

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez



CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Carriñanos.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Régimen Fiscal de las Sociedades Agrarias de Transformación», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1471
«Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD	1499
«La Sociedad Anónima Europea. Proyecto de Estatuto», por JOSÉ LUIS DEL VALLE PÉREZ	1541
«La armonización en materia de contabilidad y auditoría», por RAMIRO SÁNCHEZ LERÍN	1565

NOTAS:

«El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio», por TOMÁS RAMOS OREA	1581
---	------

VIDA JURIDICA:

«Revista de Derecho agrario y alimentario», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1595
«XIII Congreso y coloquio europeos de Derecho agrario», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1597
«Publicidad registral en materia de aguas»	1601
«Nueva publicación del Derecho privado», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1605

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por SALVADOR MÍNGUEZ SANZ	1611
II. Sentencias del Tribunal Supremo, por JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO	1627

LIBROS:

«Aumenti e riduzioni di capitale. Jornada de estudio celebrada el 19 de mayo de 1984», Milano, Giuffrè, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ ...	1669
--	------

«Autonomía regional y reforma agraria», de BARTOLOMÉ CLAVERO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1673
«Documentos inéditos de Alfonso X el Sabio y del infante, su hijo don Sancho», de JUAN MANUEL DEL ESTAL, por MARIANO PESET	1677
«De l'emphyteose», de FRANÇOIS FRENETTE, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ.	1680
«La familia en la Alta Edad Media española», de EMMA MONTANOS FERRÍN, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	1684
«De la propiedad privada a la propiedad comunitaria», de LINO RODRÍGUEZ-ARIAS B., por RAFAEL ALVAREZ VIGARAY	1687
«Práctica y Orde Judiciari de les causes civils de contenciosa jurisdicció», de TERESA CANET APARISI, por MARIANO PESET	1689

ESTUDIOS

6. 10. 1954

Régimen Fiscal de las Sociedades Agrarias de Transformación*

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *La agricultura asociativa como remedio*: A) La necesidad de agruparse. B) Figuras asociativas posibles. C) Las Sociedades Agrarias de Transformación y sus antecedentes.—III. *Tributación de la agricultura asociativa*: A) Precedentes. B) Regulación actual. C) Requisitos para la bonificación fiscal.—IV. *La equiparación fiscal de las Cooperativas y las Sociedades Agrarias de Transformación*: A) Diferencias y analogías. B) Diversa interpretación de las normas vigentes: a) Por la Administración. b) Por la Jurisprudencia. C) Una interpretación decisiva.—V. *Beneficios actuales*: A) Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. B) Impuesto de Sociedades. C) Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas. D) Impuesto Industrial. E) Impuestos municipales y provinciales.—VI *Perspectivas*: A) El Impuesto sobre el Valor Añadido. B) Las nuevas regulaciones.—*Conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

A partir de la bendita «Ley de Exenciones» de 1906, la agricultura de grupo ha venido gozando de una cierta benevolencia fiscal, respetada *urbi et orbi*, en base tanto al precario nivel de renta del campo como al unánime reconocimiento de la utilidad de estas figuras asociativas para mejorar la economía nacional.

Sorprendentemente, de un tiempo a esta parte, parece como si de pronto se hubiera levantado la veda y han empezado aviesos ataques desde varios sitios contra estas pequeñas agrupaciones de labradores o ganaderos. En efecto, no hay nueva norma fiscal que no les haga un recorte; cada día se giran mayores y más sorprendentes liquidaciones antes impensadas y, de vez en cuando, aparece un farragoso y dubitativo informe o algún artículo de doctrinas tambaleantes que las trata inmisericordemente.

(*) Conferencia pronunciada en el Congreso Nacional de Sociedades Agrarias de Transformación. Lérida, 9 de mayo de 1985.

Todo ello hace que, poco a poco, se vaya creando un ambiente adverso en el preciso peor momento; pues si a la crisis económica general añadimos la oportunidad de estar abocados a «ingresar en Europa», resultará con toda certeza que las empresas agrarias españolas más modestas caerán ahora arrolladas por la competencia exterior, si en vez de útiles ayudas reciben los golpes más contundentes.

Lo curioso del caso es que esto parece afectar tan sólo a determinadas figuras asociativas rurales y no a otras, pues está claro que mientras las cooperativas gozan de momento de una paz fiscal casi octaviana, en líneas generales, el grueso de los ataques va dirigido, por paradoja, contra las agrupaciones más modestas, que son precisamente las Sociedades Agrarias de Transformación.

¿Y por qué ocurre esto? Difícil es contestar. No hay unas razones suficientes que expliquen este extraño proceder, aunque podríamos aventurar algunas que parecen atisbarse y que, en conjunto, quizá hayan influido en la formación de este ambiente adverso:

- En primer lugar, y seguimos un orden cronológico, quizá sea dato no positivo la etiqueta «sindical» que tenían los antiguos grupos, lo cual ni fue culpa de los agricultores ni justificaría una marginación absurda; precisamente ya mucho antes, la Ley de 1906 favoreció a la agricultura de grupo bajo la figura del sindicato y siempre se han aplicado, sin excepciones, sus normas favorables a cualquier tipo de sociedad rural. Borrado el marchio sindical, en 1977 se calificó a estas agrupaciones de sociedades e incluso este es ahora su nombre oficial. Y también de aquí se intentan sacar consecuencias insostenibles, como la del célebre «ánimo de lucro» que constituye el pretexto abonado para aplicarles todos los gravámenes imaginables. Y los pobres agricultores han salido de Málaga para pasar a Malagón, sin comerlo ni beberlo; pasan de sindicatos a sociedades, cuando no son propiamente ni una cosa ni otra. Son, realmente, agrupaciones *sui generis*, con un indudable carácter cooperativo y social.
- La segunda posible causa es el afán recaudatorio que se viene agudizando día a día en los órganos fiscales y que rompe por los sitios donde se espera menor resistencia, afectando principalmente a los sectores menos sospechosos de contestación conflictiva, tal como ha ocurrido hasta ahora, por desgracia, con los hombres del campo. En algún impuesto concreto —como el de Transmisiones Patrimoniales, esto se ha agudizado por el hecho de pasar las competencias en su liquidación y gestión desde órga-

nos netamente jurídicos a otros más bien inspectores y recaudatorios.

- Y otro motivo no despreciable podría ser el desprendimiento del Estado en favor de las Comunidades Autónomas de diversos tributos que nos afectan, pues en los organismos regionales quizá se manifiesta con mayor avidez el deseo de aumentar las recaudaciones fiscales.

Sean estas u otras las causas, o más bien los pretextos, ahí están los efectos: Las agrupaciones menos potentes económicamente, muchas de las cuales tienen un carácter modesto y casi familiar, las que más atención y apoyo merecen, se ven afectadas, por el contrario, por una discriminación injustificada, tan sólo porque se les ha puesto el rótulo de «sociedades» y no el de cooperativas.

Y esta es la razón de ser de nuestro trabajo, en el que intentamos poner de relieve, sobre todo, dos puntos fundamentales: 1

1.º Que los agricultores se agrupan por pura necesidad, para salir adelante, y más ahora en que es preciso para hacer frente a la competencia de los demás países de Europa.

Y 2.º Que hay una paridad esencial entre nuestras Sociedades Agrarias de Transformación y las cooperativas en cuanto a su naturaleza y fines.

Como consecuencia, entendemos que no debe romperse ahora la igualdad fiscal desde siempre reconocida como aplicable a ambas figuras.

Todo ello queremos razonarlo con argumentos legales y lógicos, que cuentan, además, con el apoyo decisivo de la interpretación favorable de los Tribunales. Son ellos, y sólo ellos, los que, al aplicar las leyes, nos dicen cuál es el recto sentido en el que debemos entenderlas.

II. LA AGRICULTURA ASOCIATIVA COMO REMEDIO

Que el campo constituye un «mal negocio» de siempre, y más en tiempos de crisis, no es un secreto para nadie. Y menos debería serlo para quienes tienen en sus manos en algún modo la responsabilidad de una política económica y fiscal que, según se lleve, puede influir de manera decisiva en el ir tirando o en la ruina total de nuestras tierras.

Es preciso levantar la precaria situación de los agricultores y ganaderos que continúan aferrados al campo, proporcionándoles los mejores cauces y evitándoles cargas sofocantes. Ante estos admirables hombres, que proporcionan nada menos que los alimentos básicos para vivir, es

preciso orientar la política fiscal con un mínimo sentido social y económico. Con ello, además de obtenerse una mejor distribución de la riqueza, el impuesto puede ser un poderoso cauce estimulante de este sector tan deprimido.

A) LA NECESIDAD DE AGRUPARSE

Nuestra agricultura tiene unos costes en enorme alza, los precios de sus productos permanecen prácticamente inmóviles y las cargas fiscales son cada vez más asfixiantes. Por ello merecen, al menos, el calificativo de ignorantes quienes piensan que las sociedades agrarias obtienen saneados lucros y por ello no merecen tratos fiscales favorables. La verdad es que, muy al contrario, la agricultura de grupo constituye una pura necesidad que trata de evitar el ahogo de nuestras modestas empresas agrarias.

En 1976 se celebraron en Zaragoza-Jaca unas Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario, en las que especialistas de varios países estudiaron los problemas de la agricultura de grupo. Allí se expusieron las causas de esta necesidad de asociación de las empresas agrarias (1).

— Como causas sociológicas se señalan el éxodo rural que origina falta de mano de obra y envejecimiento de la población agraria, el deseo de elevar el nivel de vida al comparar el de sus paisanos emigrados, el hecho de que la agrupación simplifica el trabajo y las mayores posibilidades para una adecuada promoción social.

— Como causas económicas, la razón fundamental de la asociación es que abarata los costes al conseguir unidades agrarias más rentables y especializadas, con posibilidad de acceder a asesoramientos jurídicos, contables y agronómicos, que de otro modo serían impensables. Igualmente cabe decir que la agrupación es indispensable para que los agricultores puedan transformar y comercializar adecuadamente sus productos.

— Como causas políticas, la agricultura de grupo es un instrumento idóneo para obtener las mejores estructuraciones de la empresa agraria y de la tierra, aptas para una agricultura a nivel de integración europea (2).

(1) Las ponencias y comunicaciones se han recogido en un libro, con el mismo título de las Jornadas, editado por la Universidad de Los Andes, Mérida (Venezuela), año 1977.

(2) Puede verse especialmente el artículo titulado «La agricultura asociativa en la estructura jurídica de la empresa», de MARÍA AMPARO LLOMPART BOSCH, comunicación presentada a las Jornadas citadas en la nota anterior, págs. 221 y ss. del libro dicho.

Y aquí hemos llegado al reto inaplazable que se nos presenta con esta incorporación. Si no queremos que Europa nos arrolle, no podemos seguir con una economía agraria de simple subsistencia, sino que hemos de hacerla competitiva para poder acudir a los mercados internacionales que, al menos en teoría, se nos puedan abrir.

Ya no nos vale el simple concepto de explotación viable que nos proporcione tan sólo una renta familiar suficiente. Bien estarán las explotaciones familiares, con tal que se agrupen y formen unidades competitivas hacia el exterior. Ahora sí que es necesario e ineludible el asociacionismo agrario; es preciso comprender que todas las ayudas serán pocas y que deben apartarse los obstáculos. Ahora es cuando hay que olvidar toda manía recaudatoria y saber que el impuesto, debidamente aplicado, es un poderoso medio para encauzar y promover la riqueza en favor de las necesidades más inaplazables y perentorias.

B) FIGURAS ASOCIATIVAS POSIBLES

La amplitud sociológica y jurídica del tema es desbordante (3). A los efectos de enfocar el aspecto fiscal, nos limitamos a señalar las más comunes entre las diversas formas posibles de explotaciones colectivas, pues son muchísimas las que se dan en la realidad.

Consideremos:

1. La comunidad municipal o parroquial que históricamente se ha concretado en aprovechamientos comunales de montes y pastos. Tiene como base una comunidad de vecindad, normalmente unida por fuertes sentimientos religiosos. Las leyes fiscales no las contemplan usualmente.

2. La comunidad familiar, basada en la casa, que consigue una mayor productividad al evitar los inconvenientes de la partición hereditaria. Tan sólo en el Impuesto de Sucesiones tiene alguna particularidad.

3. La simple asociación de miras prácticas, nacida del documento privado y las más de las veces verbalmente. Son acuerdos de colaboración, que se detectan con frecuencia en el mundo rural, sin personalidad jurídica y, por tanto, sin repercusiones fiscales.

