juez superdotado y superespecializado (30). Por otra parte, la *función* que desarrolla el Juez en materia de adopción es eminentemente administrativa y, como toda la denominada «jurisdicción voluntaria», es más *administrativa* que judicial. Por lo tanto, no parece que, en base a los *criterios de política jurídica* imperantes en un momento dado, sea nada descabellado aventurar que en el futuro tal función eminentemente de «control» de la adopción pueda ser encomendada a una persona o a un órgano designados o creados por la Administración; verbigracia, los curiosos nombres ideados por la más reciente doctrina especializada: un «Servicio Social para la Infancia» o un «Defensor cívico de menores» (31), un «Ombudsman de menores» (32). Finalmente, por lo que se refiere a la llamada «jurisdicción voluntaria» ni siquiera hay unanimidad entre los *procesalistas* y buena parte de ellos mantienen que no es propia jurisdicción, sino más bien *actividad administrativa* acotada objetivamente por ser su materia propio Derecho privado (33).

En el mismo apartado 1.º se dice que el Juez «tendrá en cuenta, siempre, el interés del adoptado». La sustitución ya aludida de 'preferentemente' por 'siempre' va a plantear la duda de hasta dónde llega esa protección y si en una posible colisión de intereses esa atención prioritaria hacia el menor

(30) Véase *op. cit.* en nota 3 precedente, págs. 464-465 y 476.

(31) Véase E. ROPPO: *Il giudice nel conflitto coniugale*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1981, págs. 378 y sigs., y allí la cita de XUEREB: «La giurisdizione specializzata per i minori: una istituzione del passato o una soluzione per l'avvenire?», en *Esp. ried.*, número 4, 1978, págs. 50 y sigs.

Entre nosotros, en sentido similar: L. VACAS: «En torno a la figura del defensor de menores», en *Revista Menores*, núm. 5, mayo-junio 1984, págs. 66 y sigs.

(32) Véase RICO PÉREZ: «El ombudsman de menores», en *Revista La Ley*, número 594, 18 de enero de 1985, págs. 1079 y sigs.

(33) Véase más ampliamente, en mi trabajo dicho en nota 3 precedente, en esta *Revista*, págs. 461 y sigs., espec. pág. 463.

Ultimamente, L. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, en *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, Ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1986, págs. 177 y sigs., resume las notas propias de esta impropia «jurisdicción» al trazar un concepto de ella diciendo que es «una actividad ejecutiva, realizada por órganos judiciales o no judiciales, encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, aseguramiento, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general, o sea, frente a todos» (*op. cit.*, pág. 177; subrayados míos, JCG).

no puede llegar a causar *una desprotección total* a un tercero cual la madre natural (33^{bis}).

En el *apartado 2.º* de este artículo 176 hay una serie de cambios y *retoques* significativos, como ya antes se indicaba. La necesaria intervención de la Entidad pública —las llamadas por la doctrina 'Instituciones de Integración Familiar' (34)— parece conducir a una cierta «burocratización» de la adopción, cosa que a algunos preocupa, pero que a otros nos parece ineludible en el momento actual (35), lo que obviamente conlleva que «El tema se desplaza *fuera de las fronteras del Derecho civil*, dadas las implicaciones administrativas»... (36) y que parece que es necesario *primero* el organizar y dotar adecuadamente a tales instituciones antes de lanzar una nueva ley a la realidad social. En cuanto a los casos *exceptuados* de la necesidad de propuesta de la Entidad pública, la doctrina más reciente postulaba la *no necesidad de intervención judicial* en algunos supuestos claros de integración familiar cuales los del cónyuge que adopta al hijo de su consorte y el del huérfano adoptado por los parientes colaterales (37): lo que parece excluir el proyectado artículo 176, 2, 2.º, 1.ª y 2.ª, sin que se me alcance a descubrir el porqué de la exigencia judicial en tales supuestos.

El nuevo artículo 177 distingue, como vimos, tres tipos de 'consentimiento': el consentimiento propiamente dicho, el asentimiento y la audiencia. El *punto 1.º*, relativo al *consentimiento* propiamente dicho, sigue la línea tradicional en esta materia con la *novedad* importante de que debe prestarse 'en presencia' del Juez. El *punto 2.º* se refiere al 'asentimiento' y en el mismo se distinguen tres apartados: en el

(33 bis) O de otro modo dicho, la dicha protección *prioritaria* parece implicar *per se* una regla de contenido indeterminado, contenido a completar teóricamente por el Juez: es una regla que atribuye al Juez una discrecionalidad absoluta y pura, para REVERTE NAVARRO: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, págs. 16 y sigs., 18 y sigs. y 35.

Para una mejor comprensión de este punto, véase F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1979.

Sobre este punto volveré más tarde.

(34) Así, en FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, págs. 121 y sigs.

(35) Véase mi estudio, *op. cit. en nota 3 precedente*, págs. 440 y sigs. y 452 y sigs.

(36) Así, en FERRANDIS VILELLA, *op. cit.*, pág. 122 (subrayados míos: JCG).

(37) Así, FERRANDIS, *op. cit.*, págs. 120 y sigs., en que alude a una posible escritura notarial, además de un acta de notoriedad en la que se acredite la convivencia y se recoja el dictamen favorable de la «Institución de Integración Familiar».

primero se procede a dar una redacción moderna a los apartados A) al D) del *vigente artículo 173*, del que *desaparecen* los consentimientos de los padres naturales y del tutor; en el *segundo* se exceptúa el asentimiento en los casos de imposibilidad, en tanto que en el *Proyecto del 86* la dicción era «cuando sufran enfermedad o deficiencia persistentes que les impidan manifestar la voluntad», lo que a mi modo de ver evidencia la amplísima discrecionalidad puesta en manos del Juez que la va a permitir interpretar con libertad el vocablo 'imposibilitados'; y en el *apartado tercero* se precisa que «El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido quince días desde el parto», *norma elogiabile* en su formulación, ubicación y contenido, siendo digno de elogio también la supresión del inciso «irrevocable» que venía en el Proyecto del 86, y, a mi juicio, *criticable* el período de tiempo tan corto y en absoluto desacuerdo con la normativa del 'Convenio de Estrasburgo de 1967', que en su *artículo 5.º, punto 4.º*, establece un tiempo mínimo de *seis semanas*. De todo este entramado normativo lo que ahora interesa resaltar es lo tocante al denominado «asentimiento», que entiendo precisa de alguna aclaración:

- En nuestra lengua española las voces 'consentimiento' y 'asentimiento' parecen sinónimas. Así, la voz 'consentimiento' indica la «conformidad de voluntades entre los contratantes, o sea, entre la oferta y su aceptación, que es el principal requisito de los contratos» (38) y viene de «consentir», es decir, «permitir una cosa o condescender en que se haga.—... Otorgar, obligarse.—...» (39).—Por su parte, la voz 'asentimiento' equivale a «asenso, consentimiento» (40) y viene de «asentir», o sea, «admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes» (41).
- En catalán la cosa está muy clara y en los sucesivos diccionarios o vocabularios jurídicos editados por el Colegio de Abogados de Barcelona se precisa. En el del *año 1934* la voz «Assentir» es «estar d'acord amb l'opinió o el dictamen

(38) Véase en *Diccionario de la Lengua Española*, 20.ª ed., Madrid, 1984, tomo I, voz «Consentimiento», págs. 363 y sigs.

(39) Véase voz «Consentir», en *Diccionario de la Lengua Española*, cit., tomo I, página 363.

(40) Véase voz «Asentimiento», en *Diccionario...*, cit., tomo I, pág. 138.

(41) Véase voz «Asentir», en *Diccionario...*, cit., tomo I, pág. 138.

d'altri» (42) y «Assentiment» equivale al castellano 'asentimiento' y es «consentiment posterior a la realització de l'acte» (43).—En tanto que en *el de 1986* se dice de la voz «Assentiment» (a la demanda) que es «Aplanament, conformitat del mandat a les pretensions de la demanda d'un procés dirigit contra ell» (44) y equivale al castellano 'asentimiento' o 'allanamiento', al francés 'assentiment' y al italiano 'assenso'.

- En italiano las únicas veces que en el Código Civil vigente se habla de «assenso» es en los artículos 297 (adopción) y 405 (afiliación) (45). En un diccionario italiano normal puede leerse que «assenso» equivale a consentimiento, asentimiento, asenso, aprobación, conformidad, anuencia, que «prestare l'assenso» es otorgar el consentimiento (46). En tanto que en un diccionario jurídico la voz «Assenso» lleva esta explicación que no me resisto a dejar *en su versión original*: «con questo termine, in materia giuridica, si indica l'approvazione che una persona deve dare per un determinato atto. E PREVISTO IN RELAZIONE ALL'ADOZIONE, ALL'AFFILIAZIONE, ECC.» (47).
- Si de los diccionarios pasamos a los grandes 'Tratados' de Derecho civil patrio, o a los distintos 'Manuales', cabe observar con alguna perplejidad que el término «asentimiento» no parece por ninguna parte, ni como acto, ni como declaración de voluntad, ni como negocio. Es a modo de una 'nada' jurídica. Lo mismo pasa si se consulta con paciencia cualquier obra extranjera, con la notable salvedad de alguna —y no todas— de las italianas. Ya tenemos, por tanto, el origen *remoto* de la afamada palabreja. Tan sólo en la obra del maestro BETTI se nos dice «Asentimiento al negocio

(42) Véase en *Vocabulari Juridic Català*, por FOLCH i CAPDEVILA y SERRALLONGA i GUASCH, ed. del Il.lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Barcelona, 1934, página 31.

(43) Véase *op. cit. en nota 42* precedente, pág. 31.

(44) Véase voz «Assentiment», en VV.AA.: *Diccionari Juridic Català*, del Il.lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Ed. Enciclopèdia Catalana, 1.ª ed., Barcelona, 1986, pág. 54.

(45) Véase CIAN y TRABUCCHI: *Commentario breve al Codice Civile*, Ed. Cedam, Padova, 1984, págs. 279 y 348.

(46) Véase LUCIO AMBRUZZI: *Nuovo dizionario spagnolo-italiano e italiano-spagnuolo*, tomo II, «Italiano-spagnuolo», Ed. G. B. Paravia & C., Torino, 6.ª ed., 1963, 5.ª reimpr. 1969: voces «Assenso» y «Assentimento», en pág. 108.

(47) Véase en A. FAVATA: *Dizionario dei termini giuridici*, 8.ª ed., Ed. La Tribuna-Piacenza, 1983: voz «Assenso», en pág. 30.

o a la disposición ajena.—La representación y las figuras afines de *sustitución de persona* ofrecen casos de *asentimiento* por parte de un interesado»... (48): pero ni los casos enumerados por el autor, ni las referencias a la falta de legitimación ni al complemento de capacidad, *ninguna* de tales argumentaciones tienen nada que ver con la voz examinada ni con el contenido de la norma aquí contemplado.

De todo lo que acabamos de exponer se desprende con claridad que ni la significación gramatical, ni la jurídica, ni la relativa a la conceptualización jurídica, aclaran algo sobre este término introducido ahora en la normativa del Proyecto del 87. Si el origen *remoto* es una vez más el italiano, y el *inmediato* el Proyecto de 1986, el *mediato* es el de la *exposición de motivos* de la Ley de 1970 (*apartado 10*), aunque dicha Ley, con muy buen criterio, decía que «... ciertas modalidades del consentimiento, como el del ..., que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo.»... (49). Es de lamentar que el Proyecto del 87 no haya seguido ese cauce de prudencia y proceda a introducir un término extraño a nuestro Derecho.

Finalmente, no deja de ser un contrasentido que, pese a no ser figura conocida en el Código Civil, se la mencione para seguidamente delinear la regulación de la figura en el campo procesal en el artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El *apartado 3.º del artículo 177* se refiere a la 'audiencia' de los padres naturales *solamente*, «cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción», en tanto que *en el Proyecto del 86* se exigía que ello fuera *en todo caso*. Entiendo existe una real y obvia marginación de los padres naturales y una *discriminación* basada en la presunción infundada de su culpabilidad, *en contra* del principio constitucional de presunción de inocencia. Por otro lado, topamos de nuevo con la absoluta discrecionalidad judicial para interpretar a su aire *cuándo* el asentimiento *no es necesario*. En cuanto al cambio de la voz 'discernimiento' por la de 'juicio'

(48) Véase en BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*. 2.ª ed., traducción española de A. MARTÍN PÉREZ. Ed. RDP. Madrid, 1959, págs. 455 y sigs.

(49) Véase en *Exposición de Motivos de la Ley de 1970, apartado 10, párrafo 5, en nota 19 bis precedente*, pág. 495 (subrayados míos: JCG).

no parece demasiado relevante, ya que parecen sinónimas en el *argot* jurídico, aunque quizá en el popular sea más clara la de 'juicio' (50).

En definitiva, LAS CORRESPONDENCIAS DEL NUEVO ARTICULO 177 con su homónimo EL VIGENTE ARTICULO 173 han quedado reducidas a la mínima expresión, esto es, a los *actuales apartados* 2.º y 3.º, ya que el *apartado* 4.º pasa a integrarse en la norma procesal propuesta del artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el *apartado* 5.º pasa a formar un 'co-elemento' necesario del supuesto de hecho integrante de la nueva norma contenida en el número 1 del nuevo artículo 176, ya examinado.

- .. *No hay correspondencia alguna* para las normas contenidas en LOS VIGENTES ARTICULOS 174, 175 Y 176 DEL CÓDIGO CIVIL: en cuanto al *artículo* 174, *actualmente vigente*, sus apartados 3.º, 4.º y 5.º han sido prácticamente derogados y los 1.º y 2.º subsumidos en el nuevo concepto de 'desamparo' del artículo 172 propuesto, normativa propuesta cuya filosofía es radicalmente distinta de la vigente, como se dijo antes; en cuanto al *artículo* 175 *actual*, su *apartado* 1.º es suprimido por basarse ahora todo el sistema en la constitución judicial, y su *apartado* 2.º, implícitamente obviado por temor a referencia alguna al Registro Civil, como he denunciado, a salvo la alusión de la propuesta normativa de la *disposición adicional primera*, *apartado* 6.º; y en orden al *artículo* 176 *vigente*, sus apartados en número de cuatro son eliminados de la normativa propuesta quizá por entenderse que es obvio todo lo regulado en los mismos acerca de los efectos en cuanto a la filiación, parentesco con adoptante, patria potestad y extinción de patria potestad (del adoptante).
- .. El *nuevo artículo* 178 tiene su origen *próximo* —según vimos— en el correspondiente artículo 178 del Proyecto de

(50) Véase en *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit. en nota 38, las voces respectivas:

- Voz «Discernimiento», en tomo I, pág. 504: «De 'discernir'. m. Juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas.—2. Der. Apoderamiento judicial que habilita a una persona para ejercer un cargo».
- Voz «Juicio», en tomo II, págs. 802-803 (con un sinúmero de acepciones): «Del lat. 'iudicium'. m. Facultad del alma, en cuya virtud el hombre puede distinguir el bien y el mal y lo verdadero de lo falso».

1986. En su *apartado 1.º* se toma el punto de partida o presupuesto fundamental *implícito* en la norma de la absoluta desvinculación con la familia natural o de origen (51), o de otro modo, el efecto fundamental de la adopción es a modo de un 'efecto-Jano' de doble cara: *una*, de la total integración del menor adoptado en la familia del adoptante y la atribución al mismo de un verdadero *status familiae*, y *otra*, la total desvinculación respecto de la familia por naturaleza que es 'la contrapartida lógica' (52). Por lo que respecta a las *excepciones* a dicha desvinculación la normativa propuesta en los dos números de este apartado 1.º sigue el modelo del Proyecto del 86, pero el *número 2* queda ahora poco claro: *ahora* se propone ligar los dos incisos por una coma y sigue «siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante»..., en tanto que *antes* había un punto y seguido y decía: «En este caso se requiere, además, que así lo acuerde el Juez al tiempo de la adopción, con la conformidad del adoptante, del...». A mi juicio, esta redacción del Proyecto de 1986 parece más clara y no induce a confusión.—En su *apartado 2.º* se deja a salvo lo relativo a los impedimentos matrimoniales, lo que es lógico, habiendo que remitirse —norma *per relationem*— a los artículos 46 y 47 del Código Civil.—Como se dijo más arriba, ha desaparecido el *apartado 3.º* de esta norma en el Proyecto de 1986 en orden a la determinación de la filiación por naturaleza, que parecía tener un mejor *encaje* en el propuesto artículo 178 y no el 180 propuesto al que se ha desplazado.
- El *propuesto artículo 179* ya vimos que tiene su origen *próximo* en el apartado 3.º del artículo 180 del Proyecto de 1986, *sin correspondencia alguna* con el actualmente VIGENTE artículo 179 y *sin correspondencia* con el artículo 179 del Proyecto de 1986. Introduce un concepto nuevo, cual es el de la *exclusión de la guarda DERIVADA* de la adopción, exclusión que puede ser solicitada por el Ministerio Fiscal, por el adoptado o por su representante legal (?) (53). Parece que

(51) Parece que el origen está en la toma de posición de R. BERCOVITZ, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, tomo II, páginas 1147 y sigs., espec. págs. 1179 y sigs., Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

(52) Véase BERCOVITZ, *op. cit.* en *nota 51 anterior*, págs. 1180 y sigs., el cual critica que no se aprovechara la ocasión de la «mini-reforma» de 1981 para *hacer esto*: la desvinculación total con la familia por naturaleza.

(53) Argumenta con toda lógica mi querido compañero E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit.* en *nota 11* precedente, folio 6, que «conforme a los artículos 108, 154

es completamente ortodoxa la opinión de quienes —como MARTÍNEZ-PIÑEIRO (54)— entienden que «propiamente la exclusión *no* es causa DE EXTINCIÓN de la adopción *desde el punto de vista del adoptado*, y puede serlo DE MERA SUSPENSIÓN respecto del adoptante si aquél (el adoptado) al alcanzar la mayoría de edad así lo determina». En este supuesto de EXCLUSIÓN el anterior Proyecto de 1986 preveía una norma —artículo 180, punto 3.º, apartado 2.º— relativa a que «el adoptado no emancipado podrá ser objeto de nueva adopción, que extinguirá la anterior», *posibilidad hoy desaparecida* quizá por sobreentenderse el supuesto.

- El nuevo artículo 180 propuesto procede próximamente —según vimos— del correspondiente artículo 180 del Proyecto de 1986 con algunos retoques y modificaciones que lo han revuelto totalmente, y trae su causa *remota* del VIGENTE ARTICULO 177 DEL CÓDIGO CIVIL: EN LA VIGENTE REDACCIÓN, tras la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el artículo 177, apartado 3, 2.º, inciso final, alude a que los padres naturales pueden pedir la extinción de la adopción sólo en el caso de que *no hubieren intervenido* en el expediente de adopción, *ni prestado consentimiento*, «*si probaren* que fue *por causa no imputable* a ellos»; mientras que en la normativa propuesta en el nuevo artículo 180, 2, inciso inicial, se dice que «El Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, *sin culpa suya*, *no hubieren sido oídos* en el expediente». Parece, a simple vista, que la redacción de la norma hoy vigente es bastante superior a la propuesta, además de contener una vez más una amplísima libertad de apreciación al Juez con entera discrecionalidad.
- LOS ACTUALES ARTÍCULOS 178, 179 Y 180 DEL CÓDIGO CIVIL, todos ellos relativos a la adopción *simple*, quedan *sin* correspondencia práctica, salvo lo atinente a la normativa prevista en las dos reglas de Derecho transitorio.

- c) Que, como consecuencia del nuevo artículo 176, 1, y de los nuevos artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *el procedimiento* para la adopción pasa a ser completamente judicial. Que el sistema sea *judicial casi puro* podía

y 162, el adoptante es el representante legal del adoptado, por lo que sólo puede referirse al 'defensor judicial' de los artículos 299 y siguientes del Código Civil». Por supuesto, es una posición que comparto plenamente.

(54) Véase MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit.*, folios 6-7 (subrayados míos: JCG).

entenderse aceptable en el siglo XIX en un entorno burgués-liberal que creía en un Juez panacea y único remedio posible a las posibles desviaciones de la norma jurídica o a las dificultades de convivencia social, pero es de difícil entendimiento casi en el siglo XXI en tiempos como los de hoy en que los jueces no están precisamente desocupados, sino más bien desbordados por problemas innumerables (55): y de entre estos problemas hay abundancia de gran cantidad de asuntos *no jurisdiccionales* a los que ha de dedicar su escaso tiempo el juzgador. Si a ello se añade la gran demanda social de un Juez 'supermán' jurídico que trabaje cuarenta y ocho horas al día y superespecializado o que sepa de todo, no parece descabellado aventurar que es una utopía —hermosa, sí, pero utopía algo ucrónica— considerar que el remedio para el problema social incapsulado en la adopción pase por la solución exclusivamente judicial. Quizá sería preferible desvincular toda esta materia del Código Civil y dejarlo *en el campo administrativo puro, lo cual presupone* —ya lo anticipo— *una re-ordenación de la Administración* más acorde con la realidad social y que atienda a la necesidad de uno o varios órganos dotados de la competencia adecuada para la solución de toda la problemática implícita en la familia, juventud, marginación, infancia abandonada, guarda y protección de menores, etc. Claro que todo ello implicaría *una reforma distinta* a la aquí propuesta y un *ámbito* más administrativo que sustantivo, lo que conlleva *un sistema distinto* más en consonancia con los países nórdicos o anglosajones. Utopía por utopía, yo prefiero la mía como más novedosa.

- d) Que el rol a desempeñar por las aquí postuladas «Entidades colaboradoras» en la tarea de la protección de menores —también denominadas por la doctrina «Instituciones de Integración Familiar» (56)—, a las que se dedica la DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA, podría ser un buen punto de partida en el pase a un *sistema administrativo* puro es algo que yo ya intuía cuando escribía en estas mismas páginas (57) al aludir a organismos especializados, *cuales los de Alemania*. Pero ello implica necesi-

(55) Véase TOHARIA: *Cambio social y vida jurídica en España*, Ed. Edicusa, Madrid, 1974, págs. 174 y sigs., espec. págs. 194 y sigs. y 198 y sigs.

Respecto del papel o «rol» del Juez en la sociedad moderna, me remito a lo que más tarde se dirá: véase notas 90 y sigs.

(56) Véase FERRANDIS, *op. cit.*, pág. 122.

(57) Véase mi estudio citado en nota 3 precedente, en esta *Revista*, 1985, páginas 450 y sigs., espec. pág. 451.

riamente que *previamente o coetáneamente*— se presente en las Cortes Generales un proyecto de ley implantando tales organismos u oficinas de protección de menores: verbigracia, así se hizo en Alemania, con la llamada 'Ley de Mediación de la Adopción' (AVG), de 2 de julio de 1976, de la misma fecha que la 'Ley sobre la Adopción' (AG), y que entraba en vigor el mismo día que esta última. *De no existir tal normativa previa o coetánea* todos los buenos propósitos contenidos en la justificación de la presente reforma no van pasar de ser meros deseos, otra utopía más. Dejando así las cosas, en la normativa postulada se plantean los problemas de qué son estas Entidades, dónde se adscriben, qué funciones van a tener, cómo va a ser la dinámica de su actuación 'mediadora', etc.

e) Que hay, a mi modo de ver, una serie de *omisiones* detectables en esta normativa postulada que voy a reducir a tres:

- 1.^a La falta de regulación o referencia a los 'Tribunales Tutelares de Menores', cuyo régimen data de 1948. Preguntaba yo no hace mucho tiempo en estas páginas si se ha pensado en la *adaptación* de los mismos a la Constitución de 1978 (58).
- 2.^a La falta de normativa sobre las Entidades colaboradoras, a la que ya he hecho referencia más arriba.
- 3.^a La falta de tipificación *como delito* en el Código Penal de las conductas relativas al tráfico de menores.

— A modo de *resumen* de estas previas reflexiones comparativas entre el Proyecto de 1987 y la normativa vigente del Código Civil, y a la vista de cuanto ha quedado diseñado en páginas precedentes, parece que pueden sentarse algunas *ideas concluyentes* como sigue:

- 1. La nueva normativa parte de un doble presupuesto, desarrollado en los dos nuevos principios: la adopción como instrumento de integración familiar y la primacía del interés del menor.
- 2. El nuevo planteamiento de la 'guarda y protección de menores' como algo híbrido y de escaso soporte civil, dentro de cuyo concepto se encuadra la nueva adopción.
- 3. La progresiva eliminación de requisitos, trabas y trámites conducentes a la adopción, y el consiguiente desdoblamiento del

(58) Véase mi estudio citado *en nota 3, op. cit.*, pág. 408, y nota 3.

- juego de consentimientos —dentro de los cuales aparece la nueva figura del 'asentimiento'—.
- 4. La conversión radical del procedimiento de constitución de la adopción en un sistema judicial casi puro, con los inconvenientes derivados de las excesivas tareas encomendadas a los Jueces en el mundo de hoy.
 - 5. El tímido avance que implica la implantación de las Entidades colaboradoras en la protección de menores, aunque pendiente esta materia de adecuada y necesaria reglamentación previa o coetánea a la propia guarda y protección de menores.

III. SISTEMÁTICA IMPLÍCITA EN EL PROYECTO DE LEY

Dentro de este epígrafe voy a tratar de examinar someramente la posición sistemática de la normativa sobre la adopción en los vigentes Códigos Civiles europeos, así como la ubicación de la adopción dentro de nuestro Código Civil patrio. Para una mejor comprensión descriptiva de este asunto, me permito remitir al lector al que denomino APÉNDICE II (cuadro comparativo de ubicación dentro de los Códigos Civiles), que se presenta a continuación de este trabajo.

• *En cuanto a la posición sistemática dentro de los Códigos Civiles europeos.*—Lo primero que llama la atención es la casi absoluta uniformidad de tratamiento de acuerdo con las distintas 'familias' de Códigos: *de una parte*, el tronco del Código Civil francés, o grupo latino, y *de otra parte*, el grupo germánico. EN EL GRUPO LATINO el encuadre es dentro del Libro I (De las Personas), y en casi todos ellos la adopción es merecedora de un *Título especial*, salvo en nuestro país, en que *forma un capítulo más* DENTRO del Título VII (Relaciones paternofiliales); *en Italia*, además, la novísima Ley reserva la normativa del Código para la adopción de *mayores de edad* y para la afiliación y acogimiento, en tanto que la adopción de *menores* es objeto de exhaustivo tratamiento 'descodificado' *en una Ley aparte*, con siete Títulos y 82 artículos. EN EL GRUPO GERMÁNICO es ostentosa la diferenciación, en primer lugar porque se encuadra en un Libro distinto, y en segundo lugar por las peculiaridades derivadas de cada ordenamiento: si *en el Suizo* se integra dentro de un Título relativo al 'establecimiento de la filiación', *en el alemán*, en cambio, forma un Título aparte —con el aditamento de una Ley 'de la Mediación en la Adopción' (AVG) aparte del Código— (59).

(59) A observar que el *asterisco inferior* del cuadro va referido al Derecho del Reino Unido, tomada la cita de la excelente obra de BROMLEY'S: *Family Law*, 6.^a ed., Ed. Butterworths, Londres, 1981, cap. 10, págs. 335 y sigs.

• *En cuanto a la ubicación dentro de nuestro Código Civil.*—Lo primero digno de mención es que la adopción continúa insertándose como *un capítulo más* dentro del Título regulador de las relaciones paterno-filiales, o de otro modo, como *derivación* de la patria potestad. *En segundo lugar*, que tras las sucesivas reformas, alguna total y otras parciales, continúa el mismo encuadre y ubicación dentro del Código. Esto ya fue denunciado por algunos autores de la doctrina especializada, que hacían constar que en la reforma de 1981 «no se aprovechó la ocasión para trasladar la regulación de la adopción del Título VII del Libro I del Código («De la patria potestad») —sic—, donde se encuentra incorrectamente situada, al Título V («De la paternidad y filiación»), donde debería encontrarse, en consonancia con un sistema coherente» (60). *En tercer lugar*, a la vista de la postulada normativa contenida en el presente Proyecto de 4 de febrero de 1987, parece que las cosas van a seguir igual que antes.

Por todo ello, haciéndome solidario de la crítica de BERCOVITZ que se acaba de exponer, considerada ante todo la finalidad eminentemente renovadora *ex toto* de la institución, cabría pensar si no ha llegado el momento de proceder a ese postulado traslado y a la ubicación de la institución *como una forma más de determinación de la filiación*, lo que vendría a ser *una nueva SECCION 4.ª* del capítulo II del Título V a *continuación* del actual artículo 126 del Código Civil. Finalmente, y dada la *vis atractiva* de la novísima legislación italiana sobre nuestra moderna doctrina, cabría también preguntarse si no cabría mantener una adopción para *mayores de edad* a regular en el Código Civil y dejar *aparte en ley especial* la adopción de *menores de edad* y los institutos de la guarda y acogimiento de menores, así como no dejar vacío el tratamiento de los supuestos de adopción internacional.

IV. HISTORIA RECIENTE (LAS APORTACIONES DOCTRINALES ULTIMAS EN MATERIA DE ADOPCION)

Parece que el aludir en este lugar al papel de la doctrina en materia de adopción y a la vista de un concreto proyecto de ley puede ser un tanto pretencioso e intempestivo. No lo estimo así, por una serie de razones, y de entre ellas no es la menor la que va implícita en la propia noción de 'doctrina'.

Resultaría prácticamente imposible el exponer los aspectos principales de la interpretación de una norma jurídica sin acudir a la 'doctrina',

(60) Véase BERCOVITZ, *op. cit.* en nota 13 precedente, Ed. Edersa, pág. 274.

con cuyo término se designa a la vez al conjunto de *trabajos escritos* consagrados al estudio del Derecho y a sus *autores* (61). A pesar de su importancia desigual, las diferentes obras de la doctrina aportan una enorme masa de informaciones y un cúmulo de sugerencias y apreciaciones, cuya utilidad para la sociedad es innegable. De donde deriva el especialísimo *rol* particular de la doctrina en todas las ocasiones y en especial en esta materia de la adopción, a la que todos los autores se muestran especialmente sensibilizados.

La doctrina francesa última ha precisado que la 'doctrina' comporta *dos funciones*: una *primera, a la vista del Derecho positivo*, es la de promover la mejor utilización posible de los textos existentes; y una *segunda, de orden prospectivo*, con una aproximación crítica al Derecho positivo que conduce a constatar sus imperfecciones o a hacer notar sus imperfecciones, tarea esta de iluminar estos defectos y de proponer los medios para remediarlos (62).

En cumplimiento de esta doble tarea y del consiguiente *rol de instigación* me permito aquí escoger *parte* de las ideas doctrinales más recientes entre nosotros y muy especialmente aquellas que por su mayor dosis de progresividad y apertura a nuevas perspectivas parece han podido influir al legislador en el comentado Proyecto de Ley de 1987 sobre la adopción. Por todo ello, en la parte que a mí respecta, creo que mi papel es más suscitar la *reflexión* que el convencer sin más.

De entre todas las aportaciones doctrinales recientes que *globalmente* han contemplado el instituto de la adopción con visión nueva, escojo aquí las reflexiones de R. BERCOVITZ y las mías propias.

A) LAS IDEAS DOCTRINALES MÁS RECIENTES

Sabido es que las aportaciones doctrinales son muy numerosas en orden a la adopción, por lo que su cita aquí haría interminable este pequeño estudio diseñado como «notas» al proyecto de ley. Repito una vez más que la selección que hago es muy personal y *en función* de las ideas innovadoras en la materia que puedan estar más en consonancia con el proyecto de ley o que pudieran haberlo sugerido.

1. *La posición de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO*

He seleccionado de intento la obra de este autor por ser la más completa y de visión aperturista y de progreso en esta delicada materia de la

(61) En tal sentido, recientemente, en la doctrina francesa, véase J. L. AUBERT: *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Ed. Armand Colin, 2.^a ed., París, 1984, págs. 171 y sigs.

(62) Véase AUBERT, *op. cit.*, pág. 172.

adopción. De entre sus numerosos comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil, publicados separadamente (63), recojo aquí y ahora aquellos referentes a *la regulación jurídica* de la adopción *propuesta por BERCOVITZ en función* de sus coordenadas actuales sociales y cuya *finalidad* sea la de servir de respuesta a *las características hoy exigidas* y que son las siguientes (64):

- 1.^a Dotar a la adopción de las máximas consecuencias (equiparación total a la filiación por naturaleza). Indispensable la existencia de un período de prueba.
- 2.^a Separar radicalmente el —*sic*— adoptado de su familia de origen.
- 3.^a Considerar irrevocable la adopción, sin ninguna excepción.
- 4.^a Contar con un organismo especializado del Estado, ocupado de toda la tramitación previa a la iniciación del expediente judicial.
- 5.^a Definir con agilidad (ajustarse a la realidad) la situación de abandono de los menores.
- 6.^a Eliminar totalmente de los defectos —*sic*— de la adopción la intervención de la autonomía de la voluntad.
- 7.^a Suprimir la existencia de dos tipos de adopción (concretamente, la simple o menos plena).
- 8.^a Reservar la institución únicamente para los menores de edad.
- 9.^a Agilizar los trámites de perfeccionamiento, eliminando la escritura pública y procediendo de oficio a la inscripción en el Registro Civil del auto judicial que apruebe la adopción.
10. El procedimiento judicial de adopción debe ser el de la jurisdicción voluntaria sometido a los artículos 1.811 a 1.824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juez competente ha de ser el de Primera Instancia.
11. El consentimiento en sentido estricto («asentimiento») —*sic*— de los padres y la mera audiencia («ser oídos») de los mismos se consideran sobre la base de que el adoptando sea un menor no emancipado.
12. Inexistencia de un período de prueba entre adoptante y adoptando» (65).

(63) Me he referido a ellos en las notas 15 y 51 precedentes, *op. cit.*, páginas 260 a 449 y 1147 y sigs., respectivamente.

(64) Véase *Comentarios.*, Ed. Edersa, págs. 266 y sigs. y concordantes.

(65) *Las características exigidas*, que he numerado de la 1.^a a la 9.^a, en *op. cit.* en nota 13, Ed. Edersa, pág. 266. *Las restantes*, que he numerado de la 10.^a a la 12.^a, en *id.*, *op. cit.*, entresacadas de las págs. 270, 333, 334, 339, 314 y sigs., 321 y 333.

Decía entonces el autor citado que «*Con un texto legal que responda a estas características* no sólo se conseguiría atender plenamente al sentido social de la adopción, sino que además se erradicaría prácticamente su utilización con fines distintos» (66).

En el apartado B) de este mismo epígrafe procederé seguidamente al cotejo de las opiniones del Profesor BERCOVITZ con la justificación o exposición de motivos del Proyecto de Ley de 4 de febrero de 1987 y con la normativa reformadora propuesta en dicho proyecto, lo que confío será suficientemente ilustrativo para el paciente lector.

2. *Mi posición*

He procedido a incluir aquí también un elenco de mis opiniones vertidas en esta REVISTA en otro momento (67), tratando de huir de un doble sentimiento, uno de autoestimación y otro de autoexcusa, y *partiendo del presupuesto fundamental* de que mis opiniones allí escritas apuntaban a una renovación total *in radice* de la adopción tradicional y a su remodelación sobre nuevos elementos tomados del ámbito administrativo y contando con una perspectiva de un futuro posible.

Procedía allí a una distinción —a lo que creo, no intentada hasta la fecha entre nosotros— entre las dimensiones *estructural* y *funcional* de la adopción, a unas recapitulaciones parciales tras el examen de cada uno de dichos perfiles y a unas consideraciones concluyentes. A los efectos de evitar innecesarias repeticiones, hago aquí *un resumen sintético de unas y otras* como sigue:

• «*En orden a la dimensión estructural de la adopción* (68):

- 1.^a Dificultad de un concepto unitario del instituto, dadas las diversas formulaciones sociológicas de los supuestos de hecho.
- 2.^a El *cómo* responde a un tipo de ficción legal manifiesta que crea

(66) Véase en *op. cit. en nota 13*, Ed. Edersa, pág. 266 (subrayados míos: JCG).

Sin embargo, si un tal planteamiento se estima avanzado y progresista —que en verdad lo es—, conviene aquí recordar la finura y profundidad del análisis sobre «Política legislativa» efectuado por el gran maestro civilista francés Jean CARBONNIER, *op. cit. en nota 22* precedente, al decir que: «No siempre los partidos progresistas han actuado, sin inconsecuencia, en favor de la adopción (adopción como aburguesamiento...). Mas, en un sentido opuesto —y recuerda *la moral del Círculo de tiza caucásico*, de B. BRECHT—, exaltar la filiación adoptiva es una manera de socavar la familia burguesa en uno de sus fundamentos, de arruinar la justificación de los privilegios de nacimiento por la herencia biológica».

(67) Véase *op. cit.*, marzo-abril 1985, págs. 407 y sigs., espec. págs. 429 y sigs. y 441 y sigs.

(68) Véase *op. cit. en nota 67* anterior, págs. 440-441.

un *símbolo* de la generación entre adoptantes-adoptado, originando una filiación legal no natural.

- 3.^a Los presupuestos subjetivos descubren una maraña de intermediarios.
- 4.^a Existe una real e injusta discriminación respecto de las madres solteras, cuya gestación está sometida a coacciones.
- 5.^a Existe un turbio mercado negro de niños recién nacidos.
- 6.^a No existen criterios en orden a la elección de los adoptantes.
- 7.^a Dificultad de un concepto unitario de abandono.
- 8.^a Una adopción concreta carece de unos criterios objetivos básicos.
- 9.^a Inexistencia de garantías procedimentales y de control administrativo.
10. Necesidad de una actividad administrativa total, que conjugue los distintos intereses en juego y satisfaga las demandas de la justicia y de la no discriminación».

• «En orden a la dimensión funcional de la adopción (69):

- 1.^a Necesidad de un planteamiento no dogmático de la institución, en relación con los distintos intereses en juego.
- 2.^a La adopción se presenta como un procedimiento de Derecho privado con cierta intervención pública.
- 3.^a Los presupuestos subjetivos implican un necesario juego de consentimientos, básico para dar vida a la adopción. Las declaraciones de voluntad caben en documento fehaciente ante el Juez.
- 4.^a La situación de abandono debe ser declarada por el Juez.
- 5.^a La conveniencia del adoptado es una regla de contenido indeterminado a completar por el Juez.
- 6.^a El expediente inicial en la práctica es una fase 'prejudicial' sujeta al procedimiento administrativo, con gran discrecionalidad.
- 7.^a La intervención judicial responde hoy a la demanda de un Juez superdotado y superespecializado y, como jurisdicción voluntaria, es actividad administrativa.
- 8.^a La escritura pública de adopción responde a que la adopción es un acto privado familiar solemne, y el Notario ejerce la función pública de 'dar forma' a los actos jurídicos civiles más importantes.
- 9.^a El título de atribución del estado civil es el supuesto de hecho concreto del que depende su existencia jurídica. La inscripción

(69) Véase *op. cit.* en nota 67, págs. 475-476.

tiene el valor de medio de prueba privilegiado de los hechos inscribibles.

10. De los supuestos de ineficacia es de especial relevancia el de la rescisión a petición de los padres naturales del adoptado».

• «En orden a las conclusiones (70):

«... ..

- 6.^a El porqué de la intervención en la adopción, tanto del Juez como del Notario, responden plenamente a los criterios de política jurídica y no son constantes históricas uniformes y permanentes».

De la misma forma que he apuntado respecto de las opiniones del profesor BERCOVITZ más arriba, voy a proceder a continuación al cotejo de mis argumentaciones aquí resumidas con el Proyecto de Ley de 1987, tanto en orden a su justificación o exposición de motivos, como en orden a la normativa reformadora en el mismo propuesta, y también espero que resulte de alguna utilidad al curioso lector.

B) EL PROYECTO DE LEY

Presentadas las características generales del nuevo Proyecto de Ley de 4 de febrero de 1987 y las innovaciones y reformas postuladas en el mismo, y sintetizadas las posiciones doctrinales en cuanto a las argumentaciones más progresistas y novedosas, resta ahora el efectuar un breve cotejo de estas últimas con el proyecto de ley para comprobar hasta qué punto aquel *rol* de la doctrina llamado *de instigación* ha podido servir de punto de partida o de base a una reforma que se pretende tan radical del añejo instituto de la adopción. Vendría a ser así una confirmación práctica de que también en el mundo del Derecho y de la 'Ciencia de la Legislación' pueden tener acabado cumplimiento lo que en el ámbito de la Historia A. J. TOYNBEE denominaba métodos de 'estímulo-respuesta' (70^{bis}). O de otro modo, a los *estímulos doctrinales* de 'instigación' renovadora habría una *respuesta* progresista del Gobierno en el poder en clara sintonía con aquéllos.

Que esto no es una elucubración personal lo demuestra si se procede

(70) Véase *op. cit.* en nota 67, págs. 476-477.

(70 bis) Véase A. J. TOYNBEE: *A study of Story*, y el *Abridgement*, de D. C. SOMERVILL, en traducción española de L. GRASSET, Alianza Ed., 6.^a ed., 1981, número 247, «Compendio I-IV», en II-V, págs. 104 y sigs.

a un repaso de las que he numerado como *doce características* exigibles a una moderna legislación sobre la adopción que propone R. BERCOVITZ:

- La primera se recoge en la exposición de motivos, párrafo 5.º, inciso inicial y todo el resto del párrafo, y artículo 173.
- La segunda se recoge en el artículo 178, 1.º
- La tercera se recoge en el artículo 180, 1.º, aunque matizado por el punto 2.º
- La cuarta se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º, 7.º y 8.º, y en los artículos 172 al 174, 176, 2.º, y disposición adicional primera.
- La quinta se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º y 6.º
- La sexta se recoge en la exposición de motivos, párrafo 7.º, y artículo 176, 1.º.
- La séptima se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º —punto 3.º, inciso final— y 10.
- La octava se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º y 5.º, y artículo 175, 2.º
- La novena se recoge en la exposición de motivos, párrafo 9.º, punto 2.º, y artículo 176, 1.º
- La décima se recoge en las disposiciones adicionales segunda y tercera, y artículos 1.829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- La undécima se recoge en los artículos 177, y 1.830 y 1.831, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- La duodécima parece implícita en los nuevos artículos 172 a 174, y se deduce del 176, 2, párrafo 2.º, 3.ª (alude a duración de 'más de un año').
- Además de todos estos indicios, las referencias del mismo autor a las normas de Derecho internacional privado, Derecho transitorio y necesidad de 'infraestructura pública' de asistencia, aparecen puntualmente recogidas en la exposición de motivos (párrafos 10, 11 y 8.º, respectivamente), y artículos 1.º DEL PROYECTO, disposición transitoria, disposición adicional primera y artículos 172 a 174.

En lo que se refiere a mis argumentaciones sobre esta materia que entiendo innovadoras y que he resumido precedentemente en orden a los perfiles estructural y funcional y a las conclusiones, de la misma manera que acabo de hacer con las tesis de R. BERCOVITZ, voy a proceder con las mías, como sigue:

• *Respecto del perfil estructural:*

- Las conclusiones tercera y quinta se recogen en la exposición de motivos, párrafo 2.º
- La conclusión octava se recoge en la exposición de motivos, párrafos 2.º (inciso 2.º) y 6.º
- La conclusión novena se recoge en la exposición de motivos, párrafo 2.º
- La conclusión décima se recoge *parcialmente* en la exposición de motivos, párrafo 8.º, y en disposición adicional primera.

• *Respecto del perfil funcional:*

- De la conclusión tercera se recoge *parcialmente* en artículo 1.830, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que el asentimiento puede hacerse ante el Juez 'en documento auténtico'.
- De la sexta se desprende la *tímida asunción* por la Administración de la fase pre-judicial, en exposición de motivos, párrafo 8.º disposición adicional primera, artículos 172 y 176, 2, 1.º, y 1.829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- De la séptima aparece su reconocimiento *explícito* al remitir todo el procedimiento a la Jurisdicción Voluntaria, artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

• *Respecto de las consideraciones concluyentes:*

- La sexta —única aquí recogida— justifica plenamente *el porqué* y el *cómo* de la intervención judicial en la nueva normativa sobre adopción y de la 'cantada' exclusión de la escritura notarial.

— *A modo de resumen* de estas consideraciones, precedentes cabe añadir ahora: que la parte del proyecto de ley relativa a *su justificación o motivación* ha estado obviamente influida por esas posiciones doctrinales modernas que yo calificaba de 'instigadoras' que acaban de ser citadas y cotejadas; que casi la totalidad del entramado *normativo* del proyecto de ley está influido o es obra directa —*¿mens legislatoris?*— de un seguidor de R. BERCOVITZ; que la praxis o perfil funcional va a continuar anclado en torno a la figura del Juez; y que el ámbito administrativo *total* por mí postulado tan sólo ha sido tímida y cautelosamente asumido.

V. TEMARIO DE CUESTIONES PENDIENTES

Analizados los Proyectos de Ley de 1986 y 1987, cotejados con el régimen vigente hoy en el Código Civil, examinada la sistemática y ubicación de la adopción en el nuevo Proyecto de Ley de 1987, presentadas las aportaciones doctrinales innovadoras en esta materia en relación con la posible incidencia en el nuevo Proyecto de Ley, parece llegar el momento de pasar revista a la posible sucesión de las *cuestiones* que la doctrina progresista había presentado como de prioritaria solución y que el nuevo Proyecto de Ley de 1987 ha dejado quizá 'aparcadas' de momento.

Muy resumidamente, centro estas cuestiones que considero *pendientes* en el siguiente temario: la situación de abandono, el consentimiento de los padres naturales, el período de prueba previo, las características genéricas de la regulación proyectada, la infraestructura y el procedimiento.

A) LA SITUACIÓN DE ABANDONO

• Para R. BERCOVITZ (71) es necesario proceder a *definir* tal situación de abandono para que así se pueda prescindir del consentimiento del padre o madre naturales o del tutor; pero con la normativa hoy vigente —artículo 174, párrafo 2.º, del Código Civil, redacción de 1981— bastaba con que alguien *se ocupe* del adoptando para que automáticamente se considerase que dejaba de estar abandonado a los efectos del párrafo 1.º del mismo artículo. Este aspecto criticable de la actual regulación parece querer paliarse con la norma del *proyectado artículo 172, 2.º*, cuando se refiere a la asunción *automática* de la guarda del menor cuando quienes tienen sobre él potestad «lo soliciten *por no poder atenderlo...*».

Para el mismo autor la voluntariedad e intencionalidad no se consideraron relevantes en la Ley de 1970, y *la fuerza mayor* podía ser alegada después de la adopción efectuada, pero nunca antes, lo que no le parecía razonable. Este aspecto criticable de la vigente normativa parece aludirse en el *proyectado artículo 180, 2.º, inciso 1.º*, al referirse a la extinción de la adopción solicitada por el padre o la madre (72) «que, *sin culpa suya*, no hubieren sido oídos en el expediente».

El mismo autor consideraba criticable de la vigente normativa en

(71) Véase *op. cit. en nota 13*, Ed. Edersa, págs. 539 y sigs., y resumen de sus críticas en págs. 341, 342, 344 y 348.

(72) En el Proyecto de 1986 se decía «por naturaleza», y en el Proyecto de 1987 se suprime este término sin demasiada justificación. Parece algo excesivo esa postulada eliminación de todo cuanto se refiera a los padres «por naturaleza».

cuanto a la tipificación del abandono el *límite* de los catorce años. Esto parece remediarse con la nueva norma del artículo 177, 1.º, que alude al consentimiento del adoptado —*sic*— «mayor de *doce* años».

Para el mismo autor, la vigente normativa —artículo 174, 2.º, del Código Civil— no procedía a establecer ningún *periodo de tiempo mínimo* para apreciar la realidad del abandono, a diferencia del derogado artículo 178, 2.º, de la Ley de 1958. Aun con las reservas por mi parte sobre mi interpretación, parece referirse a este punto *el nuevo artículo 176, 2.º, párrafo 2.º, 3.º, al aludir* a la circunstancia de que el adoptado —*sic*— lleve «*más de un año* acogido por el adoptante...».

Para el propio BERCOVITZ la *declaración de la situación de abandono* era encomendada en el Proyecto de Ley de 1970 a los Tribunales Tutelares de Menores, pero al ser suprimido por la enmienda número 17 de don M. VAQUER SALART, que fue aceptada, quedaba la duda de si seguía vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entendía BERCOVITZ que debía seguir vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil y con ello la discrecionalidad del Juez. Esta posición del autor citado parece haber sido acogida plenamente con la normativa propuesta del ARTÍCULO 7.º DEL PROYECTO DE LEY y con el artículo 173, 2.º

Finalmente, considero importante recoger aquí la idea básica de BERCOVITZ sobre el abandono, que el autor «relaciona exclusivamente con una situación de hecho de desatención del adoptando menor, sin perjuicio de que coincida o no con relaciones legales de filiación» (73).

Para quienes han comentado las nuevas normativas *en Alemania*, el punto del abandono debe ponerse en relación con *el problema de las gestantes en situación difícil*, cuyas únicas opciones claras son o el aborto o el abandono, y ante cuyas necesidades perentorias lo más oportuno es la asistencia adecuada durante el embarazo, lactancia, etc., y el protegerles de toda posible coacción —ni para retener ni para desprenderse del hijo—. Por supuesto, entienden que el único antídoto posible a los niños desamparados internados en establecimientos hospitalarios es la integración del niño en una familia, lo que equivale a subordinar la patria potestad al bien del niño (74). Así parece recogerse en el 'acogimiento' previsto en el nuevo articulado —*artículos 172 al 174* del Proyecto nuestro de 1987.

Por mi parte, de las reflexiones efectuadas en su momento, y que aquí fueron resumidas precedentemente, entiendo siguen subsistentes mis

(73) Así, en *op. cit. en nota 15*, Ed. Edersa, pág. 343.

(74) Así, en A. LÓPEZ CABALLERO: «La adopción en Alemania», en *RGLJ*, Madrid, núm. 5, mayo 1981, págs. 561 y sigs., espec. págs. 572-573.

ideas de que la situación de abandono responde a una variada serie de premisas de hecho que no son susceptibles de una reconducción a un concepto unitario, de que la situación de abandono debe ser declarada *expresamente* por el Juez, y de que el punto relativo a *la entrega del menor* a un establecimiento sigue sin estar nada claro. Reiterando lo dicho en otra ocasión en estas mismas páginas (75), hay que distinguir *dos hechos*: uno es la entrega *al establecimiento* —conducta casi siempre típicamente delictiva—, y otro es la entrega *por* el establecimiento —conducta típica administrativa, sometida, por tanto, al procedimiento administrativo—. Creo entender que todo ello sigue estando carente de adecuada solución, y, en tanto ello no se remedie, por mucho que se legisle será como discutir del sexo de los ángeles...

B) EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES NATURALES

R. BERCOVITZ es el autor que más atención cuantitativa y cualitativa ha prestado a este punto del consentimiento, llegando a introducir el término «asentimiento», cuya patente de difusión se hace ahora con el Proyecto de Ley de 1986/1987; además, ha estudiado (76) las *variantes derivadas* del consentimiento en relación con la patria potestad, los puntos del consentimiento genérico, del anterior al nacimiento, del transcurso de un plazo determinado y de la aplicación del principio de titularidad compartida de la patria potestad. De los puntos en relación con la privación de la patria potestad se hace eco *el nuevo artículo 178, 1, 2.º*. En cuanto al *plazo*, criticaba el autor citado el plazo de *un mes* del artículo 174, 4.º, VIGENTE, por entender que no cubre todos los supuestos en que no existe abandono (77).

Por mi parte, al examinar anteriormente *el postulado artículo 177, 2, 2.º, párrafo 3.º*, puse de relieve el contraste exageradísimo entre los transcurridos *quince días* desde el parto y lo convenido en Estrasburgo en 1967 de «no ser válido el consentimiento *si se presta DENTRO de las seis primeras semanas siguientes al parto*» (78). Hay que hacer notar que el citado Convenio de Estrasburgo sobre adopción *no ha*

(75) Véase mi estudio en *op. cit. en nota 3*, pág. 438.

(76) Véase *op. cit.*, Ed. Edersa, págs. 321 y sigs.

(77) Véase *op. cit. en nota 76* anterior, pág. 345.

(78) Véase *op. cit. en nota 3*, en esta *Revista*, 1985, pág. 433.

Conviene hacer notar que la reforma alemana de 1976 hace que el actual *parágrafo 1.747 del BGB* exija UN MÍNIMO DE OCHO SEMANAS. Parece prudente tomar buena nota de esta norma y adaptarla entre nosotros, al modo y uso de las «criptorrecepciones» que se suelen dar en nuestro país.

sido ratificado por España (79), detalle al parecer imperceptible e insignificante, pero a mi modesto entender ilustrativo de cómo la filosofía y la 'supraestructura' jurídica europea va por un lado y la práctica jurídica de cada país va por otro y a su aire.

C) EL PERÍODO DE PRUEBA

· Para BERCOVITZ, una de las críticas mayores a la normativa hoy vigente es la *inexistencia* de un período de prueba entre adoptante y adoptado, única forma de poder alcanzar alguna certeza en cuanto a la compenetración de ambas partes (incluida la familia del adoptante) (80). Este período de prueba *está legalmente previsto* en Francia (arts. 351 a 354), Alemania (parágrafo 1.744) e Italia (art. 25, párrafo 1.º, de la Ley de 4 de mayo de 1983) (81). He anticipado mi parecer de que esta demanda de BERCOVITZ parece implícitamente recogida en los nuevos artículos 172 a 174 y deducible del artículo 176, 2, 2.º, 3.º. Entre nosotros no se ha planteado hasta la fecha la *cuestión* de si EN EL COMPUTO del período de acogimiento se debería *tener en cuenta un previo* prohijamiento o acogimiento 'provisional' dispuesto por la misma autoridad que dicta el segundo, problema que ha dividido a la doctrina y jurisprudencia italianas.

· *A mi modo de ver*, parece claro: que no hay en la nueva normativa una declaración explícita de tal período de prueba; que desde el *perfil funcional* todo este período aparece en la *vigente* normativa de 1981 como un fase prejudicial carente del más mínimo requisito de objetividad e imparcialidad, normada por disposiciones administrativas anticuadas y a la que debe aplicarse con rigor el procedimiento administrativo y sus garantías; y que para la solución que apasiona a la doctrina italiana acerca del cómputo de tiempo de un acogimiento previo provisional parece debieran tenerse en cuenta los dos principios clave de la conveniencia del adoptando y de que la 'integración familiar' previa haya sido o no beneficiosa para el mismo.

(79) Así, en CASTÁN VÁZQUEZ: «Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España», en el volumen colectivo *Il diritto del minore alla famiglia (Prospettive comparatistiche)*, Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles, 1982, págs. 391 y sigs., espec. pág. 402.

Un excelente resumen del «Convenio» citado, así como el *rapport* explicativo, en E. FOSAR BENLLOCH: «El Derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la ONU», en la *Revista Documentación Jurídica*, del Ministerio de Justicia, núm. 41, enero-marzo 1984, págs. 109 y sigs., espec. pág. 126.

(80) Véase *op cit.*, Ed. Edersa, pág. 333.

(81) Véase ampliamente en Alfio FINOCCHIARO, *op. cit. en nota 25* precedente, páginas 291 y sigs., espec. pág. 293.

D) LAS CARACTERÍSTICAS GENÉRICAS DE LA REGULACIÓN PROYECTADA

He pasado revista en las páginas precedentes a aquellos aspectos y caracteres técnicos de la nueva regulación proyectada en su referencia con la normativa hoy vigente en el Código Civil y en su cotejo con aquellos postulados más innovadores de las modernas aportaciones doctrinales en esta materia. Con lo allí dicho, bastaría para cerrar este apartado. Con todo, basta hacer algunas observaciones, aunque fueren mínimas, en este lugar.

Procediendo, en consecuencia, ahora, a un breve *resumen* orientativo de todas las reformas, innovaciones y cambios que este Proyecto de Ley 1987 introduce en la vigente normativa y que se corresponden exactamente con *las características técnicas* de una nueva legislación, tenemos los siguientes:

- *Desde el perfil estructural:*

- Supresión de la rúbrica del capítulo y de sus tres secciones.
- Supresión de los artículos de la adopción simple (178 a 180).
- Modificación sustancial de los artículos 174 a 176.
- Solución a las dudas sobre vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Introducción de disposiciones adicionales, disposiciones transitorias y disposiciones finales.

- *Desde el perfil funcional:*

1. Equipara totalmente a filiación por naturaleza —con *supresión* del artículo 178, 1.º, del Proyecto de 1986—, y alude implícitamente a un periodo de prueba en el artículo 176, 2.º, 3.ª
2. Separa al adoptado de su familia de origen: artículo 178, 1.º
3. Declara la irrevocabilidad de la adopción: artículo 180, 1.º
4. Tramitación *PREVIA* es *oficial* y *judicial*, a la par: artículos 172 a 174 y 176.
5. Desaparece todo vestigio de autonomía de la voluntad: exposición de motivos, párrafo 7.º —*salvedad* notable en el artículo 1.830, 1.ª, de la LEC—.
6. Suprime la adopción simple.
7. Desaparece el concepto de abandono: referencia *implícita* a un concepto genérico y amplio de 'situación de desamparo' en el artículo 172, 1.ª, necesitado de determinación.

8. Reserva la adopción sólo para los *menores* de edad: artículo 175, 2.º
9. Suprime la escritura notarial y exige siempre la resolución judicial para la constitución de la adopción: exposición de motivos, 9, 2, y artículo 176, 1.º Sorprendentemente se suprime toda referencia al Registro Civil —*salvedad* de la 'reserva' en disposición adicional, 1, 6—.
10. Simplifica las prohibiciones para adoptar y reduce las barreras y topes de edad entre adoptante-adoptando: artículo 175.
11. Distingue tres tipos de consentimiento: artículo 177.
12. Exige necesidad de propuesta previa de una entidad pública: artículos 176, 2.º, y artículos 1.829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
13. Introduce la nueva figura genérica de la 'guarda de menores' (sección 1.ª, arts. 172 a 174), y la nueva figura del 'acogimiento de menores' (art. 175).
14. Introduce normas nuevas en Derecho Internacional Privado (artículo 1.º del Proyecto) y de Procedimiento (art. 7.º del Proyecto).

Todos estos cambios o innovaciones aquí aludidos son una cadencia que recuerda las exigencias demandadas por BERCOVITZ, que ya vimos.

· *Por mi parte*, de todas estas *características* de la regulación postulada por el Proyecto de Ley de 1987 que acabo de citar y otras a las que ya he aludido previamente, me interesa resaltar en este lugar lo que he dicho de que *la tramitación AHORA* es de tipo híbrido, a la vez judicial y oficial. Con ello quiero decir que lo 'oficial' o administrativo puro es tan sólo *parcial* y muy escueto. Yo había sugerido y demandado la necesidad de un *procedimiento administrativo total* (82), dirigido por funcionarios competentes y en el que la *actividad administrativa* se desarrollase en la *doble forma* de la consideración tradicional de la doctrina iuspublicista: o de otro modo, *no basta* la mera actividad de 'policía' o *control* —EN EL CASO que comentamos, la necesidad de una previa propuesta de una entidad pública, y la calificación previa de éstas y su aprobación por la Administración (disposición adicional primera)—, *sino que también es preciso* la actividad de *fomento* o *promoción* por parte de la Administración; verbigracia, creación de 'Hogares Familiares', educación y promoción de la mujer, ayuda a madres solteras, información

(82) Véase *op. cit.* en nota 3, en esta *Revista*, 1985, págs. 452 y sigs.

Ultimamente he tenido noticias de que ya en 1966 un sacerdote, V. MUNDINA, había hecho una propuesta semejante; véase luego en *nota 104* posterior.

sanitaria, etc. Al momento volveré sobre este argumento, al aludir al procedimiento.

E) LA INFRAESTRUCTURA

• Para BERCOVITZ aparece muy claro que la *oferta* de niños para adopción está determinada por el doble juego de *dos factores*: el de la subsistencia de clases sociales muy humildes y el de la ausencia de una infraestructura pública de asistencia a la maternidad y a la infancia (83). Esto ha sido asumido tímidamente, según dije, en la nueva disposición adicional primera con la aparición de las 'Entidades colaboradoras de Integración Familiar'.

• *Para mi punto de vista*, ya anticipado en parte, esta tímida posición de la Administración sólo va a quedarse en la superficie del problema *en tanto en cuanto* no se cumpla una *doble condición*: de una parte, la de la creación *ex lege* de esas Entidades colaboradoras por una ley especial *previa o coetánea* a la de reforma de la adopción —algo similar a la alemana AVG de 2 de julio de 1976—, y de otra parte, como *complementaria* a esa determinabilidad de tales Entidades, la creación, promoción y fomento de *Asociaciones Privadas* que colaboren estrechamente con el poder central.

Que esta demanda mía equivalga a *una nueva Administración pública*, con la consiguiente *re-organización ministerial*, con la *creación* de un nuevo Departamento dirigido a las necesidades de la mujer, infancia, asistencia social, etc., es un problema político, de política legislativa. Que las 'Asociaciones Privadas' colaboradoras podrían actuar *en conexión* con una Dependencia central, con funciones de coordinación, asesoramiento, estudio, información, etc., es cosa que en otros países ya se ha implantado y parece que la cosa funciona (84). No parece difícil ni imposible el intentar hacerlo entre nosotros.

F) EL PROCEDIMIENTO

• Para BERCOVITZ, según ya vimos, el procedimiento tendente a una adopción tan sólo puede ser el judicial, en trámite de jurisdicción voluntaria, y siendo competente el Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante. Posición esta asumida plenamente en el Proyecto de Ley de 1987: disposiciones adicionales segunda y tercera y artículos 1.829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(83) Véase *op. cit.*, Ed. Edersa, pág. 264.

(84) Así, al decir de A. LÓPEZ CABALLERO, *op. cit. en nota 74*, págs. 573-574.

· *A mi modo de ver este asunto*, y contemplado en su globalidad y desde todas las perspectivas posibles y sus distintos perfiles o dimensiones, la cuestión no es ni tan simple ni la norma propuesta tan satisfactoria ni tan suficiente. El paso a *un sistema judicial puro* no es completo, no ofrece las garantías que al ciudadano ofrece la Constitución y no es judicial. Por lo siguiente: *no es completo*, ya que no es judicial puro al intervenir en toda la fase previa una serie de Entidades ahora inexistentes en su calidad de 'colaboradoras' en la protección de menores y en su mayor parte —previsiblemente— de carácter administrativo; *no ofrece las garantías adecuadas*, al dejar en manos del Juez una amplísima discrecionalidad que no puede representar más que una fuente de riesgos e inseguridad —verbigracia, los peligros de ser Juez y parte la Entidad pública de carácter benéfico (85), la imprecisión acerca de *cuándo* existe abandono, o la derivada de la nueva noción de «situación de desamparo» del artículo 172, 1.º, *in fine*, la duda de quién declara el abandono o desamparo, la pregunta de cómo es esa especial situación de 'adoptabilidad' (86), sus efectos y quién, cómo y cuándo la decide, y, sobre todo, porque la primacía del interés del menor (la antigua regla de la 'conveniencia del adoptado') lleva incapsulada una norma de contenido indeterminado a completar teóricamente por el Juez, pero que prácticamente puede producirse *antes y fuera* de la presencia judicial, enumeración esta no limitativa ni exhaustiva y que muy bien podría ser *normada* reglamentariamente; y finalmente, *no es judicial*, ya que es bien claro que toda la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino pura esfera de la Administración, que quedaría mejor ordenada dentro de las garantías de la Ley de Procedimiento Administrativo (87). Por consiguiente, si se tratase ahora de resumir en este punto mi posición, la cuestión aparece diáfana como el sol: ni el procedimiento postulado en el Proyecto de Ley de 1987 es a modo de paso a un sistema judicial puro, ni el sistema contemplado es técnicamente 'judicial' —sino administrativo—, ni ofrece seguridad jurídica.

(85) Muy expresivamente, CASTRO LUCINI, en «Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973», en *ADC*, 1973, págs. 1218 y sigs., espec. pág. 1238.

(86) Neologismo éste que introduzco con las naturales reservas y literalmente traducido del italiano.

En contraste evidente con nuestra propuesta legislativa aquí comentada, la nueva Ley de 4 de mayo de 1983 en Italia —en sus artículos 8 al 21— *precisa muy claramente* quién, cómo, cuándo y efectos de esa situación de «adoptabilidad», y con un especial cuidado en el procedimiento, notificación, etc. Puede verse ampliamente en Alfio FINOCCHIARO, *op. cit.*, «Comentarios a los artículos 8 al 21», páginas 97 a 260, espec. págs. 97 y sigs. y 183 y sigs.

(87) Véase *op. cit. en nota* 3, págs. 461 y sigs., y allí notas 172 y 173, especialmente pág. 464.

• Desde mi punto de vista, apuntado en páginas precedentes y ya esbozado en esta REVISTA (88) en otro momento, aparece ante mí como 'duda metódica' preliminar la relativa a la necesidad de intervención judicial en la adopción y, subordinada a ella, la implícita en la pregunta de a qué tipo de Juez concreto se refiere esa imputación de competencia en la materia. En una fase siguiente, de esta posición dubitativa y crítica ante la normativa postulada, paso a un estadio de tendencia prospectiva, en el sentido de aventurar un posible remedio a los males de la institución ahora objeto de reforma con la creación de una Administración especial y destinada a satisfacer esas necesidades humanas elementales.

• Primera fase o dubitativa:

- De la duda inicial acerca de la intervención judicial en la adopción me había ocupado ya en esta REVISTA (89) y a tales argumentaciones —todavía no desvirtuadas en contrario— me remito.
- De la duda subordinada en cuanto a qué tipo concreto de Juez es al que se refieren quienes postulan su intervención en la adopción había apuntado reticencias e información en contra en el lugar citado. La cuestión oscila entre el Juez intérprete de una regla legislativa neutra e igual para todos y el Juez devenido en elemento de la 'ingeniería social', o, de otro modo dicho por la doctrina europea reciente, «¿es el *juge-arbitre* prototipo del modelo de justicia legalista-liberal con la función canónica de zanjar definitivamente las disputas sobre los derechos subjetivos y de realizar la voluntad de la ley, o es más bien el *juge-entraîneur* prototipo del modelo de justicia normativa-tecnocrática como instrumento activo del cambio social y técnico de gestión que trata de promover el óptimo desarrollo económico y social de la ciudad al estar investido de una misión de prevención, de consejo y de orientación?» (90). No cabe desconocer la doble mutación que hoy en día afecta a la función de juzgar: de un lado, los fenómenos de desbordamiento del poder judicial en provecho de otras instancias de resolución de conflictos o de control social, y, de otro lado, las numerosas transformaciones internas que sufren las mismas

(88) Véase op. cit. en nota 87 precedente. págs. 439 y sigs. y 450 y sigs., especialmente págs. 463 y sigs.

(89) Véase op. cit. en nota 87. págs. 454 y sigs.

(90) Así, expresivamente, en François OST: «Quelle jurisprudence, pour quelle société?», estudio en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 30, «La jurisprudence». Ed. Sirey, París, 1985, págs. 9 y sigs.

jurisdicciones. A todo esto se ha referido amplia y explícitamente el jurista belga ya aludido F. OST en una serie de obras *colectivas* dedicadas a esta materia (91). *A todo ello habría que referirse* también entre nosotros y *preguntarse* cuál es el tipo de Juez que hoy tenemos y qué funciones se le asignan, y cuestionarnos si la única manera de regulación y solución de conflictos es la judicial o si más bien coexisten con ella otros modos informales de solución e incluso intervenciones administrativas (92).

- Consecuencia de lo expuesto hasta ahora, con el modelo de justicia *normativa-tecnocrática* que parece imperar hoy en día se ha pasado a una transferencia sistemática de la función legislativa a la Administración, a un Juez que ya no es un agente de conservación de textos en vigor, sino devenido coautor del cambio jurídico, llamado a ser administrador, educados, economista (93). De todas partes se elevan voces que reclaman la *especialización* del Juez, bien jurídica, económica o técnica: de Juez-especialista se pasa así al Juez-experto. Se

(91) Para lo relativo a *las funciones del Juez en una sociedad moderna*, véase los trabajos de François OST que siguen:

- ⊕ «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», en el volumen dirigido por P. GÉRARD, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE: *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruselas, 1983, págs. 1-70.
- «Entre jeu et providence, le juge des relations économiques», en el volumen dirigido por A. JAQUEMIN y B. REMICHE: *Les magistratures économiques et la crise*, Bruselas, 1984, págs. 33-89.

Para el análisis de la crisis moderna y su incidencia en la justicia actual, pueden verse los trabajos siguientes:

- ⊕ A. BANCAUD e Y. DEZALAY: «La justice face aux restructurations économiques, analyses et stratégies», en *Droit Social*, núms. 7-8, julio-agosto 1980, páginas 359 y sigs.
- ⊕ «Actas de las XI Jornadas de Estudios Jurídicos Jean Dabin», Bruselas, 1984, sobre «L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative».
- R. PERROT: *Le contentieux économique, social et familial en droit judiciaire français, rapport de synthèse*, en el vol. de las «Actas XI Journ. J. Dabin», páginas 105 y sigs.

(92) Estas son las preguntas y la sugerencia final que efectúa en la doctrina francesa J. COMMAILLE: *Études empiriques des nouveaux modes de régulation des conflits*, en un Seminario celebrado el día 27 de enero de 1984 en el «C. N. de la R. S.» dedicado a la materia «Pratique judiciaire et transformation sociale» (la cita, en F. OST, *op. cit.* en nota 90 anterior, pág. 13, nota 12).

(93) Así, en la doctrina francesa: F. OST, *op. cit.* en nota 90, págs. 20 y sigs., y en R. PERROT, *op. cit.*, pág. 106.

llega a una *personalización* del servicio de la justicia. Trasladadas estas ideas a nuestro país y a nuestro tema, me pregunto: ¿será este nuevo tipo de Juez el que *sugiere* la nueva normativa del Proyecto de 1987? O mejor, ¿*existe* una infraestructura judicial similar en España? Y en cuanto a la estructuración judicial interna tanto horizontal como vertical y a su inserción en el contexto social en el que el Juez va integrado, ¿tenemos estudios serios efectuados?

- Ante esta serie de datos tomados de prestado de países de nuestro entorno inmediato, ante las preguntas finales formuladas, aquella duda subordinada a la inicial parece reforzada y subsistente. Nadie duda de la *posibilidad* teórica de un tipo concreto de Juez con esas funciones que hoy la realidad social demanda, nadie duda de la *existencia* probable de esos Jueces que yo denominaba 'supermán jurídico', aunque la realidad de cualquier entorno social lo que está evidenciando es la carencia de Jueces, de personal, de medios, etc. A los hechos y a los numerosos ejemplos suministrados por los medios de comunicación social me remito sin reticencia alguna.

• *Segunda fase o prospectiva:*

- De aquellas dudas anticipadas en el apartado precedente se llegaba pronto a la evidencia de que podía haber alguna otra *alternativa*. Y no se trata ahora de aludir a la idea moderna de justicia 'alternativa', sino de encontrar alguna otra opción válida para la solución de problemas reales en los que no existe un litigio o proceso. Esta idea, subyacente en la misma noción de 'jurisdicción voluntaria', consistía en la conceptuación esencial de la misma como *una actividad administrativa más*. Me confirmaba esta intuición primera el dato relevante de que pensadores progresistas de otros países similares al nuestro, como Italia, habían ya propugnado hace pocos años la 'desjurisdiccionalización' (94) como una tendencia clara apuntada ya desde las sociedades industriales más evolucionadas. El paso es muy avanzado, pero se propugna muy especialmente para todas las problemáticas familiares y, en especial, para la problemática de los menores. De ahí a considerar el paso de la jurisdicción a 'los servicios sociales' para la infancia sólo restaba el dejarlo en manos de una opción de política legislativa

(94) El neologismo es de nuevo traducción literal del italiano. A mi parecer, lo introduce E. ROPPO. *op. cit. en nota 31*, pág. 378, nota 95.

avanzada. Y en materia de guarda de menores y de adopción, parece más evidente todavía. Y en ello estamos ahora.

Ante estos *nuevos factores* incidentes en el Proyecto de Ley comentado, entiendo que no es aventurado optar por la viabilidad de TRANSFORMAR ese postulado *sistema judicial casi puro* en un *sistema administrativo total*, en unos 'Servicios Sociales' tal y como existen en otros países y que en España son desconocidos, aunque existe ya alguna idea al respecto (95) muy aprovechable y a la que aquí no puedo sino remitirme. De entre la *amplia problemática* que todo ello plantea, cabe aquí apuntar las siguientes CUESTIONES:

- .. ¿Debe crearse un Departamento único central, o más bien *descentralizar* los servicios administrativos pertinentes?
- .. La *función* de atención al menor, ¿debe adscribirse a un único órgano, o a atribuirse al Juez? ¿Cómo coordinar los servicios judiciales y los sociales? ¿Cómo actualizar los servicios judiciales de protección jurídica hoy atribuidos a los 'Tribunales Tutelares de Menores'?
- .. ¿Qué *mecanismos* cabe hallar para obtener la protección jurídica integral de los menores? (96).
- .. Si es cierto que una política de 'Servicios Sociales' impone al Estado unas *obligaciones concretas*, ¿qué obligaciones mínimas

(95) De imprescindible lectura el volumen colectivo titulado *Aspectos jurídicos de la protección a la infancia*, del «Consejo Superior de Protección de Menores», editado por el Departamento de Publicaciones y Documentación del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1985.

De entre las numerosas aportaciones contenidas en el citado volumen, son de resaltar ahora en este punto concreto las que siguen:

- J. M. VILLANUEVA PRIETO: *Relación entre acción judicial y social en materia de guarda y custodia y adopción*, págs. 93 a 128.
- T. MERÍN CAÑADA: *Los servicios sociales en relación con la adopción y la guarda y custodia*, págs. 129 a 154.

Finalmente, conviene observar al respecto que existe el «PEDS» o «Programa Europeo de Desarrollo Social», que define los «servicios sociales» como el conjunto de servicios necesarios para ayudar a los grupos sociales y a las personas a resolver sus problemas, superar sus *handicap* y crear y conseguir recursos adecuados para mejorar su calidad de vida.

(96) Entiende VILLANUEVA PRIETO, *op. cit. en nota 95* anterior, págs. 120 y sigs., que tales mecanismos son *dos*: la interpretación interdisciplinar del Derecho de Menores y la adopción interdisciplinar de resoluciones. Para la configuración ideal de tal *interdisciplinarietà* cree que lo más adecuado serían los «Tribunales mixtos» o escabinos.

tiene la Administración pública en este ámbito? ¿Con qué *criterios operativos* cabe estructurar una política social *ad hoc*? (97).

- • ¿Cuáles son las necesidades que el niño en situación de abandono siente?
- • ¿Qué *tipo de intervención administrativa* debe efectuarse para atender toda la problemática de los menores? En relación con tal intervención estaría el *encuadre* de los posibles *casos de adopción* y, DENTRO de ellos, el de la colocación en guarda y custodia *a través* del pertinente 'Servicio Técnico de Adopciones' público o privado.
- • ¿Cuáles son los *niveles de atenciones o servicios* a ofrecer en los distintos tipos de intervención social?

Si hubiera que resumir brevemente mi idea sobre este por hoy utópico *sistema administrativo* basado en unos «Servicios Sociales» —articulados en Servicios Sociales de base y Servicios Sociales Especializados, y cada uno en relación con la infancia y la *adopción* —tendría que hacerlo a partir de estas *coordenadas*:

- 1.^a Su posibilidad teórica y práctica (98).
- 2.^a La superación del actual lastre de la 'judicialización' —y, por tanto, inadaptación— de los enfoques asistenciales (99).
- 3.^a La concordancia con las sociedades industriales más evolucionadas, como Alemania y Suecia (100).
- 4.^a La superación del postulado tipo de prevención 'terciaria' que supone la normativa del Proyecto de Ley de 1987 con el acogimiento familiar (101).
- 5.^a El temario de *cuestiones* planteadas cuenta con abundancia de remedios teóricos y prácticos, a cargar en el 'Haber' de la obra del 'Consejo Superior de Protección de Menores' y de otros organismos públicos y privados de notable experiencia en esta materia (102).

(97) Para MERÍN CAÑADA, *op. cit. en nota 95*, pág. 133, habría que disponer de *dos tipos* de unidades operativas para actuar en concreto: *una*, los «servicios sociales de base», y *otra*, los «servicios sociales especializados».

Ese mismo doble tipo de «servicios sociales» es postulado *para la adopción*; véase MERÍN, *op. cit.*, págs. 134 y sigs.

Para todos los demás puntos en relación con la adopción, véase MERÍN, *op. cit.*, páginas 136 y sigs.

(98) Véase MERÍN, *op. y loc. cit. últimamente*.

(99) Véase VILLANUEVA PRIETO, *op. cit.*, pág. 103.

(100) Así, en MERÍN, *op. cit.*, pág. 145.

(101) En sentido similar, MERÍN, *op. cit.*, pág. 141.

(102) Véase, por todos, el volumen colectivo citado *en la nota 95* precedente. y allí las aportaciones de E. MIRET MAGDALENA, P. DE LAS HERAS, J. ARCE Y FLÓREZ-

- 6.^a La creación de un nuevo Departamento u Organismo central con las funciones de atención a esas necesidades ya aludidas. Ergo, la dotación de las pertinentes competencias. Ergo, la atribución de la consiguiente potestad. Ergo, el ejercicio de la potestad —aun discrecional— con estricta sujeción y adecuación al principio de 'legalidad' (103).
- 7.^a El ejercicio de la potestad mediante el doble juego de la actividad administrativa: de control y de fomento (104).
- 8.^a La necesidad de una «Ley Básica de Servicios Sociales» como instrumento para establecer el sistema propuesto.
- 9.^a La conveniencia de difundir las competencias en la materia en la vigente normativa de Régimen Local (105).
10. La superación de la dicotomía 'acogimiento' —preparación de dor, economista (93). De todas partes se elevan voces que reclaman tales funciones por un equipo pluridisciplinar (106).

VI. BREVE RECAPITULACION

Parece ya hora de cerrar estas denominadas 'notas de urgencia' procediendo a una *recapitulaciones provisional* de todo lo hasta aquí expuesto tras las consideraciones introductorias, las reflexiones comparativas entre ambos Proyectos de Ley y con el régimen del Código Civil hoy vigente y su sistemática respectiva, las aportaciones doctrinales más innovadoras, y la serie de 'fleclos' o cuestiones al parecer pendientes de solución. Recapitulación que cabe efectuar sentando aquí las *consideraciones* siguientes:

VALDÉS, J. L. CALVO CABELLO, A. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, J. M. VILLANUEVA PRIETO, T. MERÍN CAÑADA, P. VERCELLONE y L. SANS JUANPERA e I. VIVAS LLORENS.

(103) Anticipaba estas ideas en mi estudio citado en *nota 3* precedente, en esta *Revista*, 1985, pág. 453, y allí las notas 128, 128 bis y 129.

(104) Así lo expuse anteriormente, en *epígrafe V-D* y *nota 82*. Una propuesta similar en 1966 de V. MUNDINA ya fue aludida. En cuanto a la acción de *fomento*, véase ARCE, *op. cit.* en *notas 95 y 102*, pág. 43.

En cuanto a esa acción de fomento, en colaboración con las «asociaciones privadas», véase A. LÓPEZ CABALLERO, *op. cit.* en *nota 74*, págs. 575 y sigs., quien alude no tan sólo a esa colaboración en materia de adopción, sino también en orden a una «futura revisión del Código de Derecho Familiar».

Para un mayor detalle, véase MERÍN, *op. cit.*, págs. 142 y sigs., espec. págs. 144 y sigs.

(105) Véase la Ley 71/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (BOE, número 80, de 3 de abril, págs. 8945 y sigs.), que en su artículo 25-2-k) atribuye a los *municipios* competencia para la «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social».

(106) Véase, en tal sentido, MERÍN, *op. cit.*, págs. 151 y sigs., espec. pág. 153.

1.^a *Desde la exposición inicial en torno al perfil estructural:*

- Es necesario robustecer y dignificar *un acto previo* a la adopción con garantías para todos los interesados.
- Es necesaria una actividad administrativa *total* que proceda a conjugar los distintos intereses en juego (107).

2.^a *En relación con las reflexiones comparativas:*

a) *Ideas directrices de ambos Proyectos de Ley (1986-1987)*

- 1.^a La doble normativa comparada instaaura una 'nueva planta' sobre la adopción, incapsulada dentro de la noción genérica nueva de la 'protección de menores'.
- 2.^a La doble normativa comparada fundamenta la nueva adopción sobre dos principios: el ser un acto de integración familiar y el de primacía del interés del menor.
- 3.^a El procedimiento postulado es ahora exclusivo de la Jurisdicción voluntaria, o sea, sólo judicial.
- 4.^a Se introduce la nueva noción de Entidades «colaboradoras» en la protección de menores.

b) *Ideas concluyentes tras el cotejo de la normativa vigente hoy del Código Civil con la normativa del Proyecto de Ley de 4 de febrero de 1987.*

1.^a *La nueva normativa postulada en el Proyecto de Ley*

- Se fundamenta en un doble principio, desarrollado en el de la primacía del interés del menor (108) y en el de acto de integración familiar.
- Contiene esenciales innovaciones en orden a normas de colisión, normas transitorias y finales, disposiciones adicionales,

(107) Véase CERDÁ GIMENO, *op. cit.* y *loc. cit.* en nota 8 anterior

(108) En principio, me remito a lo dicho anteriormente en *epígrafe II-B y nota 33 bis*, en orden a la prioritaria atención al menor y mis reservas. Que mi posición no es aislada me lo confirma la recientísima obra francesa de C. LAMBRUSSE-RIOU, *op. cit.* en nota 22 anterior, pág. 174, la cual expresivamente afirma lo siguiente:

«La noción de 'interés del niño', fundamento de la decisión de adopción, es delicada y no puede ser disociada de la consideración de los intereses del adoptante, de una parte, de los que es preciso apreciar las motivaciones y aptitudes, y de los padres biológicos, de otra parte, a los que el niño no debe ser arrebatado bajo la presión. Se ha podido constatar, en efecto —y denunciar—, verdaderos mercados ocultos de adopción, o de manera más insidiosa o hipócrita, prácticas incitando a la madre soltera a abandonar a su hijo en vista de la adopción» (subrayados míos: JCG).

're-viviscencia' de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.825 y siguientes) y reforma *integral* de todo el capítulo V —acogimiento/adopción— en sus artículos 172 al 180 del Código Civil.

- *Omite* el tratamiento de puntos esenciales cuales los del Código Penal, la referencia a los 'Tribunales Tutelares de Menores' y la regulación normativa de las creadas Entidades «colaboradoras» en la protección de menores.
- 2.^a La nueva noción de la «guarda y protección de menores» parece ser un tanto híbrida y de escaso fuste civil.
- 3.^a Elogiable y digno de encomio el tratamiento de eliminación progresiva de requisitos y trámites conducentes a una adopción (109).
- 4.^a La nueva función del 'consentimiento', que aparece ahora con tres grados o estadios —uno de ellos, la nueva noción del 'asentimiento'—.
- 5.^a La conversión radical del actual procedimiento complejo de tres fases (judicial, notarial, registral) en un sistema judicial *casi puro* (dada la incidencia administrativa en las 'propuestas' de adopción).
- 6.^a La instauración de las Entidades 'colaboradoras' en la protección de menores es un gran avance, pero adolece de timidez por la falta de una reglamentación —previa o coetánea a esta propuesta Ley sobre adopción— administrativa adecuada.

3.^a *En cuanto a la sistemática del Proyecto de Ley y su ubicación dentro del vigente Código Civil:*

- La normativa postulada procede a insertarse como una *continuación* del sistema tradicional, o sea, *dentro* del Título VII de las relaciones paterno-filiales.
- Parece que la sistemática más adecuada debería ser la de *una forma más* de la 'determinación' de la filiación, consecuencia obligada tras la norma constitucional. A la hora de centrar la normativa, parece podría ir *a continuación* del artículo 126 del Código Civil actual (como sección 4.^a del capítulo II del Título V de 'Paternidad y Filiación').

(109) Vale lo dicho *en nota* 27 precedente: continúa sin quedar justificada ni aclarada la supresión de la escritura notarial en la adopción. La demagogia de algunos hizo ver que encarecía (!) y alargaba (!) la tramitación: falsedad tras falsedad, demostrada con argumentos solventes por mi parte en esta *Revista*, *op. cit.* en *nota* 3 precedente, págs. 465 y sigs., espec. pág. 469.

- ¿Podría pensarse en una ley 'descodificadora' o *aparte del Código Civil* sólo para los menores, como la italiana de 1983?

4.^a *En lo que respecta a las aportaciones doctrinales innovadoras:*

- En orden a la *justificación o motivación* del Proyecto de Ley de 1987, parece posible afirmar que en ella se detecta una evidente influencia de la doctrina que últimamente se había ocupado de la materia de la adopción y, de entre ellas, las aportaciones del profesor BERCOVITZ y las más propias.
- En orden a la *normativa* contenida en el Proyecto de Ley parece seguro que la verdadera *mens legislatoris* próxima es R. BERCOVITZ o alguno de sus seguidores.
- En orden a la *praxis jurídica o perfil funcional*, es posible asegurar que todo el entramado de la adopción va a continuar centrado y anclado en la figura del Juez ordinario.
- En orden a *una por mí demandada* intervención administrativa *total*, parece seguro decir que tal demanda no ha sido satisfecha ni siquiera en la asunción inicial tímida.

5.^a *Desde el perfil funcional de la adopción, con el temario consiguiente de cuestiones pendientes de solución:*

A) *Respecto del abandono:*

- 1.^a Reconocida la dificultad de un concepto *unitario del mismo*, persiste la ausencia de una definición de abandono.
- 2.^a Indeterminación de qué cosa sea 'situación de desamparo'.
- 3.^a La relación del establecimiento receptor del menor con los actos de entrega del niño *al mismo y por el mismo* a terceros en acogimiento, queda en la indefinición e inseguridad total.
- 4.^a La solución del «acogimiento» familiar como el demandado 'acto previo' a la adopción es elogiable sin reservas, pero necesitaba de mayores precisiones. Así se demanda por los sectores sociales más avanzados y experimentados en la materia, con el plantetamiento de los problemas de:
 - Si el período de 'acogimiento' por una familia irá seguido de una *consiguiente adopción por esa misma familia* (110).

(110) Véase C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit. en nota 22*, págs. 169 y sigs., especialmente pág. 174.

- .. ¿*Quid* si hay un «traslado» del niño 'acogido' desde el hogar del acogimiento hasta el del adoptante? (111).
- .. ¿Por qué *una única* institución de 'acogimiento' debe realizar todas las funciones previas indispensables (selección, observación, colocación, seguimiento) antes de una adopción? (112).

B) *Respecto del consentimiento de los padres naturales:*

- 1.^a Se rehúye temerosamente el hablar de padre o madre 'naturales' o 'por naturaleza'. ¿Por qué?
- 2.^a Se reduce su consentimiento a la nueva fórmula del 'asentimiento', concepto obviamente indeterminado.
- 3.^a Se reduce *al mínimo* el plazo para dar la madre natural su consentimiento. Parece necesario que el plazo *sea adaptado* al fijado en el Convenio de Estrasburgo de 1967 de *seis semanas*. Podría ser conveniente que el plazo *fuera similar e 'imitado'* al de las *ocho semanas* que fija la legislación de Alemania Federal (parágrafos 1747 y 1750 del BGB).
- 4.^a Se postula *la necesaria primacía* del interés del menor, lo que conlleva la inevitable discriminación de los padres naturales *en cualquier supuesto*. No siempre es fácil separar el grano de trigo del de la cizaña y habría que ir con más cautela en este punto (113).

C) *Respecto del período de prueba:*

- 1.^a No existe una declaración explícita del mismo.
- 2.^a Toda la fase prejudicial carece hoy de los mínimos requisitos de objetividad e imparcialidad, y debiera ajustarse al procedimiento administrativo *general* vigente.
- 3.^a Para el cómputo de un acogimiento *previo* habría que partir de los cánones de la conveniencia del adoptando y de si fue beneficiosa para el mismo la integración familiar previa.

(111) Véase MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *op. cit. en nota 11*, folio 9, quien muy expresivamente termina su comentario al Proyecto de Ley diciendo: «... rogaría a las Cámaras que reconsideraran la conveniencia de introducir el acogimiento como requisito previo indispensable para poder adoptar. Si la venta es odiosa, el traslado de un niño acogido al hogar del adoptante es traumatizante».

(112) Se pregunta MERÍN, *op. cit.*, pág. 153.

(113) Así se expresa C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit. y loc. cit. en nota 108*.

D) *Respecto de las características genéricas de la regulación proyectada:*

- 1.^a *El Proyecto de Ley de 1987* responde, tanto en el perfil estructural como en el perfil funcional a las exigencias de R. BERCOVITZ sobre las características técnicas de una normativa reformadora de la adopción.
- 2.^a El principio básico de *primacía del interés del menor*, además de concepto indeterminado, requiere una apreciación IMPERIOSA dentro de un procedimiento judicial NO CONTENCIOSO y ello parece muy complejo en principio (114).
- 3.^a La tramitación proyectada es de tipo híbrido, judicial y en parte administrativa al mismo tiempo.
- 4.^a Parece necesario y conveniente un procedimiento administrativo *total*. La actividad administrativa podría y debería ejercitarse *en la doble forma* tradicional: *de una parte*, control (así, *en parte*, previsto en la disposición adicional primera), y *de otra parte*, fomento o promoción (115).

E) *Respecto de la infraestructura:*

- 1.^a La demanda de R. BERCOVITZ de una 'asistencia pública a la maternidad y a la infancia' parece ser asumido, si bien tímidamente, en la disposición adicional primera.
- 2.^a *Mi demanda* exige una nueva Administración Pública, con la respectiva reordenación ministerial, en su caso, y parte de una *previa* y doble condición: *una*, la de creación —previa o coetánea a esta postulada reforma— por Ley de las pretendidas 'Entidades colaboradoras' en la protección de menores, y *otra*, la promoción y fomento de las «Asociaciones Privadas» colaboradoras con la Administración central.

F) *Respecto del procedimiento:*

- 1.^a *El Proyecto de Ley de 1987* adopta el sistema judicial casi puro, y con ello asume plenamente los planteamientos al respecto de R. BERCOVITZ.

(114) Así de claro en C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, pág. 175, la cual añade que: «La apreciación (del interés del niño) *podría e incluso debería ser descompuesta en dos tiempos: en primer lugar*, buscar si ese interés ordena privar al niño de sus padres de origen, debiendo entenderse que la pérdida que para éstos resulta exige una interpretación estricta, COMO SI EXISTIESE UNA PRESUNCIÓN de que el interés del niño es el de ser educado por sus padres; *en segundo lugar*, buscar solamente su interés en ser adoptado bajo una u otra forma de adopción. Estos dos pasos son, sin embargo, confundidos demasiado a menudo» (subrayados míos: JCG).

(115) Vale lo dicho en anteriores *notas* 82 y 104.

2.^a *Mi posición al respecto pasa por tres actitudes:*

• *Crítica:*

- El sistema *no es completo*: no es judicial puro.
- El sistema *no ofrece las adecuadas garantías*: La amplísima discrecionalidad en manos del Juez (116) lleva incapsulada la indeterminación y la inseguridad jurídica.
- El sistema *no es judicial*: por ser Jurisdicción Voluntaria no es jurisdicción, sino Administración, y requiere la normativa del procedimiento administrativo *general*.

• *Dubitativa:*

- *Primera*, en cuanto a la *necesidad* de la intervención del Juez en la adopción (117).
- *Segunda*, en cuanto a *qué tipo concreto histórico de Juez* es el postulado por la doctrina que pretende su intervención en la adopción y por esta normativa del Proyecto de Ley de 1987.

• *Prospectiva:*

- Idea *subyacente* en la misma noción de Jurisdicción Voluntaria, que es EQUIVALENTE a una actividad administrativa *más*.
- Idea *derivada*, de la *conversión* formal y material de esa especial jurisdicción que no lo es en unos modernos «Servicios Sociales» de ayuda a la infancia.
- Consiguiente amplio abanico de *cuestiones*, a resolver con técnicas de política legislativa, es decir, técnicas de Derecho público.
- Exigencia de unas *coordenadas básicas* en torno a las cua-

(116) Vale también lo dicho antes: *notas 33 bis y 108*.

A lo cual cabe añadir las consideraciones de E. PARESCÉ: *La dinamica del diritto (Contributi ad una scienza del diritto)*, Ed. Giuffrè, Milano, 1975, págs. 477 y sigs., el cual, al analizar las «formas y modalidades interpretativas», pasa a distinguir *dentro de* los llamados «conceptos indeterminados», de un lado, los conceptos *descriptivos*, y de otro lado, los conceptos *normativos* (los «ventilbegriffe», de WURZEL, o conceptos «válvula»), para a continuación proceder a distinguir los conceptos indeterminados de la *discrecionalidad*. Esta última puede aparecer o bien como *actividad* o bien como *resultado*. No parece claro si cabe un concepto unitario de ambas modalidades de discrecionalidad. Si acaso, sería un elemento *extraño* a ella el caracterizador de una posible unidad conceptual: el ansia de reducción o transformación del margen de libertad de la Administración en el ejercicio de sus funciones (*op. cit.*, pág. 483).

(117) Lo planteaba ya en 1985 en esta *Revista*, *op. cit. en nota 5*, págs. 454 y sigs., espec. págs. 463 y sigs.

les montar un 'Servicio Social para la Infancia, Guarda de menores y Adopción'. Tales coordenadas deben adaptarse a lo antes dicho al respecto y a las previsiones de la doctrina más sensibilizada en la materia ya aludida (118).

VII. REFLEXIONES FINALES

Efectuada en el epígrafe VI precedente una *recapitulación provisional* de todas las consideraciones iniciales, comparaciones, perfiles estructural y funcional de la nueva normativa sobre adopción, parece posible cerrar estas modestas «Notas de Urgencia» presentando *a modo de conclusiones finales* una reflexión muy personal. Reflexión que está *caracterizada básicamente por una metodología* que se me ha revelado de alguna utilidad en mis escritos precedentes y *anclada en las dimensiones* que ante la realidad social presenta el instituto de la adopción. De otra manera dicho, voy a separar el análisis puramente *normativo* o positivista (es *prácticamente el efectuado* a lo largo de estas páginas, ya que se trataba de hacer un '*comentario*' a un texto normativo a debatir en las Cortes Generales próximamente), de lo que es el aspecto *fáctico* y de la dimensión *valorativa* o axiológica. En este momento y lugar, pese a tal distinción presentada de los tres perfiles, sólo se hará muy sucintamente.

De otra manera dicho, una dimensión *totalizadora* del instituto de la adopción tal como se presenta en la realidad social parece demandar un análisis sobre la normativa a ella aplicable, lo que conlleva ciertas precisiones acerca de *qué cosa sean* —con relación a la adopción— el derecho *válido*, el derecho *eficaz* y el derecho *justo*. Estas precisiones forman el núcleo de esta reflexión final.

A) LA DIMENSIÓN NORMATIVA DE LA ADOPCIÓN

Se ha dicho ya que esta dimensión estrictamente *positivista* o de análisis de la curva normativa postulada sobre la adopción es la que se ha venido efectuando a lo largo de las páginas precedentes. Este análisis está básicamente contenido: *en el epígrafe II, B)*, precedente, al efectuar el cotejo de la normativa hoy vigente del Código Civil con la normativa ahora postulada por el Proyecto de Ley de 1987; en el desglose de las argumentaciones de la doctrina (R. BERCOVITZ) y su reflejo en el Proyecto de Ley comentado, *en el epígrafe IV, B)*; y en el examen del perfil funcional, al tratar de las 'características genéricas' de la regulación proyec-

(118) Véase la *nota 106* anterior, y allí, la cita de MERÍN

tada, en el epígrafe V, 5.^a, D). Todo ello parece obedecer a la 'sugestión' que la obra del profesor BERCOVITZ ha ejercido sobre el o los legisladores.

Efectuadas, en consecuencia, con anterioridad las consideraciones pertinentes al *aspecto normativo* explícitamente desarrollado en el Proyecto de Ley de 1987, creo posible dejar cerrado ya este apartado con las ideas siguientes:

- 1.^a La nueva normativa proyectada para la adopción responde a las exigencias de la doctrina más progresista (R. BERCOVITZ) en cuanto a las características técnicas de tipo genérico para la 'nueva' adopción.
- 2.^a La nueva normativa postulada se fundamenta en un doble principio —primacía del interés del menor y acto de integración familiar—, que parece un doble concepto *indeterminado* (119) cuya determinabilidad queda en manos del Juez.
- 3.^a La nueva normativa postulada instaura una 'nueva planta' sobre la adopción que va incapsulada dentro de una noción nueva genérica de 'protección de menores'.
- 4.^a La nueva normativa proyectada contiene esenciales innovaciones y una reforma *integral* del capítulo V, artículos 172 a 180, del Código Civil.
- 5.^a La nueva normativa es —considerada *globalmente*— en verdad muy progresiva y avanzada, siendo elogiable la eliminación progresiva de requisitos y trámites precedentes.
- 6.^a La nueva normativa establece un sistema judicial para el procedimiento constitutivo de la adopción, aunque no es totalmente puro por la incidencia de la Administración Pública.
- 7.^a La nueva normativa introduce las Entidades «colaboradoras» en la protección de menores, lo cual supone un enorme avance respecto de la praxis hasta ahora existente, aunque parece pendiente de la adecuada reglamentación administrativa.

B) LA DIMENSIÓN FÁCTICA DE LA ADOPCIÓN

Es esta una de las dimensiones básicas de toda institución jurídica, como ha venido reconociendo y exigiendo toda la doctrina europea moderna, aunque sin demasiado éxito entre nosotros. Ha habido, con todo, algunas notables excepciones, a las que he aludido en otro lugar (120).

(119) Vale lo dicho en las notas precedentes: 33 bis, 108 y 116.

(120) Véase mi estudio citado en nota 3, págs. 407 y sigs., espec. pág. 408, y allí, la nota 4.

Por lo que se refiere a la inter-relación entre la normativa postulada ahora y el modo operativo o praxis funcional de la adopción entre nosotros, he aludido a las *cuestiones pendientes* de un adecuado tratamiento al efectuar el examen del *perfil funcional en el epígrafe V precedente*. A tales consideraciones *fácticas* anteriores me remito.

Sin embargo, de lo dicho, entre los denominados aspectos 'fácticos' los hay de carácter jurídico y de carácter extrajurídico. Parece, por consiguiente, conveniente deslindar ambos tipos de factores, lo que efectúo brevemente como sigue.

A) Aspectos fácticos extrajurídicos

Son de difícil reconducción a un concepto genérico *unitario*. por lo que su enumeración viene a ser más *descriptiva* que sustantiva. Son, por ejemplo, los médicos, los asistenciales, los demográficos, los estadísticos, los psicológicos, los sociales propiamente dicho, etc. *Entre ellos*, como obviamente necesarios para proceder a una colocación familiar de un menor en vistas a una adopción, cabe señalar los siguientes: medio social, cociente intelectual (QI), estatuto escolar y estudios, carencias afectivas, comportamiento social, etc.

1. Una descripción de tales factores en orden a la adopción ha sido tarea frecuente entre nuestros vecinos franceses, cuyas tareas de investigación son apoyadas por el CNRS —homónimo de nuestro 'Consejo Superior de Investigaciones Científicas'— y posteriormente publicadas y difundidas. Particularmente interesantes son las monografías sobre aspectos *psicológicos* (121). El soporte *administrativo* pertinente está formado por el organismo denominado «DDASS» (Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale) y por el «ASE» (Aide Sociale à l'Enfance).

Me agradaría sobremanera poder decir que conozco una situación de hecho similar entre nosotros, *al menos en materia de adopción*. Quizá en estos últimos cuatro años, con un Gobierno progresista en el poder, se ha notado la enorme difusión de publicaciones emanadas del «Consejo Superior de Protección de Menores», integrado a nivel de Dirección General dentro del Ministerio de Justicia. A destacar el notable impulso y trabajos efectuados desde dicho organismo por E. MIRET MAGDALENA. Me remito a la última publicación aparecida en 1985, titulada *Aspectos jurídicos de la protección a la infancia* (122), y al resurgimiento novedoso y brillante de la revista mensual de dicho Consejo titulada *Menores*.

(121) Muestra bien representativa de lo dicho: Michel DUyme: *Les enfants abandonnés: Rôle des familles adoptives et des assistantes maternelles*, Ed. CNRS, París, 1981. espec. págs. 19 y sigs., 25 y sigs., 73 y sigs. y 86 y sigs.

(122) Véase la *nota* 102 precedente.

Esto, a mi modo de ver, es prácticamente todo lo existente entre nosotros acerca de estos factores que examino ahora.

2. En cuanto a la doctrina italiana —clásica 'fuente' informativa y de imitación para nuestros autores—, también son bastante pioneros en materia de factores *psicosociales* y muy versados en comportamientos sociales. No resisto la alusión a la colección de «Psicología Jurídica y Criminal», dirigida por G. GULOTTA, de la que es espléndida muestra la obra de G. SANTI, a la que me remito por no ser oportuno ahora su examen en este lugar (123).

En cuanto al cotejo con obra similar en España, aparte de los señalados derivados del «Consejo Superior de Protección de Menores», poco más que añadir cabe.

A la vista de lo expuesto, no parece difícil concluir que —*con relación* a la normativa reformadora proyectada— no aparecen referencias significativas en su exposición de motivos alusivas a la obtención de estos datos sociológicos de suyo siempre interesantes y trascendentes.

B) Aspectos fácticos jurídicos

A tales aspectos fácticos de tipo jurídico he aludido, como he dicho, al examinar las cuestiones pendientes desde el perfil *funcional* en el epígrafe V precedente. En esquema, se reducen a los que siguen:

- .. Ausencia de definición del abandono.
- .. Indeterminación de qué es la «situación de desamparo».
- .. Los hechos de entrega de niños *al* establecimiento y *por el* establecimiento quedan en indefinición total.
- .. Elogiable la situación *previa* a la adopción del «acogimiento familiar».
- .. La adopción como acto o instrumento 'de integración familiar' parece es conceptuada en la exposición de motivos del Proyecto de Ley *como algo que ya no es acto privado*. La duda es si un acto deja de ser privado por hacerse ante un Juez; verbigracia, emancipación, reconocimiento de hijo, etc. Esa aparente 'conversión formal' me suena a una pura *ficción* más (124).

(123) Véase Giuseppe SANTI: *Adozione e sistema familiare: strumenti e tecniche di valutazione*, Ed. Giuffrè, Varese, 1984, págs. 8 y sigs., 29 y sigs. y 68 y sigs. Distingue muy descriptivamente SANTI en la adopción el proceso de asunción de decisiones y el proceso de valoración, ésta *en el tiempo* (con gráficos de «genogramas») y *en el espacio* (con gráficos de «ecomapas»)

(124) Parece, salvo mejor opinión, que la distinción entre acto privado y acto público no es demasiado sólida. No hay el menor fundamento para sostener algo así, ya que la contraposición parece ser doble: acto administrativo-acto privado, o bien actos procesales-actos no procesales. Para la primera distinción, véase la doctrina administrativista: VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo*.

- .. La denominada 'propuesta' de la Entidad pública parece quedar muy en el aire, no se sabe qué es ni en qué consiste. ¿Se trata de otra ficción?
- .. ¿Qué ocurre con los existentes «Tribunales Tutelares de Menores»? ¿Cuál es su función? ¿Ejercen jurisdicción? (125).
- .. No aparece regulado el hecho notable y frecuentísimo de la adopción *internacional* —o sobre niños extranjeros—, a diferencia de la moderna ley italiana (126).
- .. No aparece regulado el hecho diferenciador de la separación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Esta normativa propuesta *de tipo estatal* es necesaria e indispensable, pero a modo de lo que los administrativistas denominan 'ley-

tomo II, Ed. Uned, Madrid, 1974, págs. 20 y sigs. y 68 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, págs. 339 y sigs., Ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1975. Para la segunda distinción, véase L. PRIETO-CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, págs. 555 y sigs.

Por lo expuesto, no siempre que interviene un Juez el acto se convierte *ipso facto* en judicial o procesal, *máxime si no hay un contencioso previo* y si la materia sobre la que actúa es del ámbito del Derecho privado.

Me he ocupado, *en parte*, de este punto en mi estudio citado en nota 3, páginas 464 y sigs. El acto de adopción *no deja de ser privado* por intervenir el Juez: es decir, *no es* un acto judicial.

En un sentido muy similar al por mí expuesto, casi toda la doctrina francesa: de allí viene *importada* esa pretendida noción de «integración familiar». Puede verse, al respecto:

- Jean CARBONNIER, *op. cit.*: «Por la libertad que abre a los individuos de crear una relación de parentesco, y de parentesco legítimo, sin matrimonio ni procreación, la adopción plena *aparece como un instrumento de remodelación de la familia*» (subrayados míos: JCG).
- Catherine LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, pág. 172, repite esta cita de J. CARBONNIER y propone otros modelos *alternativos* de cuidar o encargarse de los hijos de otro: el padrinazgo, la delegación de la autoridad parental, la guarda confiada a otra persona, la colocación de un niño, etc. Estos géneros «menores» que no realizan totalmente la *integración* en una familia permanecen sujetos a un *control judicial o administrativo*.

(125) Se pronuncia por la *negativa* el Magistrado del Tribunal Supremo don Cecilio SERENA VELLOSO; véase la *cita* en CALVO CABELLO, *op. cit.* en nota 95 precedente, titulada «Aspectos jurisdiccionales de la aplicación del Código Civil y de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en materia de adopción y guarda y custodia», *op. cit.*, págs. 47 y sigs., espec. pág. 54.

(126) Véase, al respecto, Mario FINOCCHIARO, *op. cit.*, págs. 325 a 430, en sus «Comentarios a los artículos 29 al 43» de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983.

También sobre este punto, la muy interesante aportación del Magistrado del Tribunal Supremo de Italia don Paolo VERCELLONE titulada: «Evolución del régimen jurídico de la adopción en Italia. Aspectos metajurídicos de la acción judicial en materia de protección de menores», en el volumen colectivo dicho en la *nota 95*, páginas 102 y sigs., espec. págs. 170 y sigs. y 175.

marco' (127), lo que implica que posteriormente las Comunidades Autónomas puedan ejercitar sus competencias por vía de 'leyes de desarrollo'.

- Puede producirse una discriminación respecto de los padres naturales con la nueva normativa.
- El plazo mínimo para dar la madre su consentimiento parece *debería ser entre seis y ocho semanas*.
- No aparece declaración respecto de un período de prueba.
- El procedimiento aparente es judicial, pero más bien es híbrido, con una parte administrativa.
- El procedimiento debería ser *esencialmente* administrativo total, sujeto a las garantías del procedimiento administrativo general.
- No se sabe el porqué de la intervención judicial en la adopción, ni cuál es el tipo de Juez concreto que postula la nueva normativa.
- Parece necesaria una reordenación de la Administración, con la creación de un organismo central destinado a lo que podría llamarse 'Servicio Social para la Infancia, Guarda de Menores y Adopción', aprovechando las ya amplias experiencias del «Consejo Superior de Protección de Menores» del Ministerio de Justicia.

C) LA DIMENSIÓN VALORATIVA DE LA ADOPCIÓN

Si en el apartado A) me refería a la dimensión *normativa*, con la remisión consiguiente a todo lo expuesto precedentemente en torno al Proyecto de Ley de 1987, cabría decir que me estaba moviendo en torno al derecho 'válido' o, en tono más moderno, en los confines de la «Ciencia de la Legislación» al efectuar una aproximación al fenómeno legislativo desde perspectivas distintas y —dentro de tal 'Ciencia' seguiría en la parte de la misma dedicada a lo que hoy suele denominarse 'Legística' (128): es decir, seguiría en el estudio de cuál ha sido la especial *técnica legislativa* utilizada en dicho Proyecto de Ley, tanto en cuanto a aspectos *formales* como en cuanto a los *sustanciales* o de contenido o redacción de cada uno de los artículos del mismo.

(127) Véase, por todos, S. MUÑOZ MACHADO: *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*. Ed. Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1979, págs. 85 y sigs., especialmente págs. 92 y sigs.

En un sentido similar. véase VERCELLONE, *op. y loc. cit.*, pág. 173.

(128) Véase la clasificación de O. WEINBERGER en tal sentido: en la obra titulada *L'évaluation législative, pour une analyse empirique des effets de la législation*, a cargo de Luzius MADER, Ed. Payot, Lausana, 1985, págs. 5 y sigs.

Si en el apartado B) me refería a la dimensión *fáctica o sociológica*, con la remisión al examen de las cuestiones del perfil funcional o de la práctica jurídica de la adopción, cabría decir que me estaba moviendo en un estrecho margen sectorial comprendido o abarcado entre la 'Metodología Legislativa' y la pura 'Legística': es decir, me situaba en el ámbito de la mera interpretación como tarea normal de un 'operador jurídico'.

Si en este apartado C) me voy a referir a la dimensión *valorativa o axiológica* implícita en el presente Proyecto de Ley de 1987 que ahora se comenta, quíere decir que se trata de operar con criterios ideales, juicios, valores, y entonces parece que me estoy situando en terrenos ambiguos, propios de la hoy llamada «Evaluación Legislativa», entendida como el conjunto de análisis científicos acerca de *los efectos* posibles de los actos legislativos (129): es decir, me situaría en un terreno para el que no dispongo de materiales ni bagajes adecuados y en un momento quizá inoportuno. Por todo lo cual parece más oportuno situarse en un terreno algo equidistante *entre* la mera 'Teoría de la Evaluación Legislativa' como rama distinta *dentro* de la «Ciencia de la Legislación» y la posición teórica doctrinal con su lastre personal de criterios valorativos o referentes a *la justicia*. Y así las cosas, creo conveniente terminar este punto distinguiendo en este apartado C) otros *tres aspectos*: el científico-técnico-legislativo general, el valorativo doctrinal específico en orden a la adopción y el valorativo *especialísimo* de la utopía.

1.º *Aspecto científico-técnico-legislativo general*.—Brevemente resumido, atendido el planteamiento de L. MADER, habría aquí que dejar 'aparcados' los conceptos de *efectividad* y de *eficiencia* hasta tanto no sea aprobada y publicada la proyectada Ley de Reforma de la Adopción, y, luego, habría que aventurar el grado posible de *eficacia* y de *impacto* de esta nueva ley a punto de ser aprobada. O de otro modo, *en primer lugar*, plantearse *el problema de la percepción de los objetivos de la ley*, comparando el resultado realmente esperado y el resultado querido; y, *en segundo lugar*, tratar de augurar *el conjunto de efectos* pertinentes de la nueva ley.

En cuanto al *primero, objetivos* de la ley, claramente manifestados en la exposición de motivos de la misma, se han puesto precedentemente a la consideración del lector y se ha podido detectar una obvia

(129) Véase la obra de L. MADER citada en nota 128 anterior, págs. 44 y sigs. El autor presenta los distintos *tipos* de evaluaciones (prospectiva-retrospectiva, legislativa-de programas, provisional-final) y analiza *los conceptos básicos* de la que llama «Evaluación legislativa» (efectividad, eficacia, eficiencia, impacto —y *dentro de éste*, los posibles *efectos*—).

expresión legislativa en el articulado, y, en consecuencia, habrá que aguardar a la redacción final de esta ley una vez aprobada.

En cuanto al *segundo, efectos posibles* de la ley, con la misma salvedad de tener que aguardar a la redacción final de la misma, cabría decir que en la normativa postulada la previsión de posibles efectos es de una gama amplísima, ya que, verbigracia, cabe detectar ya unos explícitamente pretendidos, otros previstos, los más benéficos y directos, otros diferidos, alguno simbólico y unos de retroacción y otros de anticipación. O sea, habrá de todo, como en botica, según expresión usual entre nosotros. El ir aludiendo a cada artículo, párrafo, inciso, norma, etc., concretos en que se recoja uno y otro tipo de esos efectos apuntados, es ya tarea excesiva para mí y creo que ya fuera de lugar.

2.º *Aspecto valorativo doctrinal especial en cuanto a la adopción.*— En el epígrafe IV precedente me había referido a la noción francesa reciente acerca del *rol* de instigación de la doctrina con su doble función retrospectiva y prospectiva sobre la forma de evaluar la labor legislativa. Entre nosotros no parece que haya especial atención a tales funciones de la doctrina en torno al proceso legislativo *en general*, y la opinión común de los autores y grandes tratadistas —CASTÁN TOBEÑAS, DE CASTRO, DíEZ PICAZO, LACRUZ, ALBALADEJO, PUIG BRUTAU, DE LOS MOZOS, entre otros muchos— gira en torno al pretendido carácter de ‘fuente de Derecho’ de la doctrina, resaltando su valor *auxiliar* e instrumental que más tarde cabe sea recogido por la Jurisprudencia de los Tribunales. En lo referente a la relación de la doctrina con la ‘Ciencia de la Legislación’ el aspecto más relevante quizá —y muchísimo más *en este punto* de la adopción— es el de si en orden a la interpretación de la ley cabe enmarcar los trabajos doctrinales *dentro* de lo que suele llamarse «materiales prelegislativos» o si más bien se trata de unos meros precedentes o antecedentes históricos *de una concreta ley (aquí, en nuestro caso, la de adopción)* (130).

A lo que parece, las ideas doctrinales más innovadoras que he recogido en dicho epígrafe IV pueden muy bien encuadrarse por su contenido en lo que la técnica escandinava denomina *expounding texts* o comentarios técnicos a determinado proyecto (131).

(130) Sobre el concreto punto de «Materiales prelegislativos», véase la concienzuda exposición germanicista de P. SALVADOR: «Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica», en ADC, 1983, págs. 1657 y sigs., luego reiterado como el *Capítulo final* de «La Compilación y su historia (Estudios sobre codificación y la interpretación de las leyes)», Ed. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 447 y sigs.

(131) Así, en S. STRÖMHOLM: *Legislative material and construction of Statutes. Notes on the continental approach. Scandinavian Studies in Law*, núm. 10. Editorial F. Schmidt, Estocolmo, 1966, núm. 7, págs. 189 y sigs. (la cita en P. SALVADOR, *op. cit.*, Ed. Bosch, pág. 474 y nota 72).

Desde el punto de vista de *la incidencia* de estas valoraciones doctrinales acerca de la normativa de la adopción *sobre* la postulada normativa en el Proyecto de Ley aquí comentado, la cosa parece más clara. Para R. BERCOVITZ, por lo anteriormente dicho y reseñado (132), parece que un texto legal *que recoja esas características técnicas por él demandadas* va a conseguir la *doble finalidad* de «erradicar la adopción con fines distintos y atender plenamente al sentido social de la misma». Por tanto, es así que la nueva normativa postulada en el Proyecto de Ley *cumple* esas exigencias en grado pleno y máximo, luego la finalidad pretendida por dicho autor parece debería cumplirse sin más.

Desde mi particular punto de vista en este punto, aparte mi actitud crítica, dubitativa y prospectiva a un tiempo ya dicha, no me preocupa el tema de la incidencia personal sobre esa postulada nueva reglamentación, sino las posibles deficiencias de ella derivadas en torno al perfil funcional ya denunciadas y la necesidad inapelable de acudir a una intervención administrativa *total* en la materia ya demandada.

Finalmente, *desde mi punto de vista*, más que esa incidencia valorativa sobre una nueva normativa, va a primar mucho más *la muy personal posición de cada autor* —o en el argot de moda, ‘operador jurídico’— en los puntos de su relación con las ideologías, con el control social y el ‘oligopolio’ tradicional detentado sobre *todo* el Derecho privado, con su integración en los nuevos sistemas socioeconómicos o como representante de una «alternativa» crítica al sistema, de su toma de conciencia de las conexiones con otros sectores jurídicos y de su aceptación de la inter-relación con las ‘Ciencias Sociales’. Son estas demasiadas cuestiones para el análisis, quedando aquí meramente esbozadas, y para un mejor desarrollo me permito remitirme a la doctrina italiana, más sensibilizada al respecto, como F. LUCARELLI (133). Estas y otras posibles cuestiones más centradas en la materia de la adopción entiendo hacen tránsito al nuevo y último apartado de este aspecto o dimensión *valorativa*.

3.º *Aspecto valorativo doctrinal ‘especialísimo’ de la utopía.*—Parece haber quedado evidenciado que hay rasgos claros de planteamientos *utópicos* no sólo en la parte de fundamentación o justificación del Proyecto de Ley de 1987, sino también en las exigencias de las postuladas características técnicas que el mismo debería contener a juicio de los auto-

(132) Véase nota 66 precedente.

(133) Véase Francesco LUCARELLI: *Diritti civili e Istituti privatistici (Contributi di E. BRIGANTI, M. CIANCO y L. RUSSO)*, 2.ª ed., Ed. Cedam, Padova, 1984, páginas 4 y sigs., 41 y sigs., 58 y sigs., y *todo el Capítulo VI*, págs. 125 a 160. De manera especial, son notables las alegaciones de las págs. 137 y sigs., 144 y 152 y sigs. En este lugar sólo cabe remitirse a la obra en general, con alguna pequeña salvedad en lo pertinente a nuestra materia de trabajo.

res más sensibilizados al respecto (BERCOVITZ, yo mismo). Habría que ver el grado de incidencia de esa parte de 'utopía' sobre lo jurídico: en ello tenemos pocos cultivadores, aun contando con el buen ejemplo de nuestros vecinos franceses (134). Parece que la utopía es la respuesta a una patología del cuerpo social y que se mueve sobre los dos polos indisociables de lo religioso y lo civil. La conclusión de G. GUYÓN es la de que «la Utopía, a través de variadas máscaras institucionales, de su juridicismo idealizado, es el discurso más cruelmente legible de todos los sueños sociales» (135).

Dejando a un lado ahora este componente *utópico* en el aspecto valorativo doctrinal, interesa someramente reasumir aquellas ideas de F. LUCARELLI y hacer constar cómo las recientes crisis sociales han conducido a una crisis paralela de los juristas, a una reagrupación por 'microsistemas' de las variadas categorías generales del Derecho privado, al ocaso de los ochocentistas Códigos Civiles, al surgimiento de las modernas 'leyes civiles especiales', a la relegación del jurista a una cultura de tipo *meridionalista* —identificada con latifundios y propiedades y actividades agrarias— y a su extrañamiento a los objetivos de acomodación a la nueva sociedad (136). El jurista tradicional queda como 'durmiendo' y el jurista nuevo deviene en 'vigilante' en esta nueva perspectiva italiana, y lo que se trata de resolver —*punto central*— es el problema de si el jurista conservará o no su puesto clásico de 'hombre del sistema' o de perenne consejero 'áulico' del poder, o si más bien va a reducir su función a la mera *mediación* de su 'rol creativo' en su indeclinable tarea de indicar al legislador las carencias normativas que cabe eliminar con las oportunas reformas. Este es el dilema actual, y parece claro —por lo hasta aquí expuesto— que mi posición es la última.

Como final de este punto, vistas la utopía en general y en relación con la adopción y considerada la misión moderna del jurista, hoy por hoy y utopía frente a utopía, me quedo con la mía ya explicitada.

• A MODO DE RESUMEN

Como consideraciones ya *concluyentes* apunto las siguientes:

- 1.^a *Respecto de la dimensión normativa.*—La nueva normativa proyectada instaaura una 'nueva planta' sobre la adopción subsumida

(134) Así, en G. GUYÓN: «L'utopie et l'imaginaire juridique», en el volumen de los *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 30, «La Jurisprudence», Ed. CNRS, Sirey, París, 1985, págs. 261 y sigs.

(135) Véase en GUYÓN, *op. cit.*, pág. 275.

(136) Véase en LUCARELLI, *op. cit.*, págs. 151 y sigs.

dentro de la noción genérica de 'protección de menores', es de contenido esencialmente innovador, de valoración muy progresista e inspirada en las ideas de R. BERCOVITZ.

- 2.^a *Respecto de la dimensión fáctica.*—No aparecen referencias a la serie de datos sociológicos necesarios en una reforma tal como la pretendida, quedan en indefinición total una serie de cuestiones de la praxis o perfil funcional, y no se ha aprovechado la experiencia de organismos existentes para crear un nuevo y único organismo central como 'Servicio Social' dedicado a los temas de menores.
- 3.^a *Respecto de la dimensión valorativa.*—En el aspecto científico legislativo general habrá que esperar a ver si los objetivos y efectos posibles de la nueva normativa se producen tras su aprobación y entrada en vigor; en el aspecto especial del tratamiento doctrinal, aceptada su configuración como 'medio auxiliar' de interpretación y la personal visión particularista de cada autor sobre la adopción, habrá que relacionar tales tratamientos con su relación con la utopía y con su actitud como hombre del sistema; y en el aspecto especialísimo de la utopía, una u otra, opciones posibles para el legislador, creo habrá que estar a aquella que defienda el valor permanente de *la justicia* y de *la dignidad del hombre* con sus secuelas de la necesaria protección con las garantías adecuadas frente a la arbitrariedad y de la exclusión de cualquier forma de 'discriminación' social.

(Escrito en Ibiza, día 31 de marzo de 1987.)

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario. Miembro del «Comité de
Expertos del Derecho de los Esposos»
del Consejo de Europa (1980)

• BIBLIOGRAFIA

Una relación bibliográfica en materia de adopción haría interminable este apartado, que de intento quiere ser breve. Por lo mismo que escribía en otra ocasión precedente sobre la misma materia, se ha procurado voluntariamente reducir al máximo la relación dicha, con una *selección personal* cuyas NOTAS caracterizadoras son la de haber sido *utilizadas directamente* en este estudio y la de ser *posteriores a 1980* y referentes *globalmente* a la institución considerada *in toto*.

Dicha relación por *orden cronológico* es como sigue:

- SERRANO GARCÍA, Rosa: «Ley de Reforma de la Legislación de Menores», en *Cuadernos de Documentación*, núm. 24, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.
- LÓPEZ CABALLERO, Alberto: «La adopción en Alemania», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXXII, 2.ª época, núm. 5, mayo 1981, páginas 561 y sigs.
- DORAL, José A.: *Sobre la reforma del Derecho de Familia*, Granada, 1981.
- DUYME, Michel: «Les enfants abandonnés: rôle des familles adoptives et des assistantes maternelles», en *Monographies Françaises de Psychologie*, núm. 56, Ed. du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1981.
- ROPPO, Enzo: «Amministrazione dei conflitti domestici e problemi di organizzazione pubblica», en el volumen II, *Il giudice nel conflitto coniugale (La famiglia tra autonomia e interventi pubblici)*, Soc. edit. Il Mulino, Bolonia, 1981, págs. 337 y sigs.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, «Derecho de Familia», Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 270 y sigs.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José M.ª: «Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España», en el volumen colectivo *Il Diritto del minore alla famiglia*, Nápoles, 1982, págs. 391 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed. revisada, Ed. Edersa, Madrid, 1982, págs. 260 a 449.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, «Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)», Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 673 a 713.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, «Derecho de Familia», Ed. Edersa, Madrid, 1983, págs. 274 y sigs.
- FINOCCHIARO, Alfio, y FINOCCHIARO, Mario: *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* (commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184), en la colección titulada 'Leggi commentate', Ed. Giuffrè, Milán, 1983.
- BONET CORREA, José: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo I (título preliminar y libro primero), Ed. Civitas, Madrid, 1984, páginas 486 a 500.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil», en el volumen colectivo *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1147 y sigs.
- SANTI, Giuseppe: *Adozione e sistema familiare: strumenti e tecniche di valutazione*, en la colección de Psicología Jurídica e Criminale, dir. por G. GULOTTA, Ed. Giuffrè, Varese, 1984.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: «El Derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas», en la revista *Documentación jurídica*, núm. 41, enero-marzo 1984, págs. 109 a 145.
- CERDÁ GIMENO, José: «Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973)», en la sección II, «Jurisprudencia comentada», en esta *Revista*, núm. 567, año LXI, marzo-abril 1985, págs. 407 y sigs.
- FERRANDIS VILELLA, José: «Nuevas perspectivas de la adopción», en el volumen colectivo «Familia y cambio social», de la *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Empresariales*, Ed. ICADE, Madrid, 1985, págs. 107 a 124.
- GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo V, vol. 2.º («Relaciones paternofiliales y tutelares»), «Derecho de Familia», 9.ª ed., revisión de G. GARCÍA CANTERO y J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1985, págs. 279 y sigs., esp. 320 y sigs.

AA.VV.: *Aspectos jurídicos de la protección a la infancia*, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, Edit. Departamento de Publicaciones y Documentación del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1985.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E.: *Adopción* (Circular núm. 13, de 20 de marzo de 1987, Ilustre Colegio Notarial de Baleares).

(Esta *relación* aparece *cerrada* el 31 de marzo de 1987.)

APENDICE I

CUADRO COMPARATIVO DE LA NORMATIVA DEL CODIGO CIVIL (SEGUN LEY 11 DE 13 DE MAYO DE 1981) Y DE LOS PROYECTOS DE LEY DE 1986 Y 1987

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
CAPITULO V <i>De la adopción</i> SECCION PRIMERA Disposiciones generales Art. 172.—La adopción puede ser plena y simple. La adopción simple se podrá convertir en plena si concurren los requisitos exigidos para ésta. La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado. No pueden adoptar: Primero.—Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio. Segundo.—El tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.	Artículo 2.—El Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, que comprende los artículos 172 a 180, inclusive, quedará redactado, bajo la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores», con el siguiente contenido: Artículo 172.—1.º La entidad pública a que en el territorio corresponde la protección de los menores tendrá su tutela, en tanto se encuentren en situación de desamparo. Tendrá también la guarda cuando los que tengan potestad sobre un menor lo soliciten por no poder tenerlo en su compañía a causa de enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. 2.º El ejercicio de la guarda corresponde, bajo la vigilancia de la entidad pública, al director del establecimiento en que el menor es internado o a las personas que lo reciban en acogimiento. Se procurará que los hermanos queden encomendados a una misma institución o persona.	Artículo 2.—El Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, que comprende los artículos 172 a 180, inclusive, quedará redactado bajo la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores», con el siguiente contenido: SECCION PRIMERA «De la guarda y acogimiento de menores» Artículo 172.—1.º La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. 2.º La entidad pública asumirá sólo la guarda cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten por no poder atenderlo por enfermedad u otra circunstancia grave, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Tercero.—Uno de los cónyuges, sin consentimiento del otro, salvo lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 178.

Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona.

Artículo 173.—La adopción requiere la aprobación del Juez competente, con intervención del Ministerio Fiscal.

Habrán de prestar consentimiento para la adopción:

A) El adoptante y su cónyuge.

B) El adoptado mayor de catorce años y su cónyuge. En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando.

C) El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad.

D) El tutor con autorización del consejo de familia si la tutela estuviera constituida.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

3.º Corresponde al Juez la superior vigilancia de la tutela o guarda de los menores. A este efecto, se le dará cuenta de los nuevos ingresos de menores y de su acogimiento. Al menos, semestralmente inspeccionará la situación del menor y, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, adoptará las medidas adecuadas.

4.º Se procurará la reinserción del menor en la propia familia.

Artículo 173.—1.º Los menores que estén bajo la guarda de una entidad pública pueden ser confiados a personas que puedan proporcionarles su integración en una vida de familia. Serán preferidas las que cumplan las condiciones exigidas para la adopción.

El acogimiento familiar se formalizará por escrito en el que prestarán su consentimiento la entidad pública y las personas que reciban al menor. Si fueren conocidos los titulares de la patria potestad o tutela, se requerirá, además, el consentimiento de éstos o que el Juez lo estime necesario para el bien del menor, previa audiencia de los padres o tutores.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

3.º La guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por las personas que lo reciban en acogimiento.

4.º Se procurará la reinserción del menor en la propia familia y, en tanto sea posible, que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

Artículo 173.—1.º El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

2.º Se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviere doce años cumplidos. Cuando fueren conocidos los titulares de la patria potestad o de la tutela, será necesario, además, que éstos consientan el acogimiento o que el Juez aprecie su conveniencia para el menor, previa audiencia de los padres o tutores. Se requerirá la audiencia del menor de doce años desde que tuviere suficiente juicio.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Deberán simplemente ser oídos el adoptando menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado. Cuando se trate de huérfanos, serán también oídos los abuelos de la línea del padre o madre pre-muertos.

Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptado, no pudiese ser citado o citado no concurriese, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando. Lo mismo se observará en cuanto a las personas que deban ser oídas, aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción.

El Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos.

Artículo 174.—En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

También será necesario el consentimiento del menor si tiene más de doce años y se le oirá desde que tenga suficiente juicio.

2.º Las personas que acojan al menor deberán velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. El Juez podrá privar a los padres que no tengan la patria potestad del derecho a visitar al menor acogido, cuando de su ejercicio pudiera racionalmente resultar para éste un grave perjuicio.

3.º El acogimiento cesa por la decisión de quienes tienen acogido al menor, una vez comunicada a la entidad pública.

También el Juez podrá acordar que cese el acogimiento tras oír al menor y a los que le tienen acogido. El procedimiento podrá iniciarse a petición del menor, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal, de los padres o tutores o bien de oficio. La petición de los padres que no hayan perdido la patria potestad será atendida si es posible la reinserción efectiva del menor en la propia familia, sin perturbaciones dañosas para éste.

Artículo 174.—Nadie puede ser abandonado por más de una persona mientras viva el adoptante. Se exceptúan los cónyuges, que pueden adoptar simultánea o sucesivamente a una misma persona.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

3.º El acogimiento del menor cesa bien por decisión judicial, bien por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública. También cesará a petición de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía. Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez.

4.º Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la conveniente reserva.

Artículo 174.—1.º Incumbe al Juez la superior vigilancia de la tutela o guarda de los menores a que se refiere esta Sección.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos:

a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación.

b) Cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

En uno y otro caso, para la apreciación de abandono bastará que hayan transcurrido treinta días continuos sin que la madre, padre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo.

La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

El adoptante habrá de tener veinticinco años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. Todo adoptante ha de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

Sólo pueden ser adoptados los no emancipados. Sin embargo, será posible la adopción de un emancipado cuando haya existido inmediatamente antes de la emancipación una situación interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de los catorce años.

No pueden adoptar los ascendientes a sus descendientes ni un hermano a otro.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

2.º A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores o de su acogimiento. El Juez habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y dispondrá, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, las medidas de protección adecuadas.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Artículo 175.—Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública, que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.

El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado, ni su condición de tal. Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no podrá expedirse certificación literal.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

Artículo 175.—1.º La adopción se constituye por resolución judicial. El juez tendrá en cuenta, preferentemente, el interés del menor.

2.º La resolución exige propuesta previa de la entidad pública correspondiente.

En la propuesta se expresará especialmente:

a) El último domicilio conocido del cónyuge del adoptante y el de los padres o guardadores del adoptando.

b) Si uno y otros han formalizado ya su asentimiento ante la entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta del juzgado.

c) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relacionados con el adoptando.

Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refiere el apartado b) y cuantos informes o dictámenes se juzguen oportunos.

3.º No se requiere propuesta previa.

1. Cuando el adoptando esté emancipado.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987SECCION SEGUNDA
«De la adopción»

Artículo 175.—1.º La adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años cumplidos. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

2.º Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes que el adoptado hubiere cumplido los catorce años.

3.º No pueden adoptar:

1. El ascendiente a su descendiente.
2. Un hermano a otro hermano.
3. El tutor a su pupilo hasta que hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas.

4.º Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Artículo 176.—Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza.

La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante.

La adopción confiere al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Cuando un cónyuge adopte al hijo de otro, la patria potestad se atribuirá a ambos.

Extinguida la patria potestad del adoptante o adoptantes, se aplicarán en su caso las normas de la tutela, excluyendo de los llamamientos legales a los parientes por naturaleza.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

2. Cuando el adoptando sea huérfano y el adoptante pariente colateral de tercer grado por consanguinidad o afinidad.

3. Cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante.

4. Cuando el adoptando lleve más de un año acogido por el adoptante.

El Juez, no obstante, podrá recabar información de la entidad pública.

4.º En ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres o guardadores se refiera a adoptantes determinados.