(3) Entre otros, pueden consultarse: JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: «Formas jurídicas de la agricultura de grupo», en su libro *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, 1972, págs. 111 a 117; FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ: *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1966; ALBERTO BALLARÍN MARCIAL en *Derecho Agrario*, Madrid, 1965, pág. 318, y «La empresa asociativa y comunitaria», en *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975, página 325, y JUAN JOSÉ SANZ JARQUE en *Derecho Agrario*, Madrid, 1975, pág. 213.

4. Las verdaderas sociedades civiles o mercantiles, regidas por los respectivos Códigos o normas forales en su caso. No son muy frecuentes en el campo, pues si en tiempos tenían la ventaja fiscal de que las aportaciones sufrían un tipo impositivo menor que la venta en inmuebles, esta ventaja queda hoy neutralizada por el elevado tipo del Impuesto de Sociedades, insoportable prácticamente para la empresa agraria.

5. La cooperativa, que constituye actualmente el instrumento preferido por el legislador para llevar adelante la agricultura de grupo, gozando del mejor trato fiscal por el momento, en atención a sus fines; regida, como se sabe, por la Ley de 19 de diciembre de 1974.

6. Las Sociedades Agrarias de Transformación, que especialmente nos interesan y que ahora estudiamos.

C) LAS SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACIÓN Y SUS ANTECEDENTES

Aunque hay otros más lejanos en el asociacionismo rural, el precedente más inmediato de las Sociedades Agrarias de Transformación lo tenemos en los llamados Grupos Sindicales de Colonización, que fueron reconocidos legalmente por la Ley de Colonización de Interés Local de 1940. Su nacimiento respondió a la necesidad de dar vida a agrupaciones de agricultores que se constituirían con finalidades concretas y que fueron objeto de varias reglamentaciones fragmentarias. Entre ellas estuvo la Orden del Ministerio de Agricultura de 5 de julio de 1941, aprobando el modelo de reglamento interno que, naturalmente, no vamos a estudiar por inaplicable, pero sí resaltar que se caracterizaba por una gran flexibilidad y una menor exigencia de requisitos personales y formales que las cooperativas. Ello permitía un fácil funcionamiento y trajo consigo una enorme proliferación de estos Grupos, toda vez que con menos trámites, que el labrador siempre considera engorrosos, gozaban de personalidad jurídica e iguales ventajas fiscales que las cooperativas.

La personalidad de los Grupos se reconoció expresamente por la Ley de Ordenación Rural de 1968 y, después, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 vino a confirmar la existencia y legalidad de estas agrupaciones y en todos los Registros de la Propiedad de España tenemos abundante constancia de su proliferación y funcionamiento. Está fuera de dudas que la figura caló hondamente en la realidad cotidiana de los hombres del campo, los cuales acudían a ella para cubrir sus necesidades asociativas.

La formal adscripción de estos Grupos a la Obra Sindical de Colonización hizo que, al desaparecer ésta por virtud de lo dispuesto en la Ley de Libertad Sindical de 1 de abril de 1977, se produjese un vacío

normativo que era urgente remediar, ya que las necesidades asociativas agrarias lo requerían sin demora. El Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, en su disposición adicional segunda, letra c), facultaba al Gobierno para «la regulación, adaptación y sistematización fiscal de los actuales Grupos Sindicales de Colonización que, con la denominación de Sociedades Agrarias de Transformación, tendrán plena personalidad jurídica».

En base a esta norma, de indudable rango legal, por Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, se aprobó el Estatuto de las Sociedades Agrarias de Transformación, cuyo artículo 1.º, aunque las define en principio como sociedades civiles, resalta a seguido las notas, que no deben olvidarse, de su finalidad económico-social y de su campo de actuación, ceñido tan sólo a la obtención, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras rurales y la prestación de servicios, precisamente comunes, ordenados a aquellos concretos fines. Pero, aun descollando el tinte social y agrarista y pese a omitirse en su definición el pretendido ánimo de lucro, se nos ha hecho un flaco servicio al calificar a estas agrupaciones, con la secuela gravosa que ello puede proporcionar, de sociedades civiles.

III. TRIBUTACION DE LA AGRICULTURA ASOCIATIVA

A) PRECEDENTES

Aunque genéricamente podría encontrarse algún atisbo normativo a finales del siglo pasado respecto a cooperativas obreras, es realmente la Ley de 28 de enero de 1906 la primera que de un modo orgánico y completo centra su atención en reconocer un sistema fiscal especial en beneficio de los entonces llamados «Sindicatos Agrícolas».

Producto de un ambiente creado y mantenido animosamente desde el campo católico, estos sindicatos, dedicados a la defensa de sus intereses agrícolas comunes, llegaron a tener una importancia notable, consiguiendo con esta regulación un arranque estimable y ventajoso que ha servido de base para desenvolvimientos posteriores. La Ley, que «reconoce a los sindicatos agrícolas la capacidad jurídica que determina el artículo 38 del Código Civil», es, sin embargo, mejor conocida por el nombre de «Ley de Exenciones», pues esta fue en verdad su consecuencia más importante. El artículo 6.º declaraba exentos de los entonces vigentes impuestos del timbre y derechos reales la constitución, modificación, unión o disolución de sindicatos agrícolas, así como los actos o contratos en que éstos intervinieran como parte, siempre que tuvieran por objeto directo cumplir, según los respectivos estatutos, algunos

de los fines sociales que en el artículo 1.º de la propia Ley se enumeraban.

Aunque la Ley de Exenciones fue formalmente derogada por la Sindical de 1941, ésta se cuidó de dejar a salvo expresamente «los beneficios atribuidos a los sindicatos agrícolas por la Ley de 28 de enero de 1906», de los cuales podrán seguir gozando, cosa que sucedió siempre de modo efectivo en la realidad.

La Ley de Cooperativas de 1942, iniciando un trato paralelo e igual para todas las agrupaciones agrarias, dedicó a este punto el artículo 31, que decía: «Las sociedades cooperativas seguirán disfrutando de los beneficios de orden fiscal y exenciones de cualquier clase que tuvieren concedidas a la publicación de esta Ley, así como los determinados en la Ley de 28 de enero de 1906 para los sindicatos agrícolas». Y el artículo 21 del Reglamento de Cooperación de 1943 afianza esa igualdad de trato al copiar casi al pie de la letra el veterano artículo 6.º de la Ley de Exenciones a sindicatos como aplicable a las cooperativas.

La Orden del Ministerio de Hacienda de 27 de enero de 1948, determinando el alcance de las exenciones tributarias *en favor de sindicatos agrícolas y demás instituciones de carácter cooperativo*, así literalmente, reafirmó esa equiparación total y sin discusiones.

Por Decreto de 9 de abril de 1954 se aprueba el Estatuto Fiscal de las Cooperativas, que fue la primera disposición que reguló orgánicamente las normas sobre bonificaciones y exenciones fiscales de las figuras asociativas, señalando los requisitos y el alcance de la protección, lo que supuso un gran paso en aras de la claridad y la sistematización. Para evitar toda duda, por Decreto de 17 de diciembre de 1959, se dispuso que las normas de dicho Estatuto eran plenamente aplicables a los Grupos Sindicales de Colonización.

B) NORMAS VIGENTES

Tanto el expreso mandato de la Ley de Reforma Tributaria como la publicación subsiguiente de varios textos refundidos de los diversos impuestos hicieron necesaria la aparición de una nueva normativa especial. Por Decreto 888/1969, de 9 de mayo, se promulgó el vigente Estatuto Fiscal de las Cooperativas que introduce algunas modificaciones respecto al anterior, en cuanto a las condiciones exigidas para la protección fiscal. Dicho Estatuto precisa y enumera los beneficios fiscales de estas asociaciones.

Por Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, se declara de aplicación a los Grupos Sindicales de Colonización, *constituídos para los mismos*

finés que caracterizan a las cooperativas del campo, los preceptos contenidos en el Decreto 888 de 1969, en idénticos términos y límites (art. 1.º).

Hemos dicho que el Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de julio, confirió al Gobierno la facultad de regular, adaptar y sistematizar fiscalmente las normas antes aplicables a los Grupos que pasan a llamarse Sociedades Agrarias de Transformación. En ejecución de esta autorización, que tiene un rango legal indiscutible, se regulan estas asociaciones por el Real Decreto de 1981, el cual en su disposición final establece literalmente: «Las Sociedades Agrarias de Transformación *continuarán* disfrutando de las exenciones fiscales y beneficios de cualquier clase actualmente reconocido, sin perjuicio de las que, como sociedades de Derecho común, pudieran serles aplicables».

C) REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN FISCAL

La normativa es tan clara, armónica y escalonada que no dudamos en ningún caso de la equiparación total a efectos fiscales entre cooperativas y Sociedades Agrarias de Transformación y por ello tomamos los requisitos, naturalmente, del Estatuto de 1969.

Este clasifica las asociaciones a los efectos fiscales en protegidas y no protegidas. Para la protección deben cumplir las siguientes condiciones:

a) *Personales y reales.*—Son condiciones:

1.º Según el artículo 6.º, que asocien para los fines propios de estas entidades a agricultores y ganaderos, siempre que no exceda de 125.000 pesetas la riqueza imponible por la Contribución Rústica de las fincas o explotaciones agrícolas o ganaderas que cultive o explote cada asociado dentro del contorno geográfico a que se extienda estatutariamente la actividad cooperativa (4). Excepcionalmente se admitirá la concurrencia de otros asociados cuya riqueza imponible sea superior a la indicada, siempre que el número de éstos no exceda del 5 por 100 del total de socios y además la riqueza imponible correspondiente a los mismos no sume en su conjunto más del 25 por 100 del total correspondiente a todos los cooperativistas. Para el caso de alteraciones de la riqueza imponible, superiores al 15 por 100 de las existentes, derivadas de revisiones de carácter general, se prevé la posibilidad de modificar las cifras señaladas.

2.º Que no se den las causas de pérdida de los beneficios que se señalan en el artículo 8.º, tal como que la asociación adquiera materias

(4) Las cifras de riqueza imponible son realmente exiguas.

o productos pertenecientes a personas extrañas para cederlas a terceros, con o sin transformación, así como cuando los productos agrícolas o ganaderos aportados por los socios sean objeto de algún proceso industrial antes de su venta. Se considerarán dentro del régimen de protección fiscal las operaciones de conservación y preparación para la venta de los productos agrícolas o ganaderos en su estado natural o aquellas otras operaciones que sólo impliquen una simple transformación primaria, así como el envasado para la venta en los mercados. A título enunciativo, el Estatuto enumera algunas operaciones de transformación primaria respecto a siete grupos de productos. Por el contrario, no se consideran de transformación primaria aquellas operaciones en las que las primeras materias para la obtención de los productos subsiguientes fueran los resultantes de alguna de las transformaciones consideradas como primarias.

b) *Formales*.—El artículo 2.º del Estatuto Fiscal impone a todas las asociaciones, protegidas o no, la obligación de comunicar su constitución a la Delegación de Hacienda de su domicilio en el plazo de tres meses desde su inscripción en el Registro especial, acompañando una copia de sus estatutos y de su aprobación. Además, deben formular, según el artículo 3.º, en los plazos reglamentarios, las declaraciones previstas en las normas reguladoras de cada tributo.

El disfrute de las exenciones y bonificaciones se entiende concedido de pleno derecho y, por tanto, las asociaciones protegidas, según el artículo 12, disfrutarán automáticamente de los beneficios fiscales, sin que sea necesaria ninguna resolución ni declaración administrativa individualizada del reconocimiento del disfrute de tales beneficios. No obstante, en los Impuestos de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la declaración de las exenciones que procedan se harán en cada caso por la Oficina Liquidadora competente ante la cual se hayan presentado los correspondientes documentos.

IV. LA EQUIPARACION DE LAS COOPERATIVAS Y LAS SAT

A) DIFERENCIAS Y ANALOGÍAS

Algunos, que parece andan buscando tres pies al gato, quieren decirnos que estas dos figuras asociativas tienen las diferencias suficientes como para que sea imposible su equiparación fiscal.

Así, dicen, las Sociedades Agrarias de Transformación son sociedades civiles y las cooperativas no lo son. Con que lean sus respectivas normas reguladoras, verán que el artículo 1.º de ambas les da un trato

idéntico casi literalmente: a las dos se las configura como «sociedades con finalidad económico-social». No precisamos entrar en análisis profundos; sólo basta con decir que ambas asociaciones son definidas en sus normas reguladoras con las mismas palabras. Los argumentos adversos carecen de base.