Artículo 176.—1.º Antes de acordarse la adopción han de consentir en ella ante el Juez el adoptante o adoptantes y el adoptando si ha cumplido los doce años.

2.º También es necesario que ante el Juez o en documento auténtico presenten su asentimiento el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando. No se requiere este asentimiento:

a) Si lo han prestado antes y no han transcurrido seis meses cuando se presenta la propuesta de adopción.

b) Cuando sufran enfermedad o deficiencia persistentes que les impidan manifestar la voluntad,

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

Artículo 176.—1.º La adopción se constituye mediante resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado.

2.º Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública.

No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2. Ser hijo del consorte del adoptante.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

Artículo 177.—La adopción es irrevocable.

La determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado no afecta a la adopción.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

1.º El adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiere desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes.

2.º El padre o la madre, dentro de los dos años siguientes a la adopción, sólo en el caso de que no hubiere intervenido en el expediente de adopción, ni prestado consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

c) Tratándose del cónyuge, cuando haya separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

d) Tratándose de los padres, si están privados legalmente de la patria potestad o han dado causa para ello.

3.º No se admitirá el asentimiento irrevocable de la madre del adoptando en tanto no transcurran quince días desde el parto.

Artículo 177.—El Juez deberá oír previamente:

1.º A los padres, en todo caso.

2.º Al tutor si la tutela estuviera constituida, y, en su caso, al guardador de hecho.

3.º Al adoptando menor de doce años si tuviere suficiente discernimiento.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

3. Llevar más de un año acogido por el adoptante o bajo su tutela.

4. Estar emancipado.

Artículo 177.—1.º Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2.º Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2. Los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

3.º El Ministerio Fiscal, siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado.

La extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

SECCION SEGUNDA
De la adopción plena

Artículo 178.—Sólo podrán adoptar plenamente: Los cónyuges que vivan juntos y procedan de consuno; el cónyuge separado legalmente; las personas en estados de viudedad, soltería o divorcio, y uno de los cónyuges, al hijo de su consorte.

Únicamente podrán ser adoptados de manera plena los menores de catorce años y los que, siendo mayores de tal edad, estuvieren viviendo antes de alcanzarla en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos; aunque no mediare esta circunstancia, podrán serlo también los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, que el Juez valorará en la forma establecida en el artículo 173.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

Artículo 178.—1.º Conforme a las disposiciones de este Código, la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la afiliación por naturaleza y, en consecuencia, el adoptado forma parte, como los demás hijos, de la familia del adoptante o adoptantes.

2.º La adopción extingue las relaciones con la familia de origen, con excepción de lo previsto para los impedimentos matrimoniales.

No obstante, persistirán sin modificación alguna:

a) Cuando uno adopte al hijo de su consorte, aunque el consorte hubiere fallecido.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido quince días desde el parto.

3.º Deberán ser simplemente oídos por el Juez:

1. Los padres, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

2. El tutor si estuviere nombrado y, en su caso, el guardador de hecho.

3. El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio

Artículo 178.—1.º La adopción produce la extinción de las relaciones del adoptado con la familia de origen, que sólo persistirán:

1. Cuando el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2. Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

El adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza.

Artículo 179.—El hijo adoptivo y sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes.

Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

b) Cuando sólo esté determinado legalmente un progenitor y el adoptante sea persona de distinto sexo. En este caso se requiere, además, que así lo acuerde el Juez al tiempo de la adopción, con la conformidad del adoptante, del adoptado si tuviere más de doce años y del padre o madre cuyo vínculo ha de persistir.

3.º La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

Artículo 179.—Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no se dará publicidad, a partir de la adopción, de dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

2.º Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

Artículo 179.—1.º El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptando o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias.

2.º Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptando dentro de los dos años siguientes.

3.º Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo mayor de edad,

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

SECCION TERCERA
De la adopción simple

Artículo 180.—La adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general en la sección primera del presente capítulo. Respecto del cónyuge separado legalmente regirá lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 178.

En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando por los del adoptante o adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia, en cuyo caso se fijará el orden de los mismos. A falta de pacto expreso, el adoptado conservará sus propios apellidos.

Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas.

En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes.

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

Artículo 180.—1.º La adopción es irrevocable.

2.º Podrá, no obstante, acordarse judicialmente la extinción de la adopción a instancia del padre o de la madre por naturaleza, siempre que concurren las circunstancias siguientes.

a) Que la demanda se presente dentro de los dos años siguientes a la adopción.

b) Que el demandante no hubiere consentido la adopción, ni se encuentre en las situaciones previstas en el artículo 176, 2.º, apartado d), ni hubiere sido oído en el expediente por circunstancia que no le sea imputable.

c) Que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

3.º Si el adoptante hubiere dado causa, con su comportamiento, para ser privado de la patria potestad, el juez, a petición del Ministerio Fiscal, o a petición del adoptado dentro de los dos años siguientes a su plena capacidad, acordará que el adoptante quede, desde la interposición de la demanda, excluido de las funciones tuitivas y de ostentar derechos por ministerio de la Ley respecto del adoptado o de sus descendientes, o en sus herencias.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

Artículo 180.—1.º La adopción es irrevocable.

2.º El juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieran sido oídos en el expediente. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

3.º La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad adquirida ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

4.º La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
DISPOSICION TRANSITORIA DE LA LEY 7/1970, DE 4 DE JULIO Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado.	En este caso, el adoptado no emancipado podrá ser objeto de nueva adopción, que extinguirá la anterior. 4º La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad española ni alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos. DISPOSICIONES TRANSITORIAS <i>Primera.</i>—En los expedientes de adopción plena pendientes ante los Tribunales a la entrada en vigor de esta Ley regirá en todo la legislación anterior, a menos que los solicitantes interesen la aplicación de la nueva Ley. Quedarán sobreseídos los expedientes de adopción simple en que no haya recaído resolución judicial. <i>Segunda.</i>—Las adopciones simples o menos plenas subsistirán con los efectos que les reconocía la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma.	DISPOSICIONES TRANSITORIAS <i>Primera.</i>—Contiene idéntica redacción. <i>Segunda.</i>—Contiene idéntica redacción.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
	DISPOSICION FINAL 1. La tutela, acogimiento y demás instituciones de protección de los menores se regirán exclusivamente, en materia civil, por las disposiciones del Código Civil y por las Leyes y compilaciones que el Código deja a salvo.~ 2. Las normas procedimentales sobre medidas de protección de menores serán aplicadas con las adaptaciones exigidas por el Código Civil y por la presente Ley. 3. Quedan derogados la regla 16 del artículo 63 y los artículos 1.825 a 1.832, ambos inclusive, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.	DISPOSICION FINAL 1. Mantiene idéntica redacción. 2. Mantiene idéntica redacción. 3. Desaparece.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
	DISPOSICIONES ADICIONALES <i>Primera</i>—Las funciones públicas referidas en el Capítulo V, Título VII, Libro I del Código Civil incumben a los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a que, con arreglo a las Leyes, corresponda en el territorio respectivo la protección de menores. Las funciones que incumben a estas entidades, pueden ser llevadas a cabo por las asociaciones o fundaciones que hayan obtenido del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma competente, según corresponda, la calificación de institución colaboradora de integración familiar. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones. La condición de institución colaboradora sólo podrá otorgarse a las asociaciones no lucrativas y a las fundaciones, cuando en los respectivos estatutos o reglas figure como fin la protección de los menores y siempre que dispongan de los medios materiales y personales adecuados.	DISPOSICIONES ADICIONALES <i>Primera</i>.—Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las Leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores. No obstante, las funciones públicas que, conforme a esta Ley, incumben a tales entidades pueden ser ejercitadas por las asociaciones o fundaciones que hayan obtenido del Ministerio de Justicia, o de la Comunidad Autónoma competente, según corresponda, la calificación de institución colaboradora de integración familiar. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones. La condición de institución colaboradora sólo podrá otorgarse a las asociaciones no lucrativas y a las fundaciones, cuando en los respectivos estatutos o reglas figure como fin la protección de los menores y siempre que dispongan de los medios materiales y personales adecuados.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986

La calificación se otorgará previo expediente o igualmente podrá ser dejada sin efecto si la asociación o fundación deja de reunir los requisitos exigidos o infringe en su actuación las normas legales.

Estas instituciones estarán sometidas a las directrices e inspección de la autoridad de quien reciban la calificación.

Incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación de sus actividades en el ámbito nacional.

Las personas que trabajen en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras estarán obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando en particular que la familia de origen conozca a la de adopción.

Desde que una persona es seleccionada por la entidad pública como adoptante podrá solicitar que la entidad le proporcione los datos que posea sobre la salud del menor, previos los consentimientos legalmente necesarios.

Segunda.—Las actuaciones judiciales a que se refiere el artículo 180 del Código Civil se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda.

PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

La calificación se otorgará previo expediente. Podrá ser privada de efectos la calificación si la asociación o fundación dejare de reunir los requisitos exigidos o infringiere en su actuación las normas legales.

Estas instituciones estarán sometidas a las directrices e inspección de la autoridad de quien reciban la calificación.

Incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación de sus actividades en el ámbito nacional.

Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras estarán obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción.

Desde que una persona es seleccionada por la entidad pública como adoptante podrá solicitar que la entidad le proporcione los datos que posea sobre la salud del menor.

Segunda.—Para las funciones judiciales previstas en esta Ley será competente el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el de Familia.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
	Mientras dure el procedimiento, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz. El Juez rechazará de plano la demanda de revocación de adopción cuando resulte manifiestamente infundada, a la vista de las pruebas que se acompañan y el expediente mismo de adopción. <i>Tercera.</i>—Será competente para las demás funciones judiciales previstas en esta Ley el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el de Familia correspondiente al domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. <i>Cuarta</i> El procedimiento judicial de constitución de adopción o de cesación de un acogimiento familiar se ajustará a las reglas de los actos de jurisdicción voluntaria con las particularidades establecidas en el Código Civil y, en las reglas siguientes:	<i>Tercera.</i>—Las actuaciones judiciales a que se refieren los artículos 179 y 180 del Código Civil se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda. Durante la sustanciación del procedimiento, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz. El Juez rechazará de plano la demanda de revocación de adopción cuando, a la vista de las pruebas aprobadas y del expediente mismo, resulte manifiestamente infundada. <i>Cuarta.</i>—Desaparece. Se convierte prácticamente en las normas procesales introducidas en la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1.825 a 1.832.

LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO

PROYECTO DE LEY DE
10 DE MARZO DE 1986PROYECTO DE LEY
DE ENERO DE 1987

1.ª Será competente el Juez determinado conforme a la disposición anterior

2.ª Será potestativo valerse del Abogado.

3.ª Intervendrá siempre el Ministerio Fiscal.

4.ª Las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva.

5.ª Si en el escrito inicial no aparece el domicilio de los que deban ser citados, el Juez, en un plazo no superior a treinta días, a contar desde la presentación de la propuesta, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio.

6.ª En la citación a los padres se precisará, en su caso, la circunstancia por la cual basta su simple audiencia. Si los padres del adoptado o el cónyuge del adoptante no respondieran a la primera citación, se les volverá a citar de nuevo, una vez que hayan transcurrido quince días naturales, a contar desde la fecha en que habían de presentarse en el Juzgado.

7.ª Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción o cesación del acogimiento acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código Civil.

LEY 11/1981. DE 13 DE MAYO	PROYECTO DE LEY DE 10 DE MARZO DE 1986	PROYECTO DE LEY DE ENERO DE 1987
	8.ª La oposición de algún interesado no transformará en contencioso el expediente. Pero si los padres, citados sólo para la audiencia, se opusieren por estimar que no es cierta la circunstancia que permite excluir su consentimiento, la oposición se ventilará por los trámites del juicio verbal y contra la resolución que se dicte no cabrá recurso alguno. 9.ª El Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción resultará beneficiosa para el adoptado. 10. El auto que ponga fin al expediente será sólo susceptible de apelación. Esta se admitirá en ambos efectos contra el auto que constituya la adopción, y en un solo efecto contra el auto de cesación del acogimiento.	

APENDICE II

CUADRO COMPARATIVO DE LA UBICACION DE LA ADOPCION EN DISTINTOS CODIGOS CIVILES EUROPEOS

CC ESPAÑOL	CC. FRANCES	CC BELGA	CC ITALIANO	CC SUIZO	CC ALEMAN (RFA)
(Reforma de 1981)	(Reformas por Leyes de 11-7-66 y 22-12-76)	(Reformas por Leyes de 21-3-69, 1-3-71 y 7-5-73)	(Reforma por Ley de 4-5-83)	(Reforma por Ley de 25-6-76)	(Reforma por Ley de 2-7-76)
LIBRO I	LIBRO I	LIBRO I	LIBRO I	LIBRO II	LIBRO IV
<i>De las personas</i>	<i>De las personas</i>	<i>De las personas</i>	<i>Personas y familia</i>	<i>Derechos de la familia</i>	<i>Derecho de familia</i>
TITULO VII	TITULO VIII	TITULO VIII	TITULO VIII	2. ^a PARTE	SECCIÓN 2. ^a
<i>De las relaciones paternofiliales</i>	<i>Filiación adoptiva (arts. 343-370)</i>	<i>Adopción y legitimación para la adopción (arts. 343-370)</i>	<i>Adopción de personas mayores de edad (arts. 291-314, más 82 arts. de la Ley de 1983)</i>	<i>De los parientes</i>	<i>Parentesco</i>
CAPITULO V	CAPITULO I	CAPITULO I	CAPITULO I	TITULO VII	TITULO VIII
<i>De la adopción (arts. 172-180)</i>	<i>Adopción plena</i>	<i>Disposiciones generales</i>	<i>Adopción de personas mayores de edad y efectos</i>	<i>Del establecimiento de la filiación</i>	<i>Adopción (par. 1.741 a 1.772)</i>
SECCIÓN 1. ^a	CAPITULO II	CAPITULO II	CAPITULO II	CAPITULO IV	(Ley sobre
<i>Disposiciones generales</i>	<i>Adopción simple</i>	<i>Adopción</i>	<i>Formas de la adopción de personas mayores de edad</i>	<i>De la adopción (arts. 264-269)</i>	<i>Adopción, AG, y Ley de la Mediación de la Adopción, AVG, ambas de 2-7-76)</i>
SECCIÓN 2. ^a		CAPITULO III			
<i>De la adopción plena</i>		<i>Legitimación para la adopción</i>			
SECCIÓN 3. ^a					
<i>De la adopción simple</i>					

CC ESPAÑOL	CC FRANCES	CC BELGA	CC ITALIANO	CC SUIZO	CC ALEMAN (RFA)
			CAPITULO III <i>Adopción de menores</i> (derogado el CC y sustituido por la Ley de 4-5-83) TITULO XI <i>Afiliación y acogimiento</i> (1)		

(1) Se traduce por acogimiento la palabra italiana *Affidamento*, de difícil traducción a la lengua española.

* DERECHO INGLES:

Las antiguas Leyes de custodia de niños de 1881 y 1911 han sido reformadas en 1926 y 1958, y últimamente por la «CHILDREN ACT» de 1975 y la «ADOPTION ACT» de 1976.

- * En el ámbito internacional están vigentes los CONVENIOS de La Haya de 15 de noviembre de 1965 (sobre procedimiento de la adopción) y de Estrasburgo de 24 de abril de 1967 (sobre adopción de niños).

Consideraciones sobre el Artículo 2 del vigente Reglamento de Inversiones Extranjeras (Adenda)

Como complemento al trabajo que bajo dicho título se publicó en nuestro número anterior, el autor puntualiza que entre su redacción y el momento de la publicación se han dictado dos Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda que afectan directamente a su contenido.

Por la primera Orden Ministerial, de 30 de enero de 1986 (*BOE* del 10 de marzo siguiente), se dio nueva redacción a diversos artículos de la Orden de 23 de enero de 1981, reguladora de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles, y que dice:

Entrado en vigor el día 1 de enero de 1986 el Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, por el que se simplifica y unifica el sistema de cuentas extranjeras en pesetas, se hace preciso adaptar aquella Orden a lo dispuesto en este Real Decreto.

En su virtud, y de acuerdo con la disposición final primera del citado Real Decreto,

Este Ministerio ha tenido a bien disponer:

Primero.—Los puntos concretos que a continuación se expresan de la Orden de 23 de enero de 1981 por la que se regulan las cuentas extranjeras en pesetas convertibles quedarán redactados de la forma que sigue:

1. Número primero, punto 3:

«Los saldos de las cuentas extranjeras a que se refiere el apartado anterior serán libremente convertibles mediante su venta en el mercado español de divisas».

2. Número segundo, punto 1, apartado g):

«Por disposiciones tanto en efectivo como mediante abono en cuentas extranjeras de pesetas ordinarias. Las cantidades así dispuestas perderán la condición de convertibles».

3. Número segundo, punto 1, apartado h):

«Por trasposos con abono a otra cuenta extranjera en pesetas convertibles».

4. Número segundo, punto 3:

«Las cuentas extranjeras en pesetas convertibles no podrán arrojar saldo deudor, salvo por descubiertos originados por el pago de créditos documentarios».

5. Número tercero. Se añade el punto 3, con el siguiente tenor:

«No obstante lo establecido en el punto 2 anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 6.º del Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, las personas físicas de nacionalidad extranjera o española residentes en España que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley 40/1979 y en el artículo 4.º del Real Decreto 2402/1980, sobre régimen jurídico de control de cambios, tengan la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido en el exterior hasta su toma de residencia en España o durante el tiempo de no residencia, podrán ser titulares de cuentas extranjeras en pesetas convertibles en las condiciones y con los requisitos que establezcan el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España».

Segundo.—Lo dispuesto en la presente Orden será con efectos del día 1 de enero de 1986.

A su vez, en la fecha más reciente de 27 de abril del corriente año el mismo Ministerio de Economía y Hacienda ha dictado otra Orden por la que se dispone:

Primero.—Las Entidades delegadas no podrán satisfacer intereses a las cuentas extranjeras de pesetas convertibles, cualquiera que sea su forma o instrumentación. Cuando se trate de imposiciones a plazo fijo,

esta prohibición se aplicará a las que se constituyan o renueven en o a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Orden.

Segundo.—Lo dispuesto en el número precedente no será de aplicación a las cuentas extranjeras de pesetas convertibles cuyo saldo medio, en cualquier período de cálculo de intereses, sea igual o inferior a 10.000.000 de pesetas, para los cuales los tipos de interés abonables serán libremente pactados por las Entidades delegadas con sus depositantes.

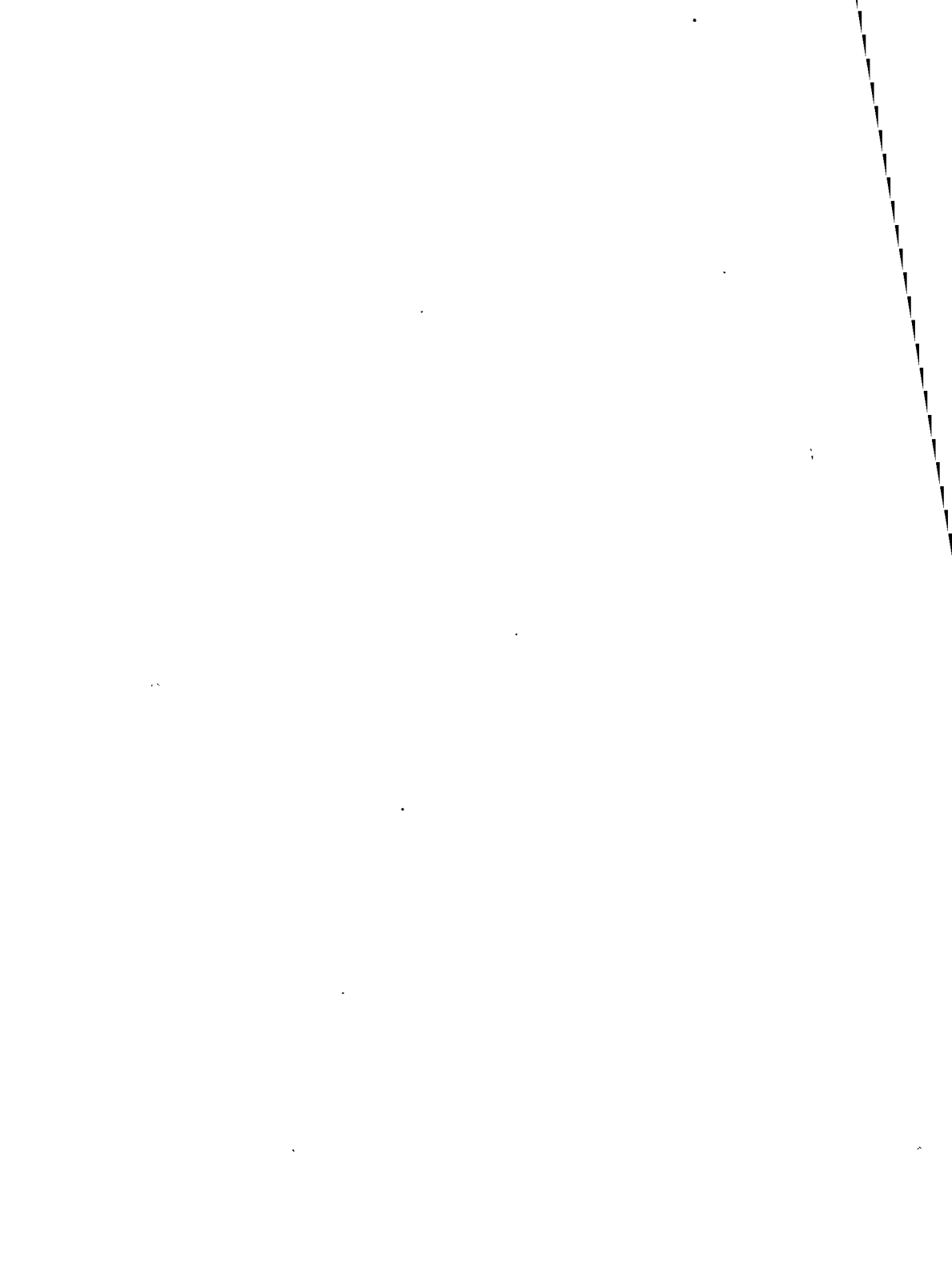
Tercero.—Lo establecido en la presente Orden será de obligada observancia para todas las Entidades delegadas en materia de control de cambios. Su incumplimiento será sancionable de acuerdo con lo establecido en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios y disposiciones complementarias, sin perjuicio de la aplicación por el Banco de España de las normas de disciplina bancaria y demás legislación vigente.

Cuarto.—La presente Orden entrará en vigor el día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD



DICTAMENES Y NOTAS



El Crédito Hipotecario en la CEE

I. PROPOSICION DE DIRECTIVA DEL CONSEJO DE LA CEE SOBRE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y PRESTACION DE SERVICIOS EN EL CAMPO DEL CREDITO HIPOTECARIO

Con el definitivo ingreso de España en la CEE, numerosos textos legales de nuestro Ordenamiento jurídico han sufrido importantes modificaciones. Miles de disposiciones han pasado a constituir Derecho interno directamente aplicable de un día para otro, sin tiempo para su debida asimilación, generando una fuerte inseguridad jurídica al ser en muchos casos difícil no ya la interpretación de la ley, sino incluso saber cuál es la disposición adecuada. Además la elaboración de nuevas normas comunitarias es permanente, lo que obliga a una continua actualización de los conocimientos (ya no basta con el tradicional Aranzadi, que ya de por sí adquirió en los últimos años un volumen desproporcionado). No obstante desde nuestro ingreso en la CEE, ya no se producirá una nueva «andanada» de disposiciones simultáneas, y, además, y esto es de suma importancia, España, a través de sus órganos correspondientes, ya participa en la elaboración de las disposiciones comunitarias, lo que posibilita defender los intereses, económicos y jurídicos, de nuestro país.

Una de estas disposiciones actualmente en elaboración, cuya trascendencia se aprecia de inmediato, es el Proyecto de Directiva sobre libertad de establecimiento y prestación de servicios en el campo del crédito hipotecario (en adelante, PD). Se funda esta norma en el artículo 57 del Tratado de Roma, cuyo párrafo 2.º dispone: Con el mismo fin (facilitar el acceso a las actividades autónomas no asalariadas), el Consejo, a propuesta de la Comisión y oída la Asamblea, adoptará, antes de la expiración del período transitorio, directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miem-

bro's relativas al acceso y ejercicio de las actividades autónomas no asalariadas. Este artículo ha sufrido alguna importante variación por el Acta Unica Europea de 27 de enero de 1986, en lo referente a la mayoría, y no unanimidad, para la aprobación de las normas, sin que, por tanto, afecte al artículo en lo que ahora nos interesa. Además, en el momento de redactarse estas líneas no ha entrado en vigor dicha Acta, debido a los problemas surgidos para su ratificación por Irlanda.

Obviamente estas líneas no pretenden ser un estudio exhaustivo de este PD, entre otras razones porque, como luego explicaré, aún no se conoce su texto definitivo, pudiendo experimentar variaciones fundamentales en un futuro inmediato. Simplemente se trata de presentar el texto para aquellos que aún no lo conocen, resaltando los puntos que a mi juicio presentan mayores dificultades desde una óptica puramente jurídica. Al final de estas líneas se incluye el texto del PD tal como ha sido aprobado por el Parlamento Europeo, con las enmiendas introducidas por dicha Asamblea (la traducción se debe a los servicios jurídicos del Banco Hipotecario de España), sin perjuicio de que a lo largo de este trabajo se haga referencia a diversos artículos, tal como figuraban redactados en el proyecto original.

Se enmarca este PD dentro de la libertad de establecimiento y prestación de servicios reguladas por los artículos 52 a 66 del Tratado de Roma, y como puso de relieve la propia Comisión de la CEE (en adelante, la Comisión), en su escrito de remisión al Consejo, constituye un complemento esencial de la Directiva 77/780, de 12 de diciembre de 1977, reguladora de la actividad bancaria, dictada en su día para la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas sobre el acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y su ejercicio. De esta última Directiva quiero ahora destacar por su trascendencia para el PD, como en seguida veremos, su artículo 1.º que considera establecimiento de crédito «una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables, y en conceder créditos por cuenta propia». La propia Directiva excluyó de su aplicación determinadas entidades, como el Credit Foncier francés, la Caja de Depósitos y Préstamos de Italia, etc. Finalmente añadir que dicha Directiva tiene para España un período transitorio de siete años, entrando, por tanto, plenamente en vigor el 1 de enero de 1993.

Concretando más, el PD se incluye dentro de las medidas tendentes a conseguir para el año 1992 un auténtico mercado interior entre los Estados miembros de la CEE. En esta dirección el Libro Blanco aprobado por el Consejo Europeo en su reunión de Milán de junio de 1985 reafirma este propósito, estableciendo al respecto objetivos en diferentes cam-

pos, entre los que se encuentra el crédito hipotecario. Este Libro Blanco parte de la idea de que la CEE no ha avanzado lo suficiente en la creación del mercado único europeo, siendo una de las principales causas que han retrasado este avance la demasiada lenta armonización de las legislaciones de los Estados miembros (art. 100 del Tratado de Roma) y el bloqueo de muchas decisiones por el principio de unanimidad requerido para su adopción (suprimido por el Acta Unica, como sabemos), introduciendo a continuación el nuevo principio del reconocimiento mutuo y la armonización mínima, fundamento, como veremos, del PD; es decir, cambia o se pretende cambiar la filosofía o aplicación práctica de las libertades de establecimiento y prestación de servicios.

Inspirándose en estos principios, la Comisión de la CEE, tras varios años de preparación, elaboró y envió para su estudio y aprobación al Consejo de la CEE el PD con fecha 24 de enero de 1985, con idea de que para finales de 1986 estuviese aprobada, llevando el Proyecto fecha definitiva de 14 de febrero de 1985.

Para su estudio se constituyó dentro del Comité de Representantes Permanentes de los Estados miembros ante las Comunidades Europeas (en adelante, Coreper), y con arreglo al artículo 16, 2, del Reglamento Interno del Consejo, un Grupo de Trabajo *ad hoc* (en adelante, el Grupo), integrado por expertos gubernamentales de todos los Estados de la CEE, representantes de la Comisión y de la Secretaría del Consejo, estando dicho Grupo presidido por un miembro de la Delegación del país que ostenta la presidencia de la CEE en cada momento (Reino Unido en el segundo semestre de 1986 y Bélgica en el primer semestre de 1987). Dicho Grupo se reunió por primera vez en junio de 1986, habiendo celebrado en la actualidad cuatro reuniones, la última en marzo de este año. La Delegación española está integrada por un funcionario de nuestra Delegación Permanente, un representante del Ministerio de Economía y Hacienda, y otro del Ministerio de Justicia, ostentando yo en la actualidad esta última representación por designación de dicho Ministerio.

La situación actual del PD (abril 1987) es la siguiente: Ya ha recaído el preceptivo informe del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo: Esta última Institución aprobó el texto que figura al final de este trabajo, con fecha 19 de febrero de 1987, habiendo introducido importantes enmiendas, no vinculantes, pues no lo es su informe; previamente el texto fue aprobado por el Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Individuales de dicho Parlamento. Por su parte, y dentro del Coreper, el Grupo, como queda dicho, ha celebrado su última reunión en marzo de 1987, siendo probable que la próxima se lleve a cabo en

mayo de este año. En la reunión de marzo ya se tuvo a la vista el texto aprobado por el Parlamento, si bien el representante de la Comisión en dicho Grupo advirtió que no todas las enmiendas aprobadas serán incorporadas al texto definitivo que será objeto de discusión; dicha Comisión cree que en mayo ya tendrá ultimado el texto definitivo del PD, cuyo articulado será objeto de estudio en el Grupo. Por tanto, todo lo que se diga en estas líneas tiene un carácter provisional, si bien no parece que el texto definitivo que elabore la Comisión vaya a variar mucho con respecto al aprobado por el Parlamento, a pesar de una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, a la que aludiré posteriormente. Por lo demás, en las reuniones celebradas hasta la fecha por el Grupo, aunque no se haya entrado en el estudio del articulado, ya se han ido perfilando posiciones en torno a los problemas básicos.

Hecha esta introducción, y antes de pasar a examinar los principales aspectos jurídicos, hago una advertencia previa: Prescindo en estas líneas de todo comentario de tipo económico, aun a sabiendas de la enorme trascendencia que el PD tiene. No debe olvidarse que la financiación de la vivienda en España como en cualquier otro país gira casi exclusivamente en torno al crédito hipotecario. Para comprender el alcance del PD desde el punto de vista económico, basta el siguiente dato: Sólo las *Buildings Societies* inglesas tienen en la actualidad a su favor un volumen de crédito hipotecario activo equivalente al total volumen de crédito hipotecario activo existente hoy en España multiplicado por ocho aproximadamente. Piénsese lo que supondrá para los intereses financieros españoles la posibilidad de que institutos de tal capacidad financiera puedan operar en España.

Limitándome, pues, a los aspectos jurídicos del PD, lo primero que habría que plantearse es si dicha Directiva es necesaria, o dicho con otras palabras, si el crédito hipotecario reúne características y especialidades suficientes para requerir una Directiva específica. La libre prestación de servicios ya aparece expresamente recogida en el Tratado de Roma, fundamentalmente artículos 59 y siguientes, y de ahí que pueda cuestionarse si no podrá llevarse a cabo dicha libre prestación de servicios sin necesidad de una Directiva específica; piénsese, por ejemplo, en una materia como el seguro, donde la propia Comisión así viene a admitirlo. No se trata de una cuestión puramente teórica, sino que, por el contrario, la Delegación de los Países Bajos en el Grupo así lo expuso en un Memorándum de fecha 9 de octubre de 1986, afirmando que a su juicio la Directiva era superflua, siendo suficiente con las disposiciones del propio Tratado de Roma y la Directiva 77/780 sobre entidades financieras.

Aun admitiendo la validez de este razonamiento, resulta evidente que la libre prestación de servicios y establecimiento, enunciada como uno de sus principios básicos por el Tratado de Roma necesita su adecuado desarrollo, y de ahí las múltiples Directivas que han ido surgiendo en diversos campos. Además, la Directiva 77/780 es manifiestamente insuficiente para regular el crédito hipotecario, pues nadie desconoce las singularidades y complejidades de éste, que le diferencian claramente del resto de actividades de las entidades de crédito: así, por ejemplo, la diversidad de normas jurídicas aplicables al crédito hipotecario, civiles, hipotecarias, procesales, mercantiles, etc... Por ello parece inexcusable la necesidad de una Directiva como la que nos ocupa, que regule la actividad de las entidades financieras en este campo.

Centrándome ya en el examen del PD, y al objeto de no hacer demasiado extenso este trabajo, que, como antes digo, sólo pretende ser una presentación de esta Directiva, dejando su estudio detallado para el momento en que exista ya un texto definitivo, desde una óptica estrictamente jurídica quiero resaltar dos puntos que creo serán los más polémicos en los futuros trabajos: Ambito de aplicación del PD y principio del reconocimiento mutuo. Veámoslos.

II. AMBITO DE APLICACION DE LA DIRECTIVA

Dentro de este apartado examinaré dos aspectos: Entidades a que ha de aplicarse el PD (aspecto subjetivo) y actos a que se extiende (aspecto objetivo).

El primero de los dos, es decir, qué entidades quedarán afectadas por la disposición que examinamos, es de capital importancia: La pregunta es sencilla: ¿En el ámbito de esta Directiva están incluidas todas las entidades que operan en el ámbito del crédito hipotecario, aunque estas operaciones representen un tanto por ciento mínimo en el conjunto de sus actividades, o, por el contrario, sólo los establecimientos específicamente especializados en el crédito hipotecario? Si se sigue la primera de las soluciones, es evidente que en el ámbito del PD estarán incluidas la práctica totalidad de las instituciones financieras, pues no existe entidad de crédito que no opere, aunque sea esporádicamente, en el crédito hipotecario.

El tema, por su transcendencia, ha sido objeto ya de un profundo debate en el seno de diversos órganos de la CEE. Es el artículo 1.º del PD el que hace referencia a este problema. La redacción original de este precepto era bastante más ambigua que la actual, pues hacía referencia a las entidades cuyas actividades consistan en captar fondos

del público en forma de depósitos, emisión de obligaciones hipotecarias o participaciones reembolsables y en conceder préstamos garantizados con hipotecas sobre bienes inmuebles, con el fin... Si se compara esta redacción con la enmendada por el Parlamento Europeo, cuyo texto se incluye a continuación de estas líneas, se observa cómo a instancias de dicha institución se ha introducido una importante variación, al añadirse a continuación de las palabras «cuyas actividades consistan» la expresión «total o parcialmente», con lo que el PD incluiría en su ámbito a la práctica totalidad de las entidades financieras.

Pero la cuestión no está ni mucho menos resuelta, ni resulta pacífica. Una u otra solución no dejarán de plantear problemas. Así, la Federación Hipotecaria Europea, en un escrito de noviembre de 1986, llama la atención sobre los riesgos de aplicar la Directiva a todas las entidades de crédito. Si esto ocurre, las entidades no especializadas se verían sujetas a unas limitaciones y restricciones a que no se encuentran sujetas en la actualidad (en este sentido véanse, por ejemplo, los artículos 6.º, 9.º, 10 y 11 del PD). Pero esto a su vez supondría una discriminación y una distorsión de competencia para las entidades especializadas, lo que a su vez contravendría la finalidad y el espíritu del PD (por ejemplo, el artículo 5.º).

La propia Federación Hipotecaria Europea en dicho escrito entiende que esta aplicación extensiva traería como consecuencia la progresiva desaparición del principio de especialización de los institutos en el campo del crédito hipotecario, con fuertes trastornos para el crédito en general, dado el enorme arraigo y gran difusión de estas entidades especializadas. Incluso con un temor quizá excesivo, entiende que habría que volver a redefinir el concepto de crédito hipotecario, por entender que en los países con una regulación específica de dicho crédito, se establecen determinadas medidas para garantizar la seguridad y calidad del crédito, singularmente en cuanto a la valoración del bien ofrecido en garantía y el límite del préstamo en relación al bien (en España, por ejemplo, la legislación del mercado hipotecario contiene diversas prevenciones sobre este punto: Valoración del bien por una sociedad especializada, obligatoriedad de que la hipoteca sea de primer grado, relación entre títulos emitidos y el importante de los capitales no amortizados de los créditos afectados, etc.). Los institutos no especializados no tienen estas limitaciones o condicionantes, y de ahí la clara discriminación que supondría para las entidades especializadas.

Concluye la Federación Hipotecaria Europea afirmando que si la CEE quiere la subsistencia de estas entidades especializadas, debería limitar la aplicación de la Directiva esencialmente a estas entidades; lógica-

mente, y como consecuencia de ello, y para evitar discriminaciones, las entidades no especializadas deberían poder acogerse a la Directiva, pero asumiendo no sólo las libertades que la misma establece, sino también las obligaciones.

A pesar de la difusión e impacto que en su día tuvo este documento de la Federación Hipotecaria Europea (organización con una indudable influencia en el ámbito de la CEE, cuya sede central está precisamente en Bruselas), lo cierto es que el pleno del Parlamento Europeo ratificó la enmienda tramitada previamente en la comisión correspondiente, incluyendo, por tanto, en el artículo 1.º a todas las entidades contempladas por la Directiva 77/780, sobre entidades bancarias.

Cuál será el texto definitivo que se apruebe no es posible saberlo en el momento de redactarse estas líneas; la Comisión creo recogerá el texto del artículo 1.º aprobado por el Parlamento Europeo en la redacción definitiva que se presente para su discusión en el Grupo, y mi opinión personal es que en su día será aprobado tal como figura actualmente, es decir, incluyendo en su ámbito a todas las entidades de crédito, aunque sólo se dediquen en una pequeña proporción al campo del crédito hipotecario.

Lo que sí parece fuera de dudas es que el ámbito de aplicación se circunscribe a las entidades de crédito —todas o sólo las especializadas—; pero no terminan ahí las dudas. Existen otro tipo de entidades que pueden acceder, y de hecho en muchos casos ya han accedido, al crédito hipotecario; singularmente me estoy refiriendo a compañías de seguros. En nuestro país resultan cada vez más frecuentes la concesión de créditos hipotecarios por este tipo de entidades. En esta dirección, en el Memorándum de la Delegación Holandesa de octubre de 1986, antes citado, se pide expresamente la inclusión de estas compañías en el ámbito del PD.

Esta propuesta de los Países Bajos no es casual si se piensa la enorme difusión y potencia económica de estas sociedades en ese país (tanto en el ramo del seguro de vida, como fondos de pensiones, etc...). Basta observar cómo en relación al total crédito hipotecario en Holanda, dichas compañías representan en 1986 (datos del segundo trimestre de dicho año) el 20,9 por 100, porcentaje por lo demás en claro ascenso si se observa que en 1984 era el 15,3 por 100 y en 1985 el 20 por 100, todos estos datos obtenidos de un estudio de marzo de 1987.

En dicho Memorándum se pide expresamente, como digo, la inclusión de estas compañías en el ámbito del PD, a la vista de que las dos Directivas actualmente vigentes en materia de seguro (Seguro de Daños —173— y primera de Seguro de Vida —1979—) no contemplan medida

alguna de coordinación sobre los activos de estas entidades, estableciendo que el país donde actúe la compañía establecerá la regulación de esos activos, pudiendo ocurrir que por algún Estado se prohíba o limite el acceso de las compañías de seguros al mercado hipotecario. Aun comprendiendo la preocupación holandesa, lo cierto es que ni el texto actual del artículo 1.º del PD, ni creo que el definitivo que llegue a aprobarse, recoge la posible inclusión de estas entidades en su ámbito de aplicación.

En cuanto al segundo aspecto del ámbito de aplicación, es decir, a qué actos se aplicará, curiosamente no parece haber levantado por ahora polémica alguna, si bien, como antes digo, todavía no se ha empezado a discutir su articulado en el Grupo. Pero sí en el Parlamento Europeo, sin que, como digo, haya provocado discusiones. Habla el artículo 1.º de... mediante hipoteca sobre inmuebles con el fin de *adquirir o mantener derechos de propiedad sobre terrenos edificables o inmuebles existentes o en proyecto, o para la renovación o mejora de inmuebles*.

Conviene precisar en primer término algún problema derivado de la traducción al castellano. Así, mientras la versión oficial francesa utiliza la expresión inmuebles, la inglesa, también oficial, habla de *buildings* (y la alemana, en parecidos términos, utiliza la palabra *Gebäuden*), lo que plantea alguna dificultad para alcanzar el significado exacto que deba dársele, al no ser totalmente coincidentes las expresiones francesas e inglesa. Personalmente me parece más adecuada la traducción por el término más amplio de inmuebles, tal como se hace en la versión que se incluye con estas líneas. La expresión inglesa o alemana, más restringidas, habría de traducirse quizá como construcciones o edificios, y de hecho así figura en alguna versión en castellano que he tenido a la vista.

Pero aún admitiendo como buena la traducción por inmueble, aún resultan muy restringidas las actividades a que se refiere el artículo 1.º Resulta obvia la pregunta de si la enumeración que contiene dicho precepto es de carácter taxativo, quedando, por tanto, excluida del ámbito del PD cualquier otra actividad, aunque sea objeto de crédito hipotecario. Por vía de ejemplo podrían citarse muchos campos que quedarían excluidos, como el crédito para fines industriales o agrícolas, operaciones de infraestructura urbanística, etc... No creo que el espíritu que anima el PD sea excluir expresamente cualquier actividad no enunciada en el artículo 1.º, pero me temo que si la redacción actual queda inalterada, van a plantearse serios problemas de interpretación. Parece absurdo que una entidad de crédito extranjera pueda en un futuro, al amparo de esta Directiva, otorgar créditos hipotecarios en España para los fines especificados en el artículo 1.º, y no para otros igual de lícitos o impor-

tantes, que, sin embargo, parece quedarían reservados a las entidades nacionales. Desde luego no estaría de más que se aclare este punto en las futuras discusiones en el seno del Grupo.

III. PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO

Es este, sin duda, el aspecto clave de todo el PD, donde reside su auténtica filosofía y el que ha suscitado profundas controversias. Alude a este principio el sexto considerando de la exposición de motivos, y lo recoge expresamente el fundamental artículo 4.º Supone este principio del mutuo reconocimiento, sin previa armonización legislativa, una innovación en la técnica legislativa dentro del Derecho comunitario, y tal como expresa el Libro Blanco, con ello se pretende agilizar la creación del mercado único dentro de la CEE. En vez de seguir el sistema de armonización de legislaciones (como la tantas veces citada Directiva 77/780), el PD «corta por lo sano», abandonando esta coordinación y obliga a todos los Estados miembros a aceptar las técnicas vigentes en cualquiera de ellos para la concesión del crédito hipotecario y captación de fondos, y, lo que resulta mucho más drástico, impone la derogación de cualquier disposición jurídica que se oponga a esa «técnica importada». Esto y no otra cosa es el principio del mutuo reconocimiento. El principio parece va a tener que suavizarse algo tras la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de 4 de diciembre de 1986 en materia de seguros, a la que me referiré brevemente al final de estas líneas.

La simple lectura del artículo 4.º del PD revela la auténtica innovación que puede suponer este principio. La importancia que reviste este punto hace que me detenga en su examen. Empecemos por el principio:

Es evidente la dificultad, por no decir imposibilidad, de coordinar adecuadamente las legislaciones de los diferentes Estados miembros en una materia tan compleja como es el crédito hipotecario, donde han de aplicarse normas civiles, hipotecarias, procesales, de derecho de quiebra, etcétera... Cualquiera que conozca mínimamente el Derecho comparado sabe las diferencias profundas en esta materia entre los diferentes sistemas jurídicos en el ámbito de la CEE. A la vista de estas dificultades, la Comisión intenta prescindir de toda posible coordinación, y acude al principio del reconocimiento mutuo.

En su inicial versión el artículo 4.º hablaba de técnica a secas, es decir, sin matizar que se trataba de técnicas *financieras*, lo cual agrava el problema. ¿Qué se entiende por técnica? La respuesta es de suma trascendencia, pues esa llamada técnica vendría a primar sobre cualquier norma jurídica o reglamentaria. Esto parece algo tan drástico, que inclu-

so ha llegado a decirse que el principio así enunciado podría ser «anti-constitucional», en el sentido de ser contrario al Tratado de Roma; ningún precepto de dicho Tratado constitutivo de la CEE prevé este principio del mutuo reconocimiento; por el contrario, parece al menos dudoso que el texto de su articulado permita su establecimiento, no pudiéndose imponer a un Estado miembro la obligación de derogar normas jurídicas, en muchos casos con fuerte y tradicional arraigo popular, como son las hipotecarias, para que una simple técnica permitida en otro Estado pueda operar libremente, mucho más cuando ni siquiera sabemos qué se entiende verdaderamente por técnica. Gráficamente se ha llegado a decir que es como si un británico quisiese no sólo poder circular por las carreteras de algún país del continente, sino que además quisiese hacerlo por la izquierda, por ser la técnica utilizada en el suyo, obligando a cambiar las señales de tráfico para poder llevarlo a cabo.

Nada más aparecer el texto del PD, la controversia surgió de inmediato. El Parlamento Europeo, entre otras muchas enmiendas propuestas, solicitó la inclusión del adjetivo financieras a continuación de la palabra técnica, siendo dicha enmienda aceptada al final. (Sé, por comunicación directa de algún parlamentario español, que en un principio no resultó nada fácil la introducción de esta enmienda, dada la fuerte oposición del informante del PD, el británico señor Price.) Con esta enmienda se suaviza algo la dureza del principio, pero no quedan ni mucho menos resueltas las dudas. ¿Qué se entiende por técnica financiera?

Las primeras reuniones celebradas por el Grupo pusieron de relieve la necesidad de precisar el concepto del reconocimiento mutuo, y de la técnica. Ante las fuertes presiones de diversas Delegaciones el representante de la Comisión en dicho Grupo se vio en la necesidad de elaborar un documento explicativo de tal principio y del concepto de técnica, documento que fue presentado en la reunión de noviembre de 1986. La gran importancia que a mi juicio tiene este escrito hace necesario que lo examine. Su importancia reside no sólo en su contenido, sino también, y sobre todo, por la autoridad que lo ha redactado, pues viene a recoger la opinión oficial de la Comisión. Advierto que tomo el texto de la versión inglesa (fue distribuido en francés y en inglés), pues al advertirse alguna discrepancia entre ambas versiones la Comisión advirtió que el texto se redactó originalmente en inglés, debiendo, por tanto, prevalecer esta versión en caso de discrepancias.

Comienza el documento aclarando que las técnicas deben entenderse como técnicas *financieras* (como vimos con posterioridad, así lo ha recogido también el Parlamento Europeo), así como que el PD es sólo apli-

cable a los institutos de créditos comprendidos en la Directiva 77/780, sin que, por tanto, incluya en su ámbito a otras entidades, aunque otorguen créditos hipotecarios. La importancia de esto último radica en que los institutos de crédito a que se refiere la Directiva 77/780 están siempre bajo la supervisión de sus autoridades nacionales (lo que puede no ocurrir con otras entidades que operen en el campo del crédito hipotecario) y las condiciones de operatividad de estas entidades están expresamente reguladas por cada Estado, en armonía con la citada Directiva.

A continuación el documento apunta una definición de técnica financiera, diciendo que está integrada por todos aquellos factores y elementos en los que la entidad de crédito basa la creación de sus activos y pasivos, dentro del marco legal de su legislación nacional. Para precisar el concepto, y como ejemplos ilustrativo, se expresa que dentro de la técnica financiera quedarían incluidos los siguientes elementos:

En cuanto a las operaciones activas, pueden citarse los siguientes:

a) La cuantía de préstamo. Tratándose de créditos hipotecarios la única limitación de la institución de crédito para fijar la cuantía del préstamo vendrá determinada por las limitaciones que en ese punto establezca su legislación nacional.

b) El tipo y calidad de garantías para devolución del préstamo. En el crédito hipotecario las garantías tienen que ser hipotecarias, pero el rango y la cuantía de la hipoteca será decidido por la entidad de crédito dentro de los límites que determine su legislación nacional.

c) El plazo. Así, por ejemplo, si el crédito será a corto, medio o largo plazo será decidido por la institución de crédito, de acuerdo con su legislación nacional.

d) Las cláusulas de rescisión en la medida en que sean obligatorias en su legislación nacional.

e) La naturaleza y el tipo del interés. Así, la entidad puede decidir entre interés fijo o variable, o la combinación de ambos, de acuerdo con su legislación nacional.

f) Clase del préstamo (con interés fijo o variable).

g) Pago anticipado: Las condiciones de un posible pago anticipado podrán ser fijadas por la entidad de crédito, en la forma permitida por su legislación nacional.

En cuanto a las operaciones pasivas, pueden citarse los siguientes elementos:

a) Captación de depósitos del público. Junto a las formas usuales de captación de depósitos, también el ahorro contractual en la forma

en que es practicado por las *Bausparkassen* y alguna otra entidad de crédito, de acuerdo con su legislación nacional.

b) Obligaciones. Los institutos de crédito pueden financiarse mediante los recibidos por obligaciones garantizadas con hipotecas u otras garantías.

c) Mercado interbancario y bancos especializados en grandes operaciones (en la versión inglesa *Interbank market/wholesalemarket*). Otra forma de captación de fondos es a través del mercado interbancario y de los bancos especializados en grandes operaciones, donde el capital puede ser obtenido en moneda nacional o divisas extranjeras. En este último caso las operaciones se combinan frecuentemente con un contrato SWAP, para reducir el riesgo ligado a una tasa de interés. En este caso si estas técnicas están autorizadas en el país de origen, deben ser autorizadas por el país de acogida.

Todos estos ejemplos no pretenden ser una lista exahustiva, pero pueden aproximarnos al concepto de técnica financiera. Concluye el documento con una afirmación de suma importancia: Fuera del concepto de técnica financiera, y, por tanto, «no exportable» si se opone a la legislación del país de acogida, están los elementos que integran *el marco legal* del crédito hipotecario. Como ejemplo de esto se cita: El procedimiento en que los préstamos hipotecarios son registrados quedará sometido a la legislación del país donde se lleva a cabo la inscripción, así como los derechos y acciones a ejercitar en caso de incumplimiento por el deudor.

Hasta aquí el escrito de la Comisión. Obviamente quedan aún muchas dudas e imprecisiones para poder delimitar claramente el límite de la técnica financiera. Sin embargo, no admite duda alguna que la constitución del crédito hipotecario habrá de someterse a la legislación del país de acogida (donde se otorgue), siendo, por tanto, aplicables sus normas de Derecho civil, registral, procesal, etc... Dentro del contrato de crédito hipotecario hay elementos que inexcusablemente entran en el concepto de la técnica financiera, como, por ejemplo, el plazo, tipo de interés, etc..., pero muchos otros no resulta claro si se incluyen o no. Un ejemplo tomado de la práctica diaria en nuestro Derecho: La posible fijación unilateral de un interés variable por parte de una entidad de crédito, ¿es o no un elemento integrante de la técnica financiera?

Hoy en día es práctica unánime en los Registros de la Propiedad el rechazo de una cláusula que prevea esta posibilidad de variar el tipo de interés unilateralmente por el acreedor. Pero si este elemento del crédito se considerase incluido dentro del concepto de técnica financiera, en su día, y si el PD es aprobado tal como hoy figura, habría que admitir

esta cláusula si la legislación del país de origen de la entidad acreedora la admite como válida.

Asusta pensar las dificultades de calificación que pueden surgir en su día, sobre todo en los primeros momentos de aplicación de la Directiva si se aprueba. Parece ineludible llevar a cabo un detallado y exhaustivo estudio de las técnicas admisibles en otros países de la CEE una vez aprobado el PD, aprovechando el período transitorio que se establecerá, para así poder tener criterios claros para la calificación de hipotecas otorgadas por entidades extranjeras pertenecientes a países de la CEE, con cláusulas desconocidas y en principio rechazables hoy en día, y que dejarán de serlo si se incluyen dentro del concepto de técnica financiera y son admitidas por la legislación del país de origen de la entidad de crédito correspondiente.

De ayuda para esta labor puede ser la petición que hace el Parlamento Europeo en el tercer punto de su aprobación del PD cuando pide expresamente que la Comisión publique una descripción de las técnicas financieras permitidas, lo que puede simplificar el problema. Lo que resulta evidente es que la aprobación de este PD obligará a profundizar en el estudio del Derecho comparado y en las legislaciones de los diversos países de la CEE.

Por lo demás, es de esperar que a lo largo de los debates que han de celebrarse dentro del Grupo en próximas reuniones pueda ir perfilándose con mayor nitidez el concepto de técnica financiera, y su alcance. Parece, sin embargo, inevitable que a través de este mutuo reconocimiento, sin previa armonización legislativa, quedarán en el aire múltiples interrogantes que sólo el Tribunal Europeo podrá resolver en su día.

No quiero terminar estas líneas sin hacer una alusión a una reciente Sentencia de dicho Tribunal, más por la expectación que había levantado que por su contenido, como veremos, aunque no puede descartarse su influencia en los futuros trabajos del PD. Para ello sitúo esquemáticamente los antecedentes que generaron esa expectación.

Como es bien sabido, desde hace ya bastantes años, las instituciones comunitarias han venido estableciendo la coexistencia del sistema de armonización legislativa con el reconocimiento mutuo en materia de *mercancías*, esto último en aquellas materias donde no exista o no sea necesaria dicha previa armonización legislativa. Expresión máxima de esta política fue la célebre Sentencia del «cassis de Dijon» (asunto 120/1978), que vino a resolver, el 20 de febrero de 1979, una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán. Esta Sentencia, posteriormente confirmada por otras, y que a su vez tampoco fue la primera que se manifestó en los términos que veremos (quizá su mayor importancia

resida en la esquematización de la jurisprudencia anterior que contiene), en lo que ahora nos interesa vino a establecer que en ausencia de norma comunitaria aplicable, todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro, debe ser, en principio, admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro. Esta afirmación es matizada en la misma sentencia, en el sentido de que una serie de «exigencias imperativas» (derivadas, por ejemplo, de la eficacia de los controles fiscales, salud pública, protección de los consumidores y lealtad de transacciones comerciales) pueden permitir establecer medidas nacionales que pueden restringir esta libre circulación de mercancías.

Los principios sentados por esta Sentencia suponen, como se ha dicho reiteradamente, un recorte del ámbito de aplicación del artículo 100 del Tratado de Roma, pues con arreglo a sus fundamentos la aproximación de legislaciones en materia de técnicas de fabricación y comercialización de productos sólo será necesaria para eliminar aquellos obstáculos a la libre circulación de mercancías cuya pervivencia aún sea admisible con arreglo a la jurisprudencia citada. En los demás casos no será necesaria la armonización de legislaciones. No le faltaba razón al Gobierno alemán al afirmar en sus alegaciones en el recurso que si en ausencia de norma comunitaria debiera admitirse la libre circulación de cualquier producto que cumpliera la reglamentación de un Estado miembro, se llegaría a la situación de que el Estado miembro menos exigente sería el que estableciera la norma efectivamente aplicada en toda la Comunidad.

Esta es en síntesis la situación tratándose de mercancías. Pero el Libro Blanco, tantas veces citado, buscando un mayor desarrollo del mercado único, y dada la excesiva lentitud de la armonización legislativa prevista en el artículo 100 del Tratado de Roma, pretende superar la distinción entre bienes y servicios, citando al hablar de los «productos financieros» la Sentencia del «cassis de Dijon», fijando el principio del mutuo reconocimiento con una mínima armonización de legislaciones. La idea del Libro Blanco es, pues, asimilar en parte los «productos financieros» a los productos manufacturados.

Así las cosas, surge el PD en los términos que hemos visto, introduciendo el principio del reconocimiento mutuo en el campo del crédito hipotecario. Pero faltaba la opinión del Tribunal Europeo en esta materia, pues como ya digo antes en ningún artículo del Tratado de Roma aparece recogido este principio, y en materia de libre prestación de servicios y establecimiento no ha sido fijado por el Tribunal en los términos establecidos para las mercancías.

Por ello existía una gran expectación ante el fallo de dicho Tribunal en materia de seguros, que se esperaba para finales de 1986. La cuestión

debatida, en demanda interpuesta por la Comisión contra la República Federal Alemana, era si dicho Estado podía, en aplicación de una ley nacional vigente (la *Versicherungsaufsichsgeset*), exigir la obligación de establecerse en Alemania y someterse a una previa autorización (*agrément*, en la versión francesa) a las empresas de seguros extranjeras que deseen operar en su territorio.

La esperada sentencia ha sido dictada con fecha 4 de diciembre de 1986, y desde luego ha supuesto una decepción para la Comisión. En lo que ahora nos interesa, y como los propios servicios jurídicos de la CEE ponen de relieve en un informe de fecha 9 de diciembre, emitido a solicitud del Coreper, esta sentencia viene a reiterar algo ya dicho por sentencias anteriores (así, por ejemplo, el caso Van Binsberger, 33/74, o el caso Webb, 279/80), como es:

1) Los artículos 59 y 60 del Tratado de Roma son de aplicación directa una vez terminado el período transitorio. La armonización y coordinación de las legislaciones de los Estados miembros no es una condición previa para el ejercicio de la libertad de prestación de servicios.

2) Las restricciones impuestas por el Estado de acogida a la libertad de prestación de servicios admisibles son aquellas que vengan justificadas por el interés general.

3) La exigencia de establecimiento estable no responde a estos criterios, pues esa exigencia constituye la negación misma de la libertad de prestación de servicios.

Sin embargo, continúa este informe, la sentencia establece una nueva jurisprudencia en estos otros puntos:

1) En el estado actual del Derecho comunitario se justifica el sometimiento de la libertad de prestación de servicios (en materia de seguros) a la exigencia de una autorización, que corresponderá a las autoridades del país destinatario de la prestación.

2) Este sistema de autorización tiene por objeto hacer respetar las reglas imperativas del Estado de acogida en materia de condiciones de seguro.

Resumiendo, de esta sentencia parece desprenderse que el seguro es una actividad que por su naturaleza exige una reglamentación para protección de los consumidores, y de ahí que el país de acogida pueda imponer sus normas en ausencia de una previa armonización comunitaria, y, por tanto, exigir la autorización previa para poder ejercer sus actividades a cualquier empresa de seguros.

Digo antes que esta sentencia ha decepcionado las expectativas de la Comisión, pues es lógico pensar que si la materia de seguros permite la imposición de la reglamentación propia a cualquier Estado miembro por razones de interés público, lo mismo sucederá en el campo del crédito hipotecario, con lo que toda la filosofía del reconocimiento mutuo y la «exportación» de técnicas, aunque choque con las legislaciones de otros Estados, puede venirse abajo.

De hecho, en la última reunión del Grupo el representante de la Comisión se vio obligado a dar múltiples explicaciones ante preguntas de diversas Delegaciones, llegando incluso a producir la impresión de un posible cambio en el PD, si bien nada se aclaró en este sentido.

Queda, pues, todo pendiente de las futuras reuniones y trabajos en el seno del Grupo, que pueden confirmar el sentido original del PD o variarlo sustancialmente. Es por ello que aún no es posible su estudio, sino sólo su presentación, que es lo que he pretendido con estas líneas.

* * *

ADENDA.—Ya en imprenta las líneas que preceden, me llega (junio de 1987) el texto definitivo del PD aprobado por la Comisión y cuyo estudio se someterá al Grupo en próximas reuniones. Como se indica anteriormente, el texto completo que se publica junto con este trabajo es el aprobado por el Parlamento Europeo. Pues bien, tal como era previsible, la redacción final dada por la Comisión difiere muy poco de la elaborada por el Parlamento. En concreto, por lo que se refiere a los principales problemas jurídicos (ámbito de aplicación y el mutuo reconocimiento de las técnicas), el PD sigue prácticamente igual.

El artículo 1.º se mantiene intocado, por lo que los problemas apuntados, en cuanto al ámbito de aplicación, siguen tal como se indican anteriormente. Y en cuanto al tema de las técnicas, el artículo 4.º permanece también con igual redacción, mientras que se refuerza el carácter de técnica *financiera*, al añadirse esta expresión a continuación de la palabra técnica tanto en el artículo 5.º, que antes hablaba sólo de técnica, como en el 6.º Considerando de la Exposición de Motivos.

Existen algunas otras pequeñas correcciones de estilo y sistemática, sin mayor importancia, excepto quizá una nueva redacción que se da al artículo 5.º, número 1, que queda así: «Cuando la introducción de estas nuevas técnicas financieras altere (antes decía dé lugar a una distorsión) las condiciones de competencia en un Estado miembro, éste autorizará a todas las entidades de crédito designadas establecidas en su territorio y que, a resultas de ello se hallen en situación desfavorable (las palabras

subrayadas son nuevas), a que adopten técnicas semejantes o medidas equivalentes». Esta modificación se debe fundamentalmente a la confusión a que podía llevar la expresión distorsión antes empleada, dado el significado que la misma puede tener en la terminología comunitaria.

Finalmente se suprime el apartado C) bis del número 2 del artículo 9.º y, lo que sí puede tener una gran trascendencia económica durante el período transitorio, se suprime el número 2 del artículo 11, es decir, desaparece la posibilidad para el Estado receptor de limitar durante un período (siete años) las transacciones relativas a la captación de fondos y concesión de créditos de una entidad cuyo domicilio social esté en otro Estado miembro, en las condiciones que se detallaban en dicho precepto. Como digo, esta supresión de un período transitorio en el sentido indicado puede traer consigo graves dificultades para muchos Estados miembros en los primeros años de aplicación de la Directiva una vez aprobada. Sin embargo, no creo que esta supresión sea definitiva, y es de esperar que cuando se discuta en el seno del Grupo por lo menos vuelva a plantearse dicha posibilidad.

Queda así, pues, redactado el texto que ha de ser objeto de definitiva elaboración en próximas reuniones en el seno del Grupo, para su posterior aprobación por el Consejo, si procede.

MANUEL CASERO MEJÍAS

ANEXO

PROPOSICION DE DIRECTIVA DEL CONSEJO DE LA CEE, REFERENTE A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DE PRESTACION DE SERVICIOS EN EL CAMPO DEL CREDITO HIPOTECARIO

(TEXTO ENMENDADO POR EL PARLAMENTO EUROPEO
Y RESOLUCION DE DICHO PARLAMENTO)
(Febrero 1987)

VISTO el Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea, y especialmente el artículo 57. párrafo 2, y el artículo 66,

VISTA la propuesta de la Comisión,

VISTO el informe del Parlamento Europeo,

VISTO el informe del Comité Económico y Social,

CONSIDERANDO que, en aplicación al Tratado, todo tratamiento discriminatorio o restrictivo en materia de establecimiento y de prestación de servicios que esté fundado en consideraciones de nacionalidad o en el hecho de que una empresa no esté establecida en los Estados miembros en donde se prestaran los servicios está prohibido a partir del final del período transitorio;

CONSIDERANDO que, en aplicación del Tratado, de conformidad con los artículos 52 y 59, la prohibición de todo tratamiento restrictivo en lo que concierne a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios significa que todas las empresas tienen derecho a establecerse y prestar servicios en todo el territorio de la Comunidad;

CONSIDERANDO que, para facilitar el ejercicio efectivo de esta libertad en el sector de los establecimientos de crédito, el Consejo decretó la Directiva 77/780/CEE, de fecha 12 de diciembre de 1977, para la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas concernientes al acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y a su ejercicio (1), la cual ha permitido una primera armonización de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a las normas a las que estos establecimientos están sujetos;

CONSIDERANDO que, sin embargo, existen todavía obstáculos al ejercicio de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios por los establecimientos de crédito que practican el crédito hipotecario;

CONSIDERANDO que estos obstáculos derivan, por una parte, de la prohibición de conceder créditos garantizados con hipotecas constituidas sobre bienes inmuebles situados en otro Estado miembro y, por otra, de las condiciones diferentes en las que estos establecimientos de crédito están autorizados, en los distintos Estados miembros, para practicar el crédito hipotecario;

CONSIDERANDO que se pueden eliminar estos obstáculos permitiendo la concesión de créditos hipotecarios garantizados con bienes inmuebles situados en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen y permitiendo que el crédito hipotecario sea practicado en el Estado miembro receptor según las técnicas específicas de préstamo y de captación de fondos autorizadas en el Estado miembro de origen;

CONSIDERANDO que, con este fin, es necesario que las autoridades de vigilancia adopten el principio del reconocimiento mutuo de las normas de vigilancia aplicadas para valorar la solidez financiera del establecimiento de crédito hipotecario de que se trate;

CONSIDERANDO que, para evitar que la introducción de nuevas técnicas de captación de fondos o de préstamos en el mercado del crédito hipotecario de un Estado miembro altere las condiciones de la concurrencia, este Estado miembro debe autorizar a los establecimientos de crédito que actúen en el mismo sector dentro de su territorio, cualquiera que sea la forma en que estén establecidos, a realizar operaciones de crédito hipotecario en condiciones semejantes;

CONSIDERANDO que, mientras se alcanza la liberación completa de los movimientos de capital, los Estados miembros pueden exigir, en las operaciones de crédito hipotecario, la congruencia de los activos y pasivos denominados en una moneda determinada, pero en todo caso deben conceder la posibilidad de efectuar tales operaciones en ecus;

CONSIDERANDO que, en cualquier caso, el ejercicio efectivo de las actividades mencionadas en la Directiva requiere que sean suprimidas algunas de las restricciones que dificultan los movimientos de capitales; y que una Directiva específica tratará de estas restricciones;

CONSIDERANDO que cualquier intervención del Estado y otra ayuda pública ligada a la concesión de un crédito hipotecario debe darse de manera no discriminatoria, de modo que pueda aplicarse igualmente a las transacciones efectuadas en el ámbito de la presente Directiva;

CONSIDERANDO que, hasta que se alcance una coordinación ulterior de las reglas de vigilancia, las sucursales de establecimientos de crédito hipotecario cuya sede esté situada en otro Estado miembro estarán vigiladas por las autoridades competentes del país de acogida en estrecha colaboración con las autoridades competentes del país de origen;

CONSIDERANDO que, en cambio, de acuerdo con el principio de control por el país de origen, la vigilancia de estos establecimientos de crédito en lo que se refiere a la prestación de servicios en el extranjero se confiará a la autoridad de vigilancia del país de origen, y que el establecimiento que presta los servicios debe respetar las disposiciones legales en vigor en el país de acogida que están justificadas por razones de interés general;

CONSIDERANDO que la vigilancia de estas disposiciones debe confiarse a la autoridad de vigilancia del país de acogida, lo que implica una estrecha cooperación entre esta autoridad y la autoridad competente del país de origen para que la vigilancia de las transacciones en cuestión sea lo más completa posible;

CONSIDERANDO que las autoridades de vigilancia no disponen de una experiencia suficiente en materia de control de transacciones realizadas en el extranjero por los establecimientos de crédito hipotecario y que, por esta razón, conviene permitirles, durante un período transitorio, limitar el volumen de estas transacciones,

HA DECRETADO LA PRESENTE DIRECTIVA.