Otros dicen que en las Sociedades Agrarias de Transformación hay ánimo de lucro y que éste falta en las cooperativas. El argumento es pueril: el lucro no sólo existe cuando se buscan ganancias, sino también cuando se procura aminorar los gastos y esto se da en las cooperativas también. Además, quien conozca el nivel económico de nuestros campos sabe muy bien que en la mayoría de los casos los agricultores y ganaderos se agrupan por pura necesidad, para no perder; lo de ganar, en sentido financiero y mercantil, a veces les queda demasiado lejos, por desgracia.

Tampoco son fundamentales otras diferencias que se quieren apuntar, como:

- Número mínimo de socios, siete en las cooperativas y tres en las Sociedades Agrarias de Transformación, precisamente en atención al carácter modesto y cuasifamiliar de estas últimas.
- Que en las cooperativas sean obligatorios los fondos de reserva y obras sociales y no lo sean en las Sociedades Agrarias de Transformación, lo que no quita para que se incluyan en los estatutos de estas últimas, donde es frecuente encontrar regulados estos fondos.
- Que el principio «un hombre, un voto» de las cooperativas puede ser alterado en las Sociedades Agrarias de Transformación al admitirse el voto proporcional a las aportaciones, lo cual tampoco significa que se rompa la finalidad económico-social que es la prevalente en ambas asociaciones.
- La competencia de inscripción, tutela y asesoramiento de las Sociedades Agrarias de Transformación corresponde al Instituto de Relaciones Agrarias del Ministerio de Agricultura, mientras que en las cooperativas se atribuye a la Dirección General de Cooperación del Ministerio de Trabajo; pero esta es una diferencia puramente administrativa, de ventanilla, que no está muy justificada, por cierto.

Bien se ve que, más que diferencias, se trata sólo de simples facetas que no estorban para nada su equiparación en lo fundamental, que es lo que vamos a ver.

Porque sí son datos esenciales, sobre todo a la hora de justificar un igual trato fiscal, los hechos de que tanto las cooperativas como las Sociedades Agrarias de Transformación sirven a la agricultura de grupo y tienen unos fines económico-sociales idénticos. No hay más que compararlos.

El artículo 97 del Reglamento de Cooperativas de 16 de noviembre de 1978 considera como fines de las cooperativas del campo la adquisición de animales, maquinaria, bienes en general y terrenos destinados a la agricultura, ganadería o bosques, construcción de obras e instalaciones a estos efectos y además conservar, producir, transformar, distribuir, transportar y vender los productos de sus explotaciones, en una enumeración detalladísima, que culmina con la letra f), que contiene un auténtico *numerus apertus*, al decir que se incluyen cualesquiera otros fines que sean propios de la actividad agraria o sean antecedente, complemento o consecuencia directa de la misma.

Estos fines económico-sociales son idénticos a los señalados para las Sociedades Agrarias de Transformación en el artículo 1.º de su Decreto regulador, o sea: «La producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad».

Ante la identidad de finalidades que acabamos de ver, opina el Notario FRANCISCO CUENCA ANAYA (5) que, dada la norma básica del Decreto de 21 de mayo de 1970, parece fuera de duda la aplicación del Estatuto Fiscal a las Sociedades Agrarias de Transformación constituidas «para los mismos fines que caracterizan a las cooperativas del campo», según se establece expresamente. De no ser constituidas para estos fines, que les son de esencia, no podrían obtener la calificación favorable y, por lo tanto, no podrían ingresar en el Registro especial creado en el Instituto de Relaciones Agrarias, con lo que no serían Sociedades Agrarias de Transformación, ya que la inscripción es constitutiva.

En definitiva, insistimos en que son mucho más decisivas las paridades que las diferencias. Estas no pasan de lo administrativo, mientras que las analogías son decisivas por haber una absoluta igualdad en la naturaleza y en la finalidad económico-social perseguida por ambas asociaciones.

(5) En su trabajo «Notas sobre el régimen fiscal de las S.A.T.», en la *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 124, julio-septiembre de 1983, págs. 49 y ss.

B) INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS VIGENTES

a) *Por la Administración*

No se trata de una interpretación general, ya que hasta ahora no hubo duda en los órganos y Oficinas Liquidadoras sobre la paridad fiscal de cooperativas y Sociedades Agrarias de Transformación, pero conocemos dos documentos bastante dubitativos sobre el particular, de fechas relativamente recientes y queremos resumirlos en lo fundamental.

1. *Informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 20 de abril de 1983.*—No es de carácter vinculante y se emite a instancias de la Dirección General de Tributos (6). Partiendo de la autorización dada al Gobierno por el Real Decreto-ley 31 de 1977, de 2 de junio, se dicta el Real Decreto de 3 de agosto de 1981 que regula las Sociedades Agrarias de Transformación, en cuya disposición final segunda se declara que las mismas seguirán disfrutando de las exenciones fiscales y beneficios de cualquier clase actualmente reconocidos. El informe dice a seguido que es dudoso que dicho Real Decreto tenga valor de Ley (!), por lo que ha de entenderse que forma parte de nuestro ordenamiento como simple norma de carácter reglamentario, *pero de aplicación obligatoria, por no haber sido declarada nunca su eventual ilegalidad*. Entiende el informe que la disposición final segunda del Real Decreto de 1981 ha de calificarse como una simple norma de reenvío que por sí sola no atribuye beneficio fiscal alguno; de ahí que haya que analizar la regulación de cada impuesto para determinar o no la existencia de beneficios fiscales. En el informe que estamos resumiendo no se considera aceptable la equiparación total de las Sociedades Agrarias de Transformación con las cooperativas y destaca como diferencias la de que si en la cooperativa puede no concurrir el ánimo de lucro, éste es esencial en las sociedades civiles, dentro de las cuales, siempre según su opinión, se encuentran las Sociedades Agrarias de Transformación, y, además, dice, el principio mutual quiebra en numerosos casos en las Sociedades Agrarias de Transformación, como se demuestra en el distinto régimen de distribuir pérdidas y ganancias y en el reparto del patrimonio en disolución.

En base a estas supuestas diferencias, se informa que haría falta una norma de rango legal que equipare las Sociedades Agrarias de Transformación a las cooperativas a efectos de tener un mismo régimen

(6) El texto íntegro se ha publicado en el *Boletín del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España*, núm. 206, noviembre de 1984, páginas 1232 y ss.

tributario, sin que dicha norma exista en la actualidad, pues se entiende que no está vigente el artículo 1.º del Decreto de 21 de mayo de 1970, que declaraba de aplicación a los Grupos Sindicales de Colonización los beneficios previstos para las cooperativas del campo (!).

Pese a este razonamiento de entrada, que se traduce en adversas consecuencias respecto a los impuestos que se estudian, en el apartado VII, último del informe, se da un giro espectacular y queda patente la poca seguridad que la Administración Fiscal tiene en sus afirmaciones. Así, en el expediente de la consulta remitida por la Dirección General de Tributos se pretende señalar la incongruencia que este organismo cree encontrar entre la disposición final segunda del Real Decreto de 1981 y las normas del Estatuto Fiscal, pues en tanto los Grupos y las Sociedades Agrarias de Transformación anteriores a dicho Real Decreto podían redactar sus reglamentos respetando el principio básico del reparto de los beneficios en proporción a las operaciones realizadas, las constituidas después habrán de distribuir forzosamente sus beneficios en proporción a las participaciones sociales, incumpliendo, por tanto, el artículo 7.º del Estatuto Fiscal. Esta circunstancia, según la Dirección General de Tributos, haría imposible aplicar los beneficios fiscales de las cooperativas a las Sociedades Agrarias de Transformación, por lo que entiende que sería nula la citada disposición final segunda y el propio Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas de 19 de octubre de 1981, que, en su artículo 34, A), 9.º, declara expresamente la exención de las ventas, transmisiones, entregas, arrendamientos, ejecución de obras y servicios que realicen las Sociedades Agrarias de Transformación.

Por el contrario, la Dirección General de lo Contencioso declara en su informe que, obviamente, no puede estar de acuerdo con la de Tributos en su conclusión de considerar nulas estas disposiciones favorables y dice que en el caso que nos ocupa, la asimilación fiscal se justifica en razón a la proximidad de la naturaleza jurídica de las entidades respectivas, por virtud de un mandato expreso que se extiende sólo al campo tributario. En consecuencia, se dice, el único requisito que en el futuro debe contrastar la Administración tributaria, para atribuir los beneficios fiscales que correspondan, es el de si las Sociedades Agrarias de Transformación se ajustan estrictamente a los preceptos de sus normas reguladoras, hoy constituidas por el tantas veces citado Real Decreto de 3 de agosto de 1981.

Termina el informe de la Dirección General de lo Contencioso, que se autocalifica de extenso y prolijo, expresando que «sería muy conveniente que en una próxima ley, que podría ser la futura sobre Régimen

Fiscal de las Cooperativas que se cita en la disposición transitoria cuarta de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se abordará la regulación tributaria integral de las Sociedades Agrarias de Transformación».

Y, sin decidirse claramente respecto a otros impuestos, da estas dos conclusiones concretas:

1.^a Que las Sociedades Agrarias de Transformación tienen los beneficios fiscales reconocidos en el artículo 34 del Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas de 19 de octubre de 1981 y en el artículo 10 del Texto refundido del Impuesto Industrial, referido este último a la cuota de licencia.

2.^a Que, excepcionalmente, y en los términos de la disposición transitoria tercera de la Ley, pueden tener derechos adquiridos en el Impuesto sobre Sociedades siempre que se trate de Grupos Sindicales o Sociedades Agrarias de Transformación constituidos con anterioridad a 1 de enero de 1979 y que hubieran disfrutado o debido disfrutar de beneficios en el Impuesto sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas.

2. *Pregunta formulada por el Senador don Juan Antonio Bolea Foradada al Gobierno (7).*—Tras resaltar la preocupación por el hecho de que algunos órganos de la Administración, con interpretaciones restrictivas, ponen en entredicho el antes generalmente admitido estatus fiscal de las Sociedades Agrarias de Transformación, el Senador citado formula la siguiente pregunta: «¿Queda, a juicio del Gobierno, perfectamente claro que las Sociedades Agrarias de Transformación tienen los mismos beneficios fiscales que las Cooperativas del Campo fiscalmente protegidas o, en otro caso, va a hacer uso de la facultad que le otorga la disposición final primera del Real Decreto de 3 de agosto de 1981, para interpretar o aclarar la disposición final segunda del mismo, concretando cuáles son las exenciones y beneficios fiscales a que la misma se refiere?» La contestación del Gobierno, firmada por el Secretario de Estado con fecha 23 de junio de 1984, viene a decir que la remisión del Decreto de 21 de mayo de 1970 al Estatuto Fiscal de las Cooperativas ha quedado derogada «en buena parte» en virtud de la reforma fiscal iniciada en 1978 por las nuevas leyes reguladoras de los distintos impuestos.

Respecto al Impuesto de Sociedades, dice que el respeto a los derechos adquiridos que la disposición transitoria tercera, 1, de la Ley 61/1978 consagra, hace que para aquellos grupos, constituidos oficialmente antes del 1 de enero de 1979, vinieren gozando de exención en el Im-

(7) *Vide Boletín del Senado*, núm. 206, noviembre 1984, pág. 1232.

puesto de Sociedades por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11, apartado III, del Estatuto de 9 de mayo de 1969, continúen disfrutando de la misma hasta finalizar el plazo de concesión o, en su caso, transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la reiterada Ley 61/1978.

En cambio, se contesta que las Sociedades Agrarias de Transformación no gozan de beneficio alguno en los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, porque, dice, esta figura no se recoge en su nueva ley reguladora. Ya veremos que el Tribunal Supremo opina precisamente lo contrario.