Título I.

DEFINICIONES Y CAMPO DE APLICACION

Artículo primero.

La presente Directiva se aplicará a las entidades de crédito incluidas en el ámbito de la Directiva 77/780/CEE, cuyas actividades consistan total o parcialmente en captar fondos del público en forma de depósitos o ingresos procedentes de la emisión de cédulas hipotecarias o de otras obligaciones y títulos o de acciones reembolsables y en conceder préstamos al público garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles con el fin de adquirir o mantener derechos de propiedad sobre terrenos edificables o inmuebles existentes o en proyecto o para la renovación o mejora de inmuebles.

Artículo segundo.

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- Estado miembro de origen: el Estado miembro en el que los establecimientos de crédito incluidos en el artículo primero tengan su sede.
- Estado miembro receptor: el Estado miembro en el que los establecimientos de crédito incluidos en el artículo primero tengan una sucursal o presten servicios.
- «Entidades de crédito designadas»: las entidades consideradas en el artículo primero.
- «Actividades de crédito hipotecario», las actividades consideradas en el artículo primero.
- «Hipoteca»: una hipoteca o cualquier otro instrumento jurídico que tenga un efecto jurídico equivalente.

Artículo segundo bis.

Ningún aspecto de la presente Directiva mermará los actuales derechos de las entidades de crédito designadas en lo relativo a emprender actividades de crédito hipotecario en su Estado miembro de origen o en cualquier otro Estado miembro.

Título II.

**DISPOSICIONES GENERALES DESTINADAS A FACILITAR
EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO
Y DEL DERECHO DE PRESTACION DE SERVICIOS**

Artículo tercero.

Los Estados miembros de origen autorizarán a las entidades de crédito designadas a que emprendan actividades de crédito hipotecario en cualquier otro Estado miembro y con respecto a bienes inmuebles situados en cualquier lugar de la Comunidad.

Por otra parte, no restringirán en otro Estado miembro el uso de ninguna técnica financiera autorizada para las actividades de crédito hipotecario en el Estado miembro de origen.

Artículo cuarto.

Los Estados miembros receptores, con la excepción que se recoge en el apartado 3, revocarán toda disposición jurídica o administrativa que impida o dificulte a las entidades de crédito designadas, con domicilio social en otro Estado miembro, el emprender actividades de crédito hipotecario en su territorio de acuerdo con técnicas financieras permitidas por la legislación de su Estado miembro de origen, o modificarán tales disposiciones de manera que permitan el empleo de dichas técnicas.

Artículo quinto.

1. Cuando la introducción de estas nuevas técnicas dé lugar a una distorsión de las condiciones de competencia en un Estado miembro, éste autorizará a todas las entidades de crédito designadas establecidas en su territorio a que adopten técnicas semejantes o medidas equivalentes.

2. Hasta que se proceda a una nueva coordinación en lo relativo a las cédulas hipotecarias, los Estados miembros receptores podrán exigir que las emisiones de tales obligaciones en su territorio se ajusten a las disposiciones pertinentes en vigor en dicho Estado miembro.

Artículo sexto.

1. Durante un período máximo de siete años a partir de la adopción de la presente Directiva, el Estado miembro receptor podrá exigir que tanto las transacciones de captación de fondos como las de préstamo se realicen en su moneda o, si se permite que las transacciones se realicen en otra moneda nacional, que se equilibren activo y pasivo en cada una de las monedas nacionales; sin embargo, la entidad en cuestión podrá siempre utilizar el ecu como alternativa.

2. El apartado anterior no se aplicará a las actividades de crédito hipotecario realizadas entre las entidades de crédito designadas y un nacional de su Estado miembro de origen.

3. Durante un período máximo de siete años a partir de la adopción de la presente Directiva, el Estado miembro de origen podrá exigir un equilibrio entre activo y pasivo en cada una de las monedas nacionales; la entidad en cuestión, sin embargo, podrá siempre optar por cumplir con el requisitos de equilibrio en ecus.

Artículo séptimo.

Las medidas de ayuda estatal o pública de cualquier otro tipo, incluidas las ventajas fiscales, en el ámbito de las actividades del crédito hipotecario, emprendidas por las entidades de crédito designadas se aplicarán a las transacciones incluidas en el ámbito de la presente Directiva. No se dará un trato discriminatorio o restrictivo por causa de la nacionalidad o por el hecho de que la entidad de crédito designada no esté establecida en el Estado miembro en que se presten los servicios.

*Título III.***DISPOSICIONES RELATIVAS A LA LIBERTAD
DE ESTABLECIMIENTO***Artículo octavo.*

Hasta que no se tomen disposiciones adecuadas de control en virtud de una nueva Directiva, la supervisión del establecimiento, en cualquiera de sus formas, de las entidades de crédito designadas en otro Estado miembro, será ejercida por la autoridad supervisora de este Estado miembro receptor en estrecha cooperación con la autoridad supervisora del Estado miembro de origen y de acuerdo con las disposiciones jurídicas del Estado miembro receptor que se atengan a la presente Directiva.

Título IV.

**DISPOSICIONES RELATIVAS A LA LIBRE PRESTACION
DE SERVICIOS**

Artículo noveno.

1. Las entidades de crédito designadas que deseen ejercer la libertad para prestar servicios en el ámbito de las actividades del crédito hipotecario, en el territorio de otro Estado miembro por primera vez, notificarán de ello a la autoridad supervisora del Estado miembro de origen que haya concedido la autorización, de conformidad con el artículo tres de la Directiva 77/780/CEE.

2. Los Estados miembros exigirán que la notificación vaya acompañada de las siguientes informaciones relativas a la entidad de crédito designada en cuestión.

- a) El Estado miembro en cuyo territorio se pretenda prestar los servicios.
- b) El tipo de actividad que se pretende ejercer en el territorio del Estado miembro receptor.
- c) Las condiciones generales y específicas que regulan la captación de fondos y la concesión de préstamos.
- c) bis Una declaración certificada bajo su propia responsabilidad en cuanto a que las condiciones generales y específicas por las que la entidad se rige para la financiación y la concesión de créditos cumplen las disposiciones jurídicas del Estado miembro receptor que no estén en desacuerdo con la presente Directiva.
- c) ter La dirección en el Estado miembro receptor a la que podrán dirigirse los documentos.

3. A menos que la autoridad supervisora del Estado miembro de origen tenga razones para dudar de la solvencia de la entidad de crédito designada en cuestión, basadas en informaciones que obren en su poder y/o en cualquier otra información que solicite, dentro de lo razonable, de la entidad, o que obtenga de otras fuentes, enviará, en el plazo de tres meses a partir de la notificación a que se alude en el apartado 1, la información mencionada en el apartado 2 a la autoridad supervisora del Estado miembro receptor.

4. Cuando la autoridad supervisora del Estado miembro de origen decida que existe alguna razón para dudar de la solvencia de la Entidad de crédito designada, se negará a enviar la información mencionada en el apartado 2 a la autoridad supervisora del Estado miembro receptor

y comunicará las razones a la entidad interesada en el plazo de tres meses a partir de la recepción de la información mencionada en el apartado 2. Dicha negativa tendrá como efecto la suspensión del derecho de la entidad a prestar servicios en el campo de las actividades de crédito hipotecario en el Estado miembro mencionado en la notificación.

5. Antes de que la entidad de crédito designada emprenda sus actividades, la autoridad supervisora del Estado miembro receptor deberá, en el período de tres meses, a partir de la recepción de la información mencionada en el apartado 2, estar dispuesta a la supervisión de la entidad de conformidad con el artículo décimo.

5 bis. Las entidades de crédito designadas que deseen modificar alguno de los datos notificados de conformidad con el apartado 2 enviarán una comunicación por escrito de la modificación propuesta a las autoridades supervisoras de los Estados miembros de origen y receptor pertinentes, por lo menos un mes antes de realizar la modificación.

Artículo décimo.

1. Una entidad de crédito designada que ejerza la libertad de prestar servicios en el territorio de otro Estado miembro remitirá un informe semestral de sus operaciones en el Estado miembro receptor a la autoridad supervisora de dicho Estado miembro.

2. Si la autoridad supervisora del Estado miembro receptor comprobare que la entidad que presta servicios en su territorio no cumple las disposiciones jurídicas vigentes en dicho Estado miembro que se atengan a la presente Directiva o causa graves distorsiones a la competencia en ese sector, dicha autoridad solicitará a la entidad en cuestión que ponga fin a esta situación irregular.

3. Si el establecimiento en cuestión no hace lo necesario, la autoridad de vigilancia del Estado miembro receptor informará a la autoridad de vigilancia del Estado miembro de origen. Esta tomará todas las medidas apropiadas para que el establecimiento en cuestión finalice su situación irregular. La naturaleza de estas medidas se comunicará a la autoridad del Estado miembro receptor.

4. Si, pese a las medidas adoptadas por el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 3, o porque tales medidas resultan inadecuadas o no existen en el Estado miembro en cuestión, la entidad persistiere en violar las disposiciones jurídicas a que se alude en el apartado 2, vigentes en el Estado miembro receptor, éste podrá, tras informar a la autoridad supervisora del Estado miembro de origen, tomar las medidas apropiadas para impedir nuevas irregularidades, incluyendo, siempre y cuando sea necesario, el impedir que dicha entidad celebre

nuevos contratos hipotecarios mediante la prestación de servicios dentro de su territorio. Los Estados miembros se asegurarán de que dentro de su territorio se pueda disponer de los documentos jurídicos necesarios para adoptar estas medidas.

5. Cualquier medida tomada en aplicación de lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, incluso las sanciones o restricciones de la prestación de servicios, deberá justificarse debidamente y comunicarse al establecimiento a que se refiere. Cada una de estas medidas puede ser objeto de un recurso ante los Tribunales del Estado miembro que los adopte.

6. En caso de que se retire la autorización, se informará de ello a la autoridad supervisora del Estado miembro receptor, que tomará las medidas oportunas para impedir que la entidad afectada siga celebrando contratos hipotecarios mediante la prestación de servicios en el territorio del Estado miembro receptor en cuestión.

7. Cada dos años la Comisión enviará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe en el que se recibirán el número y tipo de casos; en cada uno de los Estados miembros, en los cuales se haya producido una denegación, de conformidad con el artículo nueve, o en los que se hayan adoptado medidas de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4. Los Estados miembros cooperarán con la Comisión aportándole la información necesaria para elaborar dicho informe.

Título V.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

Artículo undécimo.

1. El Estado miembro de origen podrá, durante un período máximo de siete años a partir de la adopción de la presente Directiva limitar las transacciones de una entidad de crédito designada en el ámbito de las actividades de crédito hipotecario, realizadas ya sea a través de sucursales en otros Estados miembros o mediante la prestación de servicios, al 25 por 100 del total de los préstamos hipotecarios de la entidad de crédito en cuestión.

2. El Estado miembro receptor podrá, durante el mismo período, limitar las transacciones relativas a la captación de fondos y la concesión de créditos, realizados por una entidad de crédito cuyo domicilio social esté en otro Estado miembro, al 25 por 100 del volumen de las transacciones realizadas enteramente durante el año anterior por las entidades de crédito designadas cuyo domicilio social esté en dicho Estado miembro receptor.

Artículo duodécimo.

1. Los Estados miembros aplicarán las medidas necesarias para cumplir la presente Directiva en un plazo de dos años a partir de su adopción e informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones principales de orden legislativo, reglamentario o administrativo que adopten en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.

Artículo decimotercero.

Los Estados miembros son los destinatarios de la presente Directiva.

RESOLUCION

con que concluye el procedimiento de consulta al Parlamento Europeo sobre la propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo relativa a una directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario.

El Parlamento Europeo,

- Vista la propuesta de la Comisión al Consejo (1),
- Consultado por el Consejo de conformidad con el apartado 2 del artículo 57 y con el artículo 66 del Tratado CEE (doc. 2-1743/84),
- Visto el Dictamen de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos Cívicos y la opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y de Política Industrial (doc. A 2-217/86),
- Visto el resultado de la votación sobre la propuesta de la Comisión,

1. Aprueba la propuesta de Directiva con las enmiendas que el Parlamento ha aprobado;
2. Pide a la Comisión que modifique su propuesta, con arreglo al segundo párrafo del artículo 14 del Tratado CEE, a fin de incorporar estas enmiendas;
3. Pide a la Comisión que, tras la adopción de la presente Directiva, publique un documento informativo en el que explique esta última e incluya una descripción de las técnicas financieras permitidas en virtud de los artículos tercero y cuarto;
4. Insta a la Comisión a que presente lo antes posible una propuesta

(1) DO, núm. C 42, de 14 de febrero de 1985, pág. 4.

de Directiva relativa a las cédulas hipotecarias, que sustituya al último apartado del actual artículo quinto;

5. Encarga a su Presidente que transmita al Consejo y a la Comisión, como dictamen consultivo del Parlamento, el texto de la propuesta de la Comisión en la versión que resulte de las votaciones del Parlamento, así como la resolución correspondiente.

Febrero 1987.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) NORMAS COMUNITARIAS

1. *Directivas sobre el Derecho de Sociedades*

Primera.—Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (68/151/CEE).

Segunda.—Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (77/91/CEE).

Tercera.—Directiva del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (78/855/CEE).

Cuarta.—Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/600/CEE).

Sexta.—Directiva del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas (82/891/CEE).

Séptima.—Directiva del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE).

Octava.—Directiva del Consejo, de 10 de abril de 1984, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables (84/253/CEE).

2. Elecciones al Parlamento Europeo

En el *Boletín Oficial del Estado* de 3 de abril se publica la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo.

En su preámbulo se dice que una de las Instituciones más eminentemente europeas es la Asamblea o Parlamento Europeo; en ella están representados los pueblos de todos los Estados miembros y, precisamente por exigencias de esa representatividad popular, sus componentes son elegidos por sufragio universal directo en cada uno de los Estados.

Hasta el momento los representantes españoles han sido, con carácter provisional, designados por las Cortes Generales, en proporción a la importancia de los distintos grupos políticos en ellas representados. Sin embargo, esa situación provisional debe ser resuelta en breve plazo, por imperativo del artículo 28, 1, del Acta de Adhesión, que establece la necesidad de celebrar, en el plazo de dos años desde nuestra incorporación, elecciones por sufragio universal directo para nombrar los sesenta representantes del pueblo español en el Parlamento Europeo.

Para hacer posible ese proceso electoral ha sido necesaria la aprobación por las Cortes Generales de una ley que regule todos los elementos del sistema electoral y del procedimiento electoral de conformidad con las exigencias derivadas tanto de la Constitución como de la normativa comunitaria aplicable en la materia.

Las normas electorales para la elección del Parlamento Europeo son formalmente una adaptación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, mediante la adición de un título que contenga las disposiciones específicas para la celebración de este tipo de elecciones y la modificación de algunas de las disposiciones comunes de dicha Norma en la medida en que sea estrictamente necesario.

Estructuralmente la Ley está dividida en dos partes fundamentales:

— La primera consiste en un conjunto de modificaciones o adiciones puntuales a distintos artículos de los títulos preliminar y I de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en materias que abarcan desde el ámbito de aplicación de la norma, hasta el orden de escrutinio en caso de coincidencia de procesos electorales.

— La segunda consiste en la adición de un nuevo título VI de disposiciones especiales para las elecciones al Parlamento Europeo. En él, siguiendo el mismo orden de los restantes títulos de la Ley, se regula el sufragio pasivo, las incompatibilidades, el sistema electoral, la convo-

catoria de elecciones y una serie de disposiciones de lo que se llama en sentido estricto «procedimiento electoral».

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley sobre fiscalidad municipal del tráfico urbano.*—Es la Ley 2/1987, de 17 de marzo (BOE, 19 siguiente), que autoriza a los Ayuntamientos para establecer tasas por la regulación y control del tráfico urbano y por el estacionamiento de vehículos.

2. *Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987* (BOE, 8 abril).—Viene a sustituir a la de 1974 y constituye una norma tan sólo supletoria en las Comunidades Autónomas que tienen leyes propias sobre la materia (Cataluña, Andalucía, Valencia y País Vasco), siendo Derecho aplicable en primer grado en el resto del territorio nacional.

Tiene 163 artículos, con tres títulos, cuatro disposiciones adicionales, nueve transitorias, seis finales y una derogatoria.

El artículo 1.º las define como auténticas sociedades que deberán ajustarse a las normas de esta Ley y a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional. En el artículo 4 se señala que a su denominación se añadirá necesariamente la expresión «Sociedad Cooperativa». En el artículo 5 se autorizan las operaciones con terceros no socios. La constitución habrá de hacerse en escritura pública, según el artículo 14. La inscripción se realiza exclusivamente en el Registro especial de Cooperativas, sin mención alguna en la Ley respecto al Registro Mercantil, con lo que se modifica posibilidad que autorizaba la Ley que se deroga; en los artículos 16 a 28 se regula este Registro especial en un remedo de otras normas que nos son bien conocidas; resalta la inscripción constitutiva que se proclama en el artículo 19.

Se regulan ampliamente los derechos y obligaciones de los asociados, los órganos de la sociedad cooperativa, su régimen económico, modificación de estatutos, fusión, disolución y liquidación. Se establece una amplia clasificación de las cooperativas, con la regulación de cada una de ellas, contemplándose por primera vez en nuestro Derecho las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, que tienen gran vitalidad en los ámbitos rurales de España.

En su disposición final primera se «aclara» que esta Ley es aplicable a todas las cooperativas domiciliadas en territorio nacional, excepto a aquellas cuyas relaciones se lleven a cabo dentro del territorio de aquellas Comunidades Autónomas que hayan regulado estas sociedades en uso de su competencia. Se establece que las normas de esta Ley tienen

el carácter de básicas, a excepción de una larguísima lista que se señala, a los efectos de la competencia de desarrollo legislativo que puedan tener determinadas Comunidades Autónomas.

Se derogan la Ley de 1974 y su Reglamento de 1978, pero se deja a salvo lo establecido en la disposición transitoria sexta, la cual dice que hasta que se establezcan las nuevas regulaciones, las cooperativas de crédito seguirán rigiéndose por la legislación hasta ahora vigente, salvo en los aspectos registrales, en que les serán aplicables las normas de la nueva Ley.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Hay importantes leyes, que clasificamos por Comunidades:

a) Aragón

1. *Ley de 10 de marzo, del Banco de Tierras (Boletín Oficial de Aragón de 13 de marzo).*—En su artículo 1.º se dice que el Banco de Tierras es un patrimonio inmobiliario de la Comunidad Autónoma de Aragón, que tiene por finalidad fomentar la modernización y el desarrollo agrario y social, buscando el cultivo directo de la tierra. En el artículo 2.º se establece que la titularidad sobre bienes y derechos integrados en el Banco corresponda a la Diputación General de Aragón, a cuyo favor se realizarán las pertinentes inscripciones en el Registro de la Propiedad. A lo largo de 50 artículos se regulan los procedimientos de afectación y desafectación, las normas sobre la explotación de esas tierras y régimen de las concesiones. Sus normas pueden rozar las de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y de la Ley de Arrendamientos Rústicos en lo que se refiere, respectivamente, a la caducidad de los derechos concedidos a los beneficiarios de la primera y del tanteo y retracto preferentes de los arrendatarios.

2. *Ley de 2 de abril, de Patrimonio de Aragón (Boletín Oficial de Aragón de 7 de abril).*—Contiene la regulación de los bienes pertenecientes a dicho Patrimonio. Destaquemos que el artículo 12 dice que los bienes de dominio público serán susceptibles de inscripción registral, en tanto no lo prohíba la legislación hipotecaria; en cuanto a los bienes patrimoniales, el artículo 45 ordena su inscripción, así como las de los actos que les afecten, de conformidad con lo establecido en la legislación específica para la inscripción de los bienes y derechos de Estado. En los artículos 56 a 65 se establecen las normas para la enajenación y gravamen de dichos bienes patrimoniales.

3. *Ley de 15 de abril, sobre Mancomunidades de Municipios (Boletín Oficial de Aragón de 22 de abril).*—Autoriza a los municipios de Aragón para asociarse con otros en Mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios que sean de su competencia. Tiene, por tanto, un marcado carácter administrativo.

b) *Asturias*

Ley de 30 de marzo, de Coordinación y Ordenación Territorial (Boletín Oficial de Asturias de 14 de abril).—Regula las materias cuyo contenido se deduce claramente de la titulación de la norma, en el ámbito regional de su competencia.

c) *Canarias*

1. *Ley de 13 de marzo, reguladora de los Planes Insulares de Ordenación (Boletín Oficial de Canarias de 23 de marzo).*—Regula esta materia en su aspecto administrativo.

2. *Ley de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria (Boletín Oficial de Canarias de 3 de abril).*—Tiene un aspecto público, con referencia exclusiva a la administración de la Comunidad Autónoma.

3. *Ley de 7 de abril, sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de Canarias (Boletín Oficial de Canarias de 17 de abril).*—La invasión turística de las islas supone la necesidad de regular con especiales medidas la ordenación territorial, perfilando las normas de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana no siempre aplicables a las actuales necesidades del Archipiélago. Por ello se determinan las reglas para el uso del suelo rústico y su ordenación urbanística. En el artículo 6 se establece que las parcelaciones, divisiones o segregaciones de fincas rústicas requerirán licencia municipal, tanto para autorizar la escritura como para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad.

d) *Cataluña*

En el *Diario Oficial de la Generalidad* del día 8 de abril se publican las dos siguientes leyes:

1. Ley de 4 de abril, del régimen provisional de las competencias de las Diputaciones Provinciales.

2. Ley de 4 de abril, de organización comarcal de Cataluña.

Dado el carácter público y administrativo de ambas, no entramos en su contenido.

e) *Navarra*

Ley Foral de 1 de abril, modificando la Compilación del Derecho Civil Foral (Boletín Oficial de Navarra de 6 de abril).—Trata de acomodar sus normas a los nuevos dictados reformativos del Derecho de Familia efectuados tanto por la Constitución como por otras leyes ya conocidas, de acuerdo con la actual realidad social y guardando fidelidad a la tradición jurídica navarra, en la medida en que esto sea posible y compatible. Se modifica un total de noventa y dos leyes, o sea, casi la sexta parte de su total. Se le agrega una disposición adicional en el sentido de que las remisiones al articulado del Código Civil se entienden a su redacción actual y se suprimen las disposiciones finales de la Compilación que hacían referencia a sus posibles reformas.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Jornadas sobre adaptación al ordenamiento europeo.*—En los primeros días de abril se han celebrado en Madrid unas jornadas de estudio en torno al tema: «Adaptación del Derecho español al ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas». Las jornadas han consistido en la presentación de ponencias, con coloquio, sobre aspectos concretos de esta adaptación llevada a cabo en España como consecuencia de la adhesión a las Comunidades.

Estos han sido los participantes y sus temas:

- D. ALVAREZ PASTOR: «Movimientos de capitales».
- A. BERCOVITZ: «Sociedades».
- R. CEPAS PALANCA: «Protección de consumidores».
- I. MARTÍN CASTELLÁ: «Política industrial».
- A. MARTÍN CARIBELL: «Competencia empresarial».
- S. MARTÍNEZ LAGE: «Patentes».
- J. L. MESEGUER: «Pesca».
- L. PASTOR RIDRUEJO: «Monopolio de petróleos».
- F. DE LA RIVA: «Fiscalidad».
- A. SAINZ DE VICUÑA: «Contratos públicos».
- F. SÁNCHEZ ORTIZ y F. SÁNCHEZ GAMBORINO: «Transportes».

2. *Seminario sobre propiedad intelectual.*—También en los primeros días de abril, organizado por el Instituto de Empresa ha tenido lugar este seminario para estudiar la futura ley de la propiedad intelectual, con el siguiente programa

6 de abril

- «Derecho moral de los autores», por don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS.
- «Duración y límites de los derechos de autor», por don MATÍAS VALLÉS RODRÍGUEZ.
- «Contrato de edición», por don CARLOS ROGEL VIDE.

7 de abril

- «Derechos afines y nuevas tecnologías», por don ANTONIO DELGADO PORRAS.
- «Protección extrajudicial de los derechos de autor (Registro, ausencia de requisitos registrales, símbolos en convenciones internacionales)», por don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.
- «Programas de ordenador», por don HERMENEGILDO BAYLÓS CORROZA.

8 de abril

- «Entidades de gestión», por don ANTONIO DELGADO PORRAS.
- «Defensa penal de los derechos de autor», por don JUAN MOLLÁ LÓPEZ.
- «Aspectos procesales de la futura Ley de Propiedad Intelectual», por don VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ.

9 de abril

- «La fotografía y los derechos de autor», por don JAVIER GUTIÉRREZ VICÉN.
- Coloquio-debate con asistencia de don JAVIER MATÍA PRIM, Secretario General Técnico del Ministerio de Cultura.

Ponentes

- Don HERMENEGILDO BAYLÓS CORROZA, Catedrático de Derecho Civil.
- Don VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Procesal.
- Don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Ex Registrador General de Propiedad Intelectual. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.
- Don ANTONIO DELGADO PORRAS, Jefe de la Asesoría Jurídica de la Sociedad General de Autores. Abogado.
- Don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Civil.
- Don JAVIER GUTIÉRREZ VICÉN, Abogado.

- Don JAVIER MATÍA PRIM, Secretario General Técnico del Ministerio de Cultura.
- Don JUAN MOLLA LÓPEZ, Asesor Jurídico de la Asociación Colegial de Escritores. Abogado.
- Don CARLOS ROGEL VIDE, Catedrático de Derecho Civil.
- Don MATÍAS VALLES RODRÍGUEZ, Ex Director General del Libro. Abogado.

3. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El día 28 de abril pronunció don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Catedrático de Derecho Civil, y Magistrado del Tribunal Supremo, una conferencia sobre el tema: «Perspectivas del proyecto de ley de propiedad intelectual».

El 6 de mayo, doña CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Profesora de Derecho Civil y Secretaria General de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, disertó sobre «Consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción artificial».

Y en los días 12 y 13 de mayo tuvo lugar un curso sobre Derecho Militar, a cargo de Consejerosogados, sobre los siguientes temas:

- «Organización judicial militar en la reforma proyectada», por don JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ FLORES.
- «El nuevo Código Penal Militar», por don IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR Y ELIZAGA.
- «Procedimiento judicial militar en la futura reforma», por don LUIS TEJADA GONZÁLEZ.
- «Relaciones de la Justicia Militar con otras jurisdicciones», por don NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO; éste es Profesor de la Universidad.

4. *Academia Matritense del Notariado*.—En este centro, dependiente del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, se han celebrado en el mes de abril dos conferencias con estos temas:

- «Negocio, documento y Notario en la evolución del Derecho Romano», por don MARIO AMELOTI, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Génova.
- «La sociedad unipersonal», por don ANTONIO SOTO BISQUERT, Notario.

5. *VII Congreso Internacional de Derecho Registral*.—Al cerrar este número de nuestra REVISTA se está celebrando en Río de Janeiro este Congreso, en el que se debatirán temas que nos afectan directamente. Esperamos dar cumplida información en el próximo número del

resultado de las deliberaciones que se traducirán en conclusiones que publicaremos.

Por ahora nos hemos de limitar a dar noticia de las ponencias y comunicaciones presentadas por la Delegación española, que son:

Tema 1

- «La multipropiedad inmobiliaria y sus aporías», por don PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA.

Tema 2

- «Condición y Registro jurídico-inmobiliario. Observaciones al hilo de la realidad cotidiana», por don TOMÁS ZUMALACARREGUI MARTÍN-CÓRDOVA.
- «Repercusiones fiscales de algunos negocios fiduciarios», por don JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ.
- «Problemática registral de la fiducia sucesoria aragonesa», por don PABLO CASADO BURBANO.

Tema 3

- «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», por don JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

Tema 4

- «Parcelación de tierras urbanas y rústicas», por don RAFAEL ARNÁIZ EGUREN.

Comunicaciones

- «Tutela y seguridad jurídica», por don JESÚS LÓPEZ MEDEL.

LA REDACCIÓN

.

JURISPRUDENCIA

.

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 14 de enero de 1987.*—ARRENDAMIENTO RUSTICO.—No hay falta de tutela judicial efectiva cuando los Tribunales de instancia declaran que por tratarse de un colonato entre parientes no es aplicable la Ley especial, sino el artículo 1.169 del Código Civil.—Sala Primera.—Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.—Recurso de amparo 901/1985.

I. *Hechos.*—La recurrente en amparo formuló, en su día, demanda en juicio de cognición contra don Jerónimo Arranz Hernando, solicitando que se declarase que el demandado se encuentra en situación de jubilado, que ha llevado en arrendamiento las fincas durante más de veinte años, que ha perdido su condición de profesional de la agricultura, y que no puede continuar llevando en arrendamiento las fincas de su propiedad, no sólo por hallarse extinguido el contrato, por el número de años transcurridos, sino por el hecho de la jubilación, conforme a los artículos 25, 3, de la Ley de Arrendamientos Rústicos y el 156, 2, de la Ley General de la Seguridad Social, y que se condene al demandado a dejar a la disposición de la demandante las fincas comprendidas en el arrendamiento, que se encuentran en barbecho, y al finalizar el año agrícola actual, las restantes que tiene sembradas.

El demandado señor Arranz Hernando, en su contestación a la demandada, sostuvo que no era cierto que el arrendamiento tuviera más de veintiún años, sino sólo catorce años, al haberse celebrado con la usufructuaria de la finca, madre de la actora, y que dado su condición de hermano político de la actual actora el contrato estaba basado en la situación familiar de los contratantes, y por eso debía ser excluido de la legislación especial de arrendamientos rústicos y, en consecuencia, la situación de jubilación, por la mutualidad agraria, no sería causa de desahucio, ya que la legislación común, a la que se encuentra sometido el contrato, no establece como causa de desahucio ninguna de las que se esgrimen en la demanda. En razón de ello sostiene la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional por inadecuación del proce-

dimiento, pues al encontrarse excluido un contrato de la legislación especial arrendaticia lo está también de los procedimientos especiales de dicha Ley, y consecuentemente el marco donde deben resolverse las discrepancias que surjan, derivadas de este contrato de arrendamiento, es el Código Civil y las Leyes procesales comunes, determinando la Ley de Enjuiciamiento Civil el procedimiento a seguir en los juicios de desahucio ante los Juzgados Comarcales, hoy de Distrito, en los artículos 1.570 y siguientes de dicha Ley. Regulándose el contrato por las normas civiles, no le son de aplicación ninguna de las normas, tanto sustantivas como procesales, aducidas en la demanda, pues la arrendadora (demandante) no puede desahuciar al compareciente nada más que cuando se den algunas de las causas que se establecen en el artículo 1.569 del Código Civil, ninguna de las cuales se dan en la actualidad, ni han sido invocadas en la demanda, además de no hacerse los trámites adecuados, que son los de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al no existir causa de desahucio, la demandante carece de acción y derecho para promover la demanda. El Juzgado de Distrito de Riaza, en su sentencia ahora impugnada, desestimó la demanda por entender que, de acuerdo con el artículo 6.º, 1, de la Ley de Arrendamientos Rústicos, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma los arrendamientos entre parientes, habiendo quedado reflejado en autos que las partes son parientes en segundo grado por la línea colateral y no haber desistido o no haberse acreditado una sumisión expresa contractual a la mencionada Ley especial. Al no poderse amparar en las causas de desahucio de la Ley de Arrendamientos Rústicos, no aplicable a este arrendamiento, las causas de desahucio que recoge el artículo 1.569 del Código Civil, «ninguna de las cuales se alega en la demanda presentada», añadiéndose que además el asunto debería seguirse «por los trámites del juicio de desahucio regulado en el artículo 1.567 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Por ello desestima en su totalidad la demanda presentada, admitiendo las excepciones propuestas en la contestación a la demanda, desestimando en todas sus partes el suplico de la demanda y absolviendo de la misma al demandado. Contra dicha sentencia interpuso la demandante recurso de apelación, alegando, entre otros extremos, la incongruencia del fallo recurrido con lo postulado en la demanda, ya que el Juzgador de instancia basó su decisión en un aspecto que no fue causa de debate ni objeto de prueba, como es que el proceso debía seguirse por las causas de desahucio del Código Civil, no alegadas en la demanda, y por los trámites del correspondiente proceso especial de desahucio. El apelado interesó la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito.

La Audiencia Provincial de Segovia, en su Sentencia de 17 de septiembre de 1985, insiste en que en la demanda inicial la hoy recurrente en amparo ejerce acción resolutoria del contrato de arrendamiento rústico, invocando como causas de extinción del mismo el transcurso del tiempo a que hace referencia el número 3 del artículo 25, y la pérdida de la condición de cultivador agrícola que contempla el artículo 76, ambos de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980. Para la Audiencia es evidente la exclusión del contrato verbal de arrendamiento existente del régimen de la legislación especial de arrendamientos rústicos y su vinculación a todos los efectos a la legislación común, por no haberse otorgado por escrito con sumisión expresa a la mencio-

nada Ley, siendo un contrato entre parientes. Tratándose de un contrato sometido al Código Civil, en cuyo artículo 1.569 se establecen las causas de desahucio y para su conocimiento se señala en los artículos 1.561 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil el oportuno procedimiento al que deberán someterse las partes litigantes, es por la naturaleza jurídica de tal contrato el juicio de desahucio el procedimiento adecuado de carácter sumario para que cese el disfrute del arrendatario, y este pronunciamiento resume y tiene como fundamento la extinción de la relación arrendaticia o su resolución por alguna de las causas que justifiquen la recuperación posesoria de las fincas por el dueño o arrendador. La elección por la demandante de un procedimiento inadecuado para la tramitación del juicio, invocando causas reservadas y sometidas a la legislación especial, justifica procesalmente la estimación de la excepción alegada de falta de jurisdicción por la inadecuación del procedimiento y la consiguiente desestimación de la demanda sin entrar a conocer la cuestión de fondo, aunque la absolución del demandado comprende únicamente la solución en la instancia, quedando vivas en favor del demandante las acciones que tengan su fundamento en un contrato de arrendamiento invocado en la demanda, y en la misma causa de pedir, cuya demanda, por vicio de procedimiento, motiva la presente resolución. Sin embargo, al no haberse pronunciado el órgano jurisdiccional sobre el fondo del asunto, se estima la apelación en cuanto a la imposición de costas.

Se formula voto particular por un Magistrado frente a la sentencia, en el que se sostiene que el Juez *a quo* debía haberse pronunciado sobre todos y cada uno de los extremos alegados en la demanda, y sobre las consecuencias de la obligación del arrendatario, y sobre si el transcurso de los años daba lugar a la extinción del contrato, dada la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que lo que se ventila en desahucio puede igualmente ventilarse en procesos ordinarios. También entiende que deberían aplicarse analógicamente a los rústicos de derecho común las excepciones a la prórroga establecida en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Además, siendo el proceso de cognición el juicio adornado del máximo de derechos, facultades, pruebas y posibilidades de defensa a través de recursos plenos, no se adivina la razón para que pueda ser rechazado para asignarlo obligadamente a otros de inferiores defensas, medios y garantías como lo sería el juicio de desahucio o el juicio verbal, por lo que los razonamientos vertidos sobre la adecuación carecerían de toda entidad y validez interpretativa. En función de todo ello propone la estimación del recurso de apelación y la estimación de la demanda, declarando extinguido el contrato de arrendamiento rústico y condenando al demandado a dejar a disposición de la parte actora las fincas comprendidas en el arrendamiento.

La recurrente en amparo considera que las citadas sentencias han lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución: 1.º, por la incongruencia en que incurren, al no resolver realmente el supuesto planteado; 2.º, porque desestiman un procedimiento válido y remiten a otro correspondiente a una acción no ejercitada, y 3.º, por no haber entrado en el fondo.

II. *Fallo*.—El Tribunal Constitucional DESESTIMA el presente recurso de amparo, para lo que se ha basado en los siguientes

III. *Fundamentos jurídicos*.—1. Se denuncia por la recurrente la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, garantizada por el artículo 24, 1, de la Constitución, que habrían producido tanto la sentencia del Juzgado de Distrito de Riaza como la posterior de la Audiencia Provincial de Segovia que la confirma. En su prolijo escrito de recurso se entremezclan, sin embargo, razones relativas al fondo del asunto discutido en la instancia, o sea si procedía la resolución del contrato de arrendamiento rústico, en base a la Ley de 31 de diciembre de 1980, por la pérdida de condición de profesional de la agricultura del arrendatario a causa de su jubilación, y de extinción del contrato de arrendamiento por haber transcurrido el plazo de veintinueve años, con razones relativas a la infracción, por los órganos judiciales correspondientes, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Respecto a la primera, resulta necesario insistir en la doctrina consolidada de este Tribunal de que no le incumbe al mismo la interpretación de la legislación ordinaria que no afecte a los derechos fundamentales, puesto que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (artículo 117, 3, de la Constitución), sin que sea posible tratar de convertir el recurso de amparo en una nueva instancia. En consecuencia, debe dejarse fuera de examen y consideración toda la problemática relativa a las posibles consecuencias que pudiera tener sobre un contrato de arrendamiento la jubilación del arrendatario, por la posible incidencia de las normas de Seguridad Social, a efectos de la aplicación de la exigencia contenida en el artículo 6.º, 1, de la Ley de Arrendamientos Rústicos. De ahí que no haya de entrarse en la denuncia de denegación de tutela jurídica por la no acogida de la alegación de fraude a la Ley de Seguridad Social, que se formula por el recurrente de amparo. Se trata aquí de una discrepancia sobre la decisión de fondo del Juzgado de instancia, que como tal no es susceptible de control por este Tribunal.

La falta de tutela judicial denunciada habrá de examinarse por ello en base sólo a tres de las razones alegadas por la recurrente en su escrito y susceptibles de tener relevancia constitucional: la incongruencia en la sentencia; la desestimación de procedimiento válido y remisión a otro correspondiente a una acción no ejercitada, y el no entrar en el fondo del asunto, concurriendo los requisitos procesales necesarios para ello. Los dos primeros motivos afectan a las dos sentencias objeto del recurso, mientras que el tercero se denuncia sólo frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia.

2. Aunque la acusación de incongruencia se realiza de forma difusa a lo largo del escrito, tal incongruencia parece centrarse en la acusación de haberse producido una alteración del objeto del proceso, por referencia a sus elementos objetivos, esto es, a la causa de pedir y *petitum*, afirmándose haber solicitado extinción del contrato de arrendamiento, sin haberse ejercitado la acción de desahucio. Es decir, que lo que se sostiene por la parte recurrente es que la litis se tramitó y sustanció como juicio de cognición, habiéndose debatido el hecho probado de la jubilación del demandado, mientras que la sentencia se habría pronunciado sobre un tema de desahucio no planteado en la instancia.

Sobre esta alegación deben formularse dos observaciones previas. La primera es la de que la congruencia, para tener relevancia constitucional, tiene que entrañar una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del derecho de defensa, como afirmara, entre otras, la Sentencia de este Tribunal de 6 de febrero de 1985. Tal congruencia ha de medirse por ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, no concediéndoles más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgando cosa distinta de lo pretendido por una y otra parte. Supondría una infracción del principio de contradicción y una lesión del esencial derecho de defensa, si se produjeran excesos, aminoraciones o desviaciones sobre los que no ha habido debate y oposición (Sentencia 109/1985, de 8 de octubre). La segunda es la de que tanto la congruencia con las pretensiones formuladas como la motivación del pronunciamiento constituyen requisitos ineludibles de la actividad judicial, pero no exigen una respuesta pormenorizada a las alegaciones jurídicas expuestas por cada una de las partes, sobre todo cuando el fallo es desestimatorio, lo que supone una denegación de todas y cada una de las pretensiones deducidas en la demanda.

En el presente supuesto se comprueba con toda claridad que la denunciada incongruencia no se ha producido. En efecto, el fallo de la sentencia de instancia afirma que desestima en todas sus partes el suplico de la demanda y absuelve de la misma a la parte demandada, y en el segundo Considerando se dice que se desestima en su totalidad la demanda presentada «al admitirse las excepciones propuestas en la contestación a la demanda», excepciones que fueron precisamente la falta de jurisdicción y competencia por inadecuación del procedimiento al tratarse de un arrendamiento excluido de la legislación especial, sometido al Derecho común y leyes procesales comunes, y la de que, además de no darse ninguna de las causas de resolución en que se basa la demanda, tales causas no están reconocidas por las leyes comunes para acreditar el desahucio.

La utilización del término «desahucio» por la sentencia de instancia y por la de apelación, siendo así que se había ejercitado una acción declarativa en juicio civil de cognición, sería, a juicio de la recurrente en amparo, manifestación de incongruencia. Pero ello supone una notable confusión entre el procedimiento de cognición elegido y el contenido de la acción, que, como se comprueba de la simple lectura del suplico de la demanda inicial, pide que se declare la extinción del contrato «por el número de años transcurridos y por el hecho de la jubilación», conforme a los artículos 25, 3, de la Ley de Arrendamientos Rústicos y 156, 2, de la Ley General de la Seguridad Social, y que se condene al demandado a dejar a disposición de la recurrente las fincas actualmente en barbecho, y al finalizar el año agrícola actual, las restantes sembradas. Aun cuando el procedimiento elegido sea el de cognición, su pretensión consiste en obtener, eso sí, por una vía judicial más dilatada, y en la que el demandado puede tener mayor posibilidad de defensa, lo que materialmente podría conseguir, aunque sin tan amplios efectos de cosa juzgada, en un juicio especial de desahucio. No se produce aquí incongruencia, pues se está hablando, por el órgano judicial, de desahucio en rela-

ción no con la naturaleza del juicio, sino con el objeto de la litis que está debatiéndose en el propio juicio de cognición.

En el juicio de instancia se ha debatido la continuidad o no del contrato de arrendamiento y la permanencia o no del arrendatario en la disponibilidad de las fincas arrendadas, y se han formulado además dos excepciones por la parte demandada que han sido acogidas por el Juez de instancia, y se ha dictado un fallo, en relación con la demanda presentada, de absolución del demandado. No se ha producido incongruencia, y mucho menos una incongruencia de relevancia constitucional que haya ocasionado indefensión en el recurrente, que ha tenido ocasión de conocer y rebatir las excepciones formuladas por el demandado.*

3. El segundo motivo es el de remisión a otro procedimiento correspondiente a una acción no ejercitada, desestimando el procedimiento válido. Este motivo se basa en la doctrina de este Tribunal según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable para el derecho fundamental, de forma que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, especialmente en los supuestos en los que el legislador no lo determinara de manera taxativa. Según la actora, el rechazo de su demanda en ambas instancias se habría producido por una cuestión meramente procedimental, no taxativamente señalada por el legislador, pues ambas sentencias se fundarían en razones jurídicas in-existentes, la inadecuación al *petitum* de la demanda del procedimiento elegido por el actor, el juicio de cognición declarativo de derechos, ignorándose así la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que lo que puede ventilarse en juicio de desahucio puede ventilarse también en juicio de cognición, que además es el obligado cuando el caso sea complejo.

Este planteamiento, que es apoyado también por el Ministerio Fiscal, sería posiblemente correcto si se interpretase, como hace el recurrente, el sentido y alcance de las sentencias recurridas. Es cierto que para conseguir un desahucio o extinción con desalojo podrán seguirse o las normas especiales del juicio de desahucio, de carácter rápido y sumario, o las más amplias del juicio declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía, de acuerdo a una jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo, que ha estimado que el procedimiento sumario se halla establecido en la Ley en beneficio del arrendador, quien puede renunciar al juicio de desahucio y acudir directamente al declarativo ordinario (Sentencia de 24 de mayo de 1984). En función de ello no podría cerrarse arbitrariamente la vía del proceso declarativo cuando el arrendador a través de ella, y aun sin darse la complejidad en el asunto, intente obtener la resolución o extinción del contrato de arrendamiento, pero siempre que ejercite, en cualquier caso, la vía procesal adecuada al derecho material aplicable al correspondiente contrato. Tal negativa podría considerarse un «cambio indebido de procedimiento» y por ello una frustración de la vía judicial constitutiva de una «denegación de tutela judicial efectiva» (Sentencia 11/1982, de 29 de marzo). Según ha afirmado la Sentencia 90/1985, de 22 de julio, «el mandato contenido en el artículo 24, 1, de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, aunque sólo sea porque no puede decirse que sean los mismos los efectos y consecuencias jurídicas que ofrecen los distintos tipos de

procesos previstos en nuestro ordenamiento para la defensa de tales derechos e intereses. Por ello siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes, la privación o denegación de la misma, si fuere indebida, habría que estimarse que equivale a una privación o denegación de tutela judicial efectiva contra lo dispuesto en dicho mandamiento constitucional».

Sin embargo, existen importantes razones para entender que esta doctrina no es aplicable al supuesto que aquí se examina. La parte recurrente ha planteado ciertamente un juicio declarativo para obtener la declaración de extinción del contrato de arrendamiento rústico, objeto del pleito, y, en consecuencia, el desalojo del arrendatario, y las razones en las que ha basado su solicitud de extinción son los artículos 75 y 76 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980. Sin embargo, tanto el Tribunal de instancia como la Audiencia Provincial han calificado al arrendamiento en cuestión como arrendamiento entre familiares sin sumisión expresa a la legislación de arrendamientos rústicos, por lo que, de acuerdo al artículo 6.º, 1, de aquella Ley, quedaba tal arrendamiento excluido o exceptuado de la misma y sometido a las «causas de desahucio que recoge el artículo 1.589 del Código Civil».

La particular configuración de nuestro Derecho arrendaticio rústico somete a los arrendamientos sometidos a la legislación especial de arrendamientos rústicos a normas propias tanto sustantivas como procesales, lo que supone la necesaria conexión de la clase de acción (civil o de la legislación arrendaticia) con el régimen jurídico al que esté sometido el contrato sobre el que el litigio verse. Si la causa de pedir dimana de un contrato de arrendamiento excluido del ámbito de la Ley de Arrendamientos Rústicos, las normas procesales, tanto en cuanto al órgano competente como al proceso, habrán de ser las de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por ello, al ser incluso distinto el órgano judicial competente, no habría sido posible la conversión de una acción declarativa «especial» de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en una acción declarativa común, sometida al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando el Juzgado de Distrito de Riaza, y luego la Audiencia Provincial de Segovia, estiman la excepción alegada de falta de jurisdicción por inadecuación del procedimiento, lo hacen fundamentalmente en función de la calificación como «común» del contrato de arrendamiento rústico, no sometido a la legislación especial, siendo ello razón válida y suficiente para sostener la inadecuación del procedimiento elegido, sometido a la Ley de Arrendamientos Rústicos, que razonadamente los órganos judiciales no han considerado aplicable a la tramitación del juicio al contrato en cuestión. Por tanto, no se puede hablar aquí de un «cambio indebido de procedimiento», ya que no se ha ordenado el cambio de un procedimiento válido, sino que, una vez examinado el objeto del proceso, se ha declarado el carácter inadecuado del procedimiento elegido, no tanto por el contenido del *petitum*, sino, sobre todo, por la calificación del régimen legal y, consecuentemente, procesal aplicado al contrato.

Es cierto que las resoluciones recurridas no sólo declaran la inadecuación del procedimiento, sino que indican que para un contrato de arrendamiento civil y para obtener una extinción con desalojo en caso de concurrir alguna de las causas civiles de desahucio, el actor tendría abierta y expedita la vía privilegiada y sumaria del juicio civil de desahu-

cio. La sentencia de la Audiencia utiliza, sin embargo, al formular esta indicación unos términos demasiado tajantes, al afirmar con referencia al proceso civil de desahucio que a ese procedimiento «deberán someterse las partes litigantes». Son estos términos los que podrían entenderse como un mandato judicial de la utilización necesaria de esta vía especial, cerrando el paso a escoger la vía judicial del juicio declarativo. Sin embargo, no puede verse en esa indicación informativa de la vía más adecuada y ventajosa un mandato judicial que se refleje en el fallo de la sentencia o que produzca efecto de cosa juzgada y cierre la posibilidad de acudir en su día a una acción declarativa sobre la base del Código Civil y no de la Ley de Arrendamientos Rústicos, para conseguir el recurrente sus pretensiones. Sólo en el caso de que una nueva decisión judicial, basándose en lo dicho por la sentencia de la Audiencia, cerrara al recurrente la vía del juicio ordinario de cognición podría existir una denegación de tutela judicial efectiva, pero tal lesión sería imputable no a la presente sentencia, sino a esa hipotética futura decisión judicial, sin que sea posible la concesión de un amparo con una finalidad meramente preventiva.

4. El último de los motivos alegados es el de que la Audiencia Provincial no habría entrado a analizar el fondo del asunto, pese a concurrir los requisitos procesales necesarios para ello. En efecto, mientras que el Juzgado de Distrito absuelve de la demanda, la Audiencia ha estimado más correcto desestimar procesalmente la demanda por inadecuación del procedimiento y no pronunciarse sobre las pretensiones formuladas en la misma, dejando «vivas en favor de la demandante las acciones que tengan su fundamento en el contrato de arrendamiento invocado en la demanda y en la misma causa de pedir». En el voto particular se solicita, sin embargo, que se entre en el fondo del asunto, pero ello se hace por defenderse al mismo tiempo la estimación del recurso y de la demanda, sobre la base de que habría de entenderse aplicable analógicamente las causas de resolución del arrendamiento establecidas en la Ley de Arrendamientos Rústicos a los arrendamientos sometidos al Código Civil.

La Audiencia, que no acepta esta aplicación analógica, pues entiende sólo aplicable al caso las causas, por lo demás mucho más amplias, que contiene el Código Civil, ha estimado la inadecuación del procedimiento; con ello no ha denegado una prestación judicial, pues ya se ha pronunciado de alguna manera sobre el fondo, ha aceptado la calificación como arrendamiento sometido al Código Civil y ha estimado inaplicables al contrato las causas de extinción alegada por el demandante. Sin embargo, en su fallo, con más corrección que el Juzgado de Distrito, no ha querido absolver de la demanda, y ello para favorecer la propia situación del recurrente, dejándole a salvo futuras acciones sobre la misma causa de pedir en ese contrato, y evitándole además la condena en costas. Manifiesta así un particular respeto a la futura tutela judicial del recurrente; las pretensiones que se deducían han sido suficientemente conocidas y se ha decidido negativamente sobre ellas, sin que el contenido del fallo de la Audiencia, limitado a la absolución procesal de la instancia por inadecuación del procedimiento, suponga una denegación de la tutela judicial efectiva.

2. *Sentencia de 29 de enero de 1987.*—CUANTIA DE LA LITIS.—

Hay privación de la tutela judicial efectiva cuando no se admite un recurso de casación porque la cuantía era insuficiente, cuando se había seguido el pleito como de cuantía indeterminada.—Recurso de amparo número 116 de 1986.—Sala Segunda.—Ponente: Don Fernando García-Mon y González Regueral.

I. *Hechos.*—a) Don Francisco Baixauli Vázquez promovió juicio declarativo de mayor cuantía contra los hoy recurrentes, que fue tramitado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, ejercitando las siguientes acciones: acción reivindicatoria, acción de elevación a escritura pública de venta de inmueble, acción de formalización de contrato de sociedad civil particular, acción de rendición de cuentas, acción de entrega de cantidad ilíquida de dinero, acción de indemnización por daños y perjuicios y acción de nombramiento de administrador. El demandante reclamaba el reconocimiento de la validez de una donación de bien inmueble, sobre la que existe establecida una estación de servicio de carburante, y la tercera parte de dicho inmueble, así como que se le rindan cuentas de la explotación de la estación de servicio desde 1970. En el hecho decimocuarto de la demanda se alegó que «la cuantía de este procedimiento debe estimarse como indeterminada». Los demandados y hoy solicitantes de amparo aceptaron expresamente en el hecho decimocuarto de su contestación a la demanda la cuantía indeterminada para la sustanciación del pleito, haciendo constar que rechazaban que el capital de la sociedad fuera de 600.000 pesetas.

b) El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 5 de noviembre de 1984, estimando parcialmente la demanda en el sentido de reconocer la vigencia del contrato de sociedad civil desde 1967 y condenando a los demandados, entre otros extremos, a rendir cuentas de la administración de la sociedad al demandante, con el consiguiente reparto de beneficios. Esta sentencia fue confirmada en apelación por la de la Sala Transitoria de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia de 18 de octubre de 1985. Contra esta última sentencia prepararon los demandantes de amparo recurso de casación. La Sala, por Auto de 18 de noviembre de 1985, denegó su pretensión, en aplicación de lo establecido en los artículos 1.687, 1.º, y 1.697 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, por considerar que la cuantía litigiosa era de 600.000 pesetas. Por entender los recurrentes que ello no respondía a la realidad, por ser la cuantía inestimada o indeterminada, interpusieron recurso de queja contra dicho auto, con expresa invocación de lo dispuesto en el artículo 24, 1, de la Constitución. La Sala Primera del Tribunal Supremo desestimó el recurso, por estimar que la sentencia recayó en un juicio de mayor cuantía, de 600.000 pesetas, con reconvencción que excedía en poco del millón de pesetas «y sin que sean atendibles las razones que en pro de una cuantía superior alegan los recurrentes, por no ser el momento procesal adecuado, y no constar, por otra parte, en lo actuado base alguna para disentir de la resolución recurrida».

c) Consideran los recurrentes que la motivación del auto de la Audiencia Territorial de Valencia resulta inadmisibile, puesto que, con la

conformidad de ambas partes, el pleito se tramitó como de cuantía indeterminada, y esa común estimación vincula al Juez, de conformidad con el artículo 491 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por eso el auto de la Audiencia, al fijar de manera improcedente e injustificable la cuantía de 600.000 pesetas veda a los recurrentes el acceso a la casación, conculcando el derecho reconocido en el artículo 24, 1, de la Constitución, violación también imputable al auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de queja, por considerar inadecuado el momento procesal para alegar razones en pro de una cuantía superior.

d) Solicitan los recurrentes en el suplico de su demanda de amparo que se declare la nulidad del auto de la Sala Transitoria de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia y del auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo, reconociendo expresamente el derecho de los recurrentes a que se admita el recurso de casación oportunamente preparado, restableciéndose así el derecho vulnerado.

II. *Fallo.*—El Tribunal Constitucional por esta sentencia ha acordado OTORGAR el amparo solicitado, y en consecuencia:

1.º Reconocer a los recurrentes su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.º Anular el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1986 y el de la Sala Transitoria de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia de 18 de noviembre de 1985, que fue confirmado por el primero.

3.º Retrotraer las actuaciones en el recurso de apelación tramitado ante la Sala Transitoria de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia al momento procesal inmediatamente anterior al de dictarse el Auto anulado de 18 de noviembre de 1985.

III. *Fundamentos jurídicos.*—1. Se basa el presente recurso de amparo, según los recurrentes, en un hecho que aparece acreditado en los autos y que no ha sido respetado por las resoluciones recurridas: el juicio ordinario declarativo de mayor cuantía seguido contra los demandados, actuales recurrentes en amparo, ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, se tramitó con la conformidad de ambas partes como de cuantía indeterminada. Así lo hizo constar el actor en el hecho decimocuarto de su demanda y fue expresamente admitido por los demandados en el hecho correlativo de su contestación a la demanda. Sólo después de dictarse sentencia en la apelación y al resolver sobre el escrito presentado por los apelantes, mediante el cual prepararon recurso de casación contra aquella sentencia, se hizo constar sin explicación alguna en el Auto de la Audiencia de Valencia de fecha 18 de noviembre de 1985 que «la cuantía litigiosa es de 600.000 pesetas» (hecho 2). El error se ha mantenido en el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1985, «por no ser el momento procesal adecuado y no constar, por otra parte, en lo actuado base alguna para disentir de la resolución de la Sala». Con base en ello se desestimó el recurso de queja y se confirmó el auto denegatorio del recurso de casación.

Para resolver el amparo solicitado es, pues, necesario verificar lo que resulta de las actuaciones en orden a la cuantía por la que se tramitó el pleito, toda vez que si por error se atribuye al mismo una cuantía que

con arreglo a la legalidad vigente no permite el acceso al recurso de casación, se privaría a los solicitantes de amparo de un recurso que, por estar comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24, 1, de la Constitución, correspondería a este Tribunal restablecer.

Pues bien, de las actuaciones resulta que, como sostienen los recurrentes demandados en el pleito, en el hecho decimocuarto de la demanda el actor expuso: «Que a los efectos prevenidos en la Ley procesal aplicable hay que hacer constar, dado que las reclamaciones que se realizan son de hacer, y de cantidades ilíquidas, la cuantía de este procedimiento debe estimarse como indeterminada a los oportunos efectos.. » A continuación, y para justificar que en todo caso el procedimiento habría de ser el de mayor cuantía, hizo referencia a que el capital de la sociedad —uno de los temas litigiosos y no el único— era de 600.000 pesetas. Y los demandados, en el hecho decimocuarto de su contestación a la demanda, afirmaron: «Por conformes con el hecho decimocuarto de la demanda en cuanto al procedimiento, si bien rechazamos en congruencia con lo que venimos argumentando que el capital de la sociedad sea de 600.000 pesetas.» Y así se sustanció el pleito como de cuantía indeterminada, según se recoge en el primer Resultando de la sentencia del Juzgado, en el que se dice: «Decimotercero. Que la cuantía del pleito es indeterminada, pero sí dentro de mayor cuantía.»

Al no ser contradictorios en las actuaciones los hechos expuestos y no haber constancia en los autos que se tramitara el incidente que previene el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el supuesto de que los demandados no se hubieran conformado con la cuantía señalada por el actor, hay que partir de los citados hechos para resolver este recurso de amparo y entender, conforme resulta de las actuaciones y dispone el artículo 491 de la citada Ley, que el Juzgado de Primera Instancia tramitó los autos como de cuantía indeterminada conforme a lo solicitado por el actor. Sin embargo, las resoluciones recurridas en amparo, sin razonamiento alguno que justifique la cuantía de 600.000 pesetas que atribuyen al pleito a partir de la fase de preparación del recurso de casación, niega a los recurrentes por esa sola razón el acceso al citado recurso al que tendrían derecho de respetarse la cuantía indeterminada por la que se sustanció el procedimiento.

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

blecer el derecho vulnerado y hacer efectiva la tutela judicial que garantiza el artículo 24, 1, de la Constitución.

En el presente caso, conforme se ha razonado en el fundamento jurídico primero, el auto recurrido, dictado por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, o ha incurrido en el error de señalar como cuantía litigiosa la de 600.000 pesetas, pese a que el pleito se tramitó como de cuantía indeterminada, o ha omitido la fundamentación jurídica que permita hacer dicha afirmación. Y como el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo, también recurrido en amparo, no aclaró en queja la procedencia de ese motivo de inadmisión, limitándose a mantener una cuantía no justificada en las actuaciones «por no ser momento procesal adecuado» para atender «las razones que en pro de una cuantía superior alegan los recurrentes», es obvio que el recurso de casación preparado por los solicitantes de amparo, que resultaba procedente con arreglo al artículo 1.687, 1.º, de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, se les ha denegado sin justificación motivada de la causa de inadmisión apreciada por las resoluciones recurridas, por lo que procede otorgar el amparo para restablecer a los recurrentes el derecho que demandan de obtener la tutela judicial efectiva a través del recurso de casación oportunamente preparado y del que se les ha privado por una causa de inadmisión que no resulta de las actuaciones.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JUAN PABLO RUANO BORRELLA
y RICARDO EGEA IBÁÑEZ

LA AFECCION REAL Y ABSTRACTA DEL ARTICULO 2.º, 5, DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL HACE NO SOLO QUE LA FINCA RESPONDA DE LOS GASTOS PRODUCIDOS EN EL ULTIMO AÑO Y DE LA PARTE VENCIDA DE LA ANUALIDAD CORRIENTE, SINO QUE AL IR MUTANDO ESTA RESPONSABILIDAD CON EL PASO DEL TIEMPO, PARA INMOVILIZAR LA PROTECCION OTORGADA POR DICHO PRECEPTO ES NECESARIA LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA DEMANDA EN QUE AQUELLAS CANTIDADES SE HUBIERAN PERSEGUIDO (RESOLUCIÓN DE 9 DE FEBRERO DE 1987. «BOE» 18 febrero).

I. *Supuesto de hecho*.—1. El día 6 de febrero de 1984 el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona expidió un mandamiento dirigido al titular del Registro de la Propiedad número 5 de dicha ciudad en el que se decretaba el embargo de una serie de fincas, consecuencia de un juicio declarativo en el que se reconocía el derecho de la parte actora al cobro de unas cantidades que se le adeudaban en concepto de «gastos de comunidad».

2. Presentado el anterior documento, fue calificado con nota del siguiente tenor literal: «Inscrito el presente documento donde indican los cajetines puestos al margen de las respectivas descripciones de las fincas y denegada en cuanto a la registral 79.612 por estar inscrita a favor de 'Inerga, S. A.', 'Industrias Textiles Extremeñas, S. A.' y 'José Mestres Carcereny, S. A.', y sin mención de la preferencia de los gastos de las anualidades 1980 y 1981, ni de la distribución entre las fincas por haber tenido acceso al Registro con anterioridad embargos en favor de la 'Sociedad Anónima Recaséns' y de 'Banca López-Quesada, S. A.', según las respectivas anotaciones letras A y B de las restantes cuatro fincas; e hipoteca unilateral en favor de varios acreedores, según las inscripciones quintas de las fincas 79.614, 79.616 y 79.618.—Barcelona, 21 de marzo de 1984. El Registrador. Firma ilegible.»

3. La comunidad de propietarios del mencionado inmueble interpuso recurso gubernativo contra la calificación, y alegó: La sociedad «Sampere de Paracaidas, S. A.», es dueña y lo era en el período comprendido entre

c/ 1 de enero de 1980 y 31 de diciembre de 1981 de las entidades 5.º, 2.º; 5.º, 3.º; 5.º, 4.º, y 5.º, 5.º, sitas en el inmueble 229/237 de la calle Cerdeña, de Barcelona; que la entidad 5.º, 1.º, perteneció a esta sociedad desde el 1 de enero de 1980 al 20 de enero de 1981, fecha en que fue adjudicada a tres sociedades, a cuyo nombre aún figura en el Registro, pero que de esta adjudicación no tomó conocimiento la parte actora hasta después del 31 de diciembre de 1981, y por ello la demanda se extendió también a esta entidad; que «Sampere Paracaídas, S. A.», adeudaba en esa fecha a la comunidad de propietarios 1.658.529,38 pesetas, de las cuales, y por diversos conceptos, 248.094,43 pesetas se imputaban a la entidad 5.º, 1.º; 251.453,65, a la entidad 5.º, 2.º; 350.140,52, a la 5.º, 3.º; 353.495,87, a la 5.º, 4.º, y 455.340,59, a la 5.º, 5.º, por lo cual se instó juicio declarativo en el que se condenó a la sociedad demandada al pago de esas cantidades; que por el Juzgado, en Providencia dictada el día 6 de febrero de 1984, se acordó el embargo de las cinco entidades señaladas para el pago de dicha cantidad más 331.650,86 pesetas por intereses y 500.000 por gastos de la ejecución, librándose a tal efecto el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad. Respecto al defecto de la nota de calificación: «Denegada la inscripción en cuanto a la registral 79.612 (5.º, 1.º) por estar inscrita a favor de 'Inerga, S. A.', 'Industrias Textiles Extremeñas, S. A.', y 'José Mestres Carcereny, S. A.', alegó que no procede su estimación porque el artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal señala que las obligaciones a que se refiere el artículo 9.º, 5, de la propia Ley de Propiedad Horizontal (y, por tanto, las obligaciones comprendidas en el año anterior, 1980, y la parte vencida de la anualidad corriente, 1981) serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local; que no cabe objetar que las sociedades adquirentes no fueran demandadas en el pleito por la simple razón de que, según los datos que obraban en poder de la comunidad de propietarios, esa finca aún pertenecía a la sociedad demandada, sin que los nuevos adquirentes hubiesen comunicado la transmisión, y que de confirmarse el defecto de la nota se posibilitaría el que se burlaran fácilmente los derechos de la comunidad, ya que bastaría una simple transmisión en el curso del pleito de reclamación para que ésta viniera inoperante.» Y en cuanto al segundo defecto: «Sin mención de la preferencia de los gastos de las anualidades 1980 y 1981, ni de la distribución entre las fincas por haber tenido acceso al Registro con anterioridad embargos en favor de 'Sociedad Anónima Recaséns' y de 'Banca López-Quesada, S. A.', según las respectivas anotaciones letras A y B de las restantes cuatro fincas; e hipoteca unilateral en favor de varios acreedores según la inscripción quinta de las 79.614 (5.º, 2.º), 79.616 (5.º, 3.º) y 79.618 (5.º, 4.º)», entendió que el Registrador se ha extralimitado en su función, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el artículo 99 de su Reglamento y la Resolución de 31 de diciembre de 1981; que la orden judicial disponiendo el embargo no choca con ningún obstáculo del Registro, puesto que se limita a aplicar el artículo 9.º, 5, II, de la Ley de Propiedad Horizontal; que en el mandamiento judicial no se determina ni se indica el alcance de la preferencia ni si afectaría o no a embargos e hipotecas anteriores, por lo cual el Registrador no tenía que haber entrado en este discernimiento; que, no obstante, la preferencia de este crédito se basa: a) En los artículos 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal y 1.923 del Código Civil, pues se trata de una especie de hipoteca legal tácita por

asimilación a la establecida en los dos primeros párrafos de este último precepto; b) En que si se siguiese la vía de apremio por los embargos e hipotecas anteriores el adquirente vendría obligado a pagar dichas dos anualidades; y c) En que, de entenderlo de otro modo, se daría la circunstancia de que si una finca estuviese afecta a embargos e hipotecas por importes que excedan del valor de la entidad la comunidad de propietarios quedaría inerte, produciéndose la inaplicación del referido artículo de la Ley de Propiedad Horizontal. Alegó finalmente el recurrente que el hecho de que la Ley Hipotecaria admita únicamente dos hipotecas legales tácitas no es obstáculo para la existencia de otras en leyes posteriores, pues cuando el artículo 158 de la propia Ley Hipotecaria indicaba que «sólo son hipotecas legales las expresamente admitidas por las leyes con tal carácter», estaba abriendo la posibilidad de admisión de nuevas hipotecas tácitas en leyes posteriores, por ejemplo en esta de Propiedad Horizontal.