Al final, se reconoce un *mea culpa* y se hace una declaración de buenos propósitos al decir textualmente: «Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto y, conscientes de la situación transitoria que en esta parcela normativa atravesamos, se espera la aparición de una nueva Ley General Cooperativa, así como de una nueva Ley Fiscal que sustituya al Estatuto, en buena parte derogado, habrá que dictar las normas precisas que faciliten la adaptación de las Sociedades Agrarias de Transformación al régimen jurídico propio de las cooperativas del campo, en aquellos casos en que, efectivamente, la actividad realizada sea coincidente e idénticos los fines perseguidos, evitando así contradicciones normativas o la existencia de figuras dispares que dificulten la aplicación de un tratamiento tributario común en situaciones análogas». La confesión no puede ser más paladina.

b) *Por la jurisprudencia*

Aquí se reconoce de un modo tajante la equiparación de las Sociedades Agrarias de Transformación y las cooperativas, precisamente en materia del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Son dos las sentencias que conocemos y que vamos a resumir:

1. *Sentencia del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de marzo de 1976 (8)*.—Los hechos se concretan en que determinados hermanos, constituidos en Grupo Sindical de Colonización compraron una finca para explotación en común, solicitando en la escritura, otorgada en 1972, la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. La Oficina Liquidadora giró, a cargo del Grupo, una liquidación, que fue reclamada ante el Tribunal Provincial y éste desestimó, confirmando la liquidación positiva. Contra dicha resolución los interesados

(8) Se publicó íntegramente su texto en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 540, septiembre-octubre de 1980, págs. 1296 y ss.

interponen recurso de alzada, solicitando de nuevo que se aplique la exención.

El Tribunal Central estimó el recurso, anulando la liquidación por varios considerandos, en los que estudia extensamente toda la normativa anterior, que ahora no hace al caso. Recogemos los considerandos que interesan y que son los números 6 y 8:

«Considerando que, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 230, 6, de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 se elaboró y publicó un nuevo Estatuto Fiscal de las Entidades Cooperativas, mediante el Decreto de 9 de mayo de 1969, de cuya disposición son de destacar especialmente: 1.º El mantenimiento, en su artículo 1.º, de la clasificación, a efectos tributarios, de las Cooperativas protegidas y no protegidas. 2.º La definición de las Cooperativas protegidas del campo, en su artículo 6.º, a), y la enumeración de las condiciones que deberían reunir para disfrutar de los beneficios fiscales. 3.º El reconocimiento, en el artículo 11, de las exenciones otorgadas a las Cooperativas protegidas, tanto en favor de los actos de constitución, unión, modificación o disolución de tales entidades como en favor de los actos y contratos mediante los cuales adquieran bienes inmuebles o derechos, para sí o para sus asociados, siempre que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales y estatutarios y recaiga sobre ellas la obligación de satisfacer el impuesto».

«Considerando que respecto a los Grupos Sindicales de Colonización, el Decreto de 17 de diciembre de 1959 vino a ser derogado expresamente por el de 21 de mayo de 1970, de cuyo preámbulo se desprende que se dictó en calidad de adaptación del régimen fiscal de tales entidades a las normas de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, al amparo del artículo 230 de dicha norma legal, y con el propósito de concretar las normas tributarias y de procedimiento que afectaban a los mencionados Grupos Sindicales, una vez publicado el nuevo Estatuto Fiscal de las Cooperativas, y a tal fin dispone que serán aplicables a los Grupos Sindicales constituidos para los mismos fines que caracterizan a las Cooperativas del Campo los preceptos que para éstas contienen el Decreto de 9 de mayo de 1969, y que, por tanto, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones formales, como al procedimiento a seguir en toda clase de reclamaciones y recursos y alcance de los beneficios fiscales, se aplicarán las mismas normas, en idénticos términos y límites, establecidas en favor de las sociedades cooperativas en el expresado Decreto».

2. *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1984.*—Ha sido dictada recientemente y después del Real Decreto 1776 de 3 de

agosto de 1981, por lo que se refiere ya expresamente a las Sociedades Agrarias de Transformación. Es de la Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo y su Ponente fue el Magistrado excelentísimo señor don JOSÉ MARÍA RUIZ-JARABO FERRÁN.

El Tribunal Provincial de Zaragoza estimó, el 15 de febrero de 1982, la reclamación deducida por el Grupo Menor de Colonización número 17.717 contra liquidación practicada a su cargo por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, con motivo de la compra de un inmueble por el Grupo recurrente. Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado en nombre de la Hacienda Pública, el Tribunal Supremo lo desestima, confirmando la exención tributaria.

Aunque sean algo extensos los considerandos, los transcribimos en aras de recoger íntegramente la rotundidad de su doctrina:

«Considerando: Que como problema de fondo se cuestiona por el representante de la Administración apelante la aplicación al Grupo Menor de Colonización recurrente en la primera instancia, de los beneficios fiscales señalados en el artículo 65, 1, 5.º, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, a tenor del cual están exentas las adquisiciones de bienes inmuebles o derechos por las cooperativas protegidas, para sí o para sus asociados, siempre que tiendan al cumplimiento de sus fines sociales y estatutarios y recaiga sobre ellas la obligación de satisfacer el impuesto, beneficios también reconocidos en el artículo 11, I, b), del Estatuto Fiscal de las Cooperativas, aprobado por Decreto 888/1969, de 9 de mayo, alegándose por la aludida parte apelante, como motivo de oposición a la concesión de los beneficios indicados al Grupo de Colonización mencionado, el no haberse acreditado por éste la concurrencia en el mismo de las circunstancias determinantes de su condición de entidad «protegida», es decir, el no haberse probado su total equiparación a las cooperativas del campo a las que sí se reconocen los beneficios fiscales en cuestión.

Considerando: Que en contra de lo alegado por el Abogado del Estado y como acertadamente se destaca en la sentencia apelada, en el Grupo Menor de Colonización solicitante del beneficio fiscal estudiado, concurren las circunstancias que le hacen asimilable a las cooperativas del campo a los efectos de la obtención de dicho beneficio y, por ende, conforme se establece en el Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, le son aplicables los preceptos para aquéllas contenidos en el Decreto 888/1969. *sin que en la actualidad en la nueva normativa se haya establecido ningún tipo de innovación respecto del régimen anteriormente vigente en relación con los beneficios fiscales, según se deduce del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, regulador de las Sociedades Agrarias de*

Transformación, denominación que comprende los antiguos Grupos Sindicales de Colonización, asimilación la antes mencionada que resulta procedente en el presente supuesto, atendiendo al propio Reglamento de Grupo de Colonización sujeto activo del presente proceso, aprobado en el año 1977 por el Director Nacional de la Obra Sindical de Colonización, para la genérica actividad de 'explotación común de tierras y ganados', aunque sustancialmente su actividad sea ganadera, Grupo de Colonización en el que concurren los requisitos o condiciones exigidos en el Decreto 888/1969 para la aplicación de la exención cuestionada, en cuanto se refiere a la adquisición de una finca precisamente para el desarrollo de los fines sociales y estatutarios de dicho Grupo, adquisición a la que indebidamente se le denegó, sin embargo, por la Administración Tributaria, la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales expresamente solicitada al presentar el documento público correspondiente a dicha adquisición, en resolución revocada en la sentencia apelada, lo que es jurídicamente correcto, toda vez que, si en el artículo 12 del precitado Decreto de 9 de mayo de 1969, se establece que el disfrute de las exenciones fiscales nace de pleno derecho, siempre que se den en las cooperativas las circunstancias determinantes de su condición de «protegidas», al Grupo de Colonización solicitante de la exención debe reconocérsele la indicada condición de entidad «protegida», tal como se deduce del cumplimiento en la misma de los requisitos exigidos en el Decreto 888/1969, por cuanto adquirió la finca cuya adquisición es objeto de este proceso, tal como ya establecimos anteriormente, para los fines sociales y estatutarios de dicho Grupo y porque, además, la base imponible de cada asociado del aludido Grupo de Colonización no alcanza el límite de 125.000 pesetas reglamentariamente establecido, en cuanto a la Contribución Rústica, en el artículo 6.º del Decreto mencionado, circunstancias igualmente destacadas en su efectivo cumplimiento en la sentencia apelada, lo que determina la procedencia de conceder a la entidad recurrente en la primera instancia los beneficios fiscales a que venimos aludiendo».

La doctrina jurisprudencial no puede ser más clara y contundente respecto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y no tenemos duda que igual sería si se planteasen cuestiones respecto a los demás beneficios fiscales, con equiparación total entre Cooperativas y Sociedades Agrarias de Transformación.

C) UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DECISIVA

No tenemos que aclarar que entre las dos diversas interpretaciones administrativa y jurisprudencial, que hemos reseñado, nos quedamos con la última, no sólo por su mayor eficacia y valor práctico, sino porque es la postura más irreprochable y sensata.

Dentro de la interpretación puramente científica, todos sabemos que la doctrina tradicionalmente admitida acude, para conocer el verdadero sentido de las normas, a los clásicos elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático. A lo largo de nuestra exposición han ido quedando claros los argumentos favorables a una equiparación entre las cooperativas y las Sociedades Agrarias de Transformación en materia de beneficios fiscales en razón a la existencia de unas normas que arrancan de una categoría legal originaria, en las que además de literalmente, con toda lógica, se reconoce dicho trato fiscal favorable por igual a ambas asociaciones. Estos elementos literal y lógico quedan tan patentes que incluso la propia Administración, como hemos visto, admite que el Decreto de 1970, reafirmado por el Real Decreto de 1981, es de aplicación obligatoria, por formar parte de nuestro ordenamiento vigente y no haber sido declarada nunca su ilegalidad.

Lo mismo nos dice el criterio histórico. Arrancando desde la Ley de Exenciones de 1906, pasamos a la Ley de Bases de Colonización Interior de 26 de diciembre de 1939, que en su artículo 35 reconocía reducciones fiscales a las «entidades colonizadoras» en general. Después hemos visto que todas las disposiciones siguientes, incluyendo la Ley de Reforma Tributaria de 1964, han concedido, indistintamente, junto a las cooperativas, bonificaciones a las agrupaciones societarias constituidas para el cumplimiento de los mismos fines económico-sociales.

Pero hay más. El artículo 3.º del Código Civil de general aplicación, nos da las pautas precisas al decir que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Esta pauta legal constituye un indudable acierto, a juicio del Profesor ALBALADEJO (10), pues el elemento sociológico es el criterio principal que debe presidir cualquier tarea interpretativa, para atribuir a las normas el sentido postulado por la realidad social del tiempo en que se actúa.

Todo el conjunto sistemático de elementos interpretativos y en especial este factor sociológico lo consideramos decisivo, pues nos confirma

(10) En su obra *Derecho civil*, vol. I, Barcelona, 1983, pág. 167.

en la opinión de que no hay motivos para romper la equiparación fiscal entre cooperativas y Sociedades Agrarias de Transformación que hasta ahora se ha venido reconociendo generalmente.

Ante el ingreso en la Comunidad Económica Europea, la agricultura de grupo, que ya era muy conveniente a los intereses de la economía nacional, se hace imprescindible y necesaria y este factor sociológico debe disipar toda duda.

Los agricultores participan en la generación de riqueza en la fase primaria o de producción, porque hasta ahí llegan fácilmente, por muy modestos que sean. Pero para salir de esa fase de simple subsistencia a la de competencia y apertura de mercados necesitan costosos elementos, como semillas selectas, fertilizantes, maquinaria especializada, energía cada vez más cara, créditos y otros elementos que resultan inalcanzables para economías individuales.

No se nos diga, por favor, que si hay o no ánimo de lucro; más bien se trata de afrontar unas realidades del mercado, paliando pérdidas y evitando ahogos. No hay un deseo de atesorar riquezas, sino de la absoluta necesidad de agruparse, ya sea en cooperativas o en Sociedades Agrarias de Transformación, según la forma que mejor se adapte, para que los agricultores y ganaderos puedan transformar y comercializar sus productos sin que pasen a otros sectores las plusvalías que generan. Como dice CUENCA ANAYA(11), este es el gran problema, el drama de dimensión mundial con que se enfrenta la agricultura; por ello deben protegerse sin paliativos las formas asociativas que permitan a los modestos agricultores aislados unir sus esfuerzos. La política de protección a la agricultura de grupo, afirmada constantemente en textos y declaraciones, según los cuales las Sociedades Agrarias de Transformación están protegidas en los aspectos fiscales y crediticios, debe ser realmente tenida en cuenta como criterio de interpretación decisivo, elevando a la categoría normativa esa *communis opinio* que es un auténtico uso social con valor de fuente jurídica.

V. BENEFICIOS ACTUALES DE LAS SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACIÓN

Considerando básica, según el propio Tribunal Supremo y lo que llevamos dicho, la remisión del Decreto de 21 de mayo de 1970 a los preceptos del Estatuto Fiscal de las Cooperativas, entendemos que las Sociedades Agrarias de Transformación protegidas gozan de sus mismos

(11) En su trabajo citado en la nota 5.

beneficios. Los vamos a señalar, poniendo en relación el artículo 11 de dicho Estatuto con las normas contenidas en las nuevas leyes reguladoras de los distintos impuestos que nos afectan.

A) IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Está regulado por el Texto Refundido de 21 de junio de 1980 y su Reglamento es de 29 de diciembre de 1981. En el apartado B) del artículo 48 de la Ley, en su número 12, se consideran exentas: «La constitución, aumento de capital y fusión de las cooperativas fiscalmente protegidas, con arreglo a su legislación específica, y la adquisición por éstas de bienes o derechos que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales». No habremos de insistir en que también deben entenderse beneficiadas las Sociedades Agrarias de Transformación protegidas, de acuerdo con la equiparación del Decreto de 21 de mayo de 1970.

La Junta Consultiva del Régimen Fiscal de Cooperativas, en Acuerdo de 5 de febrero de 1980, explica que esta exención se basa en los beneficios sociales que comportan estas asociaciones que no persiguen un fin privado (12).

Señalemos que el Estatuto Fiscal consideraba también exenta la extinción de estas asociaciones, mientras que tal acto no se incluye en la nueva Ley del Impuesto, por lo cual se ha de considerar actualmente sujeto.

B) IMPUESTO DE SOCIEDADES

Se rige actualmente por la Ley de 27 de diciembre de 1978, cuya disposición final tercera deroga todas las normas legales y reglamentarias que hasta entonces habían regulado este impuesto, por lo que debemos entender sin valor lo dispuesto en los artículos 11 y 14 del Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 1969. Ahora bien, la Ley de este Impuesto concede un trato especial nuevo a las cooperativas que creemos debe aplicarse a las Sociedades Agrarias de Transformación en virtud del criterio de asimilación que defendemos. Consiste en la bonificación del 50 por 100 de la cuota que establece el artículo 25, 3.º, a), respecto a la parte de ingresos que correspondan a los rendimientos de las explotaciones.

(12) Puede verse en el libro de LUIS ESTEBAN: *Las cooperativas y su régimen tributario*, citado por JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ en *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales*, libro editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1985, pág. 486

La cuestión surge al señalar cuál es el tipo sobre el que ha de aplicarse esta bonificación. En la Ley de Presupuestos para 1985 se establece un tipo del 35 por 100 como general para las sociedades y hay quienes creen que sobre este 35 por 100 se debe hacer la bonificación dicha del 50 por 100 (13).

Puesto que la disposición final segunda del Decreto 1776/1981, regulador de las Sociedades Agrarias de Transformación, dice que éstas «continuarán» disfrutando de los beneficios que tuvieran, aceptamos la opinión de CUENCA ANAYA de que el tipo básico para aplicar la bonificación debe ser el del 18 por 100, que es el de las cooperativas; o sea, que las protegidas deben pagar, en definitiva, el tipo del 9 por 100.

Señalamos, además, a título transitorio, que, según la disposición tercera de la Ley reguladora del Impuesto de Sociedades, las Sociedades Agrarias de Transformación protegidas, constituidas antes de su entrada en vigor, han podido seguir gozando de la exención total del impuesto hasta el 1 de enero de 1984, o sea, cinco años después del comienzo de la vigencia de esta Ley.

C) IMPUESTO GENERAL SOBRE EL TRÁFICO DE LAS EMPRESAS

El nuevo Reglamento, aprobado por Real Decreto 2609/1981, de 18 de octubre, menciona de modo expreso a las Sociedades Agrarias de Transformación, al declarar operaciones exentas, en el número 9 de su artículo 34, «las ventas, transmisiones, entregas, arrendamientos, ejecuciones de obras y servicios que celebren las cooperativas fiscalmente protegidas entre sí o con sus miembros. Esta exención no alcanza a las operaciones celebradas con personas que no sean miembros de las cooperativas, ni tampoco a las importaciones. Tienen la naturaleza de cooperativas fiscalmente protegidas, a los efectos anteriormente indicados, las enumeradas en el artículo 6.º del Estatuto Fiscal de las Cooperativas, promulgado por Decreto 888/1969, de 9 de mayo, y en los artículos 1.º y 3.º del Real Decreto 1855/1978, de 29 de junio, que no hayan perdido esta condición por haber incurrido en alguna de las causas generales o especiales de pérdida de los beneficios fiscales, que se enumeran en los artículos 7.º, 8.º y 9.º del mencionado Estatuto. La exención será aplicable a las operaciones que realicen las Sociedades Agrarias de Transformación fiscalmente protegidas con sus miembros».

(13) Esta es la opinión de CARMEN BOTELLA GARCÍA LASTRA, Inspectora Financiera y Tributaria, en su trabajo «Problemas derivados de la tributación de los antiguos Grupos Sindicales de Colonización y Sociedades Agrarias de Transformación», en *Crónica Tributaria*.

CUENCA ANAYA, en su trabajo tan citado, resalta que este precepto tiene un especial interés por lo siguiente:

1.º Es la única norma fiscal que contiene una referencia expresa y precisa a las Sociedades Agrarias de Transformación. Es natural, puesto que las demás normas que tratan el tema son anteriores a esta denominación.

2.º Usa claramente la expresión «Sociedades Agrarias de Transformación fiscalmente protegidas».

3.º Al contenerse esta referencia en el mismo párrafo donde se fijan las condiciones para la protección fiscal de las cooperativas, parece evidente que las Sociedades Agrarias de Transformación deberán reunir las mismas condiciones para merecer este título favorable.

4.º Al ser el Reglamento del Impuesto General del Tráfico de Empresas (19 de octubre de 1981) posterior al Real Decreto regulador de las Sociedades Agrarias de Transformación (3 de agosto del mismo año), puede generalizarse su criterio de equiparar las Sociedades Agrarias de Transformación con las cooperativas y aplicarse a otros impuestos, considerando este reconocimiento como una especie de interpretación auténtica de la legislación anterior que reconocía la igualdad sin reserva alguna.

D) IMPUESTO INDUSTRIAL

Tal como reconoce expresamente el informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, que antes hemos resumido, el artículo 10 del Texto Refundido de Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales menciona a las sociedades cooperativas fiscalmente protegidas y las entidades que, a efectos tributarios, estén equiparadas a ellas. Y esta norma está vigente, ya que sólo se derogó expresamente por la Ley de 8 de septiembre de 1978 la parte correspondiente a la cuota por beneficios del Impuesto Industrial. Y, por tanto, esta derogación no afecta a la bonificación del 95 por 100 reconocida en el citado artículo 10 para la Licencia Fiscal, sin que tampoco sea trascendente el cambio de naturaleza operado en el tributo, que ha pasado a ser un tributo local de carácter real por imperativo de la Ley antes citada.

Si la misma Administración lo reconoce de modo expreso, no hay ningún problema en este punto.

E) IMPUESTOS MUNICIPALES Y PROVINCIALES

El último párrafo del artículo 11 del Estatuto Fiscal, tan citado, hace una referencia general al establecer que «las exenciones y bonificaciones citadas alcanzarán, en su caso, a los recargos provinciales y municipales».

De aquí se colige que es lógico que si el Estado concede beneficios fiscales en sus impuestos, el trato favorable se extienda a las participaciones que en cada uno de ellos correspondan a la provincia o municipio donde radique la explotación agraria «protegida» y con el mismo alcance.

En cambio, no contiene el Estatuto ninguna exención o bonificación respecto a los tributos esencialmente provinciales o municipales, cuya importancia puede a veces ser estimable. También carece de disposiciones de este tenor la recientísima Ley de Bases del Régimen Local de 1985, aunque, naturalmente, tampoco prohíbe que estas entidades puedan acordarlas si lo consideran conveniente. En consecuencia, aunque no sea esto frecuente, conviene estudiar las correspondientes ordenanzas fiscales de ámbito local por si existiese algún beneficio aprovechable.

IV. PERSPECTIVAS

A) EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Aún es pronto para saber cómo repercutirá este nuevo impuesto en nuestras agrupaciones agrarias y no tenemos más elemento de juicio que un borrador de anteproyecto, el cual, por supuesto, puede sufrir múltiples modificaciones hasta convertirse en ley (14).

El nuevo impuesto, que parece puede empezar a aplicarse a partir del 1 de enero de 1986, supone una reordenación de la imposición indirecta de nuestro sistema tributario, absorbiendo principalmente el actual Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas, pero dejaría subsistente el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

El Impuesto sobre el Valor Añadido sujetará todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios en el desarrollo de actividades empresariales y profesionales, tanto las efectuadas a título oneroso como lucrativo, e incluso algunos que no impliquen transferencias a terceros, como el autoconsumo.

La lista de exenciones de las normas de armonización comunitaria sería una modificación importante de los actuales beneficios fiscales del Impuesto de Tráfico de Empresas. De momento no hay bonificación alguna respecto a cooperativas o agrupaciones, por lo que se avecina una nueva poda para todos. Para que no haya dudas, en la disposición final tercera se dice que los beneficios fiscales establecidos con anterior-

(14) Publicadas la Ley de 2 de agosto de 1985 y un Reglamento de 30 de octubre siguiente, se mantienen en esencia los líneas apuntadas para el nuevo Impuesto. Esta nota es, naturalmente, posterior a la exposición de la conferencia.

ridad no producirán efectos en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En los tipos impositivos se aplica el más benévolo, o sea el 6 por 100, a los bienes y servicios de carácter social, entre los que están los que más directamente nos afectan, como son los productos destinados a la alimentación humana o animal y los animales y vegetales destinados a la obtención y reproducción de productos alimenticios.

Se prevén dos regímenes especiales que pueden interesarnos:

1. Para las pequeñas empresas, en los casos en que la cifra del negocio sea inferior a los 50 millones de pesetas, se establece un sistema simplificado cuyas especialidades consistirán en la aplicación de un régimen de estimación objetiva de cuotas tributarias y en la reducción de las obligaciones de índole contable y registral.

2. Para la agricultura y ganadería hay también un régimen especial, aunque no alcanza a las agrupaciones, pues el artículo 55 del anteproyecto sólo lo declara aplicable a las personas físicas titulares de explotaciones agrícolas, forestales o ganaderas y únicamente para actividades de carácter primario, o sea, de producción, excluyéndose las operaciones de transformación y comercialización.

En resumen, el Impuesto sobre el Valor Añadido no parece favorecer a la agricultura asociativa, pues el tipo benéfico del 6 por 100 se da a toda la alimentación en general, sin atender a otros miramientos.

B) LAS NUEVAS REGULACIONES

Dos fenómenos importantes se han producido, que son el ingreso en el Mercado Común Europeo y la nueva organización automática de España, que pueden tener consecuencias importantes en las futuras regulaciones de la materia que estudiamos.

1. En cuanto a lo primero, nos limitamos a recordar que el artículo 39 del Tratado de Roma considera como objetivos de la política agrícola común:

- a) Incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular de la mano de obra.

- b) Garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura.

2. Respecto al papel de las Comunidades Autónomas, lo resalta el Notario y agrarista ALBERTO BALLARÍN en uno de sus últimos trabajos (15), donde comenta sus Estatutos en materia agraria. Dice que la competencia que les atribuye la Constitución ha sido recibida plenamente. Comenta que el Estatuto de Extremadura cita de modo expreso, entre sus competencias agrícolas y ganaderas, a las Sociedades Agrarias de Transformación; los demás Estatutos no recogen nominativamente esta figura, pero sí han recibido sus competencias. Así ocurre con Cataluña, a la que se han transferido, por Real Decreto 224/1985, de 6 de febrero, y el País Vasco, que recibió la transferencia por Real Decreto 3177/1982, de 15 de octubre y ya ha dictado un Decreto de 14 de marzo de 1983, creando el Registro de Sociedades Agrarias de Transformación de dicha región.

Ambos fenómenos, el comunitario europeo y el autonómico, deben influir en el problema que nos preocupa. Si se trata de favorecer la producción y elevar el nivel de vida de los agricultores, tanto las normas comunitarias como las autonómicas deben reflejar esta preocupación y traducirla en realidades.

Si las Comunidades Autónomas han recibido la cesión de los tributos y son competentes en materia de Sociedades Agrarias de Transformación, tienen en sus manos los instrumentos necesarios para demostrar que es cierto el interés por estos vitales problemas.

CONCLUSION

La Ley General Tributaria declara expresamente, en su artículo 4.º, que los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumento de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso social y procurar una mejor distribución de la renta nacional.

Así, junto a la finalidad recaudatoria y puramente financiera del impuesto, puede y debe resaltarse la finalidad de ordenamiento, de redistribución de la riqueza nacional, llamada a asumir un papel cada vez más preponderante para obtener los objetivos deseables en la política agraria.