4. Los Registradores de la Propiedad, cotitulares del Registro número 5 de Barcelona, informaron que a la práctica de la anotación solicitada sobre la finca número 79.612 se oponían dos obstáculos: uno hipotecario, derivado del principio de tracto sucesivo que consignan los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140, 1, del Reglamento, porque estaba inscrita la finca a favor de persona distinta de aquella contra la que se entabló el juicio declarativo, base del embargo; y otro civil, resultante de la indefensión producida al no haberse entendido el procedimiento con los titulares actuales y vigentes en el Registro, destacando que debió consultarse el Registro antes de interponer la demanda, quedando por sí solo desvirtuado el argumento de no haberse comunicado a la comunidad demandante la transmisión de dicha entidad. En cuanto a la no mención en las anotaciones que se practicaron del carácter de preferentes por el importe de los gastos de las anualidades 1980 y 1981, entendieron lo siguiente: Que hay que partir de la consideración de que son conceptos diferentes el de preferencia (civil) y el de prioridad (registral) y que el problema surge cuando las fechas de los créditos no coinciden correlativamente con las referencias registrales; que tienen diferente ámbito de aplicación, civil e hipotecario, los artículos 1.923, 4, y 1.927, 2, del Código Civil, en relación al artículo 44 de la Ley Hipotecaria; que si se reconociera el carácter preferente del importe de los gastos de las anualidades de 1980 y 1981 respecto a los créditos a que se refieren asientos practicado con anterioridad al nuevo de embargo, ello implicaría la alteración de la prioridad que viene establecida por orden de fechas de los asientos y un eventual perjuicio de los anteriores derechos de los afectados, no citados en el procedimiento y que quedarían en una nueva indefensión; que si se aceptase el carácter de hipoteca legal tácita la preferencia de dicho crédito sobre todos los demás, cualquiera que fuere su naturaleza, sería incluso sobre el derivado de otra hipoteca legal tácita la establecida a favor del Estado en el artículo 168, 6, de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 194, pues la preferencia sería absoluta; que en el supuesto en cuestión no se ha notificado a los titulares de cargas y gravámenes la existencia del proceso de ejecución, lo cual es exigencia reglamentaria, y, en resumen, que la preferencia tan sólo se hubiese hecho constar si no existiesen sobre las fincas 79.614, 79.616, 79.618 y 79.620 cargas o gravámenes anteriores en el Registro a la anotación que

nos ocupa o si, aun existiendo, se hubiese dictado resolución judicial en un procedimiento entendido con los titulares resultantes de los mismos. En cuanto a la no mención en las anotaciones practicadas de la distribución entre las fincas de la responsabilidad por la cantidad reclamada, los Registradores alegaron en su informe que esta exigencia de distribuir, como manifestación del principio de especialidad, y no obstante la excepción que para las anotaciones preventivas prevé el artículo 216, 2, del Reglamento Hipotecario, se cumple igualmente (art. 176 RH) cuando el interesado haya hecho la distribución, en cuyo caso se consigna en cada finca, además de la cantidad general, la especial que se haya determinado para cada una de ellas respecto al crédito principal, intereses y costas; que, sin embargo, el mandamiento del Juzgado se inicia indicando que cada finca responderá del total reclamado, como así se ha hecho constar en el Registro, si bien añadía una distribución del crédito principal, pero no de intereses y costas, la cual se rechazó, pues supondría una ambigüedad contraria a la claridad que debe presidir el Registro, pues no se sabría sobre qué finca pesaban las sumas no distribuidas y quedarían las fincas afectas de forma individualizada por unas cantidades y de forma solidaria por otras. Y en cuanto a la negativa del acceso al Registro del embargo de la finca 79.612 por estar inscrito su dominio a favor de titulares distintos, alegaron que se había obrado conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario y que no hay extralimitación en la facultad calificadora de documentos judiciales cuando el Registrador se limita a oponer los obstáculos que surjan del Registro. (RR. 19-V-1908 y 31-X-1969), pues ello constituye una protección de los terceros que no hayan sido parte en el juicio en el que se hubiese dictado la resolución calificadora (Resoluciones 30-XII-1905, 25-VII-1914 y 25-X-1943).

5. El Presidente de la Audiencia, en aplicación del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, solicitó informe del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona en el que, tras hacerse una síntesis de los hechos, se concluyó en que procedía no estimar este recurso gubernativo, por un lado porque la denegación de la anotación de embargo sobre la finca 79.612 era correcta por aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el 140 de su Reglamento pues había sido adjudicada dicha finca antes de la presentación de la demanda iniciadora del juicio y el argumento de que los demandantes no tenían conocimiento de la adjudicación se desvirtúa por el carácter público del Registro conforme a los artículos 221 de la Ley Hipotecaria y 607 del Código Civil. Y por otro lado, porque no hay extralimitación en la función de calificar por el Registrador, pues al rechazarse la preferencia sobre los embargos e hipotecas unilaterales constituidos con anterioridad, se cumple el artículo 100 del Reglamento Hipotecario que extiende la calificación hasta los obstáculos registrales, como así son los indicados en la nota y, por último, que es cierto que la preferencia la deciden los Tribunales, pero en juicio declarativo y con citación de todos los interesados.

6. El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó auto confirmando la nota del Registrador por razones análogas a las que este último y el Magistrado-Juez habían señalado en sus respectivos informes.

11. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 20, 114, 126 y 146 de la Ley Hipotecaria; 1.490, 1.516, 1.518 y 1.532 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil; 9 y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal; 116, 117, 140, 175, 2, y 223 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de 20 de mayo de 1919 y 12 de julio de 1941 y la Resolución de 10 de diciembre de 1898.

1. En el recurso que ahora se decide se plantean dos tipos de problemas. Hay unos que afectan a las cuatro fincas que aparecen inscritas a nombre del demandado: Los que surgen sobre si puede hacerse en la anotación de embargo expresión de la preferencia por los gastos de las anualidades de 1980 y 1981 y de la distribución entre las fincas de las cantidades de que, con preferencia, responden. Hay otros que afectan sólo a la finca que en el momento de presentarse el mandamiento judicial está inscrita ya a nombre de persona distinta del demandado: Si el mandamiento, en su conjunto o en parte, puede tener reflejo registral sobre esa finca.

2. La decisión de las anteriores cuestiones exige abordar previamente la naturaleza de la afección real establecida en el artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal. Ciertamente, este gravamen tiene carácter preferente: Sobre ella no puede prevalecer ni los derechos reales (ni siquiera importa que la propiedad del piso o local no sea ya del deudor) ni ningún otro derecho de crédito. Inscrito el régimen de propiedad horizontal consta ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación, la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso. Cualquier hipoteca o embargo sobre el piso o local ha de entenderse, por tanto, que únicamente tendrá eficacia en cuanto no menoscabe la eficacia de la afección real que por Ley es preferente.

3. En cuanto a su operatividad, producido el impago durante un periodo determinado, e instándose judicialmente la satisfacción de las cantidades debidas, todas las que están comprendidas en el límite temporal establecido, un año y la parte vencida de la anualidad corriente, a contar desde el momento mismo de la demanda, estarán amparadas por dicha afección. Ahora bien, aun cuando tal afección no pueda hacerse valer inmediatamente porque las cantidades reclamadas no resulten de título con fuerza ejecutiva (art. 1.429 LEC en relación con el 20 LPH), y sea preciso una fase declarativa previa que conduzca a una sentencia condenatoria al pago, no cabe duda que el momento determinante en el cómputo de las cantidades garantizadas por el artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal ha de ser el de presentación de la demanda en juicio declarativo, pues en tal instante el acreedor, comunidad de propietarios, agota todas las posibilidades legales a su alcance para obtener la satisfacción de su crédito. Ello plantea una importante dificultad: Desde la demanda hasta el inicio de la ejecución y la anotación de embargo a que se refieren los artículos 921 y 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esa afección genérica daría lugar en su aplicación singular a un gravamen oculto, eficaz frente a todos, en contra del principio de publicidad, fundamento y esencia de nuestro sistema hipotecario. Por ello, la correcta armonía entre el legítimo derecho que por Ley corresponde a la comunidad de propietarios en su diligente actuación y las exigencias de seguridad del tráfico y certeza de las titularidades jurídico-reales inmobiliarias, impone la necesidad de la constancia registral inmediata de aquella demanda, en lo relativo a las cantidades objeto de cobertura real, lo que para los su-

puestos en que no quepa el embargo preventivo (arts. 1.400 y 1.401 LEC) podrá alcanzarse a través de una anotación de las prevenidas en el artículo 42, párrafo 1, de la Ley Hipotecaria, por cuanto en dicha demanda se insta también el reconocimiento judicial de una singular aplicación de la afección real del artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal para un período concreto. Así la comunidad de propietarios mantendría la cobertura real de las cantidades impagadas diligentemente reclamadas.

Por otra parte, si en el momento de interponerse la demanda, el piso o local hubiere pasado a poder de tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra él deberá dirigirse aquélla, pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al Registro de una afección real ya existente por disposición legal, coordinándose de este modo la especial protección brindada por el artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal con los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (arts. 1, 20 y 38 LH).

4. Por todo ello, en el presente supuesto, no cabe pretender el 11 de febrero de 1984 la subsistencia de la cobertura real preferente que al tiempo de la demanda (29 de diciembre de 1981) amparaba a las cantidades entonces reclamadas; la falta de vertencia registral y de la anotación de la demanda en el momento adecuado, motiva que aquellas cantidades fueran perdiendo la cobertura aludida a medida que transcurría el tiempo y desapareciese por completo pasado un año, no natural, sino computable conforme al régimen de propiedad horizontal, tal como resulta de la inscripción, desde dicha demanda. No procederá ni la consignación en las anotaciones practicadas de preferencia alguna por razón del artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal, ni la práctica de tal asiento respecto de la finca inscrita a favor de terceros; esto último, no sólo por lo anteriormente apuntado, sino, además, porque el actual titular registral lo era ya, desde el 29 de enero de 1981, durante parte del período al que corresponden las cantidades reclamadas, sin que conste haber sido demandado personalmente ni, por tanto, condenado al pago.

5. En cuanto a la no expresión registral de la distribución de responsabilidad entre las varias fincas anotadas por afectar ésta exclusivamente al capital reclamado, mensualidades de gastos comunes impagados, sin extenderse a las cantidades fijadas para cobertura de intereses y costas, debe señalarse que, aparte de la pérdida de relevancia de la cuestión al rechazarse la protección de aquellas mensualidades por la afección real del artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal y ser idéntica la garantía que por la anotación reciben tanto unas como las otras, no se ve la ambigüedad que señala el Registrador toda vez que la responsabilidad recayente sobre cada finca queda indubitadamente reflejada en el Registro y, además, siendo conveniente aunque no imperativo en sede de anotaciones la distribución de responsabilidad (arts. 167 y 216 RH), debe facilitarse el acceso al Registro de toda determinación que sin violar la exigencia de claridad y precisión del contenido registral, restrinja el gravamen soportado por cada inmueble.

Con la conformidad del Consejo Consultivo, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en cuanto a la posibilidad de

expresión registral de la distribución de responsabilidad solamente en la parte relativa al capital reclamado y desestimarla en cuanto al resto, mantenido el auto apelado y la nota del Registrador.

III. COMENTARIO.—A) Cuestión previa: La responsabilidad por gastos comunes en los regímenes de propiedad horizontal.

Conforme al artículo 9, 5, de la vigente Ley de Propiedad Horizontal «serán obligaciones de cada propietario. contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Al pago de estos gastos producidos en el último año y a la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes».

A lo que añade el artículo 20 del mismo texto legal: «Las obligaciones a que se refiere el número quinto del artículo noveno serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la junta. Si no lo hiciere, será requerido el pago en forma fehaciente, y de no verificar éste en el plazo de quince días, se le podrá exigir por vía judicial».

Teniendo en cuenta, además de estos preceptos, los generales sobre responsabilidad obligacional (entre ellos, el artículo 1.911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros»), se deduce lo siguiente:

1.º Que el propietario del piso en el momento de producirse los gastos, responde frente a la comunidad con carácter personal (1).

2.º No obstante, el artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal establece una importante garantía para asegurar el cobro de las cantidades resultantes de tales gastos: la afección del piso o local a dicha responsabilidad, cualquiera que fuese su propietario, por los gastos del último año y la parte vencida del corriente; lo que configura dicha obligación como una obligación *propter rem* (2).

3.º Entiende VENTURA-TRAVERSESET (3) que el gasto se produce no cuando tiene lugar el hecho que lo origina, sino cuando se verifica la reparación del mismo.

4.º Señala también este autor que «anualidad corriente» es aquella en la que el propietario conoce el débito de manera que no dé lugar a dudas, por lo que los que se le comuniquen y no pertenezcan al año actual ni al

(1) Señalan CÁMARA, GARRIDO y SOTO (en «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», *Revista de Derecho Notarial*, año 1969, pág. 229, 3.ª edición) que el titular no puede excusar su responsabilidad alegando no ser él quien ocupa o disfruta el piso.

(2) Como dicen CÁMARA, GARRIDO y SOTO (trabajo citado, pág. 229): «únicamente cuando se trata de gastos que son de un propietario anterior la responsabilidad queda limitada, cuantitativamente, al importe de una anualidad y a la parte vencida de la anualidad corriente, y cualitativamente, al piso o departamento.», teniendo el propietario actual derecho a repetir contra los propietarios precedentes los gastos que venga obligado a pagar por razón de la responsabilidad *ob rem* que afecta a su piso».

(3) VENTURA TRAVESET en *Derecho de Propiedad Horizontal*, 3.ª edición, pág. 262.

anterior no entran en la afección. Por tanto, son dos los requisitos: su conocimiento y la pertenencia a ese año (4).

5.º Hay que tener en cuenta que esta preferencia no se dará frente a los créditos a favor del Estado, provincia, municipio y aseguradores (y dentro del Estado siendo que han de entenderse comprendidas las Comunidades Autónomas).

6.º Y apunta, finalmente, el repetido VENTURA-TRAVERSET que «la afección a que se refiere la Ley no es una hipoteca expresa que grava el piso, sino una garantía de preferencia, que para que surta efecto necesita su expresión en el Registro de la Propiedad en forma de una anotación de embargo. Una vez practicada la anotación, los efectos de la misma se retrotraen al último año y a la parte vencida de la anualidad corriente (artículo 9 LPH), si los gastos a que se refiere el embargo son producidos en ese período —dato que debe constar en el mandamiento y en la anotación, para conocimiento de los terceros—. Si así no fuera, los terceros perjudicados podrían entablar la correspondiente tercería de mejor derecho (arts. 1.532 y ss. LEC)» (5).

B) *Análisis del supuesto de hecho.*—Para la mejor comprensión de la doctrina contenida en esta resolución creo que es necesario seguir paso a paso el supuesto de hecho. Así:

— «Sampere de Paracaídas, Sociedad Anónimas», era dueña, entre el 1 de enero de 1980 y el 31 de diciembre de 1981; de las fincas números 5-2, 5-3, 5-4 y 5-5 del inmueble 229/237 de la calle Cerdeña, en Barcelona. Actualmente sigue ostentando tal propiedad y tanto en aquellas fechas como ahora, dichas fincas aparecen inscritas a su nombre. Sin embargo, la Entidad 5-1, de la que la misma sociedad era dueña —y así constaba en el Registro— entre el 1 de enero de 1980 y el 20 de enero de 1981, en esta última fecha fue adjudicada a tres sociedades, concretamente «Inerga, S. A.»; «Industrias Textiles Extremeñas, S. A.», y «José Mestres Carcereny, S. A.».

— El día 31 de diciembre de 1981 «Sampere de Paracaídas, S. A.», adeudaba a la comunidad de propietarios del inmueble 1.658.529 pesetas, de las cuales 248.094 se imputaban a la finca 5-1, 251.453 a la 5-2, 350.140 a la 5-3, 353.495 a la 5-4 y 455.340 a la 5-5.

— Por tales cantidades —correspondientes a los gastos del último año y a la parte vencida de la anualidad corriente, conforme al artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal— se presentó demanda el día 29 de diciembre de 1981.

— En el juicio declarativo se condena a «Sampere Paracaídas, S. A.», al pago de las cantidades reclamadas, aunque no se practicó, en su día, anotación preventiva de aquella demanda.

— En ejecución de la sentencia se acuerda por el Juzgado, en providencia dictada el día 6 de febrero de 1984, el embargo de las cinco fincas señaladas para el pago de las citadas cantidades, más intereses y costas. De dicho embargo se ordena tomar anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

(4) *Obra citada*, pág. 262.

(5) *Obra citada*, págs. 263 y sigs.

— El Registrador procede de la siguiente manera: a) deniega la anotación del embargo sobre la finca registral número 79.612 (núm. 5-1) por aparecer inscrita a favor de las tres sociedades anteriormente indicadas; b) practica las anotaciones ordenadas sobre las demás fincas, pero sin hacer constar el carácter de preferentes de las mismas por el importe de los gastos correspondientes a las anualidades de 1980 y 1981, y sin distribuir entre las fincas la responsabilidad por la cantidad reclamada, alegando que habían tenido acceso al Registro, con anterioridad, otros embargos a favor de diferentes personas, así como una hipoteca unilateral a favor de varios acreedores.

De todo lo expuesto, y como pone de manifiesto la Dirección General en el número 1 de los Fundamentos de Derecho, resultan dos problemas o cuestiones: primero y fundamental: la finca registral número 79.612 (número 5-1) aparece inscrita a nombre de persona distinta del demandado; segundo: ¿puede hacerse constar en la anotación de embargo la preferencia por los gastos de las anualidades de 1980 y 1981, así como la distribución de la responsabilidad?

En cuanto al primer problema, aparece un doble juego de posibles intereses, claramente contrapuestos:

a) Los derivados o existentes a favor de la comunidad de propietarios, amparados en el artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con el artículo 20 de la misma. Por lo cual, alega la parte recurrente que dichas obligaciones «serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local», no siendo posible objetar «que las sociedades adquirentes no fueran demandadas en el pleito».

b) Los existentes a favor de las sociedades inscritas como terceros, contra las que surge el 6 de febrero de 1984 una responsabilidad por deudas de su transmitente a la comunidad de vecinos en los años 1980 y 1981. Para solucionar tal conflicto la Dirección General matiza dos puntos: 1.º La naturaleza jurídica de la afección real contenida en el artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal: «Ciertamente, este gravamen tiene carácter preferente: sobre ella no pueden prevalecer ni los derechos reales (ni siquiera importa que la propiedad del piso o local no sea ya del deudor) ni ningún otro derecho de crédito: Inscrito el régimen de propiedad horizontal, constan ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación, la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso. Cualquier hipoteca o embargo sobre el piso o local ha de entenderse, por tanto, que únicamente tendrá eficacia en cuanto no menoscabe la eficacia de la afección real que por Ley es preferente». 2.º Su operatividad o manera de hacerla efectiva: «Ahora bien, aun cuando tal afección no pueda hacerse valer inmediatamente porque las cantidades reclamadas no resulten de título con fuerza ejecutiva (art. 1.429 LEC en relación con el 20 LPH), y sea preciso una fase declarativa previa que conduzca a una sentencia condenatoria al pago, no cabe duda que el momento determinante en el cómputo de las cantidades garantizadas por el artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal ha de ser el de la presentación de la demanda en juicio declarativo, pues en tal instante el

acreedor, comunidad de propietarios, agota todas las posibilidades legales a su alcance para obtener la satisfacción de su crédito».

Así pues:

1.º Viene a decir la Dirección General que la afección del artículo 9, 5.º, de la Ley de Propiedad Horizontal pierde preferencia según pasa el tiempo y que la única manera de inmovilizar tal preferencia es mediante el reflejo registral de la demanda de las cantidades amparadas por la misma. Consiguientemente, los gastos del último año transcurrido y la parte vencida de la anualidad corriente, a contar desde la fecha de la presentación de la demanda, «estarán amparadas por la afección».

2.º Según lo cual, parece lógico pensar que las cantidades que se fueran incorporando a la deuda —por posteriores impagos— podrían también incorporarse a la demanda solicitando sucesivas ampliaciones de la misma. Se trataría, por tanto, de una afección no sólo real, sino también abstracta, ya que su objeto o cantidad es susceptible de ampliación.

3.º No obstante, para que esta afección real y abstracta —insisto— «no se convierta en un gravamen oculto» y queden, a su vez, debidamente salvaguardados los legítimos intereses de los titulares inscritos, es necesaria la constancia registral de la misma a través de la oportuna anotación preventiva de la demanda (cuando no sea posible el embargo preventivo), anotación que por la misma lógica seguida hasta aquí, deberá solicitarse en el momento de la presentación de aquélla; las posteriores ampliaciones de la cantidad reclamada también habrán de constar en el Registro.

4.º Si en el momento de presentarse la demanda el piso o local hubiera pasado a poder de un tercero en quien no concorra la condición de deudor personal de las cantidades reclamadas, parece que la anotación sería en todo caso practicable, aunque dicha demanda deba dirigirse también contra tal tercero (o simplemente —pienso— ser requerido de pago), si bien ya no será necesario dirigirla contra adquirentes posteriores a la fecha de la anotación. De este modo, tal anotación tendría una eficacia o misión similar a las notas marginales relativas a la expedición de la certificación de cargas en los procedimientos de ejecución.

El segundo problema, a su vez, plantea dos temas: a) la no mención del carácter de preferentes en las anotaciones; b) la igualmente falta de mención en dichas anotaciones, de la distribución entre las fincas de la cantidad reclamada.

No hay cuestión en cuanto al primer tema, en el que ni siquiera entra la Dirección General, pues queda resuelto por lo dicho respecto al primer punto.

Y el segundo tema, apoyado por el Registrador en que «... el mandamiento del Juzgado se inicia indicando que cada finca responderá del total reclamado. , si bien añadía una distribución del crédito principal, pero no de intereses y costas, la cual se rechazó, pues supondría una ambigüedad contraria a la claridad que debe presidir el Registro, pues no se sabría sobre qué finca pesaban las sumas no distribuidas y quedarían las fincas afectas de forma individualizada por unas cantidades y de forma solidaria por otras...»), lo solventa la Dirección General sin tener en cuenta tal argumento: «En cuanto a la no expresión registra

de la distribución de responsabilidad entre las varias fincas anotadas por afectar ésta exclusivamente al capital reclamado, mensualidades de gastos comunes impagados, sin extenderse a las cantidades fijadas para cobertura de intereses y costas, debe señalarse que... no se ve la ambigüedad que señala el Registrador, toda vez que la responsabilidad recayente sobre cada finca queda indubitadamente reflejada en el Registro y, además, siendo conveniente, aunque no imperativo, en sede de anotaciones la distribución de responsabilidad (arts. 167 y 216 RH), debe facilitarse el acceso al Registro de toda determinación que sin violar la exigencia de claridad y precisión del contenido registral, restrinja el gravamen soportado por cada inmueble».

No creo que este punto requiera mayor comentario.

C) *Conclusión y crítica.*—A mi modo de ver, estamos ante una importante resolución de la Dirección General, creadora de auténtica jurisprudencia, al llenar una laguna legal existente —o un conflicto de normas, si se prefiere— y combinar, por tanto, los intereses de la comunidad de vecinos —amparados por la afección real del artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal— con los de terceros.

De este modo, según se deduce de esta reciente doctrina, las posiciones del propietario del piso en el momento de producirse el gasto, y del tercero, serían las siguientes:

a) Posición del primero, es decir, de quien incumplió sus obligaciones respecto a la comunidad: será en todo caso deudor personal por todas las cantidades debidas

b) Posición del tercero (utilizando esta palabra en un sentido ampliamente comprensivo, es decir, pudiendo tratarse de un tercer adquirente que inscribe, del titular de un derecho concurrente que pueda verse afectado en la preferencia de su crédito, etc.):

1.º La afección del artículo 9, 5, de la Ley de Propiedad Horizontal comprenderá los gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, contados a partir del momento de la adquisición o constitución de su derecho.

2.º Las cantidades anteriores a esa fecha únicamente le afectarán en cuanto resulten de la constancia registral de la demanda en que se hubieran perseguido (me refiero —siguiendo a la resolución— al embargo preventivo recogido en el Registro a través de la oportuna anotación del mismo o, en su defecto, a la anotación preventiva de demanda). Aquí está, por tanto, el carácter mutable que, con el transcurso del tiempo, adquiere la afección real.

Ahora bien: quiero, no obstante, dejar en el aire una pregunta: ¿con qué fecha vamos a jugar realmente: con la de la presentación de la demanda o con la de la constancia de la reclamación en el Registro? Porque si partimos de la primera, el derecho de la comunidad de propietarios se impondrá desde ese momento; pero si tenemos en cuenta la segunda —podría existir en este caso un espacio de tiempo lo suficientemente importante para el nacimiento de otros derechos— dicha comunidad estaría en el trance de verse perjudicada o pospuesta a otros

derechos, los aparecidos entre la presentación de la demanda y la constancia registral de la reclamación. La Dirección General, dando una prueba más de la inteligencia con que está dictada esta resolución, se desmarca del delicado problema, al no plantearse en el supuesto de hecho. Por mi parte tampoco voy a entrar a analizarlo y prefiero esperar la doctrina del Centro Directivo, que a buen seguro no tardará en llegar. *

3.º Debe dirigirse contra el adquirente posterior la demanda, siempre que su derecho estuviera inscrito con anterioridad a la constancia registral de aquélla (aunque posiblemente bastaría el requerimiento de pago, ya que sólo se trata de trasladar al Registro una afección ya existente por disposición legal).

Consiguientemente:

a) Se protege a la comunidad de propietarios, porque lo único que se les exige es la diligencia en cuanto a la demanda y su constancia registral, a cambio de lo cual la afección real del artículo 9, 5, de la repetida Ley de Propiedad Horizontal pasa a ser, además, abstracta, es decir, ampliable a sucesivos impagos. Así, los derechos de la comunidad quedarán totalmente protegidos a cambio de una sencilla operación registral, algo por otra parte absolutamente justo para evitar que aquél se convierta en un gravamen oculto.

b) Se protege al tercero, porque al adquirir su derecho sabe claramente la que puede ser su responsabilidad o lo que se le puede anteponer: los gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, contados hacia atrás desde la fecha de la adquisición o constitución de su derecho; y los demás que resulten del Registro en los términos ya vistos.

Finalmente, por lo que se refiere al segundo problema o cuestión que se plantea en la resolución, creo suficiente lo ya dicho.

JUAN PABLO RUANO BORRELLA

ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE ADHESION QUE CONTIENE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES, AUNQUE NO SE FORMALIZA EN LA ESCRITURA PRINCIPAL LA OFERTA DE CONTRATO, CONFORME A LOS ARTICULOS 1.262 DEL CODIGO CIVIL y 146 Y 176 DEL REGLAMENTO NOTARIAL (RESOLUCIÓN DE 18 DE MARZO DE 1986. «BOE» DE 23 DE ABRIL).

1. *Hechos.*—En escritura autorizada por el Notario T. G. D. la Sociedad «Centro de Marketing Inmobiliario, S. A.» (CMI), vendió una vivienda a P. A. D. y J. G. D. El representante de la Sociedad vendedora no compareció en el acto de la escritura de venta, cosa que sí hicieron los compradores P. A. D. y J. G. D. Se autoriza dicha escritura de venta sin comparecencia de la Entidad vendedora. Al día siguiente del otorgamiento comparece ante el mismo Notario J. B. C., en representación de la Sociedad C. M. I., el cual, previa lectura íntegra de dicha escritura, la aprueba y consiente y además se ratifica en ella.

Presentada copia de este documento en el Registro de la Propiedad de Barcelona número 5 fue calificada con la siguiente nota que en parte se hace constar: A) Ser la compraventa un contrato consensual y bilateral. Resultar otorgada la escritura de compraventa únicamente por la parte compradora. Que la adhesión y ratificación que hace el representante de la Sociedad vendedora es nula, ya que el negocio jurídico es inexistente art. 1.445 CC). B) El otorgamiento y los pactos formalizados en la citada escritura no se han podido producir en realidad al no comparecer en ella una de las partes, ya que aquello presupone el consentimiento de ambas partes para el nacimiento de la compraventa ante el Notario autorizante de la misma, por lo que no se ha podido cumplir lo exigido por la estructura básica de los instrumentos públicos por los artículos 176 y 193 del Reglamento Notarial. C) No se formaliza en la escritura una oferta de contrato contemplado en el artículo 1.262 del Código Civil ni la citada diligencia puede ser de aceptación y ratificación ni adhesión a una oferta o negocio jurídico preexistente, pues en este caso dicha oferta o negocio bilateral no existe; la oferta, porque no ha sido realizada y el negocio jurídico por haber sido otorgados los pactos exclusivamente por una de las partes y además sin asumir ni poder asumir la intervención ni los pactos de la otra parte que no comparece. D) Infringe los artículos 147 y 176 del Reglamento Notarial. Y E) No se cumplen los artículos 25, 3, de la Ley de Notariado y 167 y 193 de su Reglamento.

La Dirección General acuerda REVOCAR el Auto apelado y los cuatro primeros defectos de la nota del Registrador, únicos sobre los que se ha sostenido debate.

II. *Fundamentos de Derecho.*—Considerando que la cuestión a la que pueden ceñirse los cuatro defectos recurridos es la de dilucidar si puede tener acceso al Registro de la Propiedad una escritura redactada formalmente como de compraventa, pero en la que no comparecen las partes simultáneamente, sino sólo uno de ellas, y después, al día siguiente, la otra, lo que se hace constar mediante una diligencia da adhesión.

Considerando que el control de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos (cfr. art. 18 LH) cobra la misma importancia que el de los demás extremos de la calificación, puesto que la forma, si no es requisito esencial de la compraventa, sí supone, a efectos registrales, un presupuesto necesario para la inscripción (art. 3.º LH).

Considerando que la esencia de la unidad de acto formal, según se patentiza en las escrituras de un solo otorgante, consiste en que la lectura, consentimiento, firma y autorización del texto documental tengan lugar *in continenti*, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, según establecen para el testamento abierto el artículo 699 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, así como el artículo 180 del Reglamento Notarial para las escrituras referentes a actos entre vivos.

Considerando que la Ley Orgánica del Notariado responde, sin lugar a dudas, a este sentido esencial o nuclear de la unidad de acto, aunque sin elevar su falta de observancia a causa de la nulidad de los instrumentos públicos en el artículo 27, y así lo han puesto de relieve los sucesivos Reglamentos Notariales, a partir del de 30 de diciembre de 1982,

pues si bien el Reglamento vigente, siguiendo al de 1935, carece de norma expresa que lo establezca, su omisión puede fácilmente llenarse para las escrituras públicas en base a los artículos 176 y 180, así como de la interpretación a contrario del artículo 197, referente a las actas.

Considerando que en las escrituras públicas con pluralidad de otorgantes el concepto de unidad de acto se amplía, comprendiendo la comparecencia simultánea en todos ellos ante el Notario para llevar a cabo, ininterrumpidamente, la lectura, consentimiento, firma y autorización del texto documental.

Considerando que esta comparecencia simultánea ofrece grandes ventajas en los casos en que la escritura contiene un negocio bilateral o plural al proporcionar a las partes contrapuestas una última y decisiva reunión en la que se pueden deshacer equívocos y erróneas interpretaciones y aclarar o corregir, en su caso, el texto propuesto, y todo ello bajo el imparcial asesoramiento del Notario.

Considerando que lo anteriormente expuesto hace conveniente que el Notario procure por todos los medios a su alcance la comparecencia simultánea de los otorgantes, a pesar de las incomodidades que ello pueda ocasionarles, pero todas aquellas razones no tienen alcance suficiente para que la legislación notarial haya tratado de imponer esa ampliación de la unidad de acto formal o documental en todos aquellos casos en que no viene previamente exigida la unidad de acto sustantiva.

Considerando, sin embargo, que esta frustración de la unidad de acto ampliada no puede conducir a otorgamientos sucesivos dentro de un mismo texto documental, que nuestro Derecho desconoce, sino al paralelo fraccionamiento de la unidad de contexto, en que el acto único se disgrega, por tanto, en dos o más actos regidos, cada uno, por la unidad de acto esencial o nuclear, ya que han de consistir en la lectura, consentimiento, firma y autorización ininterrumpidas de su propio texto, y siendo indiferente, por lo demás, que los varios textos documentales resultantes de la ruptura de la unidad de contexto se configuren como instrumentos públicos distintos, según prevé para la donación de inmuebles el artículo 633 del Código Civil, o como sucesivas diligencias de un documento formalmente único, según permite también el artículo 176, 2, del Reglamento Notarial.

Considerando que los contratos no precisan unidad de acto sustantiva, según se deduce del artículo 1.262, 2, del Código Civil para la contratación entre ausentes y, por tanto, la compraventa que nos ocupa pudo documentarse sin unidad de acto formal ampliada, mediante dos otorgamientos sucesivos en textos diferentes, aunque se recogieran en un solo instrumento público.

Considerando, finalmente, que este instrumento no fue preparado desde un principio para tales otorgamientos sucesivos, y ello origina distorsiones en su redacción que hubieran debido evitarse, pero que no son suficientes para rechazar la inscripción.

III. COMENTARIO.—A) NÚÑEZ LAGOS (*Hechos y derechos en el documento público*, pág. 83) dice que la *stipulatio* es un negocio jurídico que arranca del Derecho romano y llega hasta nuestros días. La *stipulatio* es un contrato verbal que en el Derecho clásico requería una congruencia

entre la demanda y la respuesta. Esta demanda y respuesta requieren el requisito de la *unitas actus*. El requisito de la *unitas actus* requería la forma oral. En el período postclásico disminuye el valor sacramental de las palabras y la *stipulatio* se convierte en una *conventio*. En esta decadencia de la *stipulatio* aparece junto con ella el instrumento que la recoge con categoría de documento probatorio. El instrumento se cerraba con una cláusula donde se hacía constar que una de las partes había contestado efectivamente y de modo congruente y afirmativo a las palabras del *stipulans*. Con esto se empieza a considerar que el instrumento no era forma probatoria, sino que pasa a ser forma constitutiva. JUSTINIANO dispone que el documento sólo vale como prueba, a no ser que se probase que una de las partes no estaba en la misma localidad el día indicado en el documento como fecha del acto. GUARINO (*Diritto Privato Romano*, 1966, pág. 762).

El requisito de la *unitas actus* aparece como esencial en la *stipulatio* BRONDI (*Contrato y Stipulatio*, págs. 296 y 312). Este autor dice que no cabe en la estructura de la *stipulatio* un consentimiento entre personas alejadas uno de otro. La *stipulatio* es un encuentro de palabras que se produce *unitas actus* y no es posible, dice BRONDI, una pregunta y una respuesta distante en el tiempo D-45-2-12. Pero un pequeño intervalo dentro de la *stipulatio* no excluye la *unitas actus*.

B) Contrato, Código Civil y unidad de acto. Respecto a la perfección del contrato, CASTÁN (*Derecho Civil*, t. II, 1941, pág. 109) señalaba que había que partir de tres tipos de contrato. Los contratos reales que requieren el consentimiento y la entrega de la cosa para su constitución (artículo 1.863), contrato de prenda, entre otros. En los contratos formales, el contrato no existe hasta que se cumplen las formalidades requeridas por la Ley (art. 1.875). Hipoteca, donde se dice que además de los requisitos exigidos por el artículo 1.857 es indispensable para que la hipoteca quede válida constituida que el instrumento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Los contratos consensuales se perfeccionan por el mero consentimiento (art. 1.258 CC). Y el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (art. 1.262, 1, CC). Pero cuando el contrato de compraventa se celebra entre ausentes, la determinación del momento de la perfección del contrato ofrece una importante cuestión; cuando se perfecciona éste.

LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, II, 2, 1977, pág. 76) plantea este problema que tiene como base el texto del artículo 1.262, 2, del Código Civil. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento.

La experiencia jurídica ha elaborado una serie de criterios respecto a la perfección del contrato entre ausentes. El artículo 54 del Código Civil dice que los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde el momento en que se contesta aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada. El Código Civil considera el contrato perfeccionado por la manifestación del aceptante. El criterio del Código Civil es el extremo opuesto al Código de Comercio, puesto que el artículo 1.262, 2, del Código Civil dice que la aceptación

hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento. El Código Civil, dice LACRUZ, considera que el contrato entre ausentes se perfecciona desde el momento en que la persona que hizo la oferta tiene conocimiento de la aceptación por la otra parte. Esto parece excesivamente riguroso a LACRUZ, ya que falta en nuestro Derecho una norma de Derecho positivo según la cual la aceptación se entiende conocida por el oferente desde el momento que llega al domicilio del destinatario, salvo prueba en contrario. Respecto a la naturaleza de la aceptación como negocio recepticio, requisitos de dicha aceptación y análisis de la oferta y la aceptación con revocación de dicha oferta, CARRARA (*La formazione dei contratti*, 1915, págs. 221 a 235).

C) El problema de la unidad de acto en el Derecho Notarial ha consumido mucha bibliografía. AVILA (*Derecho Notarial*, 1986, pág. 103) recoge respecto a la unidad de acto las opiniones de LÓPEZ PALOP, CALVO SORTANO, PÉREZ OLIVARES, Díez GÓMEZ, GIMÉNEZ ARNAU, CÁMARA y RODRÍGUEZ ADRAPOS. El traslado de un tema de Derecho civil (art. 1.262) al Derecho Notarial (arts. 176 y 178 RN) se plantea de esta forma: Así como en el testamento la unidad de acto es exigida por la Ley, puesto que el artículo 699 dice que todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero. El Reglamento Notarial, que exigió la unidad de acto para documentos *inter vivos*, cuando dice en el artículo 180 que la presencia de los testigos se refiere a la lectura, consentimiento, firma, y autorización de la escritura pública, recoge también las excepciones en los artículos 176 y 177 del Reglamento Notarial por medio de la escritura de adhesión y la diligencia de adhesión. El artículo 176 del Reglamento Notarial dice que cabe la adhesión a todo negocio jurídico cuando en las escrituras matrices no aparezcan notas que las revoquen o desvirtúen y la Ley no exigiera expresamente el requisito de la unidad de acto. La adhesión se hace por instrumento separado; por medio de escritura de adhesión o por diligencia de adhesión en la misma escritura pública a contar del plazo de sesenta días naturales desde la fecha del otorgamiento. La escritura de adhesión no está sujeta a plazo.

El tema de la escritura o diligencia de adhesión es explicado por NÚÑEZ LAGOS (*Los esquemas conceptuales del instrumento público*, página 65).

En los Códigos modernos la unidad de acto como requisito del negocio jurídico sólo ha subsistido en el testamento y en otros negocios jurídicos formales. En los negocios jurídicos consensuales, contrato de compraventa, antes de la adhesión a dicho negocio jurídico, la parte que se va a adherir es un extraño; no es parte en el negocio. Pero el ausente puede otorgar después escritura de adhesión o diligencia de adhesión y convertirse en parte del negocio jurídico, y esto cuando se dan dos condiciones, a) cuando la Ley no exige unidad de acto; b) y cuando en la escritura matriz no aparece nota de revocación de la oferta (art. 178 RN). El ausente, como tercero, puede otorgar la escritura o diligencia de adhesión y transformarse en parte del negocio jurídico, mientras éste no haya sido revocado. En concordancia con el Código Civil (art. 1.219), el artícu-

lo 178 del Reglamento Notarial ha regulado la escritura de adhesión cuando se den estos dos requisitos ya citados, que la ley no exija ya expresamente la unidad de acto y que en la escritura matriz no aparezca nota de revocación.

La adhesión puede hacerse, como ha hecho la Resolución que se cita, por medio de diligencia o bien por medio de escritura. M. GONZÁLEZ («Notas sobre la reforma del Reglamento Notarial», *RDN* núm. 65-66, página 186) dice que la naturaleza de la diligencia de adhesión es la misma que la escritura de adhesión y que la única diferencia procede de la técnica notarial de la diligencia. Esta técnica está tomada de las actas notariales, que consiste en la introducción en una matriz ya autorizada de una nueva actividad notarial que queda concretada en la diligencia de adhesión. La diligencia de adhesión se extiende en el plazo de sesenta días naturales y pasado este plazo ya no hay más fórmula que la escritura de adhesión. Hay otra diferencia en materia de copias entre la escritura y diligencia que recoge el artículo 178 del Reglamento Notarial.

La técnica de la redacción de la escritura o diligencia de adhesión está explicada por NÚÑEZ LAGOS (*Obra citada*, pág. 72). Elementos personales: Determinar en la comparecencia en toda su extensión las partes presentes y ausentes en el negocio jurídico. Elemento real: El instrumento público ha de contener, sin que falte ningún requisito, los antecedentes, estipulaciones y causas complementarias, ya que si falta alguno de estos datos, el consentimiento de la parte ausente no podía recaer sobre la cosa y la causa del contrato (art. 1.262, 1, CC). Elemento formal: Reserva de puesto para el ausente, o bien expresa o tácitamente; esta reserva tácita se da en los supuestos de la escritura sin poder (art. 1.259 CC) o contrato a favor de tercero (art. 1.257 CC). No parece que de los Considerandos de la Resolución citada se redactase la escritura con estos requisitos, con lo cual la calificación del Registro no aparece tampoco rigurosa sobre esta cuestión.

D) El problema más importante que refleja el negocio jurídico entre ausentes (art. 1.262, 2, CC) es el de la notificación de la aceptación al oferente. El Código Civil recoge no sólo que la persona acepte la oferta, sino que esta oferta llegue a conocimiento de la otra parte, es decir, del oferente. En el Reglamento Notarial la parte ausente acepta la oferta en la escritura o diligencia de adhesión, pero no exige la notificación al oferente: Puede darse el caso de una aceptación a la oferta por escritura o diligencia de adhesión sin conocimiento del oferente.

M. GONZÁLEZ (*Obra citada*, pág. 191) señala cómo el artículo 176 del Reglamento Notarial no prevé la notificación de la adhesión a la otra parte del negocio jurídico; esto significa que desde el punto de vista de la escritura pública, la notificación no constituye un requisito exigido por el Derecho Notarial. Pero este requisito de la notificación puede ser exigido de una manera necesaria para la perfección del contrato entre ausentes; esto aparece en el artículo 1.262, 2, del Código Civil, donde dice que la aceptación ha de llegar a conocimiento del oferente. Y en materia de aceptación de donaciones de bienes inmuebles (art. 633 CC) hace constar que cuando la aceptación, de donación de bienes inmuebles se hace constar en escritura separada, deberá notificarse en forma auténtica al

donante por el donatario. En todo caso, en el supuesto de escritura o diligencia de adhesión, el Notario debe advertir la conveniencia de la notificación o si la parte que se adhiere releva al Notario de esta obligación de notificación. La notificación del aceptante al oferente parece esencial para la formación del contrato, como revelan los artículos 1.262 y 633 del Código Civil. El problema que se plantea, indicaba M. GONZÁLEZ, es si por otros medios, presencia personal, petición de copias, notas al margen o final de la escritura, se realiza la notificación al oferente como requisito del artículo 1.262, 2, del Código Civil.

No hay, pues, en los artículos 176 y 178 del Reglamento Notarial notificación al oferente, como exige el artículo 1.262 del Código Civil. Lo único que hay es una publicidad notarial a través de la copia de la escritura principal en el caso de diligencia de adhesión o por nota en la escritura matriz, en las copias de las escrituras de adhesión (art. 178 RN).

Hay una diferencia entre publicación, publicidad y notificación. PUGLIATTI (*La Trascrizione*, 1957, pág. 379) señala la diferencia entre estos conceptos. La notificación es un procedimiento a instancia de parte y hacia otra persona determinada, produce un conocimiento legal y actúa como un subrogado o equivalente del conocimiento efectivo. La publicidad, la más típica es la del Derecho Hipotecario, pero también hay una publicidad notarial (arts. 221 y 224 RN) supone, como dice PUGLIATTI, una oficina o medio jurídico con carácter de permanencia; la publicidad supone una situación objetiva frente a todos que permite el conocimiento de la situación jurídica cuando el interesado lo requiere. Mientras que la publicación produce una notoriedad legal, tiene un carácter episódico que lo equipara a la notificación en algunos casos; como la citación por medio de edictos en el expediente (art. 203, 3, LH), pero no es equiparable a la publicidad, pues carecer de una organización que de manera estable produzca el conocimiento legal de una situación jurídica.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

b) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

CONTRATO DE CORRETAJE POR TIEMPO INDEFINIDO Y EN EXCLUSIVA: POSIBILIDAD DE DENUNCIA UNILATERAL. COMPETENCIA JUDICIAL BASADA EN EL LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Una sociedad libanesa demandó a otra española en reclamación de cantidad, por servicios comerciales prestados a la segunda en países árabes.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada al pago de determinadas cantidades en concepto de comisiones.

La Audiencia desestimó la apelación de la demandada y estimó parcialmente la apelación adhesiva de la actora, modificando en parte el fallo del Juzgado.

Interpuesto por parte de la demandada recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena López.

Doctrina de la Sala.—Respecto al segundo de los apartados del epígrafe, dice la Sentencia: « habiendo dicho esta Sala que, para que pueda darse preferencia al lugar del cumplimiento de la obligación —en el caso examinado el pago de las comisiones— es preciso que esté claramente determinado (Sentencia de 2 de junio de 1954), dando lugar su indeterminación a que, por aplicación de lo normado en el artículo 62, regla primera, sea correcta la opción del demandante de deducir su demanda ante el Juez del lugar en que tiene su domicilio la empresa española demandada y aquí recurrente».

Y en cuanto al fondo de la cuestión sienta la siguiente doctrina:

Constituye doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias de 24 de febrero de 1983 y 9 de noviembre de 1984) que la censura de la calificación del negocio jurídico que ligue a las partes, llevada a cabo por la Sala sentenciadora en la instancia, al entrañar un problema de interpretación, es revisable en casación, siempre que se invoque en alguno de los motivos integrados en tal recurso extraordinario, la infracción de las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 al 1.289 de la Ley Procesal, vía utilizada por la entidad aquí impugnante, al formalizar el octavo de los motivos, circunstancia que permite a esta Sala, a la vista de la denotada doctrina abordar tal problema, e íntimamente ligado con el mismo el de la validez del desistimiento unilateral de la recurrente, producida en el año 1975, al negarse a satisfacer las comisiones de contrario pretendidas, poniendo así fin a un contrato de duración ilimitada.

Que el contrato que a las partes liga ha de calificarse, a la vista del contenido documental aportado, como atípico, de naturaleza *sui generis* y complejo, el que refleja el derecho de la entidad recurrida a recibir unas determinadas percepciones sobre las exportaciones verificadas por la interpelada a Siria, pero sin que en modo alguno pueda entenderse, de su contexto, consecuencias indefinidas en orden a su duración, y en lo que se refiere a la recepción de tales percepciones, indeterminación temporal, que no puede en forma alguna devenir perpetua, como la sociedad demandante, ahora recurrida, pretende, y sin posibilidad, lo mismo para ella que para su oponente, de revocación unilateral, en un momento determinado; posibilidad de revocación, que ya esta misma Sala admitió en sus Sentencias de 29 de mayo de 1972, 14 de febrero de 1973, 21 de abril de 1979 y 11 de febrero de 1984, las que proclaman que el contrato puede ser denunciado unilateralmente por una de las partes, en aquellos supuestos de duración ilimitada, en los que se establezcan pactos de exclusividad, en defecto de expresa estipulación, no puede admitirse se concierten por tiempo ilimitado, de aquí sea dable su revocación unilateral, que, como se dice en la última de las resoluciones citadas, podrá determinar, si el tal desistimiento es abusivo, las pertinentes consecuencias de orden indemnizatorio, razonamiento que lleva a la conclusión de que, si la denuncia verificada del contrato por la entidad aquí impugnante se llevó a efecto en el año 1975, como expresamente se dice en el considerando cuarto de la sentencia recurrida, aquélla es válida, y la consecuencia ha de ser que la relación obligatoria mediante entre las partes quedó válidamente extinguida, sin perjuicio de las secuelas indemnizatorias que fueran procedentes, desapareciendo así la obligación del pago de percepciones reclamadas por la actora, en sus escritos de alegaciones, de cuyos pedimentos declarativos y de condena debe ser absuelta su oponente, por acogida de los motivos octavo, noveno y undécimo, respectivamente denunciados, con amparo procesal todos ellos en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva Civil, que respectivamente acusan la infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil; 1.256, 1.732 y 1.733 del mismo Cuerpo legal, y 279 del Código de Comercio y la de los artículos 1.225 y 1.258 del Código sustantivo.

Lo expuesto en el precedente fundamento tiene, además, su amparo, porque, en definitiva, la actividad mediadora de la demandante, en que justifica su pretensión, vino encaminada al logro de la obtención por

la entidad demandada en Siria, de la exclusiva de tractores por ella fabricados, cuyo logro es lo que podía dar base, en su caso, a indemnización por causa de relación jurídica de corretaje, que no es procedente decidir en la presente litis al no haberse sometido a debate tal cuestión, que vino limitada a concretos y determinados porcentajes en venta, y más en cuanto que el corretaje requiere precisión inmediata, a contemplar, al ser logrados los efectos de la mediación, que, como queda dicho, en el caso en cuestión, era la obtención de la aludida concesión en exclusiva, pero no las consecuencias de futuro vinculantes, que pudieran resultar, respecto al alcance de la misma, que aun habiendo sido considerada en el contrato, no posibilita que lo sea de forma indeterminada en el *quantum* e indefinida en el tiempo, ya que entender lo contrario pugna con la naturaleza propia del corretaje.

A mayor abundamiento, concluida la relación de corretaje de H. T. Co., tendente al logro de aproximación de la entidad demandada, ahora recurrente, con los correspondientes organismos en Siria para la obtención en exclusiva en esta nación de la venta de tractores, lo que pretende es establecer el derecho al abono de la retribución correspondiente con estricto sometimiento a la actividad aproximadora a tal fin, que de no quedar adecuadamente fijada en el correspondiente contrato habrá de fijarse con arreglo al uso y práctica mercantil en la plaza de cumplimiento, en aplicación analógica de lo normado en el artículo 277, párrafo segundo, del Código de Comercio, pero no el proyectar los efectos del corretaje a posteriores secuencias contractuales derivadas de dicha concesión en exclusiva obtenida, como pretende la demandante, ahora recurrida, ya que siendo la esencia básica del corretaje la consideración y contemplación de un contrato definitivo, como se deduce del contenido de la Sentencia de 2 de diciembre de 1902, que estableció la dependencia de la remuneración al cumplimiento de la comisión cuyo desempeño se hubiera confiado, o con más precisión, como proclaman las de 5 de julio de 1946, 16 de abril de 1952 y 20 de noviembre de 1956, cuando el contrato quede perfeccionado, como ha sucedido con la obtención de concesión exclusiva, que era la finalidad de la mediación de corretaje, de tal manera que las compraventas desarrolladas posteriormente a dicha mediación de corretaje, a las que se estableció contractualmente participación a la demandante, en el contrato atípico y complejo contemplado, no venían afectadas por el referido corretaje, dado que la demandante no intervino en las compraventas afectadas por la reclamación formulada en la litis con concreto y específico concierto en él, dado que faltaba actuación mediadora directa entre «M. I., S. A.», y los organismos sirios, sino desligada de éste, aunque tuviera su causa generante por su derivación, y en consecuencia jurídicamente conduce a un convenio directo de H. T. Co., no mediadora ya, con los correspondientes organismos del citado país para la venta en exclusiva de los tractores en cuestión, sino directamente desarrollada por la recurrida por y para la recurrente, en una relación fáctico jurídica *intuitu personae*, es decir, con eficacia vinculante en el ámbito estrictamente personal, la que en razón a su índole y características, puede ser dejada sin efecto mediante la correspondiente denuncia del convenio por cualquiera de las partes, posibilidad de denuncia y extinción que viene basada en el módulo funda-

mentador de confianza que representa y que no cabe entender permanezca indefinidamente cuando la misma cese.

Como se deja dicho, la compleja relación jurídica que une a los contendientes permite poner fin a la misma mediante la denuncia unilateral del vínculo obligatorio, cuando no se ha pactado tiempo de duración, y más cuando éste se establece con carácter indefinido, como tiene reconocido esta Sala en Sentencia de 14 de junio de 1973, como facultad que si no es contemplada con carácter general en nuestro Código Civil, sí tiene específica consideración en algunos casos, como en el artículo 1.594, referente el contrato de arrendamiento de obra; los 1.704 y 1.705, sobre sociedad, y el 1.732, 1.º y 2.º, en orden al mandato, dado que, como dijo la Sentencia de 29 de mayo de 1972, esa facultad de desistimiento no significa dejar el cumplimiento y la validez de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarle para poner fin a una determinada situación jurídica, que en el caso de concesión mercantil en exclusiva no procede reconocer se mantenga por tiempo indefinido, porque siguiendo la orientación ya marcada en las Sentencias de 23 de marzo de 1921, 29 de octubre de 1955, 18 de marzo y 20 de mayo de 1966, 14 de febrero de 1973, 21 de abril de 1979 y 11 de febrero de 1984, no es posible asignar al pacto de exclusiva mediante entre las partes, el carácter de perpetuidad que la entidad demandante pretende, dado que su alcance ha de entenderse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado de otros en la actividad indicada de promoción de ventas y apertura del mercado de tractores de la interpelada, entrañando una restricción a la libertad comercial de los contratantes, que como tal no admite una interpretación amplia, sino limitada, de tal forma que cualquier circunstancia determinante de falta de confianza viabilice la posibilidad de denuncia unilateral, sin más que dar preaviso en el término pactado o, en su defecto, en el determinado por los usos, y a falta de ambas circunstancias, concediendo un término prudencial atendida la naturaleza de la obligación, como admite la Sentencia de 14 de febrero de 1973, y que es el remedio al que acudió «M. I., S. A.», con su carta de 18 de agosto de 1975, dirigida a su contraparte, haciéndola saber que «suspendemos todas nuestras relaciones comerciales con su firma» y «cancelamos su designación como nuestro tratante de los productos que estaban autorizados a vender en Siria»; todo lo cual es consecuencia de que aunque en nuestro Derecho no exista normativa específica, la realidad es que la perpetuidad es, salvo casos excepcionales, entre los que no se encuentra el contemplado, opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, a) constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico; sin que a esa facultad resolutoria se oponga a la solución acogida por los Tribunales sirios en orden a reclamaciones ante ellos formuladas, ya que afectan a devengos producidos antes de la denuncia contractual referida; y sin que tampoco sea de examinar en esta *litis*, como ya antes se apuntó, la problemática referida a las consecuencias o secuelas indemnizatorias que pudieran derivarse de la tan repetida denuncia, al no ser cuestión sometida a debate, y ello por cuanto todo proceso ha de estar presidido por los principios de audiencia y contradicción, cuyo incumplimiento haría incidir esta resolución en incongruencia, cuando lo realmente deba-

tido en el que se examina queda reducido a determinar si «M. I., S. A.», está o no obligada a satisfacer de manera indefinida en el tiempo comisiones a H. T. Co. en la forma postulada en la demanda.

R. de A.

TERCERIA DE DOMINIO. APRECIACION DE LA PRUEBA. EXIGENCIA DE FORMA EN LA DONACION DE INMUEBLES. EL PROPIETARIO DE UN TERRENO ES DUEÑO DE SU SUPERFICIE (art. 350 del Código Civil). INCONGRUENCIA (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Doña Mercedes M. R. formuló demanda de tercería de dominio contra su hermano don Darío y la Caja Rural «X» en el juicio ejecutivo promovido por esta entidad contra el citado don Darío y su esposa, alegando la actora que había adquirido de su madre por escritura de donación de 10 de abril de 1974 la propiedad del terreno en que está construida la granja de la que en el juicio ejecutivo se había dado posesión a la Caja Rural, añadiendo que si bien en la descripción de la finca donada consta menor superficie de la que realmente tiene y se consigna que su destino es solamente el de prado, cuando existían otros, tales circunstancias fueron aclaradas por el documento privado de 5 de marzo de 1979, suscrito por la donante y por el dictamen pericial practicado en autos, afirmativos de que la granja litigiosa se encuentra comprendida dentro de los linderos que se detallan en la escritura de donación. Se añadía por la demandante que la construcción de la granja avícola se estima acreditada por la apreciación conjunta de la prueba practicada, ya que a su nombre se concedió la licencia de obras por el Ayuntamiento, la autorización por el Ministerio de Obras Públicas para la construcción de una rampa de acceso desde la carretera, contrató con F. el suministro de energía eléctrica y presentó a su nombre en la Delegación Provincial de Industria el proyecto de apertura de un paso para la granja, sin que exista prueba alguna de que dichos actos los realizara como mandataria de su hermano, y a su nombre figuran facturas de pago de algunos materiales para la construcción de la granja misma, además de que si bien los jornales fueron pagados por su dicho hermano, lo fueron con talones firmados por la actora.

El Juzgado estimó la demanda, declarando que los bienes embargados a don Darío deben estimarse propiedad de la demandante tercerista y decretando se alzara el embargo trabado contra ellos.

La Audiencia confirmó la Sentencia del Juzgado en cuanto a la granja en cuestión, revocándola en el resto.

Interpuesto recurso de casación por la Caja Rural, el Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Dicha sentencia se combate en el presente recurso, cuyo primer motivo, amparado en el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción, denuncia

el error de hecho en la apreciación de las pruebas resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación del juzgador, citando, a tal efecto, como documentos de tal naturaleza, la referida escritura de donación, las certificaciones expedidas por la Unión Territorial de Cooperativas del Campo, la escritura de poder otorgada el 2 de febrero de 1979, las certificaciones expedidas por la Caja Provincial de Ahorros «Y» y por la Caja Rural «X», así como las providencias decretando el embargo y la correspondiente diligencia en el citado juicio ejecutivo, la confesión judicial de la demandante y las afirmaciones contenidas en el hecho 1.º de la demanda y en el 3.º de la réplica; respecto de cuyo motivo deben hacerse las siguientes puntualizaciones: a) fue doctrina constante de esta Sala durante la vigencia del expresado número 7.º que carecen de autenticidad en casación los documentos que fueron objeto de discusión en el pleito y de examen y valoración en la sentencia; b) no es lícito en casación desarticular la prueba, denunciando la apreciación incorrecta de alguno de sus elementos y hacer caso omiso de los demás que en la sentencia recurrida fueron objeto de examen valorativo; y c) carecen de autenticidad a los fines pretendidos, las manifestaciones vertidas por los contendientes en sus escritos expositivos o al absolver las posiciones a que fueron sometidos en su confesión judicial; de cuya doctrina se desprende la improcedencia del indicado motivo, pues, por una parte, según la sentencia impugnada el terreno sobre el que se levanta la granja está comprendido en la finca adquirida en virtud de donación por la actora, sin que frente a tal declaración de propiedad se mencione por el recurrente documento alguno del que pueda deducirse la adquisición de dicho terreno por el codemandado ejecutado, ya que el invocado poder otorgado por el mismo a favor de su hermana la actora para que en su nombre y representación gestionara la citada granja avícola, y que dice ser de su propiedad, no contradice tal conclusión, pues dicho poder sólo supone una declaración unilateral de voluntad que frente a la escritura de donación y demás elementos probatorios carece totalmente de eficacia; y, por otro lado, según la resolución impugnada, la edificación destinada a granja fue levantada por la actora y tal declaración, deducida de elementos de convicción tan importantes como los que se reseñan en el primer fundamento, no la desvirtúan ni los documentos que se citan, ni siquiera el repetido poder, que, con independencia del expresado carácter unilateral, en cuanto hace referencia a la propiedad de la granja de gallinas, no contradice el dominio de su hermana sobre el inmueble en el que se halla establecida; como tampoco lo contradicen los extractos de cuentas con «A», porque, como dice tal resolución, dichos extractos son de cuentas referidas a la explotación del negocio, concepto distinto de la propiedad.

El segundo motivo con apoyo en el ordinal 1.º del citado artículo 1.692 acusa la infracción del artículo 1.214 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la acción reivindicatoria y la tercería de dominio, en cuanto, según dice, la sentencia impugnada viola tal precepto y doctrina, al no resultar de los autos la prueba indubitada y cumplida del dominio exclusivo de la demandante sobre la granja, subvirtiendo con ello la carga de la prueba; motivo que decae tan pronto se tenga en cuenta que es doctrina reiterada de esta Sala que este artículo, por su carácter genérico relativo al *onus probandi*, no permite el éxito de un recurso de casación

por intracción de ley, más que en los supuestos en que la Sala de instancia haya invertido en su fallo el principio de la carga de la prueba, pero no en aquellos otros en los que lo realmente pretendido por los impugnantes consista en combatir la valoración de la misma realizada por el Tribunal sustituyéndola por el criterio particular de los recurrentes, pues, en definitiva, tal precepto no tiene más alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba, y en el caso de litis el Tribunal de instancia, ponderando los abundantes medios de convicción traídos al proceso, ha llegado a unas conclusiones respecto a los extremos fácticos cuestionados, lo que implica que falta el presupuesto de hecho para que el indicado artículo desarrolle su virtualidad.

El tercer motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la violación de los artículos 633 y 609 del Código Civil, violación que, a su entender, comete la sentencia al otorgar al documento de ampliación del año 1979, en el que la donante aclara la extensión superficial de la finca cedida a su hija, el carácter de título justificativo de dominio, en cuanto ni cumple el requisito de escritura pública que exige para la donación de inmuebles el artículo 633, ni a tenor del artículo 1.272 surte efectos contra terceros; motivo que debe correr la misma suerte desestimatoria, pues la superficie de la finca la deduce el juzgador, fundamentalmente, de la descripción que de la misma se contiene en la referida escritura pública y más concretamente de los linderos que la individualizan en la realidad física, linderos que han permitido al perito que actuó en instancia su identificación precisa y la afirmación de que la granja litigiosa se encuentra comprendida dentro de su contorno, por lo que el resultado sería el mismo, aunque se prescindiera del indicado documento.

El cuarto motivo, con amparo, también, en el número 1.º, invoca la aplicación indebida del artículo 350 del Código Civil que dispone que el propietario de un terreno es dueño de su superficie, pues, según argumenta, dicho precepto establece sólo una presunción *iuris tantum* que cede ante la realidad incontrovertible de los hechos y en el caso de litis, continúa diciéndose, el hecho verdadero es que el título de propiedad de la actora es posterior a la construcción de la granja cuyo dominio se discute; motivo igualmente condenado al fracaso, pues con independencia de que la actividad procesal de la recurrente, más que a acreditar la propiedad de su codemandado ejecutado —sobre cuyo particular ninguna prueba trascendente se ha practicado— se ha dirigido a destruir la afirmación de titularidad dominical de la actora, objetivo que no ha conseguido, no puede desconocerse que aunque la presunción dominical que establece dicho precepto sobre lo edificado en terreno propio no podía aplicarse a favor de la actora en el momento de la construcción por cuanto entonces la propiedad del inmueble pertenecía a su madre, tampoco puede ignorarse, por una parte, que, como se afirma en la sentencia recurrida, la granja fue construida por la actora a su costa y, por otra, que una vez adquirido el inmueble en virtud de la donación, tal presunción, ante la ausencia total de prueba en contrario, conduce a tenerla como dueña de lo en él construido al no existir limitación ni reserva alguna en la transmisión del predio.

El quinto y último motivo se apoya en el número 4.º y denuncia la infracción del artículo 359 de la Ley Procesal, pues, a su juicio, el único

bien trabado en el juicio ejecutivo fue la granja avícola cuya propiedad es el solo objeto de litis y la sentencia recurrida que, confirmando y revocando en parte la del Juzgado, estima la demanda de tercería declarando que la granja avícola es propiedad de la actora y absuelve a los demandados de las demás pretensiones contra ellos deducidas, contiene disposiciones contradictorias e incurre en la indicada infracción; motivo respecto del cual debe tenerse en cuenta que, para que se incurra en dicha infracción, es necesario que la contradicción resulte de los propios términos del fallo, en forma tal que dificulte su ejecución ante la realidad antagónica de sus pronunciamientos, sin que la hipótesis que contempla el precepto pueda trasladarse a la disparidad que pueda existir entre las partes dispositivas de la sentencia de primera instancia y la de apelación, en cuanto la que en su día debe ejecutarse es esta última, prescindiendo de la primera; todo lo cual conduce a la desestimación del motivo, pues, ni la invocada contradicción resulta de la parte dispositiva del fallo, abstracción hecha de la mayor o menor fortuna en su redacción, ni aparece de su detenido examen que puedan surgir problemas en la fase de ejecución ante la terminante declaración de propiedad de la granja y ante el mandato de levantamiento del embargo trabado.

R. de A.

QUIEBRA NECESARIA: LA SOLICITUD DE DECLARACION DE QUIEBRA NECESARIA NO PUEDE ENERVARSE POR LA SOLICITUD DE DECLARACION DE SUSPENSION DE PAGOS (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1986).