En base a esto, hemos expuesto nuestras necesidades y nuestras

(15) «Nuevas realidades en el Derecho Agrario», en *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 130, enero-marzo 1985, págs. 221 y ss.

razones, que la jurisprudencia apoya claramente. Esperemos que la Administración Fiscal sea del Estado, sea de las Comunidades Autónomas, sepa aplicar este principio enunciado por la Ley General Tributaria y reconocer que nuestra postura es del todo razonable.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registrador de la Propiedad

Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta

Vamos a efectuar en este trabajo algunas consideraciones relacionadas con el apasionante tema del incumplimiento contractual, especialmente cuando éste concierna al derecho de crédito dilatado, cuya titularidad pertenece al vendedor en las compraventas de inmuebles a plazos. De todos modos, y a fin de obtener una visión sistemática y omnicomprendensiva de la cuestión, realizaremos breves incursiones exegéticas en aquellos puntos que tengan clara relación con la cuestión central planteada.

El incumplimiento es aquella situación patológica que se produce cuando la obligación no consigue el destino inicialmente convenido o impuesto por el ordenamiento jurídico, frustrándose, en definitiva, la finalidad pretendida, de una manera total o parcial, provisional o definitivamente, con o sin compensación prevista.

Toda obligación, sea cual fuere su origen, contenido y finalidad, se halla vocada, desde el mismo momento de su nacimiento, a ser cumplida, vocación que puede ser de inmediata efectividad —obligaciones puras, artículo 1.113 del Código Civil— o tener la misma condicionalmente suspendida o temporalmente aplazada —artículos 1.113-1.125, ambos del Código Civil.

Pese a tal indudable constatación, el hecho ilícito e incierto del incumplimiento es factible, y ello es así no obstante todas las garantías legales o convencionales que puedan ser establecidas para evitarlo; la adveración de tal circunstancia nos obliga a intentar formular una teoría general del mismo que permita un enfoque unitario de la cuestión, tema este de indudable interés teórico-práctico y de notoria dificultad analítica, dada la carencia legal de una normativa sistemática y orgánica sobre el mismo que si existe, y ello es útil para el supuesto que nos ocupa, tratándose de su antónimo, es decir, del cumplimiento al que el

Código Civil dedica un conjunto armónico de preceptos en los artículos 1.156 y siguientes. Tal teoría debe, indudablemente, emplazarse sobre los pivotes básicos de la responsabilidad subjetiva e imputable, y, por supuesto, culpable, y sobre el dato de la importancia, transcendencia o envergadura del incumplimiento, aspectos a los que nos referiremos con cierta profusión, dada su enorme resonancia en toda esta problemática del incumplimiento.

Aquí, y ahora, debemos solamente esquematizar algunas ideas generales sobre la materia anunciada que nos sirvan de preámbulo y aproximación a razonamientos más precisos que serán efectuados con posterioridad.

Ante todo, el incumplimiento, para que sea jurídicamente relevante, debe ser CULPABLE (doloso o culposo *strictu sensu*) y las consecuencias del mismo son muy distintas, según el parámetro de tiempo o modo de la obligación afectado y los distintos efectos que el mismo produzca en tales parámetros (incumplimiento muy grave, grave o nimio).

Esta es la fuerza motriz de todas las consecuencias ulteriores, que, dentro de la tónica de generalidad impresa a estas consideraciones, podemos compendiar en consecuencias de ejecución forzosa, de resolución y de indemnización *strictu sensu*.

El cumplimiento forzoso o impuesto no debe ser entendido en su sentido literal de coerción directa e inmediata sobre el deudor que incumple, porque ello resultaría incompatible con las modernas concepciones sobre los derechos humanos; la forzosidad, pues, en el cumplimiento debe ser entendida matizadamente, aunque, en principio, no debe quedar excluida una cierta dosis de compulsividad procedente de la legítima autoridad judicial o administrativa, si bien, queda proscrita la acción directa reparadora procedente del acreedor perjudicado que, en el caso de pretender la satisfacción de su interés lesionado por el incumplimiento por la fuerza, puede incidir en hipótesis delictivas, o en el supuesto fáctico previsto en el artículo 441 del Código Civil, que excluye, en todo caso, la acción directa al sentar que «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello». El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente.

En suma, la ejecución forzosa de la obligación incumplida debe ser entendida en el sentido de ser un sustitutivo de la actividad del deudor, que se efectiviza con la colaboración de las autoridades jurisdiccionales competentes, a través del pertinente procedimiento, presenta variantes según la naturaleza jurídica de la obligación insatisfecha, algunas veces es de imposible ejercicio —casos de pérdida total de cosa específica,

imposibilidad absoluta de prestaciones personalísimas— y presupone, en definitiva, el distanciamiento del concepto de la obligación de los antecedentes romanos y su configuración, alejada de moldes personalistas, como «derecho al resultado», siéndole indiferente al acreedor, salvo supuestos excepcionales, quien le proporcione el mismo, ya sea el deudor, ya la Administración, o bien, simplemente un tercero, subsidiariamente legitimado (fiadores, avalistas, hipotecantes por deuda ajena, prendistas en la misma hipótesis, etc.) o no (caso del pago efectuado al amparo del artículo 1.158 del Código Civil).

Ahora bien, por mucho juego que se quiera dar al cumplimiento impuesto, existen supuestos que quedan, forzosamente, al margen del mismo, unas veces por imposibilidad absoluta de imponerlo, otras, porque dadas las circunstancias, el perjudicado se halle investido de la posibilidad de la que nos ocuparemos con más detalle a continuación.

A veces, acompañando a ambas alternativas —ejecución forzosa-resolución—, el acreedor puede, en los mismos supuestos en que éstas son viables, interponer una pretensión autónoma, estrictamente indemnizatoria de los daños y perjuicios efectivamente ocasionados por el incumplimiento enjuiciado, lo cual exige la prueba de los mismos, y su cuantificación, que dependerá de la actitud dolosa o culposa del deudor que incumplió. A veces, tal liquidación se efectúa anticipadamente, a base del establecimiento de la oportuna cláusula penal con finalidad reparadora, naciendo, a través de ella, el pertinente derecho de crédito, con funciones de garantía de tipo preventivo y disuasor del posible incumplimiento.

En ocasiones, el interés del acreedor, que ha quedado definitivamente frustrado en su pretensión, queda compensado por el camino indirecto y subsidiario de la reclamación que proceda de daños y perjuicios, anteriormente aludida, con el *quantum* y gradualidad dichos, constituyendo tal reclamación triunfante la única alternativa que por vía de subrogación real le queda al acreedor perjudicado. Tiene especial trascendencia tal posibilidad en los supuestos de obligaciones respecto de las cuales no cabe sino exigir su ejecución forzosa o su ineficacia no resolutoria, por lo que no siendo factible la primera alternativa, por el carácter irrepetible de la cosa debida y definitivamente perdida, o por el absoluto personalismo de la prestación devenida irremisiblemente imposible, no es dable, sino ejercitar la oportuna acción indemnizatoria, pero no con el carácter subordinado que tiene cuando tal pretensión se deduce conjuntamente con las acciones de cumplimiento o resolución, sino con carácter principal y único remedio disponible por el acreedor defraudado en sus intereses contractuales, toda vez que la acción de ejecución forzosa es imposible y la resolutoria no admisible por la

propia naturaleza institucional de la obligación incumplida, lo cual sucede en las hipótesis de obligaciones de dar, hacer o no hacer rigurosamente específicas las primeras y personalísimas las otras cuando resultan imposibles y tengan carácter esencialmente unilateral. Ante un incumplimiento de las mismas, no corregible mediante una ejecución forzosa, sólo cabe predicar la ineficacia (que no resolución de tales obligaciones, previa la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al acreedor lesionado).

La teoría general del incumplimiento, en los términos generales expuestos, presenta para las hipótesis de relaciones sinalagmáticas conmutativas (de las aleatorias no nos vamos a ocupar en absoluto) importantes singularidades, dada la posibilidad de la opción —libre o condicionada— de que goza el vendedor perjudicado, legitimado por su previo cumplimiento, para utilizar, caso de la compraventa, la *actio venditi*, o la resolutoria, en virtud de la aplicación al contrato incumplido del artículo 1.124 del Código Civil, que dice: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se le reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

De todos modos, y como ya anunciamos al principio, antes de penetrar a fondo en la temática apuntada conviene dejar bien pergeñado que todo hecho fáctico de incumplimiento requiere su correlativa traducción jurídica, ya que la utilización de los medios sancionadores, reparadores y compensadores expuestos presuponen la previa precisión, en la instancia procesal pertinente, de cuál es el parámetro de la obligación afectado, cuál la etiología del incumplimiento —legítimo (*exceptio non adimpleti contractus*, derecho de retención legalmente previstos), ilegítimo (doloso o culposo) o accidental (provocado por la incidencia del caso fortuito o de la fuerza mayor), debiendo, igualmente, ser objeto de la correspondiente puntualización la trascendencia del incumplimiento elucidado en la sustancia de la obligación transgredida (frustración total, absoluta e irreversible; violación efectiva grave, pero no total; incumplimiento nimio).

Todos estos factores, en definitiva, cuestiones de hecho sometidas a la

apreciación judicial, determinan la medida concreta a aplicar al específico supuesto o transgresivo considerado, adquiriendo incuestionable trascendencia en tal proceso de adecuación del incumplimiento, como dato fáctico, a las pertinentes consecuencias jurídicas, la específica singularidad de la prestación violada, aspecto que nos impone precisar la textura sustancial del débito pecuniario, toda vez que el impago del precio en la compraventa constituye la conculcación de una obligación de tal índole. Nos ocuparemos de ello con posterioridad.

De todo lo hasta ahora expuesto, debo destacar una nota básica, y es la de que nuestro ordenamiento jurídico proscribe, en términos generales, la toma en consideración jurídica del incumplimiento objetivo y, por ende, la responsabilidad de tal índole. La noción del comportamiento vovivo, doloso o culposo —artículos 1.101 y siguientes del Código Civil— es una *conditio iuris* para el despliegue de toda la eficacia represora, sancionadora y compensadora que, por imperativos de justicia y coherencia jurídica, el Derecho pone a disposición del acreedor perjudicado. Así, sin acción consciente o sin omisión voluntaria de la debida diligencia convenida o *standard* de un buen padre de familia en el tratamiento *in toto* de la obligación no hay propio y relevante (jurídicamente) incumplimiento. Ello resulta de los principios generales sobre la materia deducidos de preceptos tales como el artículo 1.101 del Código Civil, que dice: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de las obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». En la misma línea de exigencia de comportamiento doloso o culposo, como requisito inexcusable de incumplimiento responsable, se sitúa el fundamental artículo 1.105 del mismo cuerpo legal, que sanciona que «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse o que previstos fueren inevitables». Tal artículo establece un criterio legal exonerador de todo tipo de responsabilidad por un incumplimiento inimputable al deudor, derivado de la concurrencia del caso fortuito, y que provoca una violación irrelevante jurídicamente tanto si lo transgredido afecta a la propia sustancia de la prestación —artículos 1.182 y 1.184 del Código Civil— como si afecta al tiempo de su cumplimiento, generando una impuntualidad o morosidad irresponsable —artículos 1.110-1.101 del mismo cuerpo legal—.

Así pues, el hecho fáctico del incumplimiento objetivo (sin dolo o culpa concurrente) no queda sino en una circunstancia empíricamente trascendente, pero jurídicamente irrelevante desde el punto de vista de la responsabilidad del incumplidor.

Por lo que atañe a las relaciones bilaterales, y en lo concerniente a la cuestión suscitada en este trabajo, el artículo 1.124 del Código Civil, ya transcrito, queda como esquema tipo de las consecuencias del incumplimiento que afecten a las mismas, que cede siempre frente a regulaciones más particulares (arts. 1.556 y 1.569 del Código Civil en materia de arrendamientos, por ejemplo) y que debe ser complementado e interpretado en función de las normas que el Código Civil y la Ley Hipotecaria dedica a las alternativas concretas que del mismo surjan y así, en el caso de ejercicio por el perjudicado de la *actio venditi*, deberá ser tenido especialmente en cuanto la normación que de tal alternativa se establece en el artículo 1.096, apartados 1 y 2, del Código Civil (aparte de la regulación procesal de la cuestión contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si lo que se pretende es la resolución del contrato incumplido, el juego de los artículos 1.504 y 1.505 del Código Civil será decisivo en las hipótesis de ventas de inmuebles y muebles, respectivamente, artículos que serán objeto de posterior análisis. Por último, la pretensión autónoma de exigencia de daños y perjuicios a la que alude, como concomitante de las alternativas principales, dicho artículo 1.124 deberá ser entendido en relación con los preceptos concernientes a su exigibilidad en general —artículo 1.101 del Código Civil, ya visto—; su cuantía se fijará atendiendo al artículo 1.106 del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes», teniendo especial repercusión en este punto las previsiones que al respecto efectúa el artículo siguiente, cuando dice: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Todo ello sin perder de vista la posible existencia de cláusulas penales sustitutivas de la indemnización aludida, reguladas en los artículos 1.152 y siguientes del Código Civil.

En el supuesto de incumplimiento, pues, de cualquiera de las obligaciones institucionalmente interdependientes que surgen de una relación sinalagmática, el perjudicado —en el caso que nos ocupa y preocupa—, el vendedor que cumplió mediante la *traditio* de la cosa vendida, es el titular del derecho de opción que le confiere el citado artículo 1.124. Empero, constituye un craso y anancástico error interpretativo concebir la alternativa reparatoria de dicho artículo como un absoluto

derecho potestativo, ya que no es tal, toda vez que la elección atribuida a la parte perjudicada, y legitimada en virtud de su previo cumplimiento, por tal precepto, debe ser entendido como una pieza más —por muy importante que sea— del total tratamiento jurídico del incumplimiento, algunos de cuyos principios sustanciales chocan frontalmente con la absoluta discrecionalidad de tal alternativa. En puridad, la resolución del negocio jurídico, fuera de los casos de previsión volitiva, en todo caso limitada, como luego veremos, presupone un contexto de fracaso y de patología jurídica a evitar, e instituciones concretas del Derecho civil —conversión, confirmación, reducción, nulidades parciales— nos ponen de manifiesto lo deseable de mantener el principio de conservación del negocio jurídico, si no a ultranza, sí en lo posible, evitando, salvo por muy justificados motivos, la quiebra anticipada, frustrante y traumática de los negocios jurídicos, que, a través de las fases liquidatorias pertinentes, conducen al vacío jurídico.

Tal principio de conservación aludido no sólo resulta de las instituciones mencionadas y de una aproximación del tema a la filosofía jurídica, sino también de preceptos muy concretos que reducen la alternativa resolutoria —subespecie de la rescisoria— a los justos límites impuestos por la subsidiariedad esencial de la misma, como se desprende del contenido del artículo 1.294 del Código Civil, que dice: «La acción de rescisión es subsidiaria no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio».

Frente a una hipótesis de incumplimiento jurídicamente relevante, compete, previa ponderación de sus circunstancias, encajarlo en un triple supuesto hipotéticamente admisible. De tal encuadramiento procederá, en definitiva, la admisibilidad de alguna de las alternativas contenidas en el artículo 1.124. Tales supuestos técnicamente posibles son:

a) *Incumplimiento total y absoluto.* El caso más paradigmático de tal posibilidad se produce cuando la cosa específica, concreta e individualizada objeto de la compraventa se pierde por una actividad culposa, activa u omisiva, del deudor-vendedor, una vez perfecto el contrato. Es decir, cuando éste, en la fase de pendencia de su obligación de entregar, transgrede el artículo 1.094, a cuyo tenor «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia». Lo mismo puede decirse cuando la prestación comprometida —en supuestos distintos de la compraventa—, teniendo carácter personalísimo, deviene —en tal fase de pendencia—, imposible absolutamente, por incidir el obligado en la hipótesis del artículo 1.104, que dice: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella

diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

En los supuestos expuestos, la parte contractual perjudicada no puede sino propugnar una de las alternativas previstas en el artículo 1.124 y concordantes, la resolutoria, simplemente, porque la especificidad irrepetible de la cosa perdida, y el carácter personalísimo de la prestación devenida imposible, impiden la ejecución forzosa y, con ello, el ejercicio de la otra alternativa del artículo 1.124 y sus concordantes 1.196, 1.198 y 1.199 del Código Civil.

Por lo tanto, en todos aquellos casos de incumplimiento relevante jurídicamente y de carácter absoluto, total e irreversible, productor de una definitiva conculcación del pristino interés contractual, la disyuntiva del artículo 1.124 y concordantes no existe, toda vez que no cabe, por razones obvias, sino la resolución, acompañada o no, de la pertinente indemnización de los daños y perjuicios producidos.

b) *Incumplimiento parcial*. La pérdida antes mencionada puede ser parcial y en tal caso se debe encuadrar tal supuesto en alguna de las siguientes posibilidades: a') pérdida parcial que, por criterios económico-jurídicos y en función de la envergadura de la misma, se asimila a la total; b') pérdida parcial importante, pero no tanto como para situarla en el supuesto anterior; y c') pérdida parcial nimia o fútil, que no afecta sino de forma muy tangencial a la utilidad o funcionalidad económica social de la cosa debida. Esta clasificación es perfectamente aplicable al supuesto de que lo debido consista en una prestación de hacer o no hacer que devenga parcialmente imposible o exigible, respectivamente, quedando a salvo, por supuesto, las peculiaridades respectivas.

Conviene precisar que dentro del concepto de «pérdida» se incluyen no sólo los supuestos del artículo 1.122, 2.º, apartado 2.º, del Código Civil, a cuyo tenor: «Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se pueda recobrar», sino que también abarca todos aquellos generadores de pérdida de la titularidad por parte del contratante obligado a la entrega en virtud de aquellos actos dispositivos irrevocables que en la fase de pendencia de su obligación hubiere efectuado, así como los que le fueren impuestos: expropiaciones, embargos, remates, etc., e igualmente tal concepto se extiende a aquellas pérdidas totales o parciales operadas después de efectuada la *traditio* y que tengan por causa evicciones triunfantes y las minusvalías funcionales generadas, en la

misma hipótesis de *traditio consumada*, por la concurrencia en la cosa vendida y entregada de vicios redhibitorios respecto de los cuales la alternativa del artículo 1.124 se reproduce, aunque con ciertas variantes, en los artículos 1.486, 1.496 y 1.499 del Código Civil, y cuya exégesis no viene ahora al caso.

Para los supuestos de hecho comprendidos en este apartado, el derecho de opción concedido al vendedor perjudicado por el fundamental artículo 1.124 sólo puede ejercerse libremente en la hipótesis *b'*), o sea, cuando la pérdida parcial sea importante, pero no absoluta. Para las restantes, es decir, cuando tal pérdida se asimile a la total o cuando sea nimia, la alternativa no existe, toda vez que en tales supuestos o se impone como única admisible, la derivada de la solución resolutoria —caso de pérdida parcial con connotaciones de total— o bien únicamente cabe la que se refiere al cumplimiento forzoso —caso de pérdida fútil—, ya que sería totalmente injusto en tal caso permitir la resolución. (Por cierto que en esta hipótesis, la pretensión de cumplimiento forzoso podría ser interpuesta, no sólo por el comprador, sino también por el vendedor perjudicado por una negativa injustificada por parte del comprador a recibir la cosa ligeramente deteriorada por culpa del primero). En suma, tal cumplimiento forzoso, acompañado de la indemnización que proceda por los daños y perjuicios causados, serán los únicos y suficientes remedios puestos a disposición del comprador perjudicado por el incumplimiento liviano por parte del vendedor de la obligación conservativa que le impone, para la fase de pendencia de su obligación, el artículo 1.094, ya transcrito.

Vemos, pues, cómo la alternativa que constituye el contenido específico del derecho potestativo atribuido al contratante perjudicado no es, pése a la dicción literal del artículo 1.124, una disyuntiva discrecional, sino que depende su ejercicio de la entidad, importancia y envergadura del incumplimiento jurídicamente relevante en los términos que ya expusimos, y que a modo de *conditio iuris* constituye el detonante de tal derecho potestativo; sin embargo, la importancia o entidad de tal incumplimiento, fácilmente mensurable, atendiendo a criterios económicos, cuando la pérdida o infuncionalidad afecte a cosas o servicios debidos, presenta matices difícilmente aprehensibles cuando de obligaciones de dar, pagar o satisfacer sumas de valor se trate, en función de la peculiar textura institucional de tales deudas.

La compraventa, modelo de contrato generador de relaciones sinalagmáticas, constituye en nuestro Derecho el punto de partida del *iter* transmisivo-adquisitivo, cuyo terminal se sitúa en la *traditio* o modo, en virtud del cual el comprador se convierte en propietario, y el vendedor —que deja de serlo— o ha cobrado el precio convenido previa-

mente, supuesto que no nos interesa, o bien, a cambio de ceder sus derechos dominicales sobre la cosa vendida y tradida, adquiere un derecho de crédito recayente sobre el precio y sujeto, en su efectividad, a plazo suspensivo. Ello nos obliga a exponer unas breves consideraciones sobre la deuda pecuniaria en la que se compromete un apunte contable de valor que, en caso de impago, podrá hacerse efectivo siempre, por vía ejecutiva, sobre el total patrimonio del deudor, utilizando para ello la pertinente pretensión procesal de cumplimiento forzoso de los artículos 1.124 y 1.096 del Código Civil.

Ateniéndonos al Derecho civil puro, ninguna peculiaridad presenta este derecho de crédito sobre el precio aplazado respecto al resto de deudas pecuniarias que tengan como sujeto pasivo al comprador, no generándose ninguna vinculación especial de la cosa transmitida y no pagada al pago del precio aplazado, es decir, no existe ninguna hipoteca legal tácita garantizadora de dicho crédito y recayente sobre el bien transmitido.

El vendedor, en caso de falta de pago del precio aplazado, y considerándose «perjudicado» a los efectos del artículo 1.124, puede ejercitar la alternativa de cumplimiento forzoso, utilizando al efecto la *actio venditi* que le compete, no sólo por el artículo citado, sino por el 1.096 del Código Civil, impetrando al respecto la oportuna colaboración judicial que le será prestada, si se dieren los presupuestos necesarios para ello. El Juez, dotado de los necesarios poderes excepcionales de disposición, y, previos los trámites rituarios oportunos, procederá, por distintos medios, a la conversión en dinero de los componentes patrimoniales del deudor-comprador que sean suficientes para cubrir el importe del precio impagado. Ahora bien, soporte y garantía de tal crédito es la totalidad presente y futura de los activos patrimoniales del mismo, pero tal extensión garantizadora —la del artículo 1911 del Código Civil— queda más que compensada por la circunstancia de que el bien vendido, tradido y no pagado, no garantiza especialmente el crédito surgido de tal venta, ingresando tal bien en el patrimonio del comprador y respondiendo como un componente patrimonial más del mismo, de deudas totalmente ajenas a tal venta, careciendo, por ello, el vendedor-acreedor de los derechos de persecución y preferencia que se derivan de los derechos reales de garantía, lo cual puede generar situaciones profundamente injustas en los casos de insolvencia judicialmente declarada del comprador-deudor, temática que obviamos totalmente aquí, no sin antes hacer una referencia al artículo 1.992, 1.º, a cuyo tenor: «Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia: Los créditos... por precio de venta». Preferencia muy circunscrita, toda

vez que sólo afecta a las ventas de muebles, y en procedimientos concursales.

La situación descrita produce un notable desequilibrio, ya que a cambio de la titularidad dominical cedida, el vendedor no adquiere sino un simple derecho de crédito ni especialmente garantizado, ni dotado, por lo menos, de singular prioridad, salvo la dicha, en concurrencia con otros acreedores. Ante este fenómeno, el ordenamiento jurídico no permanece pasivo, y compensa el desequilibrio aludido con ciertas garantías legales y convencionales específicas del crédito nacido de la compraventa ejecutada unilateralmente, garantías que tendremos ocasión de exponer. No vamos a tratar en absoluto de todo el elenco de medidas protectoras de cualquier tipo de crédito —acciones directas, subrogatorias, revocatorias, etc.—, por cuanto que no presentan singularidad específica alguna en su aplicación concreta al supuesto que, en este estudio, estamos contemplando.