Hechos.—La cuestión debatida en el juicio de que el presente recurso dimana ha quedado planteada en los siguientes términos: A) por escrito de V. proveído el 21 de mayo de 1982 y que no consta fuese presentado («recibido», dice la providencia) con anterioridad, se solicitó del Juzgado de Primera Instancia número de 2 de Alcalá de Henares la declaración de la quiebra necesaria de Manufacturas A.; disponiendo la misma providencia recibir la información testifical ofrecida, que fue practicada el día 28 siguiente; B) por auto de fecha 31 del mismo mes de mayo, se denegó la declaración solicitada por no haberse acreditado, a juicio del Juez, el sobreseimiento general de la supuestamente quebrada en el pago corriente de sus obligaciones; C) mediante escrito de 6 de junio, presentado el día 7, después de las horas de audiencia, V. interpuso recurso de reposición contra el auto de 31 de mayo, aportando acta notarial justificativa de hallarse pendientes de pago, en su fecha, los salarios de trabajadores de la supuestamente quebrada; D) a dicho escrito recayó auto de 9 de junio, reponiendo el de 31 de mayo y declarando la quiebra de Manufacturas A., con lo demás consiguiente; E) al irse a cumplir lo dispuesto en el auto declaratorio de la quiebra se supo que Manufacturas A. se hallaba en estado de suspensión de pagos; habiéndose justificado que, por providencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, de fecha 7 de junio, se tuvo por solicitada la suspensión; providencia recaída a escrito presentado el 3 del mismo mes de junio; F) por providencia del

Juzgado de Alcalá de fecha 25 del mismo mes de junio se dispuso: «Apareciendo en los autos testimonio del auto (*sic*) dictado en el expediente de suspensión de pagos de la entidad Manufacturas A., Sociedad Anónima, dése traslado del mismo a la representación de la entidad V., Sociedad Anónima, por término de tres días, a los fines previstos en el artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922»; providencia que V. recurrió en reposición, recayendo sucesivamente auto del Juzgado de 27 de octubre de 1983 manteniendo dicha providencia «y como consecuencia de la misma dejar sin efecto el auto de 9 de junio de 1983 —declarando la quiebra—, así como cuantas medidas y nombramientos en él efectuados», y el de la Audiencia de 20 de mayo de 1985, desestimando el recurso de apelación contra aquél; siendo este auto de 20 de mayo de 1985 el que aparece impugnado por el presente recurso de casación, que, constando de un único motivo, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene la infracción del párrafo tercero del artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 y de la Jurisprudencia que lo interpreta y en particular de la Sentencia de 26 de noviembre de 1976.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—El precepto legal infringido en la tesis del recurso y que sirve de apoyo a los autos de 27 de octubre de 1983 (del Juzgado) y más próximamente al de la Audiencia de 20 de mayo de 1985, o sea, el párrafo tercero del artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, prohíbe que se pida la declaración de quiebra mientras el expediente de suspensión de pagos se halle en tramitación: «Los acreedores no podrán pedir tampoco la declaración de quiebra, mientras el expediente de suspensión de pagos esté en tramitación». El expediente de suspensión de pagos se halla en tramitación a partir de la providencia del Juez a quien corresponda el conocimiento del dicho expediente, que, teniéndola por solicitada, ha de dictar necesariamente el mismo día de la presentación del escrito, y si no fuera posible en el siguiente, conforme a lo que dispone el artículo 4.º de la misma Ley y que ha de contener los pronunciamientos que allí se expresan. La prohibición, por tanto, afecta al tiempo posterior a esa fecha, a partir de la cual ya no les es posible a los acreedores pedir la declaración de quiebra.

No coinciden con el supuesto del precepto las fechas que el recurso trae a la consideración de la Sala, pues, en efecto, la providencia del Juzgado de Madrid teniendo por solicitada la suspensión de pagos es de fecha 7 de junio de 1983 cuando la solicitud de quiebra ya aparecía deducida ante el de Alcalá de 21 de mayo antecedente siquiera no se pronunciara finalmente hasta el 9 de junio, tiempo el interpuesto entre el 21 de mayo y el 9 de junio en que dicha solicitud de quiebra estuvo ininterrumpidamente vigente, por cuanto el auto de 31 de mayo denegando la quiebra fue recurrido en reposición a la que recayó el auto declarándola de la expresada fecha del 9 de junio de 1983. La solicitud inducida en 21 de mayo no puede reputarse enervada por el sobrevenido expediente de suspensión de pagos ni alcanzada por la prohibición del precepto citado como infringido que no podía afectar sino a las solicitudes de quiebra producidas por los acreedores con posterioridad al 7 de junio y no a la que se había interpuesto en 21 de mayo.

La interpretación que esta Sala ha mantenido con posterioridad a la vigencia de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 para el precepto de la misma que se deja invocado en el recurso y en general el tratamiento que le ha merecido el tema de la preferencia entre la suspensión de pagos y la quiebra, coincide con lo expuesto, pues, en efecto, la sentencia de 26 de noviembre de 1976, también invocada por el motivo, recayó a un caso en que la petición de la quiebra había precedido a la solicitud de la suspensión y se concedió preferencia a la primera para salir al paso de un posible fraude de ley (razona dicha sentencia), «consistente en permitir que la iniciación de un expediente de suspensión de pagos en cualquier momento pudiese paralizar la tramitación del más severo de la quiebra iniciado y tramitado con anterioridad, con lo que además se impedirían, como ahora se ha impedido, la aplicación de las normas específicas dictadas para la quiebra, especialmente en el párrafo segundo del artículo 876 y número segundo del 875, ambos del vigente Código de Comercio». Esta doctrina de la sentencia transcrita, que procede reiterar en la presente, no contradice la ofrecida por las de 29 de diciembre de 1927 y 3 de julio de 1933 (sin que sea lícito el manejo de las de fecha anterior a la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, innovadora de la materia), pues, en efecto, la de 1927 recayó a caso en que coincidían la solicitud de suspensión y el auto declarando la quiebra, una y otro de la misma fecha, prevaleciendo la suspensión con la base de que (como razona en el segundo de sus considerandos) «no se ha sobreseído en el pago corriente de las obligaciones, que es lo que caracteriza principalmente a la quiebra, pues así como no dejaría de ser quiebra el que un comerciante insolvente, sin crédito alguno, burlara a sus acreedores con sólo hacer pagos de escasa importancia, tampoco puede considerarse como sobreseimiento o cesación de pagos un ligero retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, y por ello, hay que aceptar el criterio del Tribunal de instancia, mucho más si se tiene en cuenta que no se ha alegado el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para combatir la apreciación de prueba hecha por el Tribunal *a quo*; añadiendo en el séptimo considerando que «si se concede la prioridad a la suspensión de pagos es porque no se admite el sobreseimiento o cesación en el cumplimiento de las obligaciones, y precisamente el Tribunal *a quo* parte de este segundo principio para interpretar el primero»; y, finalmente, expresando en el décimo que el deudor «incurrió en mora, pero hace (el Tribunal inferior) la declaración de no haber sobreseído sus pagos». Tampoco es de invocar la Sentencia de 3 de julio de 1933, ya que en el caso a que recayó siquiera la solicitud de quiebra es de un día antes que la petición de suspensión, pero aquella adolecía de «anormalidades e irregularidades» («se formuló por un desconocido» «en el mismo día en que se protesta un giro del que aparece como cesionario en la propia fecha, sin intervención de procurador y ante Juzgado que no es el del domicilio del quebrado»), por lo cual era tal solicitud «hecho aparentemente cierto, pero desprovisto de las consecuencias jurídicas» (considerando tercero).

Por todo lo razonado es visto que procede casar y anular el auto recurrido de 20 de mayo de 1985 y a su través el de 27 de octubre y la providencia de 25 de junio de 1983 del Juzgado de Alcalá, quedando en vigencia

el auto de 9 de junio de 1983 declarando la quiebra necesaria de Manufacturas A., la cual, empero, podrá oponerse a la misma dentro del plazo de ocho días que previene el artículo 1.028 del Código de Comercio de 1829 a que se remite el artículo 1.326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. de A.

RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: LA VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE AL CUMPLIMIENTO. DOCTRINA DE LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR EL CONTRATO (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1986).

Hechos—Así los describe el fundamento de Derecho 1 de la sentencia: Promovidas por don Domingo B. V., don Fermín D. G., don Rufino O. G. y doña Fermina R. A., ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, sendas demandas de juicio de mayor cuantía, que fueron acumuladas, contra don Demetrio V. F., con fecha 23 de marzo de 1984, recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona, en la que confirmando la dictada por el referido Juzgado el 18 de junio de 1983, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes fundamentos fácticos: A) Que el actor don Domingo B. V. entregó al demandado, con fecha 28 de abril de 1979, la cantidad de 750 000 pesetas, en concepto de señal del piso comprado, haciéndose constar en el recibo que, si a partir de los ocho meses la empresa desistiese de llevar a cabo la construcción, se devolvería al comprador el importe entregado. B) Que el demandado al tiempo de concertar el indicado contrato carecía de licencia para construir en la parcela correspondiente, sin que, hasta el 28 de julio de 1980, se aprobase por el Ayuntamiento el estudio de detalle de la unidad urbanística, el 12 de noviembre de 1981. C) Que el día 13 de enero de 1983 todavía no tenía licencia el demandado para construir. D) Que habiendo cumplido el actor con la obligación de pago de la cantidad que como señal se había concertado y no sólo careciendo el demandado de licencia para construir al tiempo de concertarse el contrato, sino que incluso transcurrieron años sin que el demandado hubiese obtenido siquiera la licencia que le permitiera comenzar a construir, de ello se desprende un evidente incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones contractuales (considerando segundo de la resolución de primera instancia, expresamente admitida por la de apelación al decirse en el segundo considerando que la Sala, reconsiderando la prueba, llega a la misma conclusión que el Juzgador de Primera Instancia). Y E) Que el demandado-apelante incumplió los contratos concertados con los actores sobre compraventa de vivienda (considerando segundo de la resolución recurrida).

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—El motivo primero de casación se formula «por infracción de ley y doctrina concordante; al amparo del artículo 1.692,

ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por infracción del artículo 1.124, párrafo primero, del Código Civil, infringido en concepto de violación por aplicación indebida», alegándose que, en el caso que nos ocupa, falta por parte del vendedor demandado, la voluntad deliberadamente rebelde que la doctrina jurisprudencial exige para decretar la resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, motivo éste que deberá ser desestimado; en atención a las siguientes razones: Primera: Porque la conclusión a que llega la resolución recurrida al apreciar el incumplimiento por el demandado de sus obligaciones contractuales, es una mera cuestión de hecho, que, una vez sentada por la Sala sentenciadora, debe ser respetada en casación, a no ser que se impugne adecuadamente por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692, cosa que no sucede en el caso que nos ocupa, por lo que tal fundamento fáctico, no combatido, ha devenido inmutable. Segunda: Que, por otra parte, no cabe duda que la conducta del demandado, que al cabo de más de tres años de firmar el contrato por el que se comprometía a construir los pisos cuestionados, todavía no había obtenido la correspondiente licencia para construir en la parcela de autos integra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato, justamente sancionada por la sentencia de instancia con la virtualidad suficiente como para comportar la resolución contractual. Tercera: Que no puede dejar de apuntarse en este momento la nueva dirección asumida por la jurisprudencia de esta Sala que, matizando la doctrina de la precisión de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones, viene concediendo virtualidad resolutoria a la conducta de la parte que pueda reputarse claramente contraria a la finalidad perseguida por el contrato, conducta esta que, por los razonamientos ya vertidos anteriormente, ha de apreciarse en el demandado; por todo lo cual procede la expresa desestimación de este primer motivo.

R. de A.

CUESTION DE COMPETENCIA: ACCIONES DIMANANTES DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL (SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Planteada cuestión de competencia, en virtud de inhibitoria, entre los Juzgados de B. y E., el Tribunal Supremo la decidió en favor de este último. Ponente: Don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—Según doctrina jurisprudencial constante, cuando se trata del ejercicio de acciones dimanantes de un contrato de compraventa mercantil, la competencia corresponde de ordinario al Juez del lugar de situación del establecimiento del vendedor, que es el de cumplimiento de la obligación a los efectos de lo prevenido en los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, aplicables conforme a la remisión ordenada en el 50 del Código de Comercio, a los fines de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley Procesal, pues en efecto de sumisión expresa o tácita y no pactada por los contratantes una plaza determinada para la entrega de las

mercancías, se presumirán éstas recibidas en el domicilio del comerciante vendedor, sin que las letras de cambio libradas tengan otro alcance que facilitar el pago al comprador y, por tanto, el dato carece de relevancia en el conflicto planteado.

En el caso actual, inexistente estipulación alguna sobre el lugar de cumplimiento en los contratos aportados con la demanda, habrá que partir de la suposición de que el mármol de que se trata ha sido entregado en N., lugar donde se halla el establecimiento industrial del actor, pues en varios de los documentos expresivos del «detalle del material cargado en el camión» que se indica aparece firmada la recepción y el sello de la demandada «M. M.»; principio de prueba sobre el envío a porte debido que no se desvirtúa por la circunstancia de que impagado el precio al transportista por el comprador haya satisfecho el importe de alguna expedición el vendedor, quien reclama de la otra parte el reintegro como uno de los conceptos de la cantidad total.

R. de A.

RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PRACTICA DE PRUEBA PERICIAL IMPUTABLE A LA PARTE QUE LA PROPUSO. CARACTER DE LA DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Se deducen de la doctrina de la Sala que se reproduce a continuación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Ponente: Don Matías Malpica y González Elipe.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del presente recurso de casación por quebrantamiento de forma expuesto en el escrito de formulación, basado en el número 5º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está íntimamente ligado con el segundo motivo que funda la parte recurrente en el número 3º del mismo precepto procesal, pero uno y otro, requieren para su debido análisis, una sucinta exposición de las actuaciones procesales que ofrezcan la debida perspectiva que permita comprender si es o no adecuada la invocación de dichas normas.

Solicitada por la parte demandante, hoy recurrente, la prueba pericial contable en primera instancia que habría de verificar un perito mercantil titulado, fue admitida por auto de 20 de julio de 1982 —cuya notificación del auto no fue firmada por los Procuradores de las partes— y abriéndose el período de práctica de prueba el día 22 de julio del mismo año por término de treinta días, no se efectuó la comparecencia aludida en el artículo 614 de la Ley Procesal Civil hasta el día 28 del mismo mes, que a la sazón había señalado el auto de admisión de la prueba pericial contable de fecha 20 de julio antes citado, no haciéndose la menor indicación al Juzgado por la parte proponente hasta el día 14 de septiembre, lo que motivó que por providencia del día 17 siguiente se convocara la precitada comparecencia para el día 23, en que quedó designado el perito don Juan E. C., sin que aparezca ninguna otra diligencia o actuación a tal fin encauzada, más que la solicitud en el escrito de conclusiones

de que fuera practicada por diligencia para mejor proveer. El término del período de práctica de prueba tuvo lugar el día 26 de septiembre de 1982.

En lo atinente a la segunda instancia, donde fue reproducida la petición de recibimiento a prueba de las actuaciones en relación a la pericial no practicada en autos de primera instancia, fue denegada por la Sala *a quo*, por auto de 12 de enero de 1984 y ratificada, previo recurso de súplica, por auto de 26 del mismo mes de enero, por entender que la causa de la falta de práctica de la prueba propugnada era exclusivamente imputable a la parte que lo instaba.

Desde luego, habiendo pasado incluso un mes inhábil (agosto) por medio, que pudo ser aprovechado para repaso y reflexión sobre lo concerniente al procedimiento y su desarrollo, no se comprende que siendo la jurisdicción civil de carácter rogado, no se interesara hasta el 14 de septiembre de 1982 la convocatoria de comparecencia de las partes para nombramiento de perito y que una vez designado no se instara su citación, para aceptación y práctica subsiguiente de la pericia con emisión del oportuno informe.

En consecuencia, no pueden prosperar los motivos del recurso propuestos: A) Porque a nadie es imputable, sino a la propia parte proponente de la prueba pericial que fue admitida en primera instancia su falta de verificación, que no encuentra más causa que la demora en instar las fases sucesivas de este instrumento probatorio, dentro de los límites de tiempo que marca la Ley Procesal y señalado en concreto en las resoluciones de trámite del órgano judicial. B) Las diligencias para mejor proveer, son de uso facultativo y soberano del Juzgado o Tribunal que conozca del litigio y su utilización o no, no puede ser discutida por las partes ni dar lugar a recurso alguno (SS. 29 de enero y 31 de mayo de 1972 y 23 de mayo de 1985).

R. de A.

CUESTION DE COMPETENCIA: JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO
(SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Promovida cuestión de competencia, por inhibitoria, entre los Juzgados de B. y A., el Tribunal Supremo declaró la de este último, en virtud de los hechos que se desprenden de la doctrina que sigue. Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—La demanda inicial sobre reclamación de cantidad se presentó en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante, con fecha de 12 de julio de 1984. La acción se dirige contra la sociedad anónima de seguros y reaseguros «E.», con domicilio en B., donde fue emplazada y ante cuyo Juzgado propuso la cuestión de competencia por inhibitoria, por existir en el contrato o póliza de seguros de accidentes una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados de dicha capital. El hecho originador de la demanda fue el accidente (una pérdida

de un ojo), sufrido por el asegurado demandante, ocurrido el 17 de agosto de 1980.

La disposición transitoria única de la Ley 50/1980, de 8 de octubre (*Boletín Oficial del Estado* de 17 de octubre de 1980), establece que «los contratos de seguro celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se adaptarán a la misma en el plazo máximo de dos años a partir de su vigencia, quedando sometidos desde su adaptación, o desde el momento en que transcurran los referidos años, a los preceptos de la misma». Entre éstos está, por lo que al caso interesa, el artículo 24, que dice que «será Juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario».

Pretender, como sostiene la S. A. aseguradora, que la Ley de 1980 no puede aplicarse más que a los hechos, siniestros, diferencias, reclamaciones y cuantas acciones puedan ejercitarse a su amparo que hayan ocurrido *después* del 17 de abril de 1981, fecha de su entrada en vigor, es elevar la interpretación y aplicación de la transitoria a extremos desmesurados, haciéndola prever supuestos que no expresa, ya que sólo se refiere a los contratos de seguro, a su adaptación a la ley en el plazo de dos años o al sometimiento a ésta, en todo caso, una vez transcurridos los dos años, pero en modo alguno alude a las acciones que se deriven del contrato (arts. 27 y 24), ni, naturalmente, a los hechos que las hagan nacer, que es a lo que se refiere el artículo 24 para fijar la competencia, fijando la regla a la que hay que atenerse, sea cual fuera la fecha del siniestro, dado que la determinante es la de la reclamación judicial. Siendo, pues, ésta la de julio de 1984, en vigor la Ley nueva, es evidente que, excluida la sumisión, el fuero es el del domicilio del asegurado, en el caso A., y la competencia la de su Juzgado, donde presentó la demanda. Negar esta eficacia derogatoria de los pactos de sumisión —y de las reglas procesales antiguas— respecto a los contratos anteriores a la Ley nueva, supondría mantener una situación de desigualdad entre contratantes anteriores y posteriores, no querida por la ley, conforme al criterio ya fijado en otras leyes (venta a plazos, arrendamientos, etc...).

R. de A.

**RECURSO DE REVISION: PRESUNTA MAQUINACION FRAUDULEN-
TA POR OCULTACION DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO (SENTENCIA
DE 27 DE ENERO DE 1986).**

Hechos.—Se interpuso recurso de revisión, al amparo del número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender el recurrente que la parte recurrida había hecho uso de maquinación fraudulenta para ganar sentencia, consistente en haberle demandado por medio de edictos, siendo así que bien conocía su paradero (el del recurrente).

El Tribunal Supremo declara improcedente el recurso. Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la Sala.—Constando registralmente como domicilio de la entidad «H. y S.», S. A., la planta 5.ª del número ... de la calle M., en la

ciudad de Barcelona, en donde no fue hallada ninguna representación legal y manifestación del conserje de la referida finca que dicha entidad se marchó de ese domicilio hace años, sin dejar señas, y no existiendo constancia de que don José María M. F. conociese cuál fuere al que, en su caso, se hubiese trasladado, claro es que resultó correcta la llamada a juicio de la expresada entidad por medio de edictos, cual ha sido efectuado, y en consecuencia no se da la situación de maquinación fraudulenta, con tal motivo pretendida como fundamento del recurso de revisión de que se trata, porque si ciertamente, al amparo del número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la ocultación del domicilio del demandado, con solicitud y consiguiente práctica de emplazamiento por medio de edictos, puede ser significativo de la maquinación fraudulenta a que alude el mencionado precepto, es sobre la base de que el demandante haya procedido con finalidad maliciosa encaminada a impedir, cortar o dificultar al demandado el conocimiento del planteamiento del juicio o a ocultárselo, que no es el supuesto ahora contemplado, desde el momento que el demandante acudió dirigiéndose al domicilio social fijado en el correspondiente Registro Mercantil, que es el indicado en la calle M., de la ciudad de Barcelona, sin constancia de que fuese en otro lugar, que de existir la falta de su conocimiento no sería atribuible al tan citado demandado, sino a la aludida entidad demandada, que no consta lo haya consignado, cual era procedente, en el Registro Mercantil correspondiente a efectos de adecuado conocimiento por terceros.

R. de A.

ARBITRAJE: JUICIO DECLARATIVO SOBRE NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPROMISO Y DEL LAUDO ARBITRAL. DISOLUCION DE SOCIEDAD LIMITADA (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Al amparo de una conocida doctrina del Tribunal Supremo, se interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía por doña María Jesús S. M. y su esposo, en solicitud de que se declarase la nulidad del contrato de compromiso de que aquélla había sido parte, la del laudo emitido por los árbitros y el restablecimiento de las titularidades patrimoniales anteriores a dicho laudo.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la Sala.—Como cuestión previa a la decisión del recurso de casación de que se trata, al ser base fáctica en que se apoyan los motivos con que la amparan los recurrentes doña María Jesús S. M. y don Francisco L. M., es de tener en cuenta que el laudo arbitral de equidad, cuya nulidad es solicitada mediante la demanda rectora del juicio determinante de dicho recurso, con la finalidad consecuente al restablecimiento de la situación y titulares patrimoniales anteriores a la fecha del pronunciamiento de tal laudo arbitral, ha sido emitido con acomodo y

correcta adecuación en orden decisor por los árbitros designados de los puntos sometidos a arbitraje de equidad en la escritura de compromiso otorgada al respecto, en la ciudad de Córdoba, ante el Notario don Luis Cárdenas y Hernández, el 25 de enero de 1972, consistentes en: 1. Fijación de saldos de cuentas de los distintos negocios comunes, panadería, bar, vaquería y explotación agrícola de la finca «A. B.», englobados desde 1967 en la Sociedad «S. M.», S. L., con determinación de las cantidades que en su caso puedan resultar adeudadas por cada interesado a la comunidad. 2. Liquidación de las cuentas de la administración de la finca sita en La Roda de Andalucía, llevada por don Francisco L. M. y determinación de saldos. 3. Asignación y pago de retribuciones a don Narciso S. M. por su trabajo en la explotación de la finca rústica «Llanos del Aguilarejo Bajo», y a don Francisco L. M., por la administración de la finca de La Roda de Andalucía, en la cuantía y por el tiempo que se estimen procedentes, considerando si se reputan o no perfeccionados los respectivos arrendamientos de una y otra finca a los nombrados, para tener en cuenta, en su caso, las consecuencias de tales arrendamientos en la resolución del punto de que se trata. 4. Casación en el estado de comunidad mantenido entre las partes con relación a los diversos negocios y bienes, mediante el mecanismo operativo que los árbitros acuerden, para llegar a la adjudicación a los interesados, previas las oportunas valoraciones de los bienes correspondientes, luego de resolver específicamente: a) los problemas que plantean los pisos de las calles Doctor Fleming, Don Lope de Soria y Don Julio Pellicer, todos de Córdoba, oídos los contrapuestos puntos de vista de los interesados; b) situación jurídica de la parcela de 12 fanegas de tierra adquirida en documento privado a nombre de don Francisco L. M., situado junto a la finca de La Roda de Andalucía. Y 5. Cualquier otro punto que necesariamente deba resolverse por su íntima conexión con los que quedan consignados, a juicio de los árbitros.

Lo expuesto en el ámbito fáctico en el número precedente, conduce a la desestimación del primero de los motivos en que el recurso se ampara, fundamentado, con base en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en su redacción vigente al tiempo de la interposición—, en pretendida infracción por aplicación indebida del número 3.º del artículo 1.691 de la misma Ley Procesal —también en vigor al tiempo de la interposición— en relación con el artículo 30 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado y de la doctrina legal en aplicación de los mismos, al haber desestimado la Sala el recurso de apelación interpuesto por inadecuación del procedimiento, porque si ciertamente, según ponen de manifiesto los recurrentes como base fundamentadora de dicho motivo, pueden someterse a decisión en juicio ordinario declarativo de mayor cuantía causa de nulidad en el arbitraje de equidad distintas a haber sido dictado el laudo fuera del término señalado en el compromiso o resolviendo puntos no sometidos a la decisión de los árbitros, también es evidente que esa posibilidad no se da cuando, por el contrario, esa decisión arbitral hubiera sido emitida dentro del término prevenido al respecto y con adaptación a los puntos establecidos en la correspondiente escritura de compromiso para ser sometidos a arbitraje, cual ha sucedido en el presente caso, desde el momento que las razones en que los expresados

recurrentes apoyan sus pretendidas razones de nulidad, consistentes en falta de pretendido consentimiento de don Rogelio S. M. haber resuelto los árbitros el punto referente a la partición del caudal hereditario de doña Dolores M. R., llevar a cabo partición hereditaria con olvido absoluto de las reglas legales existentes al respecto, implicar donación de la totalidad del patrimonio mobiliario o inmobiliario de don Antonio S. M. sin adaptación a las normas establecidas al respecto y suponer distribución del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, prescindiendo totalmente de las normas legales y estatutarias de disolución y liquidación, aparte de afectar a aspectos que, como el de la pretendida incapacidad de don Rogelio S. M., es expresamente negada en la resolución recurrida, que, por el contrario, establece plena capacidad de aquél para consentir con toda eficacia el otorgamiento de cualesquiera actos jurídicos con el consiguiente aserto de hecho que ha quedado incólume en casación al no haber sido impugnado por los mencionados recurrentes por el único cauce o vía posible que le deparaba el número 7.º del artículo 1.692 de la precitada Ley de Trámite Civil vigente al tiempo de la interposición del recurso, es lo cierto que los relacionados aspectos por los que se insta en el juicio ordinario declarativo de mayor cuantía planteado, afectantes a todos los otorgantes de la escritura de compromiso objeto de controversia, indudablemente guardan directa e íntima conexión con lo encomendado a resolver por los árbitros designados, que se establece en el punto quinto de facultades conferidas a los mismos en la precitada escritura de compromiso, y además son antecedentes precisos para decidir sobre la cesación del estado de comunidad mantenido entre las partes con relación a los diversos negocios y bienes, mediante el mecanismo operativo que los árbitros acuerden, para llegar a la adjudicación a los interesados, previas las oportunas valoraciones de los bienes correspondientes, luego de resolver específicamente problemas planteados con relación a determinados bienes, para lo que asimismo fueron facultados los referidos árbitros en el punto cuatro de ellos, proclamando, en consecuencia, una amplia, ilimitada e incondicionada actuación encomendada con sometimiento al arbitraje cuestionado que no pueden ser negadas, después de la emisión del laudo en equidad, producido, más que a través del módulo impugnativo del recurso de nulidad que autoriza el artículo 30 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, y que al no ser ejercitado confiere firmeza legal al repetido laudo que ahora se pretende impugnar ineficazmente en casación.

La consistencia de lo expuesto en el número anterior y concretamente de las amplias, ilimitadas e incondicionadas facultades conferidas a los árbitros designados para la emisión del arbitraje de equidad de que se viene haciendo mención, llevan o la también desestimación de los motivos segundo, tercero y cuarto, que los recurrentes doña María S. M. y don Francisco L. M. fundamentan respectivamente, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción en vigor al tiempo de la interposición, en pretendida infracción, por inaplicación, de los artículos 1.271, párrafo 2.º; 1.057, párrafo 2.º, y 1.059 del Código Civil, por producirse el laudo en distribución o reparto de un caudal hereditario, con olvido de las reglas legales que regulan la partición, infracción, por inaplicación de los artículos 623, 629, 633 y 634 del Código Civil,

por implicar el laudo la donación de la totalidad del patrimonio de don Antonio S. M., e infracción, por inaplicación, del artículo 32 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de los artículos 228 y siguientes del Código de Comercio y de los artículos 139 y 140 del Reglamento del Registro Mercantil, al suponer el laudo la distribución de la totalidad del patrimonio de una sociedad de responsabilidad limitada prescindiendo totalmente de las normas de disolución y liquidación de la misma, porque si, conforme terminantemente expresa el artículo 29 de la invocada Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, el procedimiento, en caso de equidad, no tendrá que someterse a formas legales, ni que ajustarse a Derecho en cuanto al fondo, tanto quiere decir que los árbitros, en la emisión del laudo, y en lo que afecta a cuestiones referentes a partición del caudal hereditario de doña Dolores M. R. y patrimonio de don Antonio S. M., padres de los que encomendaron el arbitraje, no tenían precisión de acomodarse al rigor de reglas establecidas por la Ley, sino meramente su apreciación en equidad, que precisamente, por su carácter y naturaleza, tiende a eliminar riguroso sometimiento a normas de Derecho; lo que es igualmente de apreciar en lo que se contrae a distribución del capital social de la sociedad de responsabilidad limitada que tenían concertada los mencionados otorgantes de la precitada escritura de compromiso arbitral que dio origen al laudo impugnado; y sin que a ello obste el alcance que ello pueda crear en orden a los legítimos derechos de los posibles acreedores que pudiese tener la referida Sociedad, porque, de una parte, al encomendarse el arbitraje por todos los constituyentes de esa sociedad de responsabilidad limitada con amplitud a todo estado de comunidad entre ellos con relación a los diversos negocios y bienes, mediante el mecanismo operativo que los árbitros acuerden, no cabe duda que se prestaba el acuerdo unánime requerido por el número 5.º del artículo 30 de la Ley de 17 de julio de 1953, regulador de las Sociedades *Anónimas*, para disolver la constituida, que no impide el derecho de los acreedores para que resulte amparado mediante el ejercicio de las correspondientes acciones que estimen asistirles, aparte que ya los propios árbitros han tratado de garantizarlos con creación de un fondo económico compuesto por los saldos acreedores de la expresada entidad «S. M.», S. L., y las rentas que hayan de aportar don Narciso S. M. y don Francisco L. M. en los términos y alcance expresados en el epígrafe a) del apartado 5.º, de la resolución dada por los árbitros en el laudo emitido.

R. de A.

EJECUCION DE SENTENCIA. PRINCIPIO DE LA «PERPETUATIO JURISDICTIONIS» (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Se recurre en casación contra Auto de la Audiencia dictado en trámite de ejecución de sentencia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, por uno de los motivos invocados. Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Dictada sentencia en el procedimiento de mayor cuantía número 13/1977 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hospitalet de Llobregat, el 24 de octubre de 1977, cuyo fallo condenó a la entidad demandada, aquí recurrente, a otorgar escritura pública «de servidumbre de paso sobre el camino existente que atraviesa la finca que la demandada adquirió a don Federico M. P., como predio sirviente, en beneficio de la que ha quedado propiedad del actor, según se desprende de la demanda, condenándole a que deje libre el paso por el camino objeto de servidumbre que va desde el llamado «C» hasta llegar al camino propiedad *pro indiviso* de las partes...» y planteada cuestión por los interesados en la ejecución de dicha sentencia acerca de la concreta anchura del camino que materializa la servidumbre de paso, cuya documentación en escritura pública se ordena por el Juzgador, la decisión de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia de Barcelona que, por auto de 22 de noviembre de 1984 estableció, como anchura de dicho camino, la correspondiente a la que «el mismo tenía en 24 de septiembre de 1977...», esto es en la fecha de la sentencia de primera instancia es impugnada en casación, a través de tres motivos en los que el amparo del número 2 del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acusa de haber incidido la Sala sentenciadora en exceso de poder por haberse extendido a resolver un punto no debatido en el proceso —motivo 1.º—, en forma no decidida en la sentencia —motivo 2.º— y en contradicción con la misma, según reza el 3.º y último de los motivos de impugnación.

Rechazable el primero de los motivos articulados en el recurso una vez patente que la resolución combatida no hizo sino puntualizar el momento al que la del Juzgado de instancia se refirió y por similar razón al segundo de los motivos expuestos en cuyo desarrollo se insiste en que la Audiencia de Barcelona decide en su auto un particular «que no resolvió la sentencia», ha de acogerse el 3.º de ellos que mantiene que el fallo de cuya ejecución se trata «no habla del camino existente en el momento en que se dicta, sino que se refiere al camino interior de la finca descrito en la demanda», tesis razonable que no hace sino acudir al principio *perpetuatio iurisdictionis* establecido en evitación de que el proceso reporte, al dilatarse en el tiempo, un daño para alguna de las partes en litigio que no contemplaron otra situación que la relatada en la demanda, en la cual la parte postula una respuesta a la pretensión en ese instante ejercitada, respuesta que ha de serle ofrecida, positiva o negativamente, por la sentencia cuyo mandato ha de ser, por tanto, en principio, retrotraído al momento de presentar ante el órgano jurisdiccional la solicitud de resolución que, desde entonces, pende.

R. de A.

**EJECUCION DE SENTENCIA: TRAMITACION PERTINENTE. DENE-
GACION DE PRUEBA EN DICHO PROCEDIMIENTO: CARACTER
(SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1985).**

Hechos.—En trámite de ejecución de la sentencia cuyo contenido resulta de los fundamentos de Derecho que a continuación se reproducen, la parte promotora del referido trámite formuló demanda de previo y

especial pronunciamiento, que fue desestimada por el Juzgado y por la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la Sala.—El recurso de casación que se sustancia en estas actuaciones deriva de trámites de ejecución de la Sentencia de 14 de febrero de 1974, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca en juicio de mayor cuantía, en la que se declaró el ejercicio en tiempo y forma de un derecho de opción de compra a favor de la entidad «S. E.», S. A., actual recurrente, sobre un solar, se condenó al demandado, actual recurrido don Antonio R. R., al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de venta, y se desestimó la concesión a favor de la actora de una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento por el demandado según disminución «que acaso se haya producido» en las condiciones de edificabilidad del solar de autos como consecuencia de haberse modificado las Ordenanzas de construcción, con posterioridad a la demanda de conciliación previa al pleito. Esta sentencia se hizo firme al desistir la apelante actora del recurso de apelación, procediéndose seguidamente a instancia del demandado condenado a su ejecución y se acordó para ello, por providencia de 5 de febrero de 1975, el embargo de bienes de aquella entidad por valor de más de 8.000.000 de pesetas. Esta providencia fue recurrida en reposición, revocada a su vez por el Juzgado, y apelado el auto, la Audiencia Territorial estimó el recurso acordando el citado embargo; resolución que fue confirmada ante esta Sala de casación por Sentencia de 1 de octubre de 1976, con apoyo en que el recurrente pretendía en realidad alterar los términos de la ejecutoria, lo que prohibía el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente, por escrito de 10 de diciembre de 1981, la actual recurrente inició proceso incidental de previo y especial pronunciamiento en los trámites de ejecución de sentencia, solicitando se declare que el precio estipulado por la compraventa, respecto de cuya opción a favor de «S. E.», S. A., la sentencia principal la declaró ejercitada en tiempo y forma, «debe ser revisado teniendo en cuenta las condiciones de edificabilidad del solar existentes al producirse el fallo de la citada sentencia, fijándose el nuevo precio en la mencionada sentencia o dejando su fijación para la fase de ejecución de la misma». Esta petición fue desestimada en auto del Juzgado de 4 de marzo de 1982, con base sobre todo en que la cuestión suscitada es ajena al ámbito de la ejecución y persigue la modificación de los términos en que ha de llevarse a efecto la ejecutoria, puesto que las cuestiones que suscita fueron ya propuestas y resueltas desestimándolas en la misma sentencia que trata de ejecutarse.

Lo primero que se observa en el recurso a estudiar y resolver es que acusa un desenfoque general, puesto que, como se ha visto por los antecedentes expuestos, dimana de ejecución de sentencia firme, y, por tanto, debió interponerse apoyado en el artículo 1.687, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no en el artículo 1.692 de la propia Ley, y ello no obstante haber ido precedido de un proceso de incidentes de previo y especial pronunciamiento, indebidamente incrustrado en la fase ejecutoria y sin atenderse al sentido estricto de las normas legales sobre el juicio incidental que hablan de cuestiones que se promuevan «en toda clase de juicios» (art. 741 de la misma Ley Procesal Civil) y de cuestiones

que «deberán tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto de pleito en que se promuevan» (art. 742), circunstancias no concurrentes en la fase ejecutoria del pleito, es decir, cuando ya está resuelto por sentencia firme. De ahí que, conforme al artículo 1.687, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la fase ejecutoria debió discurrir por sus trámites propios y no por los propuestos y seguidos en este caso acerca de si se resolvieron puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado, sin posibilidad de volver a plantear cuestiones discutidas y ya resueltas que exceden de lo que la ley permite.

Aunque lo expuesto sería suficiente para la desestimación del recurso de casación intentado, la conclusión sería la misma si se atiende a la motivación aducida. El primero de los motivos «al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar que ha habido quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y se ha producido indefensión a la parte recurrente», lo que se hace consistir porque en el juicio incidental seguido al llegar el trámite de recibimiento a prueba el Juez denegó lo solicitado por la parte demandante de incidente, a tenor del artículo 752, número 2, de la misma Ley Procesal, que establece que «se recibirá a prueba el incidente cuando habiéndolo pedido una sola parte, el Juez lo estime procedente». Considera vulnerado por ello el artículo 24 de la Constitución vigente, olvidando: a) que dicho precepto constitucional ha de interpretarse en el contexto legal en que se halla y partiendo de que ya esta norma exige que el proceso se siga sin dilaciones indebidas, y que el artículo 9, 1, sujeta a los ciudadanos no sólo a la Constitución, sino también al resto del ordenamiento jurídico; b) la facultad judicial impugnada se utilizó en fase ejecutiva de sentencia firme, es función de la potestad jurisdiccional juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (arts. 117, 3, y 118 de la Constitución); c) por ser lo controvertido cuestión de Derecho se denegó el recibimiento a prueba, con lo cual se utilizó debidamente la facultad que autoriza el Juez el artículo 752, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, similar a la que atribuye el artículo 550 de la misma Ley, máxime cuando había precedido el proceso principal de mayor cuantía, donde con toda la amplitud posible en los juicios declarativos se había propuesto y practicado toda la prueba pedida por los litigantes sobre las cuestiones que planteó después en el incidente la parte demandante; d) el derecho regulado en el artículo 24 de la Constitución se concreta en el trámite de ejecución de sentencia precisamente en que el fallo judicial se cumpla para evitar que la sentencia firme se convierta en mera e ineficaz declaración formal y se evite, en definitiva, la indefensión de quien lo obtuvo a su favor. Por todo ello no es admisible en modo alguno alegar indefensión del recurrente en proceso promovido por el mismo y seguido conforme a las leyes aplicables, debiendo ser desestimado este primer motivo.

R. de A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: ACUERDO DE LAS PARTES PERSONADAS EN EL JUICIO SOBRE LA COMPETENCIA DE UN DETERMINADO JUZGADO (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—El Tribunal Supremo declara la competencia del Juzgado de B., negándosela al de P., en virtud de la doctrina que sigue. Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—Para plantear adecuadamente la presente cuestión de competencia ha de puntualizarse: A) que en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca se dedujo, por «D. R.», S. A., y Comisión liquidadora de «D. R.» demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria instado en el Juzgado número 1 de Barcelona por la Caja «Y.» contra «D. R.», S. A., cuyo juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones se dirige contra la indicada Caja de Ahorros en el concepto de ejecutante, en dicho procedimiento hipotecario, contra Enrique C. C. por haber resultado adjudicatario de la finca urbana a que se hace referencia, contra «A.», S. A., por habérsele cedido el remate de la finca por el indicado adjudicatario, y, finalmente, contra «C. S. P.», Sociedad Anónima, por haber adquirido por segregación y venta una porción de dicha finca, luego de quedar hipotecada; cuya nulidad se afirma de la providencia de 26 de enero de 1984 por cuanto en la misma no se acordó (cual era inexcusable, a juicio de la parte) publicar el anuncio de subasta en el *Boletín de Baleares*, lo que arrastra la nulidad de todas las actuaciones posteriores, debiendo reponerse dicho juicio ejecutivo al estado de trámite inmediatamente anterior a dicha providencia; B) que emplazadas todas las personas contra quienes se proponía la demanda, personal o directamente, «D.», «Caja» y «C.» y mediante edictos, «A.» y C., por resultar desconocidos en el domicilio señalado al efecto, la providencia de 11 de diciembre de 1984 declaró en rebeldía a las partes llamadas por edictos; contestando la demanda las que se habían personado, es a saber, «Caja» y «C.»; que, ante el Juzgado número 1 de Barcelona, que fue el que conoció del procedimiento hipotecario, el demandado Enrique C. C. propuso cuestión de competencia por inhibitoria, fundada en que este últimamente citado procedimiento hipotecario se basó en escritura pública de hipoteca en favor de la Caja acreedora que contiene cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Barcelona, que, efectivamente, conocieron del juicio; y que, por lo tanto, esa competencia se extiende al juicio en que se pretende la nulidad del mismo; D) que el Juzgado número 1 de Barcelona, ante quien había sido promovida la inhibitoria, la admitió a trámite, y, por su auto de 30 de octubre de 1984 acordó requerir de inhibición al de Palma en que pende el juicio, efectuándola así, en forma; E) el Juzgado de Palma, requerido de inhibición, suspendió el procedimiento y acordó oír a las partes comparecidas en el juicio, las cuales, primeramente la Sociedad y Comisión liquidadora actrices y sucesivamente «Caja» y «C.», se manifestaron de acuerdo con la inhibitoria y con la competencia del Juzgado de Barcelona; prescindiéndose de oír al Ministerio Fiscal; F) que el Juzgado de Palma, por

su auto de 28 de febrero de 1985, denegó el requerimiento de inhibición, comunicándose al Juzgado de Barcelona, quien, por su auto de 5 de julio, insistió en la inhibitoria; teniéndose así por trabada la presente cuestión de competencia ante este Tribunal Supremo en el que, habiendo incomparado las partes se ha oído al Ministerio Fiscal, quien en su dictamen propone se declare la competencia del Juzgado contendiente de Barcelona.

El acuerdo de todas las partes personadas en el juicio, sobre la competencia del Juzgado de Barcelona, obligaba al de Palma a inhibirse en favor de aquél, ya que la voluntad de las partes, fuera de lo que disponga la ley para casos especiales, es la que rige la competencia territorial, sea cual fuere el trámite en que se manifestare, por tanto, también cuando se plantea cuestión de competencia por inhibitoria, como transparente la dicción del artículo 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al disponer la audiencia del Ministerio Fiscal y la prosecución del trámite de la contienda únicamente «si éstas (esto es, las partes personadas) no estuviesen de acuerdo con la inhibición».

R. de A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: EL CRITERIO DEL DOMICILIO DE CUALQUIERA DE LOS DEMANDADOS (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Hechos.—El Supremo declara la competencia del Juzgado de A., al amparo de la doctrina que a continuación se reproduce. Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—No consta que haya sumisión de las partes respecto a la competencia judicial territorial en el caso de discordia. Tampoco el lugar determinado del incumplimiento de la obligación. La regla legal en esos supuestos es la de que el Juzgado competente es el del domicilio del demandado (art. 62, 1.º, párrafo 1.º).

Consecuentemente, en esa regla, el párrafo 2.º del mismo artículo y apartado señala que en el caso de ser dos o más los demandados y residir en pueblos diferentes, será Juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, caso y supuesto que es el de la presente cuestión de competencia.

En su vista, y de conformidad con el dictamen fiscal, procede acodar la competencia del Juzgado número 2 de Alicante, por el cual optó el demandante, abstracción hecha, a los efectos de la competencia, del fundamento de la demanda; todo ello en cumplimiento de la autorizado y previsto por los artículos 104, 105, 108 y 109 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. de A.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DILIGENCIA JUDICIAL QUE HUBIESE DE EJECUTARSE FUERA DEL LUGAR DEL JUICIO O POR UN JUEZ O TRIBUNAL DISTINTO DEL QUE LA HUBIERA ORDENADO (art. 285 LEC). **SUBSANACION AL AMPARO DEL ARTICULO 279 DE LA MISMA LEY** (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Resultan de la fundamentación de Derecho que se transcribe en parte a continuación. Ponente: Don José Beltrán de Heredia Castaño.

Doctrina de la Sala—Que el presente recurso por quebrantamiento de forma, interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia de Barcelona (Sala Segunda), de 28 de septiembre de 1983, funda la denuncia, con el único motivo formulado, en el número 1 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento, referente a la «falta de emplazamiento, en primera o segunda instancia, de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio», alegando como infringido el artículo 285 de la propia Ley, a cuyo tenor «cuando una diligencia judicial hubiese de ejecutarse fuera del lugar del juicio o por un Juez o Tribunal distinto del que la hubiera ordenado, éste someterá su cumplimiento al que corresponda, por medio de suplicatorio, exhorto o carta-orden»; poniéndose en relación el alegato, con un juicio ejecutivo en el que el requerimiento de pago, la citación de remate y el embargo, a la entidad demandada y ahora recurrente, fueron practicados por Juzgado distinto de aquel al que correspondía; irregularidad ciertamente existente —como reconoce la misma sentencia recurrida—, no obstante lo cual la entidad ejecutada compareció y se opuso a la ejecución, ejercitando los recursos pertinentes, evidenciando con ello que la citación de remate, equivalente al emplazamiento en el juicio ordinario, se cumplió de modo eficaz, con lo que el defecto inicial quedó automáticamente subsanado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 279, también de la Ley de Enjuiciamiento, en la constante y uniforme interpretación de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, recogida, entre otras muchas, en las Sentencias de 18 de abril de 1885, 10 de octubre de 1887, 17 de noviembre de 1890, 20 de septiembre de 1901, 18 de enero de 1915, 17 de marzo de 1948, 6 de diciembre de 1949 y 21 de febrero de 1950; doctrina que debe ser mantenida y que conduce a la desestimación del motivo formulado, que supone la del recurso en su totalidad, con los preceptivos pronunciamientos del artículo 1.767 de la Ley de Enjuiciamiento, en cuanto a las costas causadas en este trámite y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

INCIDENTE DE AUDIENCIA EN JUSTICIA O AUDIENCIA AL REBELDE: REQUISITOS PARA QUE PROSPERE (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—La parte contra la que se dictó sentencia, hallándose en situación procesal de rebeldía, en juicio declarativo de menor cuantía,

promovió el presente recurso de audiencia en justicia, que desestimó la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Es doctrina reiterada de esta Sala que para que la rebeldía del demandado pueda originar la rescisión de la sentencia firme y un nuevo fallo al amparo del recurso extraordinario establecido en los artículos 773 y siguientes de la Ley Procesal Civil es necesario que, además de los requisitos objetivos genéricos relacionados en dicho precepto y en el 789 y de los específicos que para cada caso concreto consignan los artículos 774 a 777, concorra el subjetivo de no serle imputable la incomparecencia en juicio, toda vez que su finalidad no es otra que la de evitar la condena de quienes se vean en la imposibilidad de defenderse a causa del desconocimiento de la existencia del proceso y en forma alguna la concesión a litigantes contumaces de un privilegio respecto a la impugnabilidad de las resoluciones judiciales (Sentencias de 17 de febrero de 1941, 22 de diciembre de 1962, 6 de marzo de 1965 y 24 de septiembre de 1970), tanto más si se tiene en cuenta el criterio restrictivo con que deben aplicarse las normas rectoras de este recurso dada su naturaleza excepcional (Sentencia de 23 de octubre de 1950); teniendo igualmente declarado esta Sala, en las citadas sentencias, que si bien es cierto que el artículo 777 de la mencionada Ley Procesal, a diferencia de lo que sucede en los artículos 774 y 776, no impone al recurrente en rebeldía la obligación de justificar el obstáculo que le hubiere impedido comparecer en la contienda judicial de que se trata, por estimar suficiente a tal fin la prueba de su alejamiento de los lugares a que se alude durante el período de tiempo requerido al efecto, no menos exacto que la diferenciación de tratamiento jurídico contenida en esos preceptos no responde al propósito legislativo de exonerar a las personas comprendidas en el artículo 777 de la exigencia de que su falta de personación en el pleito sea involuntaria, sino simplemente a la presunción *iuris tantum* de ignorancia de su realidad que la ausencia lleva consigo, de lo que se infiere la posibilidad de que el otro litigante acredite por cualquiera de los medios admitidos en Derecho el conocimiento por parte de su adversario de la iniciación o sustanciación del litigio con la consiguiente ineficacia de la acción impugnativa regulada en el aludido artículo 777.

La sentencia aquí recurrida declara en su segundo considerando que la concurrencia de los requisitos segundo y tercero del artículo 777 —ausencia constante del lugar del juicio desde el emplazamiento por edictos hasta la publicación de la sentencia, y ausencia del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlo— no quedó probada adecuadamente, pues «con relación al número 2.º ninguna prueba se hizo al respecto ...» y en cuanto al número 3.º, la prueba testifical es contradictoria, pues lo que dicen los testigos de una parte lo niegan los de la otra, afirmando, no obstante, una testigo de los recurrentes la presencia de aquellos en el lugar de residencia durante el juicio y con motivo del fallecimiento de la madre de los mismos; y dicha sentencia declara, asimismo, en su tercer considerando que tampoco concurre el requisito subjetivo mencionado (es decir, el desconocimiento

de la existencia del proceso), conclusión que obtiene de la circunstancia de «... que los recurrentes tenían en el pueblo de su residencia y en el propio Ayuntamiento de Cudillero medios a su favor suficientes para tener cabal y cumplido conocimiento de la existencia del litigio, no sólo por la propia familia directa en él residente, sino por la presencia en el mismo de un representante voluntario, por las circunstancias administrativas que rodearon el inicio del pleito —autorización del Gobernador Civil para ejecutar el actor contra los recurrentes la acción reivindicatoria de bienes municipales en nombre y en interés de la Entidad local ante la falta de ejercicio de ésta— y por la presencia, al parecer con cierta frecuencia, de un hermano de los mismos».

Lo consignado en el anterior fundamento lleva aparejada la desestimación de los dos motivos del recurso, del segundo de ellos —de examen preferente por atacar los hechos básicos en que se apoya la sentencia recurrida— amparado en el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, en su anterior redacción, y en el que denuncia el error de Derecho en la apreciación de la prueba por violación del artículo 1.232 del Código Civil sobre la prueba de confesión judicial y del artículo 1.248 del mismo Cuerpo legal en relación con el artículo 659 de la Ley Procesal sobre prueba testifical, pues respecto a la confesión judicial y con independencia de que, como tiene declarado esta Sala con reiteración, la fuerza probatoria de la prestada bajo juramento indecisorio no es superior a la de los restantes medios de prueba, es lo cierto que lo que se afirma en la demanda del juicio de menor cuantía respecto a que los actores vivían en Méjico, la contestación dada por el actor a determinadas posiciones, no acredita que no vinieran a Cudillero o Grado y conocieran la existencia del litigio, o que sin tal desplazamiento no estuvieran enterados de su iniciación y desarrollo, tal como reconoce la resolución impugnada, y por lo que respecta a la prueba testifical es el Tribunal de instancia el que la aprecia según las reglas de la sana crítica y, además, es doctrina constante que contra la apreciación que de la prueba testifical hagan los Tribunales de instancia no se da el recurso de casación, todo ello aparte de que, según se ha dejado precisado, la falta del elemento subjetivo la obtiene el Juzgador como una deducción lógica de los antecedentes de hecho que sienta en su tercer considerando y en este recurso no se ha atacado ni los presupuestos de hecho en los que se asentaba la deducción ni el juicio racional que le ha llevado a la conclusión que establece; y en relación con el primer motivo del recurso, amparado en el ordinal 1.º del mencionado artículo 1.692 y en el que se acusa la violación del artículo 777 del mismo texto legal, su rechazo es consecuencia necesaria de la repulsa del anterior, pues negaba la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos a los que está condicionando el éxito del recurso, su desestimación viene obligada.

R. de A.

JUCIO EJECUTIVO: INCOMPETENCIA TERRITORIAL. RENUNCIA A LA CLAUSULA DE SUMISION EXPRESA POR PARTE DE SU BENEFICIARIO. EL RECURSO A LA JURISDICCION HA DE SER SOSTENIDO POR UN FIN LEGITIMO Y JUSTIFICADO (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—En juicio ejecutivo, los demandados se opusieron a la ejecución articulando en primer lugar la excepción de incompetencia jurisdiccional, conforme a lo autorizado por el artículo 1.464, 11, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su fundamento residía en que la demanda se había presentado ante Juzgado territorialmente incompetente —el de Tarragona, domicilio de los demandados— porque las partes, en la póliza de afianzamiento suscrito se habían sometido expresamente a la jurisdicción de los Juzgados de Barcelona.

Los fallos del Juzgado y de la Audiencia rechazaron la excepción, por los motivos que se exponen en los fundamentos jurídicos de la sentencia del Supremo, que declaró no haber lugar al recurso de casación. Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—Apelada la Sentencia del Juez de Tarragona, que rechazó la excepción por considerar que dichos demandados ejecutados se habían sometido tácitamente a su jurisdicción, al no denunciar la incompetencia en su escrito anunciando la oposición a la demanda ejecutiva del Banco, la Sala de instancia de la Audiencia de Barcelona confirmó el fallo, bien que por distinto fundamento, consistente en afirmar la existencia de una renuncia al pacto de sumisión —que le favorecía— por parte del Banco al presentar la demanda en el lugar del domicilio de los demandados (conforme al artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), los cuales al acogerse ahora a una cláusula realmente impuesta —contrato de adhesión— no tenían, al oponer la excepción, más que un interés dilatorio, ya que, de admitirse, no tendría otra consecuencia que la antieconómica de reproducir otra vez el litigio, por obra de la absolución en la instancia que se produciría.

El recurso de los ejecutados, que se funda en el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley Procesal, reitera su excepción y mantiene la tesis de haberse quebrantado por la Sala de instancia la forma esencial del juicio por infracción del artículo 60 de dicha Ley, relativo a la sumisión expresa o tácita a un Juzgado, extensible al superior jerárquico, y que la Sala de instancia desconoció al rechazar aquélla.

El recurso, que podría encontrar un forzado apoyo en la aplicación estricta de la literalidad del pacto y de la Ley (art. 57 LEC), no debe, sin embargo, prosperar por las siguientes razones: a) la acción procesal, y por lo mismo todo recurso a la jurisdicción, ha de estar sostenido por un fin e interés legítimo y justificado, y en este sentido es reiterada la doctrina de esta Sala que ha negado legitimación procesal para recurrir a la parte que no viene perjudicada ni gravada por la resolución que impugna, y así las Sentencias de 25 de octubre de 1982, 5 de noviembre de 1983, 7 de julio de 1983, 15 de octubre de 1984 y 3 de diciembre de 1985; b) ello concuerda y por eso hay que ratificarla, con la tesis de la sentencia

recurrida cuando afirma que es un interés puramente dilatorio el que mueve a los hoy recurrentes, es decir, no justificado, y eso, habrá que añadir, tanto desde el punto de vista material o personal de la parte como desde el social o interés público, contrario a una repetición inútil de los procesos; c) es correcta la tesis de la Audiencia al calificar de renuncia válida la del Banco al no hacer uso de su «privilegio» constatado en la cláusula de sumisión, y la cita de la jurisprudencia que hace, a lo que es oportuno añadir que dicha renuncia encaja perfectamente en la permisión legal del artículo 6, 2, del Código Civil, no sólo por ser explícita (Sentencia de 23 de enero de 1964), sino por no contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a tercero, aquí los recurrentes, antes bien favoreciéndolos, amén de que, como dijo la Sentencia de 2 de abril de 1949, no resulta con ello desvirtuada la finalidad de la Ley ni infringido ningún precepto prohibitivo; d) y, en fin, y como argumento *ex abundantia* (por tratarse de precepto entonces no en vigor), conviene añadir que, en armonía con la jurisprudencia citada, la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada reitera ésta al decir en su nuevo artículo 1.691 que el recurso de casación podrá entablarse por quienes «puedan resultar perjudicados por la sentencia o resolución recurrida», negándosele, consecuentemente, a quien no se halle en esa situación.

R. de A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA EN JUICIOS VERBALES (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—El Tribunal Supremo resuelve una cuestión de competencia por inhibitoria, suscitada en juicio verbal. Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la Sala.—La presente cuestión de competencia por inhibitoria se suscitó al reclamar al demandado don Fernando N. F., domiciliado en Granada, el importe de un contrato de arrendamiento de obra que al parecer había concertado con la entidad actora «G. F., S. A.,» domiciliada en Madrid, mediante demanda de juicio verbal presentada en el Juzgado de Distrito de Leganés. No consta en los documentos obrantes en autos el lugar del contrato; únicamente, como ya pone de relieve el Fiscal, se aportó con el escrito contestando a la inhibición propuesta una nota de pedido, en cuyo dorso aparece una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados de Leganés.

Si bien tiene declarado con reiteración esta Sala, ya desde antiguo (Sentencias, entre otras, de 8 de marzo y 1 de octubre de 1907, 18 de marzo de 1910 y muchas posteriores), que no son admisibles los documentos y manifestaciones posteriores al requerimiento inhibitorio, esta doctrina no es aplicable en las competencias suscitadas en juicios verbales, en los que pueden presentarse válidamente los documentos después de recibido el oficio inhibitorio (Sentencias, entre otras, de 24 de octubre de 1942, 23 de septiembre de 1944 y 8 de noviembre de 1945). Pero aun con esta precisión acerca de la eficacia de la nota de pedido aportada por el actor

al ser requerido, no es decisoria al respecto la cláusula de sumisión que aquella nota contiene, porque según el artículo 1.º de la Ley de 17 de julio de 1948, sobre competencia de los Juzgados Municipales y Comarcales (actualmente de Distrito), la sumisión, tratándose de acciones personales, como son las derivadas de contrato de obra, sólo puede pactarse a favor del Juez del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes; lo que no se hace en este caso, ya que la sumisión se pacta para el Juzgado que no es el de ninguno de dichos domicilios. Por consiguiente, no siendo así, ha de acudirse a la normativa del artículo 62, regla primera, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al no constar, como ya se dice, el lugar del contrato, ha de seguirse la competencia determinada por el Juzgado del lugar del domicilio del demandado, esto es, el de Granada.

R. de A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA EN JUICIO EJECUTIVO POR LETRA DE CAMBIO: SUMISION AL FUERO DEL LIBRADOR. FALTA DE SUMISION EXPRESA A ESTE FUERO EN UNA DE LAS CUATRO LETRAS QUE SE EJECUTAN (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Se desprenden de la doctrina de la Sala que se transcribe. Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena López.

Doctrina de la Sala.—Que de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal diligenciando el trámite prevenido por el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede decidir la cuestión de competencia planteada en favor del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Jerez de la Frontera, correspondiente al fuero del librador de las letras de cambio en cuestión «P. V.», S. A., porque como ya tiene declarado esta Sala en Sentencia de 5 de diciembre de 1979, cuando se expresa «acepto, pago, fecha, cantidad, vencimiento, domicilio y fuero del librador», en el lugar destinado para el «acepto» de unas cambiales, rige a efectos de competencia el lugar fijado en esa cláusula de sumisión pactada; lo que no viene desvirtuado en su alcance de que tal acepto extendido al fuero del librador sólo figura en tres de las cuatro letras de cambio afectadas por el juicio ejecutivo de que se trata, y no en otra que también le sirven de base, puesto que la normativa reguladora de la acumulación de acciones contenida en el artículo 159, en relación con los 153 a 158 de la misma, indudablemente posibilita el efecto de discusión de las relacionadas cuatro cambiales en un mismo juicio y su resolución en una sola sentencia.

R. de A.

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA: LA FLEXIBILIZACION DEL RIGORISMO DEL RECURSO DE CASACION DESPUES DE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 6 DE AGOSTO DE 1984 (ALCANCE) (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Interesa esta sentencia por su pronunciamiento sobre la cuestión epigrafiada, siendo intrascendentes los demás extremos. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Aunque es cierto que la reforma de la Ley Procesal operada por la Ley de 6 de agosto de 1984 flexibilizó de forma apreciable el rigorismo formal de la normativa anterior, no por ello ha convertido la casación en una tercera instancia en la que este Tribunal pueda libremente examinar y valorar todos los elementos de convicción traídos al proceso, pues sus potestades en esta materia, cuando se invoca el error en la apreciación de la prueba, quedan circunscritas a decidir si efectivamente los documentos en que se apoya tal error, bien porque no exista otra prueba contradictoria, bien porque existiendo carezca de fuerza para desvirtuar su contenido, demuestran la equivocación del Juzgador, lo que equivale a decir que cuando, además de los alegados documentos, existen otros medios probatorios que han concurrido decisivamente a formar la convicción del órgano jurisdiccional respecto a la certeza de determinados hechos transcendentales en la litis, la impugnación de tal valoración probatoria, atendiendo únicamente a los referidos documentos está generalmente condenada al fracaso, pues, dentro de una normal valoración de la prueba, si el Juzgador de instancia, ponderando el conjunto de la practicada —en el presente caso, documental, confesión, pericial y testifical— obtiene conclusiones distintas a las que exteriorizan los documentos, es porque entiende que la fuerza de convicción de aquellos es superior a la de éstos y es sabido, además, que, según constante jurisprudencia, no es lícito en casación, cuando la prueba se ha apreciado en conjunto, como aquí ocurre, separar alguno de sus medios para, con apoyo en ellos, acusar al órgano jurisdiccional de haber incurrido en equivocación, que es la que aquí se pretende por el recurrente aislando los documentos que cita del resto de la prueba practicada; pero es que, a mayor abundamiento, ni siquiera de los repetidos documentos se desprende de forma inequívoca que aludan a los edificios que contempla el hecho tercero de la demanda, únicos a los que debe entenderse referida la declaración de la sentencia recurrida de «no justificada la intervención del señor Pina con carácter exclusivo o como partícipe en otras sociedades o personas distintas».

R. de A.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE ARQUITECTO: CALCULO DE SUS HONORARIOS (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Se trata de una reclamación de cantidad (4.457.643 pesetas) formulada por el arquitecto recurrente a la entidad inmobiliaria recu-

rrida por honorarios profesionales devengados por la confección de un proyecto. Tal encargo se realizó y, por diversas circunstancias que no son del caso, no se hizo efectivo su importe. Por la inmobiliaria se alegó como fundamento de su oposición a la demanda que se le encargó al arquitecto el proyecto para un solo bloque y no para nueve, que es la base del impuesto para el cálculo del profesional. Las obras no se llevaron a efecto. No obstante, al hacerse el encargo al arquitecto, se le abonaron 200.000 pesetas.

La Sentencia del Juez de Primera Instancia estimó totalmente la demanda. La de apelación, que es la que lógicamente se recurre, la admite en parte y concede como honorarios la suma de 1.151.679 pesetas, por entender que dos de las partidas de la minuta no han sido acreditadas, tales la de honorarios por planos de detalles de obra (851.160 pesetas) y los relativos a mejoras del proyecto previo (por 267.802 pesetas). Es preciso hacer constar que el rechazo de estas dos partidas no se impugnan en ninguno de los motivos del recurso. La impugnación se refiere a la reducción de los honorarios derivados del proyecto estricto (3.404.463 pesetas), en cuanto la sentencia recurrida se atiene a otras bases y conceptos, y a otras tarifas, y que son las fijadas por el Real Decreto de 17 de junio de 1977 (posterior a los hechos y a la demanda), con el argumento, además, de que no se podía exigir honorarios por nueve bloques cuando el proyecto se hizo para uno, inaplicando así el Decreto de 1 de diciembre de 1922 y la Orden de 22 de febrero de 1932, sobre tarifas de honorarios de arquitectos.

Es muy importante también dejar dicho que la sentencia recurrida acepta expresamente los cinco primeros «considerandos» o fundamentos de la del Juez, en los que se da por acreditado —y así lo repite la Audiencia— la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios (encargado en 1973), referido a la realización por el arquitecto de un proyecto de *nueve* bloques —«y no de uno, como quiere la demandada»—, con 17 locales comerciales y 343 viviendas, incluida la remodelación de la supermanzana, con un coste presupuestado de al menos 139.463.258 pesetas.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, casando parcialmente la sentencia recurrida y revocando en parte la del Juzgado, con condena a la demandada a satisfacer al arquitecto la suma de 3.338.680 pesetas e intereses legales desde la firmeza de la sentencia.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso acusa la infracción de los artículos 1.261 y 1.258 del Código Civil (validez y eficacia de los contratos) y el Decreto de 1922 antes citado con su Orden complementaria de 1932, y ello sobre la base de los hechos fijados en la propia sentencia (fundamento anterior). El argumento es que si el contrato es válido, si el objeto aparece definido (nueve bloques), si el proyecto se realizó, y, en fin, si en el tiempo del contrato regían las normas sobre tarifas del Decreto de 1922 y Orden de 1932, la consecuencia lógica y normal es la correcta exigencia de la minuta, confeccionada con arreglo a esas tarifas, de obligado cumplimiento, por otra parte, para los arquitectos. El argumento es válido y se convierte en razón decisiva para estimar el motivo, porque no es correcto, de acuerdo con dichas normas y con lo pactado, rebajar o deducir la base computable para la aplicación de la tarifa del

2,25 por 100 respecto del presupuesto de contrata (139.463.258 pesetas), restando, como hace la Sala de instancia, de ese presupuesto los datos relativos al beneficio industrial y a los honorarios facultativos, resta que no autoriza ni el contrato ni el Real Decreto de 1922, que habla (Tarifa I) de que los honorarios se deducirán (es decir: se tendrá en cuenta) del presupuesto de contrata, criterio que ha sido modificado por el Decreto de 1977 (que habla del presupuesto de ejecución material), y que es el que la Sala de instancia aplica indebidamente, como se verá después. Como también vale la argumentación del motivo que pone de manifiesto la contradicción de la sentencia recurrida, la cual, después de afirmar y sentar rotundamente que el encargo y el proyecto se refería a nueve bloques y no a uno, luego aplica la tarifa a uno solo, sin respetar el hecho que declara probado y al que hay que estar, porque el fundamento de dicha sentencia no tiene firme base, según también se verá, al aplicar retroactivamente las nuevas tarifas y conceptos del Decreto de 1977.

El motivo segundo, que alega la infracción del artículo 1.544 del Código Civil y el Real Decreto de 1922 citado, es también estimable, de acuerdo con lo expuesto, en cuanto se debió estar al contrato pactado y su régimen legal, que hablan de la exigencia de un precio cierto en el de arrendamiento de servicios, precio cierto que en el caso quedó suficientemente determinado por los datos antes expuestos y, por ende, exigible.

El motivo tercero denuncia la infracción del artículo 2.º, apartado 3, del Código Civil, así como la disposición transitoria del Real Decreto de 17 de junio de 1977. Esta última norma establece que se respetarán los convenios particulares establecidos, cuyos honorarios hayan sido fijados de acuerdo con las tarifas que el Real Decreto deroga. Es claro, pues, que conforme a esa disposición y a la del Código Civil que prohíbe la eficacia retroactiva de las leyes en general, no procedía aplicar al supuesto del pleito los módulos, bases y tarifas del Decreto de 1977, posterior al contrato y a la confección del proyecto, ni siquiera como criterio orientador, ni tampoco con la apelación de la buena fe, a la equidad o por vía analógica (cuando se argumenta que no se pueden cobrar honorarios por nueve bloques si el proyecto se refiere a uno), ya que la equidad es sólo criterio atemperador de la norma estricta —salvo cuando la ley permita el juicio de equidad—, pero no es extensible a las consecuencias de un contrato válido y eficaz sin resultado exorbitante o contrario a la equivalencia de las prestaciones (que las partes debieron tener en cuenta al admitirse que el proyecto se refería a nueve bloques), ni la referencia por analogía al Decreto de 1977 es correcta porque, conforme al respecto de estos extremos se denuncia en el cuarto y último motivo, no se da en el caso laguna o insuficiencia legal, dada la normal subsunción del mismo en los artículos 1.258, 1.261 y 1.544 del Código Civil y Real Decreto de 1922 con su Orden complementaria de 1932. Procede, por tanto, estimar también estos dos últimos motivos, y casar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto hay que mantener la desestimación que hace de las partidas aludidas en el fundamento segundo, que, como se dijo, son extremos de la sentencia no impugnados. En suma, procederá revocar en parte la Sentencia del Juez de Primera Ins-

tancia, deduciendo de la cantidad en que condena la de esas dos partidas (1.118.963 pesetas), con lo que deberá abonarse al arquitecto la de 3.338.680 pesetas, aceptándose a tal efecto los fundamentos de la Sentencia de dicho Juez de Primera Instancia, excepto, naturalmente, los excluidos por el contenido y razones de esta sentencia en casación, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.715, párrafo primero, y números 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. De acuerdo con este precepto, no se deberán imponer las costas de modo expreso, por no darse los supuestos de temeridad o mala fe procesal, según las reglas generales, en las instancias. Respecto a las del recurso cada parte pagará las suyas.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DEL EMPRESARIO Y DE DOS EMPLEADOS DEL MISMO POR DAÑOS DERIVADOS DE EXPLOSION DE UNA MAQUINA (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Se desprenden del fundamento de Derecho 1 de la sentencia, que a continuación se reproduce al tratar sobre la doctrina de la misma. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Reproducimos los tres primeros fundamentos de Derecho de la sentencia, el primero de los cuales constituye una descripción de los hechos del caso.

Es digna de interés esta resolución, al igual que las antecedentes del Juzgado y de la Audiencia, porque se condena solidariamente a satisfacer la indemnización reclamada tanto al empresario como a los dos trabajadores que habían sido causantes materiales del origen del daño. Naturalmente, los pronunciamientos de las correspondientes sentencias derivaban de la forma en que se había articulado el suplico de la demanda —justamente la propia de las resoluciones—, pero no deja de ser infrecuente esa misma forma de demandar, cuando lo habitual es hacerlo al empresario, en virtud de la responsabilidad directa de éste que consagra la jurisprudencia (Sentencia de 30 de diciembre de 1981 y las que ésta cita, por ejemplo) y que permite demandarle sólo a él. Debe señalarse, sin embargo, que casos de responsabilidad *in solidum* de empleado y empresario fueron los de las Sentencias de 14 de febrero de 1964 y 3 de mayo de 1967, por citar alguna.

Dictada sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona el 25 de febrero de 1983, que, con acogimiento de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Granollers de 21 de abril de 1981, condenó a los demandados don A. y don C. M. A. y don J. G. M., el primero como propietario único de la empresa Industrias «A.» y los otros dos como empleados de la misma, a pagar, solidariamente, al demandante don Casiano L. C. la cantidad de 1.000.000 de pesetas, «con aplicación de lo dispuesto en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuicia-

miento Civil», como indemnización por los daños sufridos por éste con ocasión de que prestando su trabajo en la mercantil citada hizo explosión una máquina a la que indebidamente se había acoplado, por inadvertencia de los citados don C. M. A. y don J. G. M., una botella de oxígeno en lugar de la procedente de nitrógeno, dicha resolución condenatoria es impugnada en casación, articulando, al efecto, cuatro motivos, tres de ellos por error de hecho, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el que abre el recurso, bajo el número 1.º del propio artículo, por supuesta inaplicación en la instancia del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia interpretadora que cita.

El ataque a la situación de hecho sentada en la instancia, que el recurrente lleva a cabo, en los ordinales 2.º, 3.º y 4.º de su recurso al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, ha de ser, dada la naturaleza de los motivos de impugnación e influencia de los mismos sobre el desarrollado en primer lugar, objeto de examen preferente, si bien que con el efecto de rechazar los tres motivos, en consideración a que, en ellos, son traídos como documentos auténticos reveladores de la equivocación del juzgador, unas veces —ordinal 2.º— las declaraciones de los propios condenados emitidas en el proceso penal, incoado a raíz de los hechos determinantes luego de la demanda civil objeto de estas actuaciones, otras —ordinal 3.º— el texto mutilado de un dictamen pericial prestado en las propias diligencias penales y, por último —ordinal 4.º—, los informes de la Comisión Técnica Calificadora y de la Inspección Provincial de Trabajo de Barcelona referidos, aquél a la existencia de medidas de seguridad en la empresa en cuyos locales ocurrieron los hechos e inexistencia de incapacidad del demandante por accidente de trabajo y, este otro informe, al error de la mercantil suministradora del oxígeno en lugar del nitrógeno procedente, circunstancias todas que ni desvanecen la realidad de las lesiones afirmadas por el Tribunal sentenciador, ni se oponen a la negligencia, asimismo declarada, de los empleados de la factoría, no vigilando la utilización de un producto en vez de otro determinante de la explosión causadora del daño, ni siquiera, conforme a notoria doctrina, merecen los documentos que se citan como auténticos, la consideración de tales, dada su naturaleza y la valoración y examen que de los mismos hizo el Juez de instancia, el cual, por otra parte, estableció una conclusión de culpabilidad, por omisión de vigilancia respecto del director y encargado general de la empresa, y por culpa *in eligendo* en cuanto al propietario de la misma, al que aquéllos estaban subordinados, que no aparece contrariada por los tan repetidos documentos.

La claudicación de los motivos en los que el recurrente trata inútilmente de contradecir los hechos sentados en la instancia, es seguida de la del ordinal que denuncia la existencia de infracción de Derecho, argumentando una supuesta inaplicación del artículo 1.902 del Código Civil, que no encuentra ninguna justificación, una vez manifiesto que lo que la sentencia hace es justamente lo contrario, esto es, acoger el mandato de esta norma pretendidamente omitida, en el primer considerando de la sentencia inicial que la de apelación hace suyo y, en su mérito, y en el de las circunstancias de hecho que relata, puntualizar la negligente

actuación de los empleados de la empresa que, faltando a su cometido de supervisar el trabajo, no comprobaron ni vigilaron el acoplamiento de unos aparatos contenedores de productos cuyo contacto determinó la explosión, haciéndose acreedores a la condena que sobre ellos recayó, extendida, solidariamente, al dueño de la factoría del que acreditadamente dependían con arreglo, ahora, a la previsión del párrafo 4.º del artículo 1.903 del propio Código.

R. de A.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE ARQUITECTO, ENTRE ESTE Y LA EXTINGUIDA «OBRA» SINDICAL DEL HOGAR». CARACTER DE ESTE ORGANISMO. JURISDICCION COMPETENTE (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Los reproducimos tal y como se describen en el fundamento de Derecho 1 de la Sentencia del Supremo, que declaró no haber lugar al recurso entablado por el Abogado del Estado en nombre del Instituto Nacional de la Vivienda. Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

La demanda originaria se refiere al incumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre el arquitecto demandante y la «Obra Sindical del Hogar», dependiente de la extinguida Organización Sindical del desaparecido y llamado «Movimiento Nacional», en virtud del cual aquella «Obra» encargó al actor la redacción de un proyecto de edificación y urbanización de 1.230 viviendas y locales comerciales, que se iban a construir en régimen de promoción directa o propia sobre terrenos de la Obra. No discutido el contrato, ni la realización del proyecto por el actor, el litigio versó exclusivamente sobre el *quantum* de los honorarios del arquitecto, que el «Instituto Nacional de la Vivienda» (organismo autónomo subrogado legalmente tras la transformación política), pretende reducir y rebajar de la suma pedida (38.599.438 pesetas) a la de 14.625.998 pesetas por aplicación de la tarifa I, grupo 4.º, con los descuentos que al *Estado* otorgaba el Decreto de 7 de junio de 1983. En la reclamación gubernativa, previa a la judicial origen de este recurso, se exigió por el arquitecto la diferencia (pues antes aceptó a cuenta y con esa reserva 14.625.998 pesetas), que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Vivienda, oído el informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. En la contestación de la Abogacía del Estado, en nombre del mismo, a la demanda del arquitecto, no se opuso ni se objetó la naturaleza civil del contrato, ni, por tanto, la competencia jurisdiccional por razón de la materia, tema que sólo se suscitó en la vista de la alzada o recurso interpuesto por el Estado, y que la Sala de instancia, en la sentencia que se recurre, rechazó por extemporáneo y nuevo, condenando al Estado al pago de la total suma reclamada, dada la claridad meridiana de la cláusula contractual y su explícita referencia a las tarifas oficiales del Colegio de Arquitectos (Tarifa I, grupo 5.º), regidas por el Real Decreto de 1 de diciembre de 1922, modificado por el de 7 de junio de 1933.

Doctrina de la Sala.—Los cuatro motivos del recurso, con más o menos variantes o matizaciones, se dirigen, para obtener la nulidad de la sen-

tencia recurrida, a demostrar que ésta ha incidido en exceso en el ejercicio de la jurisdicción, por conocer de un asunto reservado por la Ley a la jurisdicción contencioso-administrativa, violando lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 4.º, reglas 2 y 20, de la Ley de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, modificada por la de 17 de marzo de 1973, y el apartado A) del artículo 3.º de la Ley de la jurisdicción contenciosa, de 27 de diciembre de 1956.

No obstante la alegación extemporánea antes aludida, la sentencia impugnada se planteó el problema de si —como se alegaba por el Estado— los honorarios reclamados, en su cuantía, estaban o no sometidos a las reducciones o descuentos previstos para obras de la Administración central o periférica o de organismos oficiales. Pretensión que resuelve en sentido negativo porque la «Obra Sindical del Hogar», como las demás dependientes del desaparecido Movimiento Nacional, no son (no eran) órganos genéricos de la Administración, no están integrados en ella, ni con ella se confunden (Sentencia de la Sala Primera de 8 de julio de 1960 y Sentencia de la Sala de lo Contencioso de 25 de abril de 1967), y porque, además, según la Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre organismos autónomos, se dejaba fuera de su órbita a los organismos del «Movimiento», así como a la Organización Sindical y entidades que la integraban, que no podían considerarse, por su naturaleza y fines, como entidades estatales nacidas de la descentralización de servicios propios de la Administración pública y, por consiguiente, en definitiva, no acreedora a los descuentos previstos para las obras destinadas a esta Administración.

Es claro que las alegaciones contenidas en los motivos del recurso formalizado por el Estado, a través del Instituto Nacional de la Vivienda —éste hoy sí organismo estatal autónomo— no pueden desvirtuar los correctos razonamientos y la conclusión de la sentencia recurrida, que evidentemente, y no podía hacer otra cosa, razona y decide conforme a la legislación entonces aplicable (1975) y en atención a la naturaleza jurídica y fines del organismo sindical deudor, no beneficiado por los descuentos y privilegios del Estado, aunque hoy dicha «Obra Sindical del Hogar», por disposición legal, haya sido asumida en sus funciones y vicisitudes posteriores por el Instituto Nacional de la Vivienda y como tal subrogado deudor de la prestación pactada en su integridad, pues otra cosa sería atentar al principio de irretroactividad (art. 2, 3, CC), en perjuicio de un derecho adquirido y consolidado, derecho que, como bien dice la sentencia impugnada, ni siquiera le fue negado por el Instituto Nacional de la Vivienda como entidad estatal subrogada, aunque sí con la pretensión indebida del descuento.

Excluida, pues, toda idea de exceso en la jurisdicción, porque el contrato no tenía condición de administrativo, la consecuencia desestimatoria de los motivos conexos es también obligada, y así, respecto del motivo segundo, cumple decir que como el fallo no se funda en la sumisión tácita del Estado a la jurisdicción civil (más bien la apelación al «acto propio» es un *dictum* o argumento circunstancial de la sentencia), no puede afirmarse, ni admitirse, que se haya interpretado erróneamente el artículo 58, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción que sí se hubiera producido de ser ello la razón decisiva del fallo, pues sabido

es que esta clase de competencia por razón de la materia es improrrogable e indisponible para las partes.

Improcedente es, por lo tanto, el motivo 3.º, que alega la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, ya que la naturaleza del contrato no procede sólo de sus palabras, sino de su contenido y fines, y no puede olvidarse a este respecto que el contratante, «Obra Sindical del Hogar», pese a sus fines sociales, carecía de la cualidad de ente estatal o paraestatal integrado, con más o menos autonomía, en la Administración. E igualmente, y en fin, el motivo cuarto, que no hace más que incidir en la tesis del carácter administrativo del contrato, tesis inadecuada, según se ha visto.

R. de A.

LETRA DE CAMBIO: CARACTER DE LOS LLAMADOS GASTOS DE NEGOCIACION DE LA MISMA A LOS EFECTOS DE LOS ARTICULOS 1.168 Y 1.170 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—No precisan ser descritos, pues lo que interesa es la doctrina de la Sala en el punto a que en seguida nos referimos. Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—La segunda motivación, con apoyo procesal en el número 5 del mismo precepto rituario, denuncia la aplicación indebida de los artículos 1.168 y 1.170 del Código Civil, en cuanto según el recurrente de ellos no se deduce «que los gastos ocasionados para hacer efectivo el importe de las cambiales antes de su vencimiento, llamados gastos de negociación, deben de ser sufragados por el librado aceptante, ya que dichos artículos cuando hablan de gastos se están refiriendo a los ocasionados para conseguir el pago una vez vencida e incumplida la obligación». El motivo decae, por cuanto de la propia letra del artículo 1.168 resulta que son gastos extrajudiciales, cuyo abono corre a cargo del deudor, todos cuantos sean necesarios para llevar a buen término el pleno cumplimiento de la prestación debida, entre los cuales se encuentran, tanto los producidos por la puesta en circulación de las letras como por su protesto si el mismo se realizare (Sentencias de 5 de marzo de 1969 y 9 y 30 de abril de 1971).

R. de A.

CARACTER DE LA NUEVA REGULACION DEL RECURSO DE CASACION. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO ES PRECISO TRAER A JUICIO AL MANDATARIO DEL DEMANDANTE (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—No es preciso relatarlos, en razón a la expresividad de la doctrina de la Sala que se reproduce a continuación.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Dictada Sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Palma de Mallorca el 2 de octubre de 1984, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de dicha capital que condenó a la demandada «P.», S. A., a pagar al demandante la cantidad de 6.427.547 pesetas e intereses legales correspondientes, aquella resolución es impugnada en el recurso por la mercantil condenada formulando, al efecto, seis motivos de casación, dos de ellos al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción vigente, por error en la apreciación de la prueba y los cuatro restantes, bajo el número 5.º del mismo artículo de la Ley Procesal Civil, por infracción, respectivamente, de la doctrina relativa al litis consorcio pasivo necesario, e igualmente infracción de los artículos 1.232, 1.214 y 1.156 en relación, éste, con los 1.157, 1.162 y párrafo 2.º del 1.170 del Código Civil todos.

La situación fáctica que sienta la sentencia combatida en punto a la falta de acreditamiento del pago por la recurrente al recurrido de la suma de 24.486.025 pesetas que, aquella entidad, dice haber hecho efectiva, en descargo de la obra ejecutada para ella por el demandante, obra que fue pericialmente estimada en 22.985.494 pesetas, es enfrentada en el recurso pretendiendo el actor el examen, prácticamente, de la totalidad de los documentos aportados al pleito por la propia demandada —73 de los 74 acompañados con la contestación a la demanda—, cita de documentos que además de estar en contradicción con otras pruebas, lo que por sí determina la inviabilidad del motivo, supone utilizar la mayor flexibilidad que el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil representa sobre la legalidad anterior, de manera improcedente, ya que ello implica montar una revisión global e indiscriminada del material probatorio obrante en el pleito con el efecto de privar al juzgador de instancia de funciones que le son propias y de transformar la casación en una tercera instancia, llevándola a una situación que veda su propia naturaleza que, en este particular, salvaguarda el mandato del artículo 1.707 de la misma Ley, mandato este de identificación de documentos demostrativos del concreto error que se dice sufrido en la instancia, que el recurrente pretende haber cumplido so pretexto del penúltimo considerando de la sentencia del Juzgador, en el que también se hace un rechazo paralelamente genérico de «varios documentos», argumento que olvida que, amén de que esta expresión del Juzgador inicial, cuidadosamente entresacada del resto de su razonamiento, no le releva del cumplimiento, en casación, de la citada normativa puntualizadora que este recurso extraordinario demanda, omite que el considerando de primera instancia en que se contiene, no fue aceptado en la apelación que produjo la sentencia impugnada, cuyas bases de hecho, contenidas esencialmente en sus considerandos tercero a sexto, subsisten luego del rechazo, que, por las razones dichas, procede del motivo examinado, ordinal tercero, cuyo destino inviable corre parejo al del otro —ordinal cuarto— en que igualmente es cuestionada la situación de hecho sentada en la instancia, reiterando la pretensión, improsperable, de un nuevo examen del bloque documental aportado por la propia recurrente al

pleito y su prevalencia, en el sentido que conviene a su interés, sobre la estimación que el Juzgador hace de lo confesado por la misma parte en otro juicio cuya acta documentadora fue aportada a este pleito en vía documental y en tal consideración apreciada en la instancia, atribuyéndole un valor y eficacia no desvirtuados después.

En el motivo articulado en primer lugar por la recurrente, se acusa, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción de la doctrina jurisprudencial que cita, con el propósito de contrariar la desestimación de la postulación litisconsorcio pasivo que se hizo en la instancia, invocando a tal fin la jurisprudencia que impone la traída a juicio de todo aquél que por aparecer inseparablemente unido a la relación jurídico-material que se hace valer o por haber sido parte en la misma, pueda resultar afectado por la decisión que recaiga, argumento doctrinal que carece de aplicación al caso presente, con el consiguiente perecimiento del motivo en que se contiene, observando que el tercer supuesto interesado cuya falta en el proceso la demanda denuncia, no aparece en la relación contractual habida entre los litigantes, limitándose a intervenir en las relaciones habidas entre ellos como mandatario del demandante y en nombre del mismo con una actuación que, en el proceso presente, no puede tener otra incidencia, como dice la sentencia impugnada, que la que se pueda producir en el ámbito de la eficacia liberatoria de los pagos que al mismo le hubiesen sido hechos, en su dicha condición de mandatario, por la demanda.

R. de A.

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. PRUEBA DEL PACTO (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Se deducen del fundamento de Derecho de la resolución que se transcribe más abajo. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la Sala.—A igual solución desestimatoria es de llegar con respecto al motivo segundo, formulado como el anterior al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y fundamentado en pretendida infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, reguladores de la prueba de presunciones, puesto que de los hechos alegados como base de tal motivo de que se hubiere apreciado aumento extraordinario de las existencias de metálico en caja de la sociedad «C. H., S. A., sin justificación contable ni empresarial, y que el Director gerente de la misma entidad elaborase mensualmente los informes de Dirección al Consejo, incluyendo en ellos balance de situación y estado mensual de caja, con conocimiento de los arqueos anuales de ella correspondientes a cada ejercicio económico, si bien puede conducir, conforme a las reglas del criterio lógico humano, a la apreciación del conocimiento del débito existente a favor de la referida caja, y, por tanto, de la entidad a que se correspondía, en contra de don Pedro M. O., no llevan necesaria-

mente a la acreditación de que ese débito apreciado hubiese sido satisfecho, y, por el contrario, determinan consecuencia de apreciación contraria, desde el momento que, como ha quedado indicado en el número precedente, en tanto exista constancia en caja de los justificantes y antecedentes del crédito apreciado adecuadamente, ha de entenderse, precisamente conforme a las reglas del criterio lógico y humano a que aluden los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, que se mantiene su pervivencia, en razón, una vez más sea dicho, a que quien paga lo que tiene reconocido deber es normal que no siga manteniendo en poder del acreedor los justificantes de lo que deba y reintegre, aparte que la Sala sentenciadora de instancia no se basa en prueba de presunciones, por lo que mal pueden infringirse, sino en prueba directa revelada de documentos justificantes de un concepto que no se acredita reintegrado al acreedor.

R. de A.

NOVACION EXTINTIVA: EL «ANIMUS NOVANDI». AVAL PRESTADO SOLAMENTE POR EL MARIDO ANTES DE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 13 DE MAYO DE 1981 (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Se deducen de los fundamentos de Derecho de la sentencia que se transcriben.

El Juzgado y la Audiencia habían estimado la demanda formulada por un Banco contra un matrimonio en razón al aval que el marido había prestado a favor de una sociedad de la que era gerente. Se trataba de aval en letra de cambio.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—Al confirmar íntegramente la sentencia recaída en el primer grado de la Sala de instancia tiene por acreditado, y la fijación de hechos no ha sido combatida en el recurso, que entregada en préstamo por el Banco «X.» a la entidad «I. C. T.», S. A., la suma de 1.650.000 pesetas, la prometida devolución del numerario fue documentada mediante una letra de cambio fechada el 24 de diciembre de 1974 y aceptada por el director gerente de la prestataria don Manuel María C. S., quien además la avaló en su propio nombre y como representante de su esposa doña María Estrella F. C.; título valor desatendido a su vencimiento, siguiéndose un juicio ejecutivo sin logro alguno, dada la carencia de bienes realizables en la ejecutada, y como el nombrado recurrente en su calidad expresada entregaña a la entidad bancaria actora dos talones contra la cuenta corriente de la deudora por el citado importe, que no alcanzaron buen fin debido a la falta de fondos, fueron promovidas actuaciones penales por delito de cheque en descubierto, con acusación del Ministerio Fiscal, si bien en definitiva se decretó el sobreseimiento libre por aplicación del Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975, con la reserva consiguiente de las acciones civiles.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.204 del Código Civil, la nova-

ción en sentido propio, con su efecto específico de sustituir la antigua obligación por la nueva, requiere el *animus novandi* en forma de declaración de voluntad encaminada a tal designio, o bien la existencia de incompatibilidad total entre ambas relaciones obligatorias. (Sentencias de 29 de enero de 1982 y 7 de julio de 1982), pero es evidente que mal podrá existir sustitución expresa ni tácita cuando falta tanto la *stipulatio novatoria* como el *aliquid novi* o creación de un nuevo resultado por alteración de los elementos estructurales de la obligación primitiva, como acontece cuando únicamente se han librado cambiales o suscrito otros documentos para el pago de la deuda (Sentencia de 4 de junio 1985), o se han reforzado las garantías en beneficio del acreedor prestamista (Sentencia de 28 de marzo de 1985), por lo mismo que la significación económica de lo convenido con esa concreta finalidad excluye la posible concurrencia de los presupuestos determinantes de aquel sustitutorio; razones que con toda claridad imponen la desestimación del motivo inicial del recurso, que al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal denuncia violación por no aplicación de los artículos 1.203, números 1.º y 2.º, y 1.206 del Código Civil, pues además de que es cometido de la Sala de instancia apreciar la base fáctica de la novación (Sentencias de 16 de febrero de 1983 y 28 de marzo de 1985), rechazada en este caso por el Tribunal *a quo* sin censura por la vía conducente, es manifiesto que la circunstancias de que el recurrente don Manuel María C., en su condición de director gerente de la deudora principal «I.», librase dos talones contra la cuenta corriente de esta entidad para el pago de la deuda —no logrado por carencia de fondos, según se dijo—, no elimina la intervención como avalista de ambos demandados ni tampoco persiguió modificar el vínculo nacido del préstamo a tal entidad, o la función del negocio, sino que, bien al contrario, tales documentos entregados sin cobertura cabalmente iban dirigidos en apariencia al cumplimiento de la prestación a que venía obligada la Sociedad prestataria.

Como recordó la Sala en Sentencia de 14 de mayo de 1984, atribuida por la normativa anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 la administración de la sociedad de gananciales al marido como facultad exclusiva (artículo 1.412), aunque con poder de disposición limitado en las hipótesis del artículo 1.413, a diferencia del sistema vigente basado en el criterio de la administración conjunta y del consentimiento dual, los bienes comunes respondían de las obligaciones contraídas por el varón actuando en servicio del consorcio, siempre que le haya movido al interés de la familia, presunción normal que admite prueba en contrario; y tal resolución, seguida por la de 12 de junio de 1985 y con precedente en las de 11 de abril de 1972 y 6 de octubre de 1980, entendió que el aval prestado por el marido no debe ser conceptualizado de operación a título gratuito cuando busca facilitar el desarrollo de una Sociedad en la que ocupa posición relevante, sin olvidar, de otro lado, que con anterioridad a la Ley de 2 de mayo de 1975 al marido le correspondía representar a la mujer tanto en los actos judiciales como extrajudiciales (art. 60 CC).

Lo expuesto determina la improcedencia del motivo segundo del recurso, que por la misma vía procesal aduce violación de los artículos 63 y 1.413 del Código Civil, en su redacción al tiempo —24 de diciembre de 1974— de creación de la letra y firma del aval, pues sobre que aquel

precepto no excluía entonces la representación de la mujer por su con-
sorte aun sin mediar apoderamiento, es de advertir que según la regu-
lación legal en aquella data, contenida en los artículos 1.412 y 59, el
marido es el administrador de la comunidad de gananciales con facul-
tades para obligar su patrimonio (art. 1.408) mediante actos o negocios
onerosos, por sí y en su nombre, sin necesidad de aparecer como gestor
del conjunto ante terceros, aunque sin perjuicio de los mecanismos
legales de defensa del otro cónyuge (arts. 1.413 del propio Código y 144
de la Ley Hipotecaria) en los supuestos de perjuicio, fraude o contra-
vención de las previsiones de la norma, por estar la gestión referida al
interés de la familia (Sentencia de 19 de febrero de 1982), como se indicó;
y además de que en el caso de litis la mujer no ha impugnado la actuación
marital, la jurisprudencia tiene advertido que es inadecuado partir de
cualquier sospecha de fraude para los derechos de la esposa en la activi-
dad de su cónyuge (Sentencias de 7 de junio de 1972, 28 de febrero de 1975
y 12 de junio de 1985).

R. de A.



2. DERECHO MERCANTIL

Por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS

D) COOPERATIVAS

CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA. PLAZO DE IMPUGNACION DE SUS ACUERDOS (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1985).

La convocatoria de la asamblea por quienes no son socios de la cooperativa, sino simples cooperadores, es nula, según la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 y su Reglamento de 16 de noviembre de 1978. Los acuerdos adoptados son nulos de pleno derecho por cuanto fueron acordados por personas que no reunían la cualidad de socios.

Es doctrina reiterada de esta Sala que el plazo de caducidad de cuarenta días que establecen los artículos 27 de la Ley de Cooperativas y 54 de su Reglamento se refiere únicamente a la impugnación de los acuerdos que lesionen los intereses de la cooperativa, pero no a la impugnación de acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos, que, por ser nulos de pleno derecho, pueden ser objeto de impugnación en cualquier momento y hasta tanto prescriba la acción.

CAUSAS DE EXPULSION DE UN SOCIO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1985).

En las causas primera y segunda de las que señala el artículo 8 de los Estatutos de la cooperativa como determinantes de la expulsión del socio se comprende, entre otras, «cuando el socio desarrolle una actuación perjudicial para la cooperativa» o «con su comportamiento haga imposible su convivencia con los demás cooperativistas», no puede menos de llegarse a la conclusión, de una parte, que la imputación formulada, en público y alta voz, a un miembro de la Junta rectora, de la comisión de un hecho constitutivo de delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, significa el desarrollo de una actividad perjudicial para la cooperativa en cuanto menoscaba el crédito entre los socios y frente a terceros de uno de los componentes de su órgano de gobierno, y, de otra, que tal comportamiento hace imposible su convivencia con los demás cooperativistas que avalan la gestión del administrador a quien ha sido formulado el reproche, sin que pueda entenderse que las causas primera y segunda del artículo 8 de los Estatutos de la cooperativa aplicadas por su Junta rectora al efecto de la expulsión del socio no comprendan de manera clara hechos como el aquí enjuiciado, dado que, además, el artículo 11, 3, a), de la Ley General de Cooperativas, si bien permite que los Estatutos establezcan los tipos de faltas, contiene el mandato imperativo de que entre las faltas graves se incluirán, *en todo caso*, las actividades del socio que sean de tal naturaleza que puedan perjudicar los intereses mate-

riales o el prestigio social de la cooperativa, enunciando a título de ejemplo las que signifiquen «manifiesta desconsideración a los rectores y representantes de la entidad».

«QUORUM» DE ASISTENCIA Y VOTACION EN CESION O VENTA DE BIENES (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1986).

En íntima dependencia con el número 4 del artículo 24 de la Ley («Las normas reglamentarias fijarán las condiciones mínimas sobre *quorum* de asistencia y de adopción de los acuerdos sociales, atendiendo a la naturaleza de los asuntos a tratar y a que la asamblea se celebre en primera o segunda convocatoria»), el número 3 del artículo 52 del Reglamento de Cooperativas previene que para acordar la cesión o venta de todos o algunos de los bienes o derechos de las cooperativas «se requerirá el acuerdo favorable de dos tercios de los votos, presentes o representados, que no podrá suponer un *quorum* inferior a la mitad más uno del total de miembros que integran la cooperativa»; precepto cuya interpretación correcta no es la de que se exija una mayoría en que concurra la doble condición de constituir la de dos tercios de los asistentes y además no ser inferior a la mitad más uno del censo de cooperativistas, sino en el de que el *quorum* de constitución habrá de ser la mitad más uno de los cooperativistas, y, cubierto ese *quorum* de constitución, han de alcanzarse los acuerdos por la mayoría de dos tercios de votos, presentes o representados.

III. TITULOS VALORES

A) LETRA DE CAMBIO

ACCION CAMBIARIA, ACCION EJECUTIVA, ACCION CAUSAL Y ACCION DECLARATIVA (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1984).

Según reiteradas declaraciones de esta Sala (entre las últimas, Sentencias de 9 de febrero y 4 de julio de 1981, 12 de julio y 30 de noviembre de 1983 y 17 de octubre de 1984, y las muchas más que en ellas se citan), ha quedado despejada la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa, quedando en claro que existen acciones de naturaleza estrictamente cambiaria y para ser hechas valer fuera del juicio ejecutivo, nacidas de la letra misma y desligadas de las relaciones extracambiarias; siendo requisitos de la acción cambiaria declarativa cuyo objeto es el pago o reembolso del capital de una letra de cambio, según la doctrina legal acabada de citar y la científica más autorizada, primero, que tenga como base una letra de cambio que para serlo habrá de reunir cuantos requisitos formales exige el artículo 444 del Código de Comercio para que nazca el documento a la vida del Derecho; segundo, que se esté ante alguno de los supuestos que facultan al legítimo portador de la letra para exigir su pago, entre los

cuales figura señaladamente el contemplado en el artículo 516 del Código de Comercio, o defecto de pago de una letra de cambio presentada y protestada en tiempo y forma, caso en el cual tiene derecho a exigir, entre otros del librador, el reembolso de la misma con los gastos de protesto; y tercero, que no hayan sobrevenido la caducidad o decadencia o prescripción de la acción.

(V. seguidamente la Sentencia de 1 de julio de 1985.)

ACCION CAMBIARIA Y ACCION EJECUTIVA (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1985).

La jurisprudencia de esta Sala ha despejado la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa, quedando en claro que existen acciones de naturaleza estrictamente cambiaria y para ser hechas valer fuera del juicio ejecutivo, nacidas de la letra misma y desligadas de las relaciones extracambiarias, siendo requisitos de la acción cambiaria declarativa cuyo objeto es el pago o reembolso del capital de una letra de cambio, según la doctrina de las Sentencias de 17 de octubre y 27 de diciembre de 1984, las muchas más que allí se citan, y la doctrina científica más autorizada, primero que tenga como base una letra de cambio que, para serlo, habrá de reunir cuantos requisitos formales exige el artículo 444 del Código de Comercio para que nazca el documento a la vida del Derecho; segundo, que se esté en alguno de los supuestos que facultan al legítimo portador de la letra para exigir su pago, así los contemplados por el artículo 516 del Código de Comercio, y tercero que no hayan sobrevenido la caducidad o decadencia o prescripción de la acción.

(V. anteriormente la Sentencia de 27 de diciembre de 1984.)

POSICION DEL LIBRADOR COMO OBLIGADO CAMBIARIO EN VIA DE REGRESO (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1985).

Como esta Sala tiene dicho, para que el librador de una letra de cambio quede comprometido con el tomador, no es necesario que el importe de la misma sea entregado directamente al primero, de modo que basta cualquier forma de pago hecha por cuenta del librador (Sentencia de 7 de abril de 1933), siendo asimismo reiterada la jurisprudencia que establece, como proclama la Sentencia de 15 de junio de 1962 que la libre intervención del librador, le coloca en la obligación de atender el reembolso que se le exige, ya que de las letras, tanto si responden a un contrato de cambio, como si deben su origen a una operación de crédito, derivan obligaciones, a cuyo cumplimiento puede ser compelido aquél, mediante el ejercicio de las acciones que el artículo 516 del Código de Comercio concede, con independencia de toda otra relación jurídica que

pueda existir entre quienes en la letra intervienen, especificando la de 12 de junio de 1926, que resulta desprovisto de todo fundamento el motivo de casación encaminado a sostener que cuando las cambiales contienen operación de préstamo no constituyen acto mercantil, ni originan, por tanto, la aplicación de los artículos 516 y 517 del Código mercantil, determinantes de la acción de reembolso ejercitada por el prestamista contra el librador, en defecto del librado insolvente. Dice la Sentencia de 5 de abril de 1933 que para que el librador quede comprometido con el tomador, no es necesario que el importe de las letras sea entregado directamente al primero, sino que basta cualquier forma de pago hecha por orden del librador.

LA FALTA DE PROVISION DE FONDOS NO PUEDE ALEGARSE CONTRA EL TENEDOR DE LA LETRA, PERSONA AJENA AL NEGOCIO CAUSAL. TIMBRE INSUFICIENTE (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1986).

Quien ejercita la acción cambiaria es el tomador, persona ajena al negocio causal existente entre librador y aceptante y para quien el título representado por las letras de cambio es un título abstracto, cuyo contenido resulta de las declaraciones que aparecen en las cambiales y que ninguna relación extracambiaria tiene que el aceptante ni se le puede oponer, por lo cual es ajena la cuestión de la provisión de fondos, que es extracambiaria y toda referencia a la causa en virtud de la cual cobraron vida las letras de cambio, puesto que no se trata de un cesionario de la provisión de fondos, sino de un tenedor, con derecho autónomo del que pudieron ostentar los librados contra la aceptante (Sentencias de 18 de abril de 1981 y 1 de julio de 1985).

Cuando las letras de cambio no están timbradas según las exigencias del artículo 47 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre), porque no llevan el timbre correspondiente, que debiera ser el doble del previsto por su valor nominal, por ser su vencimiento superior al de seis meses a contar desde la fecha del libramiento. Este defecto ha originado una doctrina mantenida en diversas Sentencias de este Tribunal, especialmente en la de fecha de 1 de mayo de 1952, que privaba a las letras de cambio defectuosamente timbradas de su eficacia no solamente ejecutiva, sino cambiaria, al quedar reducidas, a efectos de juicio declarativo, a uno de tantos medios probatorios para demostrar el crédito de su tenedor frente a cualquier obligado cambiario, pero *la doctrina más reciente*, mantenida en la Sentencia de esta Sala en 16 de julio de 1984 ha venido a afirmar que la falta de timbre solamente produce el efecto de privar a la letra de su eficacia ejecutiva pero no detenía la acción propiamente cambiaria ejercitada en juicio declarativo por un tenedor que no es el librador, sino el tomador, frente al aceptante, doctrina que se entiende aplicable por las siguientes razones: 1.ª Por su propia base jurisprudencial que puede observarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1927. 2.ª Por los términos del artículo 48 del Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, ya citado, que se refiere sola-

mente a que las letras defectuosamente timbradas carecerán de fuerza ejecutiva, lo que obliga a no ampliar la sanción más allá del juicio ejecutivo, por ser norma restrictiva de derechos que no admite una interpretación extensiva. 3.ª Por la tendencia mayoritaria de los tratadistas en la materia que incluso llevan a admitir el valor de la letra, como título cambiario, aunque no ejecutivo, si la letra se redacta en documento que no obedezca al modelo oficial impreso. 4.ª Porque ni el Código de Comercio en su ya derogado artículo 444, ni la nueva Ley Cambiaria 18/1985, de 16 de julio, en su artículo 1.º exigen, entre los requisitos de la letra, que lleve el timbre correspondiente, por lo cual su exigencia y las consecuencias de su falta no pueden tener otro alcance que el previsto por las normas fiscales. Y 5.ª Porque se quiere dotar a la letra de cambio de un rigor especial en todos aquellos casos en los cuales su tenedor no tenga ninguna participación en el negocio causal, ni obre de mala fe, en perjuicio del obligado al pago, participación o connivencia de la que debe constar prueba suficiente.

EFICACIA DE LA CLAUSULA «SIN GASTOS» EN EL CODIGO DE COMERCIO (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1986).

Si bien la tan frecuente cláusula de «sin gastos» viene siendo empleada con gran generosidad en el ámbito del negocio cambiario, es lo cierto que no aparece recogida en nuestro Código de Comercio, lo que ha producido una nada pacífica situación en el ámbito de la doctrina mercantilista entre quienes se inclinan a admitir su eficacia y aquellos que la niegan. Y aún cuando por haber sido extendidas las cambiales con mucha antelación a la Ley 19/1985, de 16 de julio, no puede la misma aplicarse en este caso, es lo cierto que, cual se apuntaba ya, bien que indirectamente, en la Sentencia de esta Sala de 6 de julio de 1966, con base a una acertada interpretación de los principios que en materia de contratación se contienen en los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil, de aplicación aquí a título de fuente subsidiaria del de Comercio conforme disponen los 2 y 50 del mismo, ni la renuncia que dicha cláusula lleva implícita ataca a la moral o al orden público interno, ni es tampoco contraria a la Ley, en cuanto que por aplicación del artículo 509 del Código de Comercio para que las acciones que competen al portador de la letra contra las personas responsables pueden conservarse y ejercitarse sea necesario el protesto, no puede entenderse en el sentido de que por ello dicha abdicación esté prohibida, entre otras razones, porque el desistimiento del protesto se integra en el ámbito del poder dispositivo del tenedor de la letra que puede, en consecuencia, renunciar a los beneficios que dicha diligencia le otorga.

IV. CONTRATOS MERCANTILES

COMPETENCIA EN LA COMPRAVENTA. LETRA DE CAMBIO COMO «MERA FACILIDAD DE PAGO» (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1985).

Cuando por operaciones comerciales de compraventa, se expiden entre las partes varias letras de cambio para instrumentar el pago, y no se ejercita, por tanto, acción cambiaria, ordinaria ni ejecutiva, en consecuencia la mención del lugar de pago de las letras, en su texto, no determina la competencia territorial, según reiterada jurisprudencia, por ser las letras mera facilidad de pago y no el contrato cambiario el puesto en cuestión.

Es reiterada doctrina de esta Sala que en los casos de compraventa mercantil, si no existiere sumisión, corresponde la competencia al Juzgado del lugar en el que deba cumplirse el contrato... además de que porque allí se expidió la mercancía y porque viajaba «a portes debidos», a riesgo del comprador, de conformidad con el artículo 62, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCIAS. NORMATIVA APLICABLE. RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA POR PERDIDA DE LA MERCANCÍA (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985).

La normativa aplicable está constituida por el Convenio de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera de 19 de mayo de 1956, al que se adhirió España y que entró en vigor el día 13 de mayo de 1974 (BOE de 7 de mayo de 1974), en cuanto su artículo 1.º, con independencia del domicilio y nacionalidad de las partes contratantes somete a su regulación, con las excepciones que establece en su párrafo 4.º, los transportes de mercancías por carretera siempre que concurran los siguientes requisitos: que el contrato sea oneroso, que el transporte se efectúe por automóviles, vehículos articulados, remolques y semirremolques, y finalmente, que los puntos de origen o toma de la mercancía y el lugar de destino estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales, al menos, sea contratante; y, en segundo término, que el artículo 17 del referido Convenio atribuye al transportista la responsabilidad por la pérdida total o parcial de la mercancía entre el momento de la recepción y el de la entrega, a no ser que la pérdida haya sido ocasionada, entre otros supuestos, por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir, es decir, por causa de fuerza mayor, cuya prueba le impone el artículo 18.

LAS IMPOSICIONES DE DINERO A PLAZO FIJO EN ENTIDAD BANCARIA NO SON DEPOSITOS DE VALORES EN GARANTIA DE OPERACIONES A REALIZAR, NI PIGNORACION DE TITULOS VALORES (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985).

Las libretas de imposición a plazo fijo en entidad bancaria no comportan un depósito de valores en garantía de operaciones a realizar ni pignoración de cosa alguna en poder del acreedor, sino que se trata de imposiciones de dinero a plazo fijo, por lo que no puede hablarse de contratos típicos de prenda, ya que los derechos que entrañan no reúnen los requisitos para calificarlos como tal y poder subsumirlos en la específica normativa del Código Civil; por las siguientes razones: A) Ciertamente la modalidad más utilizada de garantía real en las operaciones de apertura de crédito bancario es la prenda de valores o efectos cotizables en Bolsa, y en este sentido si la restringida mención que los artículos 320 y 324 del Código de Comercio hacen de las operaciones con pignoración de «efectos o valores públicos», en la práctica mercantil se extiende a todo tipo de títulos o valores industriales y privados, pero si son susceptibles de cotización bursátil, es claro que de tal característica están desprovistas las libretas que documentan imposiciones a plazo fijo, y aunque tampoco existe prohibición de que los títulos a la orden se den en prenda, será menester que se trate propiamente de títulos valores y que se realice su endoso en garantía. B) El depósito de dinero o imposición a plazo fijo, cuya naturaleza jurídica se cuestiona, pues se le aproximó al mutuo (Sentencia de 13 de diciembre de 1960) y hasta se le calificó de contrato *sui generis*, aunque no es negocio formal suele documentarse utilizando una libreta nominativa con menciones harto expresivas y tiene el significado de un título impropio o «de legitimación», que faculta a su titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero en modo alguno puede ser conceptualizado de título valor, pues a éste conviene la definición descriptiva de documento de un derecho literal destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho a su propietario y que confiere suficiente legitimación al poseedor para recabar el cumplimiento del derecho que incorpora. C) Sólo podrá hablarse de «depósito de valores en garantía de operaciones» en las imposiciones a plazo movilizables mediante las llamadas «certificaciones de depósito», encajables en la categoría de títulos valores endosables conforme a la regulación contenida en las Ordenes de 24 de abril de 1969, 9 de agosto de 1974 y 17 de enero de 1981, ya que vienen sujetos a modelos oficiales en los que, según destaca la doctrina, se «literalizan» los elementos necesarios para el ejercicio y circulación del derecho, facilitando su liquidez, que sólo podrá lograrse con la presentación del documento por su titular o por el último endosatario, formalmente legitimado por la cadena de endosos (número 2.º de la Orden citada de 24 de abril de 1969), bien entendido que a tenor de lo en ésta dispuesto «no será aplicable a los resguardos que se emitieran en representación de depósitos o imposiciones a plazo fijo, constituidos indistintamente por más de una persona o que se hallaren efectos en

garantía de cualquier obligación», como precisa en su párrafo 2.º el número 1.º

JUZGADO COMPETENTE EN COMPRAVENTA CUANDO NO CONSTA SI LA MERCANCIA VIAJO A PORTES DEBIDOS O PAGADOS (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1986).

Ha de aplicarse la doctrina elaborada por esta Sala a tenor de la cual, no existiendo sumisión expresa ni tácita y no constando si la mercancía viajó a «portes debidos» o «pagados», debe entenderse entregada en donde radique el establecimiento mercantil del vendedor, a cuyo Juzgado corresponde, por tanto, la competencia para conocer (Sentencias de 8 de marzo y 5 de diciembre de 1983, 9 de abril de 1984, 3 de noviembre de 1985, entre otras).

V. DERECHO MARITIMO

RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR. PLAZO (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1985).

El artículo 22, párrafo 4.º, de la Ley de 22 de diciembre de 1949, que incorporó a nuestra legislación el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de reglas en materia de conocimiento de embarque en el transporte internacional de mercancías por mar, aunque hay opiniones que mantienen que tal incorporación tuvo lugar con la publicación del Convenio en 1930 en el *Boletín Oficial del Estado*, artículo que dispone que «en todo caso, el porteador y el buque estarán exentos de toda responsabilidad por pérdidas o daños, a menos que se ejercite una acción dentro del año siguiente a la entrega de las mercancías o a la fecha en que éstas hubieran de ser entregadas». Se discute si el plazo para el ejercicio de la acción lo es de prescripción o de caducidad, lo que es de suma trascendencia en cuanto en el caso de litis y dada la existencia de negociaciones en el período que media entre la descarga de la mercancía y el ejercicio de la acción, el transcurso del plazo estaría interrumpido en la hipótesis de ser de prescripción, interrupción que no es posible en el supuesto de caducidad, en la que el legislador, en atención a razones de interés general, como pueden ser las de poner fin a situaciones de incertidumbre en ciertas situaciones jurídicas, toma sólo en consideración, a efectos extintivos, el dato objetivo de la falta de ejercicio o inactividad del titular del derecho o potestad jurídica, a diferencia de lo que ocurre en la prescripción, en la que, en consideración a intereses que dicho legislador entiende que afectan menos a la comunidad, tiene sólo en cuenta el punto de vista subjetivo de la presunción de abandono; cuestión que debe resolverse en el sentido de ser de caducidad, no ya porque de la literalidad del citado precepto se desprende que a la acción concedida para

reclamar por pérdidas y daños se le concede una duración limitada de forma que la inactividad durante el referido plazo exonera «en todo caso» de responsabilidad al porteador y al buque, sino también porque así lo tiene declarado esta Sala de forma terminante en las recientes Sentencias de 30 de mayo de 1984 y 29 de enero de 1985.

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

A) QUIEBRAS

PREFERENCIA DE UNO SOBRE OTRO DE AMBOS PROCEDIMIENTOS (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1985).

Son evidentes los distintos presupuestos y efectos entre la suspensión de pagos y la quiebra, tipos ambos de los juicios concursales, como diversa es también su finalidad, pues el segundo persigue la ejecución general sobre el patrimonio del deudor, mientras que el primero se encamina a obtener un convenio entre el empresario y sus acreedores, por más que tales diferencias se atenúen en la realidad, según ha hecho notar la doctrina, pues si de un lado para la declaración de quiebra parece suficiente que el comerciante haya cesado de forma general en el pago de sus obligaciones (arts. 875 y 876 del C. de C.), por otro la Ley de 26 de julio de 1922 autoriza que se incluyan en la suspensión de pagos situaciones en las que el pasivo es superior al activo, calificadas por su normativa como de «insolvencia definitiva» (arts. 8, 10, 19, 20 y 21); sin embargo de lo cual, como las consecuencias para el empresario deudor revisten más acusada gravedad en la quiebra no es infrecuente el supuesto de que el sujeto presente solicitud de su declaración en el otro estado para anticiparse a una inmediata petición de quiebra por los acreedores, puesto que la pendencia del expediente de suspensión cierra a éstos la posibilidad de acudir al segundo proceso concursal por imperativo de lo ordenado en el artículo 9, párrafo 3, de dicha Ley, y la trascendencia de los respectivos casos no es parangonable, como dicho queda, pues mientras que el juicio de quiebra entraña la realización patrimonial del empresario, la suspensión de pagos busca concederle posibilidad de un convenio, con espera para el pago de sus deudas e incluso de quita o remisión parcial de los créditos.

Para decidir en el presente recurso la prevalencia entre el juicio de quiebra y el expediente de suspensión de pagos, referentes ambos a la empresa, hay que partir como datos básicos no sometidos a controversia por su misma fehaciencia, que la solicitud de declaración de quiebra a instancia de P. fue admitida a trámite por providencia de 18 de mayo de 1983, apareciendo practicada parcialmente la información testifical con fecha 26, y la segunda petición en el mismo sentido, formulada por S., fue tramitada por proveído de 23 de mayo, que acordó librar los despachos interesados y recibir las declaraciones propuestas, señalando a tal

efecto el día 31, mientras que en lo que no respecta a la suspensión de pagos recayó providencia inicial con fecha 26 de mayo, el mismo día de presentación del escrito (art. 4 de la Ley especial), por consiguiente, ocho y tres días más tarde, respectivamente, de aquéllas peticiones de los nombrados acreedores instando la declaración de quiebra, sin que hubiera recaído auto con este pronunciamiento ni obtenido todos los testimonios de la fase preliminar; sentado lo cual y puesto que «si el desarreglo económico es transitorio, como el mismo sólo se refiere a la imposibilidad de satisfacer las deudas en la fecha de los vencimientos, lo que implica la solvencia, no es causa suficiente para declarar la quiebra y si sólo la suspensión de pagos, la que si bien supone un sobreseimiento provisional en el pago al terminarse por convenio se pone fin al expediente y cesan todas las limitaciones que la apertura del procesamiento impuso al deudor», según señaló la Sentencia de 22 de abril de 1969, las orientaciones jurisprudenciales en el punto concreto suscitado podrían sintetizarse así: Primera) El artículo 871 del Código de Comercio hay que relacionarlo con los artículos 2.º, 4.º y 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que la suspensión goza de prioridad frente a la quiebra, como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras» (Sentencias de 29 de diciembre de 1927 y 3 de julio de 1933). Segunda) La suspensión de pagos merece trato prioritario cuando ha sido solicitada antes de ser practicada «la información testifical imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, esto es, antes de adquirir la petición de quiebra estado legal por aquellas diligencias preliminares a él» (Sentencia de 3 de julio de 1933), preferencia que desaparece si al tiempo de presentarse la solicitud de suspensión de pagos «la quiebra, en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida», es decir, «totalmente cumplida» la información testifical y librados los despachos, que es el supuesto contemplado por la Sentencia de 26 de noviembre de 1976. Tercera) Por lo que la referencia tiene de ilustrativas de interés señalar que el Anteproyecto de Ley Concursal busca el consenso y la gestión controlada como soluciones prioritarias y sólo en último extremo da paso a la liquidación del patrimonio del deudor.

Si, según se indicó, los intereses del deudor y hasta los de los acreedores y sobre todo los de la economía general justifican la preferencia de la suspensión de pagos sobre la quiebra, salvo cuando la fase previa de este juicio de ejecución estuviese ya agotada, no puede ponerse en duda *prima facie* la corrección de los autos de una y otra instancia que mantuvieron dicha tramitación como prioritaria, por lo mismo que dada la intermediación de las fechas de los dos procedimientos ni siquiera había sido recibida en su totalidad la información testifical acordada en el proveído de impulso a la primera petición de quiebra y no había dado comienzo la fase preliminar de la segunda en la fecha de presentación por el empresario de la solicitud de suspensión de pagos, a lo que cabe añadir que el general beneficio que entraña ésta, como animada por la obtención del convenio con permanencia de la empresa, no significa obstáculo alguno para la ulterior prosecución de la quiebra de no obtenerse el acuerdo entre acreedores y el suspenso y en las demás hipótesis legalmente pre-

vistas, esto es, solicitud de unos y otro en tal sentido si la insolvencia ha sido calificada de definitiva y el deudor no afianza la diferencia (artículo 10, párrafo 1.º) y el incumplimiento del convenio por el empresario y consiguiente solicitud por parte de los acreedores para pasar a la ejecución patrimonial (art. 17, *in fine*).

DENEGACION DE DECLARACION DE QUIEBRA VOLUNTARIA, SOLICITADA POR EL PREVISTO IMPAGO DE UNA OBLIGACION (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1986).

No basta el previsto impago de una sola obligación, no exigida aún por el acreedor, sino el sobreseimiento general de las del deudor para la declaración de la quiebra del mismo, al hilo de la reiterada doctrina de este Tribunal (Sentencias de 27 de febrero de 1965, y las en ella citadas, así como las de 22 de abril de 1969, 9 de enero de 1984 y 11 de mayo de 1985), expresiva de que si bien en la declaración de quiebra está presente la insuficiencia patrimonial del comerciante, este estado de incapacidad económica para enfrentar las deudas, ha de venir acusado por aquel sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, sin que sea lícito, a efectos de quiebra, confundir la situación de insolvencia económica, que está en la base de tal declaración con un momentáneo estado deficitario del interesado susceptible de ser solventado a medida que las deudas sean extinguidas.

RAMÓN-GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PRESTAMO HIPOTECARIO.—BONIFICACIONES.—PROCEDE CUANDO EL PRESTAMO LO ES PARA LA CONSTRUCCION DE EDIFICIOS EN POLIGONOS DE NUEVA URBANIZACION (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1985).

Hechos.—En cierta Abogacía del Estado se presenta a liquidación escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, concertado entre determinada inmobiliaria y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, girándose liquidación por el concepto de préstamo, número 12 de la tarifa, al 1,90 por 100.

Interpuesta reclamación es desestimada tanto por el Tribunal Provincial como por el Central.

Contra la resolución del Tribunal Central se interpone recurso ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Madrid, la cual dicta sentencia estimando el recurso, reconociendo, en consecuencia, a la actora la bonificación solicitada al amparo del artículo 66, I, B, d), del Texto Refundido del Impuesto; criterio que, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz Jarabo, mantiene el Tribunal Supremo, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la sentencia apelada anuló las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Provincial y Central, impugnadas en este proceso, así como la liquidación en aquéllas confirmada, girada a la sociedad inmobiliaria, hoy apelada, por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por entender que a la escritura pública sobre constitución de un préstamo con garantía hipotecaria con destino a la construcción de edificios en polígonos de nueva urbanización concertado entre la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y la citada empresa inmobiliaria, le era plenamente aplicable la bonificación fiscal establecida en el artículo 66, I, 8, d), del Texto Refundido del Impuesto mencionado anteriormente, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, ya que tanto por el momento en que se hizo la entrega efectiva del préstamo —casi en su totalidad con anterioridad a la fecha de terminación de las obras—, como atendiendo al acreditado destino del crédito hipotecario —construcción de edificios en polígonos o manzanas de nueva urbanización— se daban en el presente caso los requisitos para la concesión del beneficio fiscal aludido, conclusión que debe ser mantenida en esta apelación, ya que, como se declaró por esta Sala en Sentencia de 9 de mayo de 1984, resolviendo en relación con un supuesto prácticamente igual al presente, en el que también era parte apelada Inmobiliaria Urbis, S. A., el hecho de que una parte del préstamo hipotecario se percibiese con posterioridad a la terminación de la obra, no tiene relevancia a los efectos de la bonificación estudiada, pues es habitual ir haciendo los pagos conforme a certificaciones de partes de obra

emitidos por el arquitecto una vez se van realizando, estando acreditado en el expediente administrativo que el edificio para el que se obtuvo el préstamo hipotecario está situado en polígono de nueva urbanización —Barrio de la Estrella—, según al efecto certifica la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid.

INGRESOS INDEBIDOS.—DEVOLUCION.—NO PROCEDE SI SE EFECTUO EL PAGO DE UNA LIQUIDACION, HABIENDOSE IMPUGNADO ESTA FUERA DEL PLAZO LEGAL PREVISTO PARA ELLO (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Cierta señor, mediante escritura pública otorgada el 1 de abril de 1971, adquiere un solar, indicando que sobre él va a construir viviendas de protección oficial, como efectivamente hizo, obteniendo la pertinente Cédula de Calificación Definitiva el 9 de febrero de 1972.

No consta, en el expediente administrativo ni en el recurso contencioso, requerimiento alguno al adquirente para que aportara el documento notarial y la calificación definitiva de la Abogacía del Estado, la cual giró al expresado señor una liquidación, sin que tampoco haya constancia de que ésta fuera notificada al deudor. Sin que conste la fecha, la liquidación antes mencionada fue objeto de apremio, procediéndose al embargo de los bienes adquiridos, efectuando el deudor el pago de la deuda, sin que conste la fecha en que se hizo éste.

El interesado dirigió escrito a la Delegación de Hacienda de Vizcaya, con fecha 29 de octubre de 1981, solicitando la devolución de lo pagado por entender que se trataba de un pago indebido, solicitud que fue desestimada, por entender la Delegación de Hacienda que se trataba de un error de Derecho, en su caso, no siendo precedente la devolución solicitada.

Por escrito presentado el 29 de diciembre de 1981, el interesado se dirigió al Tribunal Provincial solicitando se procediera a la devolución del importe de la liquidación que indebidamente se practicó —*sic*—, solicitud que fue desestimada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se estimó, ordenándose la devolución de lo indebidamente ingresado.

Contra esta última resolución interpone recurso de apelación la Diputación Foral de Vizcaya, fundamentando su recurso en la extemporaneidad de la impugnación de la liquidación por el actor, ya que según constaba en la certificación que aparecía al folio 84 de los autos, el pago de la liquidación apremiada se realizó el 22 de febrero de 1977, y la impugnación, mediante la solicitud de devolución, tuvo lugar por escrito de 29 de octubre de 1981, habiendo manifestado el deudor que incluso tuvo conocimiento anterior de ella desde el momento en que fueron embargados sus bienes.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, estima el recurso de apelación, en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero. Si bien es cierto que no constan las fechas en las que el señor Larragoiti fue requerido para que aportara a la Abogacía del Estado el documento público de venta y la cédula de calificación definitiva de las viviendas, no es menos cierto que el artículo 65, apartado 28, del Decreto de 6 de abril de 1967, que aprobó el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, expresamente dice que la exención, que se concederá, se reconoce por la simple consignación en el documento de adquisición que su finalidad es la construcción de viviendas de protección oficial, pero esa exención quedará sin efecto, al transcurrir tres años del reconocimiento, sin que se obtenga la calificación provisional; por lo tanto, el adquirente de los terrenos, que no puede alegar ignorancia de las leyes, era quien debió impedir que la exención reconocida quedara sin efecto, presentando la correspondiente cédula de calificación, no habiendo acreditado que cumpliera con esta obligación tributaria, complemento de la manifestación del destino asignado a las fincas adquiridas.

Segundo. Que la certificación que aparece al folio 84 de los autos del recurso contencioso acredita que el pago de la liquidación tuvo lugar el día 22 de febrero de 1977, a partir de cuyo momento el deudor tuvo conocimiento exacto de todas y cada una de las circunstancias de la liquidación, y pudo impugnarla, debiendo de hacerlo si entendía que aquélla no era procedente, por tratarse de un hecho exento, o era contraria al ordenamiento jurídico por otras razones, impugnación que solamente procedería durante los quince días hábiles siguientes a esa notificación, transcurridos los cuales ésta quedó firme y consentida, que es lo que ha ocurrido en el caso debatido, en el que el deudor no impugnó la liquidación alegando la exención reconocida inicialmente, sino que solicitó la devolución de su importe, por entender que se trataba de un pago indebido, pero con fecha 29 de octubre de 1981, es decir, a los cuatro años, ocho meses y siete días de haberse realizado el pago, con lo que, si bien estará dentro del plazo para reclamar el pago de lo indebido, no lo estaba para impugnar una liquidación por cuestiones de Derecho.

Tercero. Que tanto bajo la vigencia del Reglamento de 27 de noviembre de 1959 como después de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de 20 de agosto de 1981 ambos reguladores de las reclamaciones económico-administrativas, las cuestiones que versen sobre aplicación de exenciones tributarias era materia propia de reclamación económico-administrativa [artículos 2, y 42, *d*), de las Reglamentos anteriormente mencionados] y, por tanto, si cuando el año 1977 el deudor pagó la liquidación entendió que no se le aplicaba la exención previamente reconocida y tenía derecho a ella, debió de impugnar la liquidación dentro del plazo de quince días, porque en caso de no hacerlo la liquidación quedaba firme y consentida, el pago extinguía la deuda tributaria, y lo mismo que la Administración hubiera tenido que acudir a los mecanismos jurídicos que la ley impone para revocar o anular una liquidación, el administrado tenía que acudir a esos mismos mecanismos jurídicos para impugnarla, sin que su omisión pueda ser posteriormente subsanada, pretendiendo que se trata de un pago indebido, dentro de cuyo ámbito no pueden comprenderse las cuestiones de Derecho, como son las de la aplicación de exenciones tributarias.

OBRA NUEVA.—LA CONSTRUCCION HECHA SOBRE UN SOLAR POR LOS COPROPIETARIOS, PARA VIVIENDAS PROPIAS, NO SE PUEDE CALIFICAR COMO ACTIVIDAD EMPRESARIAL, NI, POR LO TANTO, PUEDE SUJETARSE AL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y SI SOLO A LDE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1985).

Hechos.—Cierta señor, dueño de un solar, transmite el 54,130 por 100 del mismo a cinco personas, las cuales, junto con el transmitente, proceden en la misma escritura a declarar la obra nueva construida sobre el mismo, constituyendo el edificio en régimen de propiedad horizontal, lo dividen, haciéndose las pertinentes adjudicaciones; siendo adjudicado al transmitente del solar ciertos elementos del edificio.

Girada, entre otras, liquidación por el concepto de transmisiones patrimoniales, operaciones societarias, al entenderse por la oficina liquidadora que la actividad de construir el edificio por los adquirentes del solar transmitido, en parte era una actividad empresarial comprendida en el artículo 22, 3, del Texto Refundido del Impuesto de 30 de diciembre de 1980, se interpone recurso, que el Tribunal Económico-Administrativo Provincial desestima.

Interpuesto el contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Albacete se estima por entenderse que no existe actividad empresarial ni, por tanto, el acto estaba sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, sino al de Actos Jurídicos Documentados en cuanto a la actividad de construcción del edificio, criterio que mantiene el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, en base a la siguiente:

Doctrina.—Se está discutiendo a lo largo de este proceso si la actividad desarrollada por los constructores, es una «actividad empresarial», que es el hecho acotado, para convertirlo en hecho imponible, por el artículo 22, 3, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de 1980; pues bien, hay que tener en cuenta que la liquidación fue girada exclusivamente a cargo de un solo señor y, sin embargo, según la escritura presentada a liquidación, este señor contrató con otros cinco señores la ejecución de éstos para aquél, de la totalidad de la obra del edificio aportado, suministrando dichos señores la totalidad de los materiales de construcción necesarios, a cambio de lo cual previamente había cedido el citado señor la participación del 45,370 por 100 del solar de su propiedad.

El concepto indeterminado de «actividad empresarial» utilizado por el artículo 22, 3, del Texto Refundido del Impuesto no permite considerar incluido dentro de él a quien no realiza una actividad con habitualidad, no bastando, por otra parte, la mera realización de un acto singular para gravarla por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, sino que es preciso acreditar que los constructores cuentan con una organización y un capital, que, junto con su esfuerzo, se encaminan habitualmente a obtener un resultado; en el presente caso, el señor Mínguez, en primer lugar, nada ha construido, ni para sí ni para otros, y en segundo lugar,

es médico muy conocido en la ciudad de Murcia; junto a ello, hay que tener también presente que dos de los cinco adquirentes del solar del señor Mínguez y constructores del edificio son también médicos, y un tercero, arquitecto, y su esposa, arquitecto también, redactora del proyecto del edificio construido. No puede hablarse, por lo tanto, de un todo complejo y unitario diferenciado de los elementos que singularmente lo integran, como dice la Sentencia de 25 de diciembre de 1965, ni de algo distinto de sus elementos integrantes —Sentencia de 4 de diciembre de 1983—, ni siquiera de la existencia de una organización, elemento esencial de la empresa, según la Sentencia de 13 de enero de 1954, y, por lo tanto, no existiendo «una empresa» no puede hablarse de actividad empresarial, ya que ésta solamente la desarrollan las empresas.

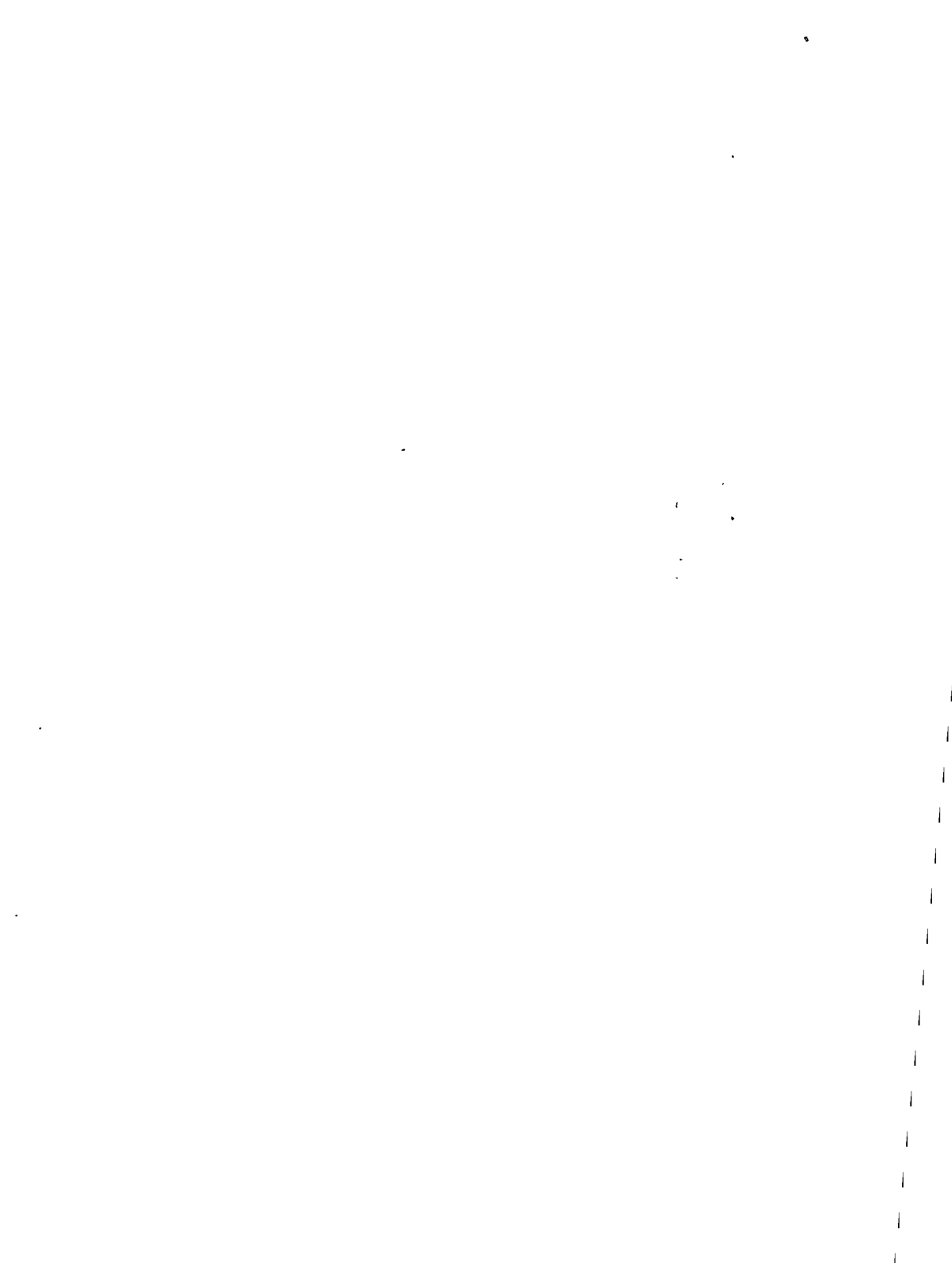
Cuando para gravar una conducta se tiene en cuenta una actividad, no puede acudir a las presunciones (salvo que la ley establezca una presunción, que no es el caso presente), y por ello no puede extenderse la pretendida «actividad empresarial» a la posible y futura venta de los apartamentos, locales y viviendas adjudicados, ya que entonces se estaría gravando no un hecho ocurrido, sino un hecho futuro, no producido y que no se sabe si se va a producir, y, por lo tanto, estaríamos ante una liquidación sin hecho imponible, y con la consecuencia de que, en caso de no producirse esas supuestas ventas, el deudor que hubiera pagado la deuda tributaria tendría derecho a la devolución de lo pagado, pero sin saber durante cuanto tiempo tendría que conservar los bienes en su patrimonio para que no se entendiera incluida dentro de la «actividad empresarial» supuesta.

Por todo lo expuesto el fallo desestima el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Administración.

CARLOS MARÍA ALBORNOZ



INFORMACION BIBLIOGRAFICA



PÉREZ ALVAREZ, M.-A.: *Solidaridad en la fianza*.—Tesis Doctoral dirigida y prologada por el Profesor Sancho Rebullida. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1985. Un tomo de 313 páginas.

La doctrina suele decir que la fianza es un contrato unilateral, ya que sólo genera obligaciones para el fiador, aunque a veces admite la bilateralidad si se pacta alguna retribución a cargo del deudor. Pero la verdad es que mejor podríamos calificar la fianza de «trilateral» en cuanto que, habiendo un verdadero triángulo de personajes, surgen vínculos en tres direcciones, ya que hay relaciones básicas entre acreedor y deudor, después otras entre acreedor y fiador y entre éste y el deudor; añadamos las cuestiones entre cofiadores, si los hay, y compliquémoslo más con la posible solidaridad entre algunos o todos los personajes anteriores. Entonces nos habremos encontrado con una intrincadísima figura multilateral.

Este es el tema que se afronta en el libro, una Tesis Doctoral que nos sorprende con un estudio profundo y exhaustivo de un aspecto parcial de este entramado, que es la solidaridad en la fianza.

Tal como nos dice el Profesor SANCHE REBULLIDA en el prólogo, en el tráfico jurídico actual apenas hay empresa capaz de operar sin ayuda de créditos; los bancos y cajas de ahorros raramente prestan sin garantías solventes y por ello no admiten fianzas personales en las que no se pacte expresamente la solidaridad, con renuncia a los característicos beneficios de excusión y división; con ello quedan en entredicho los caracteres de accesoriedad y subsidiariedad de la fianza, tan tradicionalmente admitidos en la doctrina como ahora apartados por una práctica inmisericorde y materialista. Y este es el tema de la Tesis Doctoral que vamos a ver.

Quien haya redactado una Tesis, sabe por propia experiencia que antes de comenzarse se traza un croquis inicial, que es retocado y mejorado por el catedrático que la va a dirigir. Después, según se avanza y profundiza en el tema, van surgiendo nuevos horizontes y hasta sorpresas, que imponen rectificaciones al planteamiento inicial; precisamente en esto radica la esencia de una buena Tesis, en ir descubriendo aspectos y facetas hasta entonces inéditos o no contemplados, para llegar de este modo a un resultado final que no se suele parecer mucho a lo que se había pensado al principio.

Aquí el planteamiento inicial contempló la fianza solidaria en dos sentidos: en el del fiador que se obliga con el deudor frente al acreedor sin beneficio de excusión y en el de pluralidad de fiadores que responden ante el acreedor sin beneficio de división, mas la combinación resultante de sumar las dos anteriores. Por ello, para evitar equívocos, se cambió hasta el título de la Tesis, que queda referido a la solidaridad en la fianza.

Se gira en torno a la cuestión de que la remisión del párrafo 2.º del artículo 1.822 del Código Civil, diciendo que se observarán las normas de la solidaridad, supone una complejidad y dificultad insospechadas.

El Profesor SANCHE REBULLIDA hace un apasionado elogio de la obra realizada por el doctorando, diciendo que se ha detenido en cada cuestión, dificultad o problema hasta su esclarecimiento y satisfactoria solución, agotando la búsqueda y estudio de fuentes doctrinales y analizando numerosas resoluciones judiciales. Después de haber leído atentamente el libro, nos parecen justísimos los elogios, pues realmente esta Tesis es un trabajo elaborado y profundo y nos ha llenado del todo.

Entrando en la síntesis del libro, seguiremos el orden de sus tres capítulos, el primero dedicado al Derecho histórico, el segundo al Derecho vigente sobre fianza y solidaridad y el tercero, que es el más extenso, donde se estudia con total profundidad el régimen jurídico de la confianza solidaria en concreto.

Capítulo I. Fianza y solidaridad en el Derecho histórico español.—En el Fuero Real se disponía que el acreedor podía reclamar lo debido a todos los fiadores o cualquiera de ellos, en el supuesto de pluralidad de garantes.

En las Partidas se prevé un régimen jurídico distinto al imponer al acreedor como regla general la demanda al deudor. En el supuesto de concurrir varios fiadores, sólo se le puede pedir a cada uno de ellos «quanto le cupiere de su parte», aunque estaban obligados a prorratar la parte no satisfecha por algún fiador insolvente.

A continuación expone la evolución posterior en las Ordenanzas Reales de Castilla, Nueva y Novísima Recopilación, y a lo largo del siglo XIX, donde se recogen las ideas de que en caso de pluralidad de deudores se puede reclamar de cualquiera el total adeudado y que el deudor y fiador pueden obligarse solidariamente entre sí, con un repaso a los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales.

Capítulo II. Fianza y solidaridad: Ordenación general en el Derecho español vigente.—Para mejor comprender las posibles implicaciones que se producen por la mezcla de la fianza y la solidaridad, el autor estudia primero separadamente ambas figuras.

En cuanto a la solidaridad, como concurrencia de sujetos obligados, estudia los posibles supuestos que pueden distinguirse doctrinalmente y las normas que al efecto contiene el Código Civil, en un amplio abanico donde se ahonda en casos y consecuencias.

Tras una delimitación conceptual de la fianza y su estructura genérica, desde los aspectos legal, doctrinal y jurisprudencial, el autor enlaza las figuras de la fianza y la solidaridad, arrancando desde el básico párrafo 2.º del artículo 1.822 del Código Civil, según el cual parece que la disciplina que regula la solidaridad de deudores habrá de aplicarse a los supuestos en que se pacte la responsabilidad solidaria entre fiador y deudor.

A este respecto, el autor reseña que, salvo algunas excepciones, la doctrina española no ha hecho un estudio jurídico profundo de la fianza solidaria, limitándose a señalar sus caracteres y régimen jurídico aplicable. En cuanto a la jurisprudencia, dice que el Tribunal Supremo no ha asumido la dicción del párrafo 2.º del artículo 1.822, ni, por tanto, ha hecho de la fianza solidaria una institución identificable con las obliga-

ciones solidarias de los artículos 1.137 a 1.148 del Código, a efectos del régimen jurídico aplicable.

El autor entiende que no ofrece duda que el fiador que asume solidariamente la obligación de garantía lo hace ante todo como tal fiador. En cuanto obligado, dice, su *condición* es la de garante y por ello no deben excluirse las normas típicas de la fianza; pero también es cierto que lo hace de *modo* solidario y por ello no podrán aplicarse aquellas normas de la fianza que resulten incompatibles con esta solidaridad. Así pues, la identificación que parece desprenderse del sentido literal del artículo 1.822, 2.º, no resulta del todo aceptable de acuerdo con lo dicho.

En cuanto a la confianza solidaria, el autor estudia los criterios legales, de la doctrina y la jurisprudencia, para llegar a la conclusión de que a estos supuestos le son igualmente aplicables las mismas reglas de la fianza, con estas particularidades: 1.º Que también deben referirse a la confianza solidaria los artículos 1.137 y 1.144 del Código Civil. 2.º Que han de excluirse los preceptos incompatibles con la asunción solidaria de la confianza, tales como los beneficios de orden y división. 3.º Que los preceptos sobre la solidaridad deben adaptarse al fenómeno de la pluralidad subjetiva que supone la confianza. Y 4.º Que es aplicable por analogía lo dispuesto por el Código Civil para la solidaridad de deudores.

Capítulo III. Régimen jurídico de la confianza solidaria.—Se centra la cuestión en el supuesto de conmixción entre fianza y solidaridad más frecuente en la práctica jurídica y que suscita mayores problemas, o sea, la confianza solidaria constituida para garantizar una deuda asumida por varios deudores también de modo solidario. Aquí la solidaridad afecta tanto a la obligación de garantía con la principal (que excluye el beneficio de orden), como a los cofiadores entre sí (que excluye el de división).

A continuación expone a fondo los requisitos y efectos que, según la normativa vigente, se precisan y dan en estos supuestos, con detallado examen de los problemas, cuestiones y subcuestiones que se suscitan. Para ello sigue la pauta de analizar los artículos de la solidaridad de deudores que son aplicables en el ámbito de la fianza solidaria.

El artículo 1.140 admite la existencia de solidaridad entre los cofiadores aun cuando no fueren comunes a todos ellos los elementos accidentales de la obligación de garantía. Este precepto motiva la consideración de los problemas relativos a la constitución de la confianza solidaria, que el autor aborda y resuelve.

El artículo 1.143 y sus concomitantes, 1.145, 1.146 y 1.147, permiten determinar la transcendencia que reviste para los cofiadores solidarios los actos extintivos cuando conciernen a uno de los garantes. Con esta base, el autor trata varios problemas, como la extinción de la confianza solidaria, la transcendencia que en ella tiene la modificación de la obligación y, por último, los efectos que pueden producirse en la cofianza por la transmisión del crédito.

El artículo 1.144 preceptúa el modo en que el acreedor puede hacer valer su derecho de crédito frente a los obligados solidarios; pero en este punto deben tenerse en cuenta tanto lo ordenado en los artículos 1.829 y 1.843, que pueden jugar con preferencia, como el propio artículo 1.140, que tiene en su aplicación aquí diversas particularidades que en el libro se explican ampliamente.

El artículo 1.148 señala, por analogía, las excepciones derivadas de circunstancias relativas a la obligación accesoria o a un fiador, que pueden ser opuestas por los cofiadores solidarios y en qué medida. Aquí se estudian tanto las excepciones dichas, como las derivadas de circunstancias concernientes a la obligación principal o a un deudor, que trascienden a los cofiadores solidarios en orden a su oponibilidad.

Y del artículo 1.844 se deriva el tratamiento de la cuestión de las consecuencias del pago hecho por uno de los garantes, tema que el autor también estudia, así como los derechos del fiador frente a los deudores y los que ostente el garante que ha hecho el pago frente a los demás cofiadores.

* * *

Hemos hecho una rabiosa síntesis de este completísimo libro, extenso y muy intenso, escrito en un lenguaje claro y estricto, sin desperdiciar palabras y en términos tan justos que parecen responder a un cronometrado ejercicio de oposiciones. El sobresaliente *cum laude* está más que justificado y nos alegra que el doctorando alcanzase tal calificación antes de que llegase la tacaña poda del «apto» establecida por la normativa vigente, que parece denotar extraños celos respecto a los que sobresalen.

Por eso termino haciendo propias las palabras del prólogo, donde se resalta el gran mérito de la obra, que ha superado limpiamente el nivel adecuado al haber aplicado el autor la más rigurosa metodología para el tratamiento del tema: estudiar la fianza, la solidaridad y las vicisitudes modificativas y extintivas de la relación obligatoria. Así ha ido desentrañando con meticulosidad, paciencia e ingenio, los problemas del vínculo cuando éste es solidario y se asume en un complejo de estructura fideiusoria.

Enhorabuena al autor, al que no conozco; ni siquiera sé si leerá estas líneas. Pero es de justicia y por eso digo que su libro me ha gustado muchísimo y recomiendo su atenta lectura a los profesionales.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SABATER BAYLE, I.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*. Tesis Doctoral dirigida por el Profesor Sancho Rebullida. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1986. Un tomo de 355 páginas.

Que una peseta de hoy no equivale a una peseta del año pasado y mucho menos a lo que valía esa moneda hace diez o veinte años atrás, es una cosa que todos sabemos. Perdonen la batallita y no me consideren un viejales del todo, si les cuento que cuando yo iba a estudiar al «viejo Caserón de San Bernardo» costaba diez céntimos ir en «metro» desde la Puerta del Sol y ahora cuesta cincuenta pesetas... en el momento de escribir esto, pues seguramente habrá subido ya para cuando se publique. O sea que la inflación adelanta que es una «barbaridad», como las ciencias en la zarzuela célebre; en todo caso, bastante más de lo deseable.

Por eso, es lógico que las entidades o profesionales que se dedican

al crédito, para ganar y no perder, midan por anticipado y cuidando las diferencias entre el momento de prestar y el de cobrar.

Lo que ocurre es que han apurado tanto en los cálculos, han montado tal sistema de cláusulas de estabilización, revisando a la vez los intereses que, en muchos casos, se han «pasao», como diría un castizo, hasta límites que vienen a rozar la denostada usura de tiempos pretéritos, la cual parece estar dispuesta a resucitar.

Y ese es el problema que se aborda en esta Tesis Doctoral, dirigida por el Profesor SANCIO REBULLIDA, en la que se nota, junto a la calidad del magisterio, la indudable altura y afán laborioso de su autora, a la que de entrada hay que felicitar.

En este caso, la Doctora SABATER hace un amplio estudio de los diversos aspectos en que la inflación puede influir en las transformaciones que se han introducido en la clásica concepción del mutuo hasta hacer este contrato casi irreconocible. Porque la combinación de intereses y cláusula de estabilización supone una alteración fundamental que plantea incluso el problema de su licitud. Tal como dice la autora, si sólo se juzga aisladamente el interés no leonino, el préstamo no es usurario; pero si a eso se añade la consideración conjunta del *quantum* de la suma a devolver, una vez incrementada por mor de la cláusula estabilizadora, el incremento puede resultar desproporcionado y hasta desorbitado si es amplia la duración del préstamo y la inflación llega a ser considerable.

Entonces es cuando surgen las preguntas: ¿Es aplicable la Ley de Usura? ¿Serían actualmente válidos los antiguos criterios adoptados por la jurisprudencia para la calificación de los intereses como usurarios?

En el planteamiento, la autora dice que la Ley Azcárate de 1908 se dictó para combatir a los usureros del siglo XIX y opina que sus criterios, demasiado subjetivos, deben sustituirse por otros más fáciles de detectar y de carácter objetivo. Habiendo cambiado la naturaleza del dinero, entiende que su desvalorización sería uno de los riesgos del acreedor en el préstamo, debiendo aplicarse al mutuo este concepto por vía de analogía entre el interés convencional y el indemnizatorio.

Tras la introducción en la que se plantea el problema, se lleva a cabo su estudio en tres capítulos, cuyo orden seguiremos, como es costumbre, para exponer a los lectores el esquema y breve comentario de la obra. En el primero, dedicado al préstamo con interés, hay tres grandes apartados, que son el mutuo, los intereses y la exposición de la Ley de Usura. El segundo capítulo trata de las cláusulas de estabilización. Y en el tercero se estudia la conjugación de estas cláusulas con los intereses, orientándolo hacia la cuestión central, o sea, el indagar si aquí debería aplicarse la citada Ley de Usura.

Capítulo primero. El préstamo con interés.—En su primer apartado se estudia el mutuo como préstamo de dinero, empezando por contemplar la función económico-social de dicho préstamo en metálico y las consideraciones que justifican el beneficio que reporta la detentación temporal del dinero. ARISTÓTELES afirmó que el dinero es estéril y no produce frutos; el Evangelio recogió esta idea y la Iglesia negó hasta la Edad Media la licitud del interés del dinero, aunque después el Derecho canónico, bajo la teoría de los justos títulos, fue admitiéndolo dentro de severos límites.

Se estudia el contrato de mutuo y sus caracteres en las concepciones legales y doctrinales clásicas, para resaltar a seguido su mercantilización en la realidad social vigente; el mutuo civil va cayendo en desuso y se reduce al clásico «sablazo» entre amigos, que suele ser gratuito; ahora, cuando se necesita una cantidad importante de dinero se acude a profesionales cuya misión es precisamente la de prestar dinero. Ha desaparecido la figura del usurero decimonónico y las instituciones crediticias han asumido su papel, experimentando un auge extraordinario, con la particularidad de que sus operaciones se reputan siempre mercantiles.

Con esta base, ya está generalizada la admisión de los intereses en el mutuo, como fenómeno estrictamente económico que se da en la realidad del tráfico y que, como tal, ha de interesar a los juristas. La ciencia económica aportó a los juristas las teorías justificativas del justo precio, de los intereses compensatorios, correspectivos y moratorios y otras. La autora revisa los fundamentos que se han de formular para basar la prestación de intereses; dentro de la fundamentación de justicia, hace una crítica de la teoría de los justos títulos; examina a continuación las distintas teorías económicas: las primitivas, la de la fructificación, la de ADAM SMITH, la de la productividad, la de la utilización, del uso o goce, del trabajo, del cambio o lucro y la ecléctica de SHUMPTER. La autora entiende que no existe un fundamento económico de la prestación de intereses, ni éste se encuentra contrapuesto al fundamento de justicia o ético-moral. Las teorías económicas, dice, pueden ayudar a los juristas a averiguar el concepto por el que se deben los intereses y encontrar así alguna fórmula apta para evaluar su cuantía lícitamente exigible, según los casos.

Recoge la definición de ENNECERUS, según el cual el interés es una cantidad de cosas fungibles que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo. Estudia sus caracteres y sus diversas clasificaciones y repasa las figuras afines: rentas, dividendos y descuentos o recargos.

La tercera parte de este primer capítulo está dedicada a un extensísimo estudio de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908. Como antecedente se partía de la idea inicial, aceptada por las legislaciones del pasado siglo, de libertad absoluta en el pacto de intereses y su cuantía... El ambiente liberal, concretado en esta materia por las doctrinas de BENTHAM y TURGAT era contrario a toda traba que tratara de restringir el préstamo a interés. La Ley de 14 de marzo de 1856, dada por Isabel II, abolió toda tasa sobre el interés del capital en numerario dado en préstamo. El Código Civil no entró en la materia, limitándose a establecer la necesidad del pacto expreso para que existan intereses (art. 1.755) y a sentar que el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital (art. 1.756).

La autora recoge la discusión parlamentaria y los avatares de la elaboración de la Ley, que desembocó en su redacción definitiva, de la cual es pórico su célebre artículo primero, modelo de construcción legislativa barroca, y que todos recordamos de nuestros tiempos de opositores: Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con

las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

La Ley de Usura ha motivado ríos de tinta y las críticas, favorables o adversas, son de todo tipo y en el libro se recogen y ordenan de modo que a él puede acudir quien tenga interés en conocer el tema a fondo. Así se repasan las opiniones doctrinales sobre el principio de retroactividad establecido por esta Ley, se critica la imprecisión de los conceptos de interés normal o usurario, con la amplitud que se concede al criterio judicial para apreciarlo y se examinan las cuestiones que suscita la acción para pedir la nulidad de los contratos usurarios y otros que, con distintas formas aparentes, encubren verdaderos pactos tintados de usura.

Si la doctrina es abundante, el número de cuestiones sometidas a los Tribunales ha sido enorme, dando lugar a una Jurisprudencia varia sobre cada uno de los puntos puestos en cuestión. Aquí también se recoge un muestrario completo de sentencias que se clasifican según definan los grupos de contratos usurarios, el interés que se debe considerar excesivo, cuales son las circunstancias subjetivas apreciables según el artículo 1.º de la Ley y los negocios encubridores a que se refiere el artículo 9.º que, bajo simulación, pueden revestir cualquier modalidad contractual.

Capítulo segundo. Las cláusulas de estabilización.—El principio nominalista concibe las deudas de dinero como de suma o cantidad, nunca de valor, haciendo recaer el peso en el acreedor en caso de pérdida del poder adquisitivo del dinero entregado a título de préstamo. En épocas de oscilaciones del poder del dinero, este principio nominalista produce un desequilibrio en las prestaciones que perjudica a una de las partes intervinientes en los contratos de crédito, por lo que inicialmente la doctrina, la jurisprudencia progresivamente, y después la Ley, han impulsado remedios para corregir tales desequilibrios.

El remedio consiste en las cláusulas de estabilización, por las cuales las partes contratantes tratan de convertir la deuda pecuniaria en deuda de valor, designando como medio de pago un signo monetario o un bien valioso o estable, sustraídos a las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda.

En la doctrina y la jurisprudencia se han planteado las cuestiones de su licitud, su validez y su eficacia, pudiendo decirse que en la actualidad se aceptan sin reservas.

La autora estudia bajo los prismas de la doctrina y la jurisprudencia españolas, con referencias al Derecho comparado, las más frecuentes y conocidas cláusulas que suelen emplearse: oro-plata o su valor, moneda extranjera o su valor, cláusulas de pago en especie o mercaderías o bien su valor y las llamadas cláusulas de escala móvil. Señala y estudia los casos en que las propias normas acogen las cláusulas de estabilización, aunque con muy notables restricciones; en Derecho español se admiten la de los arrendamientos rústicos y urbanos, en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario en los términos que conocemos, en la legislación del desbloqueo, en el contrato de seguro y en la reforma del Derecho de familia de 1981, donde se permite respecto a la pensión a satisfacer a uno de los cónyuges en caso de divorcio, de acuerdo con el nuevo artícu-

lo 97 del Código Civil. Por cierto que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 1986 nos ha dejado con la duda, al no haber entrado en su estudio, de si sería válida la actualización acordada por el Juez basada en la variación del coste de los precios de la enseñanza privada.

Capítulo tercero. El préstamo con interés y las cláusulas de estabilización.—Aquí se entra en el tema central que preocupa a la autora, o sea, si un préstamo con interés, que a su vez contiene cláusulas de estabilización, puede incurrir en las limitaciones a la libertad contractual que impone la Ley de Usura de 1908.

Primero hace la autora un estudio de Derecho comparado, repasando los países que principalmente se han ocupado de esta materia, como Francia, cuya Ley de 28 de diciembre de 1966 establece que el préstamo es lesivo cuando el interés pactado sobrepasa en determinados porcentajes una tasa fijada de manera oficial; en Italia, en el *Código Civile* se establece la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, pero sólo es aplicable a los contratos bilaterales; en Chile, el Decreto-ley 455, de 1974, retocado por una nueva Ley de 1981, derogó el principio nominalista en toda operación de «crédito de dinero», presumiéndose siempre la onerosidad, ya que si no se ha pactado el interés, se devengará en todo caso el legal, se admiten las cláusulas de estabilización en todas sus modalidades y lo más interesante es el reajuste legal, actualizándose el principal a base de calcular la variación del índice de precios al consumidor en el plazo comprendido entre la entrega del dinero y su restitución; en Argentina se han dictado últimamente varias normas destinadas a corregir el efecto inflacionista de determinadas deudas y en Venezuela se trata de paliar la inflación con remedios de tres tipos: la aplicación de la teoría de la lesión, la de la imprevisión y la corrección monetaria mediante cláusulas de estabilización.

Ya en Derecho español, dice la autora que la doctrina trata de la usura sin hacer mención de la posibilidad de que el capital y los intereses de un préstamo puedan incrementarse por el juego de una cláusula de estabilización, centrando su atención únicamente en la prestación de intereses en sí misma considerada. Por lo que respecta a la jurisprudencia, dice que son también excepcionales las Sentencias del Tribunal Supremo que mencionan el factor de la desvalorización del dinero como uno de los legitimadores de percepciones lícitas en concepto de intereses; y aun cuando algunas de ellas aluden a este problema, el Tribunal Supremo no se pronuncia directamente al respecto.

Ante este panorama, la autora examina y trata de sistematizar las características generales de los ordenamientos comparados antes vistos y se pregunta si son aplicables al Derecho español. Desde una postura interpretativa, trata de contestar a la pregunta de si los préstamos con interés y cláusulas de estabilización pueden incurrir en usura. Dice que si las cláusulas se engloban en la prestación de intereses, el interés ya está reajustado y no cabe aplicar también actualización al capital, so pena de superponer ambos conceptos; pero si, por el contrario, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no integra uno de los supuestos concretos de *lucrum cessans* o *dammum emergens*, entonces, según la autora, es totalmente lícito, y exigible en un mismo contrato de crédito estipular

intereses moderados (por razón de la productividad del dinero) y a la vez cláusulas de estabilización (por la desvalorización).

Termina proponiendo determinadas soluciones por medio de una reforma legislativa, pues considera imprescindible sustituir nuestra antigua Ley de Usura y declarar por norma expresa el carácter dispositivo del principio nominalista en los contratos de crédito.

Y nosotros terminamos también el comentario confirmando las palabras del prólogo que nos hablan del entusiasmo y preparación de la autora, bien demostrados en esta obra que es, desde luego, un trabajo bien hecho. Enhorabuena.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

TOMÉ PAULE, J., y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R.: *La fe pública judicial y las funciones del Secretario en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial*. Editorial Andrómeda, 1985.

La publicación que traigo a recensión ofrece un tema de singular actualidad y es afrontado por dos prestigiosos Secretarios Judiciales que, además, son Doctores en Derecho y Profesores titulares de Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y en la Complutense de Madrid, donde alternan su labor judicial con la docente. Personas abiertas al diálogo, según me dice un compañero excedente pero Notario en ejercicio, y funcionarios ejemplares.

La reforma «urgente» y parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la que estructura de nuevo la Ley Orgánica del Poder Judicial han puesto de manifiesto determinados problemas que no sólo afectan a la jurisdicción, sino que se relacionan inevitablemente con otros campos en los que lo judicial hace acto de presencia. La publicación responde a tres apartados perfectamente diferenciados, aunque unidos por la idea que la guía. Existe una primera parte de carácter conceptual destinada a explicar, al filo de las reformas citadas, la fe pública, la documentación procesal, la actuación y las resoluciones judiciales; la segunda parte es eminentemente legislativa, ya que recoge el conjunto de disposiciones más importantes que se relacionan con la materia, sin apreciar si están o no derogados; la tercera y última parte está destinada a ofrecer un conjunto de formularios adaptados a las nuevas circunstancias. La publicación lleva claves de abreviaturas, índices sumariales (aunque en el ejemplar de que dispongo falte la referencia a la parte de formularios) y un índice alfabético de materias. La primera parte, según confesión de parte, se debe a TOMÉ PAULE y la segunda a SÁNCHEZ SÁNCHEZ, reconociendo los autores (y esto pudiera plantear problemas en la inscripción de la propiedad intelectual) que en la tercera ha tenido una gran intervención JOSÉ MARÍA GIL SÁEZ, Magistrado Juez de la Primera Instancia de Madrid.

Creo que la publicación —sin perjuicio de ciertos matices a que luego haremos referencia— está muy meditada, es seria y puede ser un buen elemento que contribuya a clarificar determinados puntos que la precipitación legislativa ha dejado en «el campo de batalla». Es de alabar

el hecho de que los autores manifiesten que aceptan y agradecen cualquier tipo de sugerencia o crítica que se quisiera con su trabajo que va dirigido no sólo a los Secretarios Judiciales, sino a todos los que colaboran en el desarrollo del proceso. Es decir, abren cancha a un posible peloteo. Vamos a ello.

I. LA FE PÚBLICA JUDICIAL

Es la parte, como hemos apuntado, en la que se explica conceptualmente la función de los Secretarios Judiciales en su investidura legal de fedatarios, cosa que siempre tuvieron y que ahora parece que quiere reforzarse considerándolos como «autoridad».

TOMÉ PAULE, autor de esta parte, explica lo que es la fe pública a través de los autores para concluir según su opinión que es «calidad que el Estado impone». Hace una exposición clara y sistemática de las diferentes clases de fe pública (originaria, derivativa, directa e indirecta, necesaria, voluntaria y por su ámbito judicial, notarial, mercantil y registral) para pasar luego a la evolución histórica y a su concepto actual. Para el autor se trata de una fe pública que tiene los siguientes caracteres: fuerza probatoria privilegiada, garantiza la realización del acto y el cumplimiento de las formas, es necesaria y es un modo exclusivo de acreditar el cumplimiento de la voluntad de la ley. El documento judicial revestido de fe pública impartida por el Secretario Judicial se convierte en un documento difícilmente atacable. La tesis merecería una discusión.

El sujeto de la fe pública es otro de los temas que se abordan en esta parte, caracterizándolo el autor con estos puntos: es una función exclusiva del Secretario Judicial, es imparcial, debe tener objetividad y profesionalidad. El autor, en *lege data*, parece rectificar los de la exclusividad y cita infinidad de casos en los que la fe pública es compartida. Históricamente se había hablado de la competencia concéntrica de funcionarios. Para defender la profesionalidad utiliza un argumento que considero poco válido, pues la institución del Secretario Judicial queda prestigiada suficientemente sin necesidad de citar nombres ilustres que han militado en la profesión y que hacen actual la frase de que los hombres pasan y las instituciones quedan, particularmente creo que en esa lista faltan varios Secretarios Judiciales con los que me une una gran amistad hecha a pie de Juzgado en mis largas correrías por la geografía española.

Otro de los puntos que estudia el autor es el del documento procesal (público y solemne) que escinde en documentos puros, incorporados y extraprocesales, para afirmar que el mismo tiene una fuerza probatoria especial superior a la que el Código Civil otorga a los documentos públicos en general (entre los que deben incluirse los procesales), ya que en muchas ocasiones hace prueba de la veracidad y certeza de la declaración o manifestación de voluntad. La explicación que el autor da a esta expresión no es nada clara, ya que la fe pública no puede nunca garantizar que la manifestación o declaración sea cierta y veraz. Recoge el hecho, pero no su veracidad. Minuciosamente el autor va señalando diversos supuestos de autoría del documento, de exigencias de papel sellado, de escritura y de otros medios mecánicos, idioma, firma y la legalización o el conforme, puntos todos ellos que exigirían unos comentarios más amplios.

La actuación procesal es otro de los temas que el autor trata y en el que afirma, con toda lógica, que la fe pública judicial autentifica la actuación judicial representada (constituida por las audiencias públicas, vistas y otros actos procesales). El autor destaca como novedad transcendente que en estrados se sentarán Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y Procuradores a la misma «altura», con lo que se eliminan los niveles de los suelos de nuestras Salas de Audiencias. Y la verdad es que esto —que puede ser una aplicación del sistema democrático— me hace recordar aquel medio círculo, rodeado de un borde de madera que vi en un Juzgado del norte de España y al que me dieron la explicación de que era para evitar que el testigo traspasase los límites que la Ley autoriza para declarar. La verdad es que no me parece todo esto muy serio (aunque igual hay razones para ello), pero se me ocurre pensar que esto es como reivindicar el derecho que antes teníamos de ocupar lugar inmediato a la derecha del Juez de Primera Instancia en los actos oficiales. Creo que lo importante de estas actuaciones es su constancia documentada a cargo de dichos funcionarios.

La parte destinada a las resoluciones judiciales la trata el autor destacando las innovaciones que a su entender ha introducido la Ley Orgánica del Poder Judicial y así nos habla de cómo las providencias han sido sustituidas por las «diligencias de ordenación» o por las «propuestas de resolución» que dictan los Secretarios. También estudia los autos y las sentencias para pasar luego a las propuestas de resolución en las que, como se sabe, juegan ciertas limitaciones como las de revisión, autos decisorios y sentencias, discutiéndose si a los autos que despachen la ejecución en el juicio ejecutivo o decreten el embargo preventivo pueden quedar incluidos en las mismas. Por último, se refiere a los actos exclusivos del Secretario entre los que estudia el testimonio, el acta, la diligencia (de constancia, de ordenación, de comunicación y de ejecución). Las últimas, esto es, las de ejecución, suponen la constatación documental del cumplimiento del mandato contenido en la resolución judicial, que, sin embargo, han quedado huérfanas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por último, estudia la «nota» (de referencia, de resumen y de examen de trámite).

II. RESOLUCIONES PROCEDENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES Y PENALES

Partiendo de una clasificación en la que se distinguen las resoluciones exclusivas de los Jueces (sentencias), conjuntas de Jueces y Secretarios (autos, providencias, propuestas de autos y de providencias) y actuaciones exclusivas del Secretario (diligencias y notas) el autor recorre las principales normas que a todo ello se refiere, distinguiendo las normas procesales civiles de las penales y, dentro de cada una, el artículo y la materia a que se refiere.

III. FORMULARIOS

En esta parte de la publicación se recogen cientos once modelos puestos al día conforme a la normativa apuntada. Constituyen un esfuerzo

importante, pues supone un dominio de las sucesivas reformas habidas. Me tijo en el modelo 43 sobre propuesta de providencia de embargo que al final habla de «librar mandamiento por duplicado», figura esta que aunque todo el Ordenamiento jurídico español (Ley de Enjuiciamiento Civil, Código Civil, Código de Comercio, Ley Hipotecaria, Ley de Hipoteca Mobiliaria, etc.) la estudia y utiliza, la Ley Orgánica del Poder Judicial parece haberla silenciado, lo cual supondría una derogación tácita «mala» de muchísimas disposiciones.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ALCIATO, A.: *Emblemas*. Edición de S. Sebastián. Prólogo de Aurora Egido. Traducción actualizada de los emblemas, Pilar Pedraza. Ediciones Akal. Madrid, 1985.

ALCIATO es un gran jurista de los siglos xv y xvi. De su mano se inició el humanismo jurídico o la jurisprudencia elegante, al aplicar los conocimientos lingüísticos a los textos de Derecho, al *Corpus iuris* de JUSTINIANO. Los humanistas depuran y editan con perfección, interpretan los fragmentos del *Digesto* con sentido más histórico, sin forzarlos desde situaciones presentes... ANDREA ALCIATO se considera el iniciador de esta dirección —*mos gallicus*, para distinguir del *mos italicus* de los posglosadores—, al que continuarían BUDEO, CUJACIO, DUARENO, DIONISIO y JACOBO GOTOFREDO... En España, aislado, ANTONIO AGUSTINI, y más adelante, a finales del xvii FERNÁNDEZ DE RETES y RAMOS DEL MANZANO en Salamanca; en el xviii MAYANS y SISCAR en Valencia y JOSÉ FINISTRES en la catalana Cervera.

Pero los *Emblemas* son algo distinto. No son una obra jurídica, romanista, sino un género muy distinto. Esta forma de unir «la letra y la imagen», como se dice en el prólogo, tenía funciones estéticas, literarias, a la vez que ideológicas. Buscaba mostrar ingenio y equilibrio, al tiempo que proporcionaba una lección moral —la ideología del antiguo régimen—. Publicados los de ALCIATO en 1531, se traducen en 1549 por DAZA PINCIANO... Hay, por otra parte, una amplia tradición de emblemas en nuestro suelo, con SEBASTIÁN DE COVARRUBIAS o SAAVEDRA FAJARDO. Los *Emblemas* de ALCIATO merecieron un extenso comentario por DIEGO LÓPEZ, una *Declaración magistral de los emblemas* de ALCIATO con todas las historias, anti-güedades, moralidad y doctrina... aparecida en 1615 y con varias reediciones en la Valencia del xvii, el siglo barroco, proclive a las alegorías y este tipo de literatura.

El presente libro es obra de un especialista en historia del arte, SANTIAGO SEBASTIÁN, quien, en cada uno de los emblemas nos proporciona datos y explicaciones, erudición y sentidos —como DIEGO LÓPEZ, a quien recurre con frecuencia—. Es imposible casi entrar en ellos sin la ayuda de un especialista, tan lejos está de nuestra actual sensibilidad este género...

ALCIATO es un jurista, pero los emblemas no pueden considerarse la obra de un experto en Derecho; son un ejercicio literario en latín huma-

nista, extraordinariamente complejo, bien traducido por PILAR PEDRAZA. Como si el buen conocedor del *Corpus iuris* fuera, al mismo tiempo, poeta... Los emblemas poseen esa primera intención de mostrar un buen conocimiento del lenguaje culto y de los mitos e historias de la literatura clásica grecolatina. Ahora bien, no son puras descripciones, sino el buen latín de fábulas pretende ejemplos. Quieren mostrar el ingenio de la frase y de la idea, junto con unas buenas dosis de sentido moral... En su conjunto, los doscientos once emblemas quieren formar un tratado de moral —quizá los catorce últimos, dedicados a los árboles, deben ser excluidos—.

Un cierto orden preside este tratado de moral dibujado. Primero un *prefacio* sobre sí mismo, a quien ya se ha presentado en la introducción; quizá se debería haber hecho más ampliamente el estudio acerca de su figura, como hombre y jurista para mejor entender sus *Emblemas*. No conozco una biografía moderna, pero con la clásica de PAUL E. VIARD, *André Alciat, 1492-1550*, París, 1926, y bibliografía más especializada —la de ROBERTO ABBONDANZA— puede, sin duda, trazarse un buen esbozo del iniciador del *mos gallicus*. A continuación, emblemas I, II y III —el prefacio está en verso pero no lleva grabado— trata de sus mecenas, los VISCONTI, a quien se dedica el libro, de su ciudad, Milán, y su familia, ALCIATO. Después, IV a VIII, Dios y la religión; a XLVII, las virtudes y hasta el xcvi, los vicios. Naturaleza hasta c, Astrología hasta cv y amor desde el cvi al cxvii... Y sigue Fortuna, Honor, Príncipe, República —en donde algunos preceptos políticos pueden hacer pensar en el hombre de Derecho. Aunque apenas se trasluce, al tratar del príncipe y sus consejeros, del tirano, o sobre la hacienda real: cxlvii, «Lo que no se lleva Cristo, lo arrebató el fisco»... A veces, al tratar de materias lejanas, sobre la victoria por engaño, emblema XLVIII, se alude al dolo o fraude en el pleito o en el siguiente, aun cuando no lo dice se refiere al crimen de *stellionato*, al envenenamiento del amante con la piel de salamandra, que describe el mismo ALCIATO en sus *Parergón iuris libri decem*, Lyon, 1538, libro I, capítulo 46 —he tomado esta noticia, que no me ha sido posible comprobar, de la edición de ALCIATO, *Emblemata, cum Claudii Minois Divisionensis ad eadem commentariis*, Leiden, 1591, página 218. Por cierto, que no entiendo por qué no ha sido utilizada toda la erudición antigua sobre ALCIATO como aquí se recoge. No es conveniente iniciar de nuevo sin atender al pretérito, en cuestiones, a veces tan trabajadas como los lugares o autores que usa en sus versos o en sus lemas...

En definitiva, una versión sencilla de los *Emblemas* del milanés ANDREA ALCIATO —la impresión de los grabados no es demasiado cuidada—. Seguramente se busca una cierta divulgación de aquella obra, hoy tan lejana pero tan reeditada en su época... Es de agradecer a quienes se han esforzado en facilitarnos su traducción y el comentario de los emblemas.

MARIANO PESET

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*. Editorial Temis. Bogotá, 1985.

No sé si en los municipios —incorporados ahora a las Autonomías— se conserva todavía el honroso título de «Cronista oficial de la Villa», al que en exclusiva se le permitía contar y cantar las excelencias del lugar y relatar sucesos, fiestas y acontecimientos. Era un lujo que se permitía la Corporación y que estimulaba a quien ostentaba tal distinción. No sé si ahora, en esta época en la que se quieren borrar todos los antiguos privilegios, aunque nazcan algunos nuevos, el puesto de «cronista» ha desaparecido, pero en mi caso concreto estoy por asegurar que puedo ostentar —con orgullo, eso sí— ser el «cronista o recensionista de GONZÁLEZ PÉREZ». El que tenga la paciencia de recorrer las páginas destinadas a recensiones o bibliografía de las *Revistas Crítica, Notarial, Derecho Urbanístico, Documentación Jurídica y Legislación y Jurisprudencia* verá que esto que digo es una auténtica realidad. No sé si esto servirá «allá arriba» a la hora de rendir cuentas, pero lo que sí es cierto es que lo hago con sumo placer y, por supuesto, con ello me divierto.

A pesar de que he ido muchas veces a Hispanoamérica —donde se me quiere, respeta y hasta se me considera como «figura»—, no tenía conocimiento de que pudiera hablarse de un Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano. Quizá se deba esta ignorancia mía a mi obsesión de buscar en esas benditas tierras las «raíces» de la legislación de «ultramar» en materia hipotecaria, logrando ver las posibles diferencias. Y la verdad, es que en ese campo, es muy difícil hablar de «unidad». Debo apresurarme a aclarar al posible lector que no es que exista una «legislación unitaria» para todos los Estados, sino que cada uno tiene la suya y el autor lo que hace es estructurar los puntos comunes y señalar las diferencias, cosa que en Derecho Hipotecario resulta difícil, pues el sistema adoptado hace variar los principios que lo rigen.

La obra consta en una instrucción y cinco títulos. La precede unas claves de abreviaturas, un índice sumarial y la cierran tres índices fundamentales: de autores, de disposiciones y de materias. Dicho así parece que no tiene importancia, pero este trabajo supone horas de investigación, manejo de bibliografía y estudio de disposiciones. Tres pelotas, diez, ¡hay alguien que dé más! La razón de que la obra se edite en Bogotá no la sé, pero me permite brindar un recuerdo a aquellas tierras del Tekendama, donde los troncos y las raíces todavía siguen siendo españoles. Tekendama, ciudad abierta. Otro día contamos el milagro del dios Bochichu al hacer retirarse las aguas de la sabana...

I. INTRODUCCIÓN

La introducción es amplia para desarrollar en ella los conceptos fundamentales del proceso administrativo y Derecho procesal administrativo. Surgen así el concepto del proceso, su naturaleza y sus clases (procesos de conocimiento, declarativo, constitutivo y de condena y procesos de ejecución) y en el Derecho administrativo procesal las mismas ideas, para

luego descender a la materia de las fuentes y a la aplicación de la norma, su interpretación y su integración.

En la teoría de las fuentes, que es el punto clave de la dimensión de la obra, el autor señala el orden jerárquico de las mismas: la Constitución, las leyes, la costumbre y los principios generales del Derecho. Las diversas Constituciones no coinciden en atribuir competencia a los Tribunales judiciales, lo mismo que no coinciden en admitir una legislación de ámbito nacional o federal, permitiendo la vigencia de leyes de ámbito local.

II. LOS SUJETOS DEL PROCESO

La traducción que debemos dar al estudio de los sujetos en el proceso es la misma que la que le damos en Derecho privado al hablar de los «elementos personales». Y así, partiendo de unos previos conceptos sobre la jurisdicción, extensión y límites, aparte de los conflictos jurisdiccionales y las cuestiones prejudiciales, estudia minuciosamente y con su habitual sistemática los órganos de la jurisdicción administrativa, el personal jurisdiccional, el ministerio público y las partes (capacidad, legitimación, representación y defensa, presencia y ausencia de las mismas) en su concepción unitaria o plural (litisconsorcio y coadyuvantes).

III. OBJETO DEL PROCESO

Parte el autor de la distinción entre la unidad del objeto y la pluralidad del mismo, para estudiar en el primero el concepto del mismo que no es otro que la pretensión procesal. Es precisamente esa figura de la pretensión la que se desmenuza, precisando su naturaleza, clases (declarativas, de anulación, de plena jurisdicción, de interpretación, de definición de competencia y de ejecución), requisitos (objetivos, subjetivos y de actividad), contenido (determinación cuantitativa y cualitativa) y efectos. Igualmente se estudian los temas del acto administrativo, el problema del silencio (ogrosería administrativa) y las materias impugnables y excluidas, terminando con la problemática de la oposición a la pretensión.

En la pluralidad de objetos o proceso con pluralidad de pretensiones que da lugar a lo que en la técnica administrativa se denomina proceso acumulativo, con las variantes de la acumulación inicial, la sucesiva por inserción de pretensiones o por reunión de las mismas.

IV. ACTOS PROCESALES

También aquí el autor acude a la distinción entre la configuración del acto procesal en su unidad y en su pluralidad. En el primer caso se adentra en la distinción entre acto jurídico y negocio jurídico (aparte de la categoría jurídica general del hecho) para entender que puede hablarse de acto-jurídico-procesal como hecho volitivo que crea, modifica o extingue una relación jurídica procesal, rechazando la categoría de negocio-jurídico procesal. En esa línea estudia las clases, los requisitos y los efectos. En el tema de la pluralidad de actos procesales el autor claramente conduce al lector a la conclusión de que la pluralidad de los

mismos constituye el procedimiento, que examina en su naturaleza y en su teoría general.

V. DESARROLLO Y TERMINACIÓN DEL PROCESO

Quizá sea el capítulo o la parte del estudio más amplia, ya que en ella se deslinda lo que podríamos llamar «escenografía» del proceso, o sea, su iniciación con la demanda, rodeada de sus requisitos subjetivos, objetivos y de actividad (tiempo, lugar y forma), los efectos que produce (jurídico materiales y procesales); su instrucción y las alegaciones procesales, la prueba (sujeto, objeto y requisitos), procedimiento y medios de prueba; la ordenación del proceso (impulso, dirección y constancia procesal), los supuestos en los que el desarrollo del proceso es anormal (que el autor expone bajo el nombre de crisis procesales) y la terminación del mismo en sus dos vertientes conocidas: la normal y la anormal. Lo portentoso de esto que nosotros hemos llamado «escenografía» es que en la representación que de ello se hace cada personaje (concepto, más bien) entra en su momento oportuno. Es la sistemática empleada para explicar una materia de tantos perfiles y recovecos.

VI. EFECTOS DEL PROCESO

A tres reduce el autor los efectos del proceso: el jurídico-procesal, el jurídico-material y los efectos económicos. En los primeros sitúa la teoría de la cosa juzgada (que es un efecto declarativo) y los efectos ejecutivos de la sentencia. Dentro de los segundos, los de la anulación del acto, nacimiento, modificación o extinción de la relación jurídica y la firmeza de la misma. Entre los económicos se estudian las costas y los gastos del proceso y su posible exención.

Saludemos a la nueva publicación con la seguridad de que será un elemento de trabajo importante para quien quiera investigar o para quien quiera actuar en aquellos países donde el idioma nos ayuda, pero necesitábamos lo que el libro nos da: el conocimiento de la materia.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

BALLESTER GINER, E.: *Derechos reales (De los bienes a la hipoteca)*. Diciembre 1986.

En segunda edición aparece la obra que traemos a recensión y que constituye el material didáctico que el autor utiliza para la explicación de la materia del curso, que imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. El anuncio de la obra se hace bajo esta frase: una nueva forma original y sencilla de explicar el Derecho. Entiendo que así es, pues a través de su estudio, tengo por compañeros de profesión a unos cuantos que el autor me cita, pero que presumo que serán algunos más.

Aunque yo no soy muy aficionado a los coches, me he fijado que, aparte de las cuatro ruedas y la de repuesto, tienen un espejo retrovisor y, con el permiso del autor, quiero mirar por él y retroceder en el tiempo para establecer diferencias universitarias. Las explicaciones de cátedra había que tomarlas a taquigrafía y servirse de ellas a base de multicopistas borrosas. Más que estudiar, se intuía, y no digo nada de la transcripción de nombres de autores, sobre todo si eran extranjeros. Yo creo que desde aquellos tiempos se empezó a entender que PÉREZ y ALGUER eran un solo autor y que CLEMENTE DE DIEGO era nombre en vez de apellido. Y es que el sentido familiar con que los autores, catedráticos, escritores y expertos tratan a los que militan en sus filas es muy semejante al que se utiliza en los pueblos españoles en los que, por ser conocidos todos, designan como Pedro al Boticario o como Juan al Médico. Costumbre esta que ha trascendido a la política, que en este sentido cobra la dimensión tangencial de lo pueblerino: al Presidente se le llama Felipe y al Jefe de la Oposición Manolo. ¡Dile a Felipe que mañana voy a verle!

Esa generación que paseaba su juventud por las aulas universitarias, con el complejo de no haber podido participar en la guerra civil española, se nutría jurídicamente de esos apuntes, aunque afortunadamente siempre tuvo diversos *Tratados* a su disposición y, singularmente, el de don JOSÉ MARÍA CASTÁN, maestro y pedagogo de muchas generaciones de juristas, que permitían «traducir» lo que aquellos apuntes decían. De ahí que todos hayamos tenido que tributar la gratitud a ese gran jurista que supo ordenar un Derecho y explicarlo con claridad.

Las antorchas de las generaciones se fueron sucediendo y a la angustia que la nuestra transmitió a las siguientes le sustituyó el firme propósito de suministrar a los universitarios elementos de trabajo claros, sencillos y comprensibles. A los viejos apuntes de multicopista han venido a sustituirlos estas publicaciones que, como la que ahora traemos a recensión, son el elemento necesario para una introducción a la materia. Su valor es innegable y la ayuda que prestan es tan fundamental como puede serlo hoy los datos informáticos. Quizá la comparación no sea feliz, pues la informática aporta noticia solamente y aquí hay construcción jurídica. Me parece muy peligroso confundir alocadamente lo que en lenguaje informático se llama «soporte» con el medio utilizado para la práctica de las inscripciones y su plasmación documental.

A mi entender la obra tiene dos claros aspectos: el que destina a los derechos reales, en general y en particular, y la parte que explica lo que es la hipoteca. Y no es que la hipoteca se considere «fuera» de los derechos reales, sino que tiene o cobra en el tráfico tal importancia que merece un tratado aparte.

La recensión, según esta apreciación mía, en línea con el título de la obra, debe escindirse en esos dos apartados y en ellos pasar revista, sin poner firme a nadie, a lo que dice el autor. Debo aclarar que cada *lección* o *tema* lleva incorporado una lista bibliográfica de autores y obras relacionados con la materia de que se trata y que contribuyen a la posible ampliación de conceptos por parte del que quiera profundizar en la materia.

A) DERECHOS REALES

Prácticamente son diecinueve los temas o lecciones destinadas a desarrollar la materia, aunque observo que hay una especie de «interpolación» en la materia, ya que, después de tratar del Derecho real en forma genérica se estudia la materia de «Las cosas, los bienes y el patrimonio», materia que o bien antecede al Derecho de cosas o se arranca con sus conceptos del mismo. La sistemática no tiene importancia, pues el tema con ser de «parte general», sí debe ser tenido en cuenta al hablar de los derechos reales.

En esos primeros pasos expositivos se van sucediendo los conceptos de los derechos reales, reconociendo como tales a la propiedad, el usufructo, el uso y la habitación, la servidumbre, el retracto convencional, el retracto legal, la opción, los censos, el derecho de superficie, la prenda, hipoteca y anticresis, los derechos de elevar y profundizar, y planteando problemas de duda respecto al Derecho hereditario, arrendamiento, retorno y retención. A mí me ha preocupado mucho la «reversión» (con la modalidad actual de la reprivatización).

Aparte, como ya hemos dicho del concepto de cosas, el autor expone lo referente a la propiedad, sus modos de adquirir, examinando especialmente la accesión, y la ocupación, las limitaciones, los modos de perder el dominio, la posesión, la comunidad de bienes, la especial configuración de la propiedad horizontal, el usufructo, la servidumbre, los censos, los retractos y el derecho de superficie. La exposición se ajusta al esquema que respeta el concepto, la naturaleza, los elementos de la institución y los efectos de la misma, con las variantes que el programa impuesto exige.

B) DERECHO REAL DE HIPOTECA

Como pórtico de la exposición de la institución de la «hipoteca» el autor explica la esencia del derecho de garantía real y sus diversas modalidades y diferencias. Entrando de lleno en la hipoteca, van sucediéndose los temas sobre sus diferentes tipos, las responsabilidades del sujeto pasivo y sus posibles pactos, las cosas hipotecables con sus diferentes modalidades, el principio de extensión objetiva de la hipoteca. La extensión subjetiva o del crédito e intereses, el principio de determinación, los elementos constitutivos de las hipotecas y las causas de su extinción, así como los procedimientos de ejecución.

La obra está puesta al día en legislación y jurisprudencia y constituye, como antes hemos apuntado, un instrumento eficaz para el estudio de esta parte del Derecho que tanto tiene con el campo obligacional. Separar lo real de lo obligacional es una de las esencias de nuestra profesión.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 510 (Marzo 1987)

Introducción al estudio del corretaje, por ANTONIO MILLÁN GARRIDO, página 693.

Arrendamiento financiero (contrato de leasing) (comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia número 3.023, de 2 de diciembre de 1986), por MANUEL P. BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, pág. 737.

El excesivo formalismo en la casación civil, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, página 749.

Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico, por EMILIO ATTARD, pág. 759.

La expropiación legislativa y la expropiación de caso único (el caso Rumasa de nuevo ante el Tribunal Constitucional. Sentencia número 166/1986, de 19 de diciembre), por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 775.

El convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español, por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, página 891.

La excepción procesal cambiaria de falta de legitimación activa, por JUAN PÉREZ VALENZUELA, pág. 943.

Retractabilidad de crédito concursal en trámite vendido a tercero, por JOSÉ FERRÉ ORIOL, pág. 961.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Febrero 1987)

Las teorías del ordenamiento jurídico, por LUIS STRASERRA, págs. 107 a 119.

La compraventa de vehículos usados: Caracteres y efectos, por ANTONIO ORTÍ VALLEJO, págs. 120 a 144.

(Marzo 1987)

El asociacionismo agrario en el Derecho foral histórico, por LUIS MARTÍN BALLESTERO HERNÁNDEZ, págs. 219 a 249.

La transferencia de tecnología patentada, por A. CAUQUI, págs. 250 a 258.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

(Enero-marzo 1986)

- Influencia del Derecho Público sobre el Derecho Inmobiliario*, por JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, pág. 7.
- Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Sociedades*, por JOAQUÍN DE PRADA GONZÁLEZ, pág. 173.
- A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho Romano*, por ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, pág. 347.
- Consideraciones en torno al Proyecto de Ley General de Cooperativas de 1985 y la intervención notarial*, por NARCISO PAZ CANALEJO, pág. 395.
- La tributación por IVA de las operaciones inmobiliarias*, por JOSÉ RAMÓN VARELA SUÁREZ, pág. 439.
- Manual práctico de contratación mercantil*, por JOSÉ RAMÓN CANO RICO, página 497.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

(Julio-septiembre 1986)

- El principio aragonés Standum est Chartae*, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, pág. 683.
- Sobre el deber general de respeto a la persona*, por JUAN ROCA JUAN, página 763.
- La teoría general del negocio jurídico: Su oportunidad e importancia*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 787.
- La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias*, por TOMÁS GIMÉNEZ DUART, página 807.
- Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima*, por JUAN VALLET DE GOYTISOLO, pág. 853.
- Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1985*, por HANS-LEO WEYERS, pág. 851.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 101 (Enero-febrero 1987)

- Los costes de urbanización*, por JOSÉ LUIS LORENTE TALLADA, pág. 13.
- La protección y fomento del Patrimonio Histórico-Artístico. Consideración especial de los aspectos tributarios*, por ÁNGEL MORESCO SUÁREZ, pág. 33.
- La futura política ambiental de la Comunidad Europea*, por DIONISIO SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA, pág. 75.
- Dictamen para evaluar los perjuicios derivados del cumplimiento imposible de una sentencia firme*, por AGUSTÍN BORRELL CALONGE, pág. 139.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 1 (Enero-junio 1986)

La Constitución y el régimen foral de Navarra, por JOSÉ ANTONIO ASIAÍN AYALA, pág. 13.

La Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 29.

La competencia de los Concejos navarros en materia de planeamiento urbanístico, por JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 35.

Examen crítico del Amejoramiento del Fuero de Navarra, por FRANCISCO SALINAS QUIJADA, pág. 57.

Testar a la navarra, por LUIS IGNACIO ARRECHEDERA ARANZADI, pág. 87.

Notas sobre el régimen civil del arriendo de pastos en las corralizas navarras, por FRANCISCO DE ASÍS SANCHEZ REBULLIDA, pág. 115.

Nuevas nupcias y vida marital como causas de extinción del usufructo de fidelidad navarra, por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 121.

Notas sobre la delimitación de competencias entre la Cámara de Comptos de Navarra y el Tribunal de Cuentas de España, en materia de fiscalización y control de las cuentas del sector público de la Comunidad Foral, por FRANCISCO DE ASÍS SANCHEZ REBULLIDA y otros, pág. 141.

Número 2 (Julio-diciembre 1986)

La venta a carta de gracia en el Derecho navarro, por ENRIQUE RUBIO TORRANO, pág. 13.

Las competencias de Navarra en materia de ordenación de transportes por carretera, por MANUEL FRANCISCO PULIDO QUECEDO, pág. 31.

El Tribunal Superior de Justicia y las competencias de los órganos jurisdiccionales en la Comunidad Foral de Navarra, por ALFONSO ZUAZO MO-NEO, pág. 51.

El acuerdo sobre adaptación del Convenio Económico con Navarra al nuevo régimen de la imposición indirecta, por JAVIER MURUZÁBAL LERGA, pág. 81.

La competencia de las entidades locales de Navarra en materia de Sanidad, por JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE, pág. 105.

El control de los fondos públicos parlamentarios por los Tribunales de Cuentas. Referencia a la Cámara de Comptos de Navarra, por LUIS ORDOQUI URDADI, pág. 119.

La corrección de la progresividad en la acumulación de rendimientos del trabajo en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, por MIKEL ARAMBURU URTASUN, pág. 127.

La sucesión legal en Navarra de hijos no matrimoniales fallecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, por VICTORIANO LACARRA LANZ, pág. 141.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 138 (Octubre-diciembre 1986)

- Cambio de la estructura agraria española durante el periodo censal 1962-1982*, por MANUEL GARCÍA FERRANDO y JULIÁN BRIZ ESCRIBANO, pág. 13.
- Evolución de las estructuras agrarias a través de los censos de 1962 y 1982*, por LUIS RUIZ-MAYA PÉREZ, pág. 45.
- El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, su financiación*, por LAUREANO LÁZARO AREUJO y M.^a AMPARO GÓMEZ ALVAREZ, pág. 75.
- La agricultura a tiempo parcial como sistema de vida en el medio rural andaluz*, por J. CRUZ VILLALÓN y otros, pág. 121.
- Una metodología para la delimitación de áreas rurales desfavorecidas. Su aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón*, por LUIS PÉREZ PÉREZ, página 153.
- Administración Pública y ordenación del territorio en Galicia: Un enfoque sistemático*, por JOSÉ MARÍA FRANCO-GARCÍA, pág. 179.
- Actividades de la OCDE sobre aplicación de nuevas tecnologías*, por ANTONIO FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 205.
- El Impuesto sobre el Valor Añadido en la CEE y su régimen especial para la agricultura (estudio particular de su aplicación a España)*, por GUILLERMO DÍAZ PINTOS, pág. 227.
- Una contribución a la ordenación pesquera para el área mediterránea*, por FERNANDO GONZÁLEZ LAXE, pág. 265.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Números 179-180 (Enero-junio 1986)

- Mutuas de Seguros, prima fija y carácter no mercantil*, por ALBERTO BERCOVITZ y MANUEL BROSETA, pág. 7.
- El cumplimiento de la obligación cambiaria*, por LUIS PASCUAL ESTEVILL, página 61.
- La subasta de obras de arte (aproximación a sus problemas jurídicos)*, por JESÚS ALFARO AGÜILA-REAL, pág. 99.
- Las ayudas estatales en la legislación española sobre protección de la competencia*, por JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, pág. 143.
- Admisibilidad de la hipoteca cambiaria en el Derecho positivo español*, por JORGE LUIS TOMILLO URBINA, pág. 157.
- La Sociedad Anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985)*, por ADOLFO AURIOLES MARTÍN, pág. 185.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 121 (Julio-diciembre 1986)

- El error sobre la persona en el matrimonio según el nuevo CIC*, por F. VERA URBANO, págs. 359 a 409.

- La retribución económica de los sacerdotes en el ordenamiento canónico español*, por F. R. AZNAR GIL, págs. 411 a 479.
- Las ordenaciones anglicanas: ¿nuevas perspectivas?*, por M. M.^a GARLJO GUEMBE, págs. 481 a 490.
- Diritto canonico e vita della Chiesa. Introduzione allo studio della legislazione sinodale*, por S. FERRARI, págs. 493 a 510.
- Las cosas destinadas al culto en el Derecho canónico*, por A. MARTÍNEZ BLANCO, págs. 511 a 528.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 93 (Marzo-junio 1985)

- Las relaciones constitucionales entre Puerto Rico y Estados Unidos*, por DAVID M. HELFELD, pág. 297.
- Reflexiones en torno a las relaciones jurídicas entre Puerto Rico y Estados Unidos*, por PEDRO E. ORTIZ ALVAREZ, pág. 331.
- La transacción estructurada: Descubriendo el Mediterráneo*, por MAYRA ENID LÓPEZ MULERO, pág. 341.
- Las legítimas*, por JOSÉ PORTUONDO Y DE CASTRO, pág. 349.
- La cláusula de entera fe y crédito: Conflicto de política pública*, por JOSÉ A. SOSA LLORÉNS y HÉCTOR E. PABÓN VEGA, pág. 423.

NOTICIAS CEE

Número 25 (febrero 1987)

- El Tribunal de Justicia Europeo*, por LORD MACKENZIE STUART, pág. 11.
- Algunos aspectos relativos a las relaciones entre el Derecho Comunitario y la Jurisprudencia Constitucional de los Estados Miembros*, por A. BARAV, pág. 19.
- Competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por ANNE MARIE BLOIS, pág. 35.
- Ordenamiento italiano y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por GIUSEPPE MANZARI, pág. 41.
- La labor del Tribunal de Justicia en la construcción del Derecho Comunitario Europeo*, por DÁMASO RUIZ-JARABO Y COLOMER, pág. 49.
- El ordenamiento jurídico alemán y el Tribunal de las Comunidades Europeas en la perspectiva del proceso de integración*, por ECKART SCHFFER, pág. 57.
- El recurso por incumplimiento: razón de ser y eficacia*, por ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ, pág. 75.
- Las causas o motivos de un recurso de anulación*, por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, pág. 81.
- La postulación del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por JOSÉ MARÍA MORENILLA RODRÍGUEZ, pág. 89.
- La obligatoriedad o el carácter facultativo de la cuestión prejudicial del Derecho Comunitario Europeo*, por MIGUEL PASTOR LÓPEZ, pág. 103.
- El Juez español y las cuestiones prejudiciales*, por FEDERICO CARLOS SAINZ DE ROBLES, pág. 115.

- La obligación del Juez nacional de interponer un recurso prejudicial: la teoría del acto claro*, por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 121.
- El recurso prejudicial en el marco del Tratado CEEA*, por ARMANDO TOLEDANO LAREDO, pág. 125.

Número 26 (Marzo 1987)

- La posición del Parlamento Europeo en el seno de la estructura institucional comunitaria*, por JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA, pág. 11.
- La posición del Parlamento Europeo en el control de legalidad de los actos y omisiones de las instituciones comunitarias*, por FERNANDO LORENTE HURTADO, pág. 31.
- El régimen especial de las pequeñas y medianas empresas en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Propuesta de Directiva de 9 de octubre de 1986*, por ABELARDO DELGADO PACHECO, pág. 43.
- Un comentario acerca de los Depósitos Aduaneros*, por FRANCISCO SOLANA VILLAMOR, pág. 49.
- Notas acerca de la aplicación a los ciudadanos o nacionales de los Estados miembros de la CEE de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional y de la Ley sobre Inversiones Extranjeras en España*, por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 57.
- La Comunidad Europea y la legislación española de zonas estratégicas*, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, pág. 61.
- La adquisición por nacionales comunitarios de bienes inmuebles en España: la problemática de la Ley 8/1975*, por RAMIRO SÁNCHEZ DE LERÍN GARCÍA-OVIES, pág. 65.
- La reforma de las políticas comunitarias estructurales y la política agrícola común*, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 71.
- La primera reclamación española por dumping*, por J. A. COTO MENÉNDEZ, página 85.
- La política de transportes marítimos en España y en la CEE*, por JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, pág. 89.
- La CEE y las negociaciones del GATT*, por MIGUEL ANGEL DÍAZ MIER, pág. 95.