Empero, y con ello iniciamos las anunciadas consideraciones sobre el crédito pecuniario, la propia esencia del mismo favorece al acreedor, toda vez que la especificidad de su objeto, suma de valor, referencia contable, signo monetario esencialmente genérico y fungible, determinan la imposibilidad de que tal crédito se extinga por caso fortuito, con lo que tal acreedor —el vendedor en este caso— jamás se verá perjudicado por la concurrencia de dicho evento extintivo y, por lo tanto, el deudor-comprador no podrá prevalecerse en ningún caso del artículo 1.182, o cuyo tenor: «Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora», precepto en la línea del artículo 1.105, que ya vimos, y que determina la causa extintiva de las obligaciones prevista en el artículo 1.156, 2. En realidad, el crédito pecuniario no es susceptible de pérdida, entendida ésta en el sentido que le dimos antes. Existe una radical incompatibilidad entre tal concepto y la deuda de suma. Así, y por ende, el deudor en la fase de pendencia, no queda constreñido por la obligación que con carácter de generalidad impone a todo obligado a dar el artículo 1.094, simplemente, porque no hay nada que conservar ni, en consecuencia, que perder, ya que el valor, como concepto empírico jurídico, es un módulo imperecedero. De todos modos, la cuestión suscitada podría examinarse a la luz de otro razonamiento cuyo curso lógico sería más o menos el siguiente. Efectivamente, el valor, como referencia contable, instrumentada accidentalmente en dinero o signo que lo represente, es inextinguible objetivamente, siendo inaplicable, por lo tanto, el artículo 1.182, pero no sólo es imperecedero fortuitamente, sino que lo es, aunque medie dolo o culpa del deudor. Esto es evidente, pero entendida

también la deuda de valor como comprensiva de una obligación de hacer, ésta podría resultar afectada por el artículo 1.184 del Código Civil, cuyo tenor: «También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible», en cuyo caso la obligación de conservar del artículo 1.094 antes citado podría ser entendida como referida a la obligación de mantener la solvencia del deudor existente en el momento de constituirse la relación obligatoria pecuniaria y así podría predicarse la absoluta imposibilidad de la pérdida del objeto de la deuda pecuniaria —el valor debido—, pero sí de la prestación de hacer —pagar tal valor— cuando la solvencia del deudor desaparezca por las causas previstas en el artículo 1.184 citado, siempre que ello acontezca sin culpa del deudor.

Es sugestiva tal tesis, que, por lo demás, presenta notables connotaciones con los problemas relativos a la inflación, dificultad extraordinaria en el cumplimiento, base del negocio, etc.; temas ajenos a nuestro trabajo, pero, a mi juicio, inatendible. La imposibilidad subjetiva derivada de la insolvencia del deudor no es admisible como causa extintiva exonerante de las prestaciones pecuniarias. La asunción de la deuda y, por ende, la capacidad para contraerla, forman parte del contenido de la capacidad de obrar. Son actos voluntarios y libres y la propia solvencia es valorada a tales efectos por el asumente de deudas, el cual, si bien no está obligado a mantenerla durante la pendencia de la obligación —la tesis de la factibilidad del ejercicio de la acción pauliana, teniendo por base créditos aplazados me parece deleznable—, sí, en cambio, está obligado a valorar su propia capacidad de endeudamiento y a ser solvente, llegado el momento de la exigibilidad del crédito. Así, si se produce el impago, éste será siempre producido bien por un comportamiento doloso del deudor insolvente —enajenaciones en fraude acreedores— o bien por una actitud omisiva del mismo, encajable en el supuesto de hecho del artículo 1.104 del Código Civil, ya visto, teniendo como corolario, en todo caso, su encuadramiento en las hipótesis previstas en el artículo 1.124.

En suma, de la propia solvencia responde siempre el deudor, siendo su insolvencia, en consecuencia, culpable en todo caso.

Teniendo en cuenta que las deudas pecuniarias no son, por todo lo dicho, susceptibles de pérdida, su vocación al cumplimiento es absoluta y perpetua (salvo prescripción) y su transmisión a los herederos del deudor un hecho irrefutable, a tenor de lo previsto en los artículos 659, 1.003 y 1.023 del Código Civil. Consecuencia de todo lo dicho es que todo impago pecuario tiene institucionalmente carácter provisional, nunca definitivo, y ello modaliza el tratamiento jurídico de la situación de incumplimiento que tal falta de pago supone.

Resumiendo lo expuesto, podríamos concluir la cuestión de la inextinguibilidad sustancial de las deudas pecuniarias, por consideraciones objetivas y subjetivas, diciendo que *siempre* hay dinero o signo que lo represente para pagarlas y que *siempre tiene que haber* solvencia en el deudor llegado el momento de su exigibilidad, siendo, por lo tanto, absolutamente inaplicables a las mismas los supuestos extintivos contemplados genéricamente en el apartado 2.º del artículo 1.156 del Código Civil y específicamente en los artículos 1.182 y 1.184 del mismo cuerpo legal, antes examinados.

El deudor de valor, el comprador, en el caso que estamos viendo, debe pagar el precio en dinero o signo que lo represente y debe hacerlo, precisamente, en el tiempo convenido, siendo así dos las obligaciones sustanciales en que se puede descomponer, a efectos teórico-prácticos, las deudas pecuniarias: a) la de pagarlas, y b) la de hacerlo, llegado el momento de su efectividad, es decir, cuando queden «purificadas», si es que tal momento no coincide con el tiempo de su génesis (obligaciones condicionalmente suspendidas y temporalmente aplazadas). Por lo tocante a la primera de tales obligaciones —la medular— ya hemos tratado el tema básico de su «imperdibilidad» bien sea ésta fortuita o culposa. En cambio, por lo que concierne a la segunda, es decir, aquella que constriñe a no retrasarse en su ejecución, las hipótesis de incumplimiento doloso, culposo y fortuito tienen perfecto encaje cuando de su infracción se trate.

Incumplida tal obligación, es decir, la de pagar «desde luego», el día de su efectividad, según la expresiva frase utilizada por el artículo 1.113 del Código Civil, el deudor incurre en morosidad, retraso, extemporaneidad, incumplimiento que puede ser estrictamente fáctico y jurídicamente irrelevante, por tratarse de una situación de dilación irresponsable, inimputable y objetiva, en definitiva, fortuita, incidible en la hipótesis del artículo 1.105 del Código Civil, ya visto, y que determina la extinción de pagar en el día convenido y la prórroga del plazo de pago, de carácter convencional, legal o judicial, o bien, tal situación de morosidad genera, por ser imputable al deudor —dolosa o culposamente imputable—, una situación de incumplimiento jurídicamente relevante con la entrada en juego automática del artículo 1.101 del Código Civil, que fue expuesto anteriormente, la posible conversión en mora técnica de tal retraso en virtud de la aplicación al supuesto de incumplimiento contemplado del artículo 1.100 y el acople de tal situación de incumplimiento al supuesto de hecho del artículo 1.124, peculiar en su aplicación al caso de impago del precio convenido; y es que, como ya dijimos antes, para que pueda propiciarse la alternativa resolutoria es imprescindible que la pérdida de la cosa o defectuosidad de la prestación incumplida sea total y absoluta o parcial, pero tan importante que se asimile a la

anterior, en cuyo caso la resolución es la única posibilidad compensatoria que se ofrece al perjudicado. Tratándose de pérdidas parciales, ya expusimos su distinto tratamiento jurídico, según fueren importantes o nimias; sin embargo, en el caso de deudas pecuniarias, las cosas no pueden discuir por el camino expuesto, por la sencilla razón de que el *prius* para imponer una u otra de las soluciones previstas hipotéticamente en el artículo 1.124 y concordantes no existe, ya que el concepto de «pérdida», presupuesto de cualquiera de las situaciones del artículo 1.124, es incompatible, por todas las razones anteriormente aducidas, con tales deudas de valor.

Así pues, todo incumplimiento afectante a las mismas no puede sino referirse a su parámetro temporal y no impide, aunque retrasadamente, su ulterior satisfacción, situación que, en consecuencia, imprime a todo incumplimiento de deuda pecuniaria un indeleble carácter de provisionalidad, eliminador del carácter definitivo o importante que debe tener el justificador de la alternativa resolutoria. Consecuentemente, la misma debería quedar descartada por principio, tratándose de impago —retrasado, pero siempre posible— de deudas pecuniarias.

Mas obligar al acreedor insatisfecho, vendedor en este caso, a ejercitar reiteradas acciones de cumplimiento forzoso —procesalmente factibles—, hasta obtener la satisfacción de su crédito retrasado, tampoco sería una solución justa, y, en cierto modo, forzando la interpretación lógica expuesta de toda la normativa citada, se desplaza el problema de la importancia o envergadura del incumplimiento sustancial hacia la segunda de las obligaciones expuestas como integrantes de cualquier derecho de crédito globalmente considerado, o sea, al retraso en su pago, y de su calificación dependerá la viabilidad de la alternativa pretendida al socaire del mismo, envergadura o importancia que al entender de la pretensión, deducida al amparo del artículo 1.124, deberá ser ponderada por el Juez, fundándose en esas «causas justificadas» que menciona el artículo en cuestión como legitimantes de la pertinente moratoria judicial autorizada por dicho artículo y cuya consecuencia principal es la de excluir —si bien provisionalmente— la resolución pretendida por el vendedor perjudicado por el impago de la contraparte. En la valoración de la trascendencia del impago el Juez deberá atenerse: 1) A la entidad de tal circunstancia; a la concreta ecuación que existe entre lo pagado y lo retrasado. 2) A la envergadura del retraso. 3) A las circunstancias subjetivas del mismo, porque, aunque, como ya dijimos, de la propia solvencia se responde siempre, no es lo mismo incidir en una insolvencia fortuita, culposa o dolosa. Prueba de ello es el distinto tratamiento concursal que reciben tales situaciones y que se exterioriza

a través de los procedimientos diferenciados de quiebra fortuita, culpable y fraudulenta, regulados en el Código de Comercio.

Unicamente me resta añadir, por lo concerniente a estas ideas básicas sobre el incumplimiento de los créditos pecuniarios, que el retraso en su satisfacción se presume siempre culpable, presunción que, obviamente, favorece la posición del vendedor, y ello se desprende de las reglas generales sobre la prueba del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones: artículo 1.214 del Código Civil, y de la aplicación del artículo 1.183 del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor: «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.096».

Tal presunción viene a favorecer extraordinariamente la situación procesal del vendedor-acreedor, ya que todo incumplimiento generador de retraso en el pago se presume jurídicamente relevante; de todas maneras, tal presunción tiene carácter *iuris tantum*, desvirtuable por el deudor retrasado en la pertinente instancia procesal, alegando y probando, o bien, que tenía a su favor un derecho de retención, que efectivamente utilizó, o bien, que su retraso fue inequívocamente debido a acontecimientos imprevistos o inevitables. En el primer supuesto, su impuntualidad es legítima, en el segundo inimputable, y en ambos casos, irresponsable.

Aparte de lo dicho sobre la naturaleza esencial del crédito pecuario, que viene a favorecer a la parte vendedora, es evidente que su posición se refuerza por la existencia de distintas garantías puestas a su disposición y que, en cierta medida, palian aquel desequilibrio que se producía cuando a través de la entrega traditiva ejecutada por cualquiera de los procedimientos indicados en los artículos 1.462 y siguientes del Código Civil, el vendedor perdía la propiedad sobre lo transmitido, adquiriendo como corresponsivo, en el caso de ventas a plazos, un puro, y no garantizado especialmente, derecho de crédito, temporalmente aplazado. Veamos, pues, tales garantías:

A) *Legales*.—Son aquellas previstas por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, y las partes se limitan a introducirlas en virtud de su poder de autorregulación de sus intereses privados, como cláusulas singulares en aquellos concretos contratos de compraventa que celebren, quedando modificado por tal circunstancia el estatuto-tipo, esquema organizativo o paradigma regulador del contrato previsto por el Código Civil. Tales cláusulas presuponen todo un contexto de agravación de la responsabilidad legalmente asumida por el comprador que se traduce en la concurrencia de renunciias temporales o definitivas de derechos que, normal-

mente y por imperativo legal, se atribuyen al comprador, modificaciones en el sistema prototípico de la carga de la prueba, e inversión de posiciones procesales, situándose la frontera de todas estas posibilidades convencionales de modificación del estatuto tipo antes aludido en los límites infranqueables de la buena fe y del abuso del derecho. Como casos concretos, debemos citar la posibilidad convencional permitida por el inciso último del artículo 1.502 del Código Civil, artículo que dice: «Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso o se *haya estipulado que no obstante cualquier contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago*». Vemos, pues, cómo, en virtud de la posibilidad permitida por la frase puesta en cursiva por mí del artículo citado, el comprador pierde el derecho de retención que en funciones de garantía le permite incidir en una situación de retraso legítimo en caso de perturbación efectiva o peligro de que ésta se produzca a consecuencia del ejercicio de alguna de las acciones previstas en tal artículo.

Tal derecho de retención, medida excepcional de garantía por acción directa del perjudicado o presunto perjudicado, de carácter legal, es de ejercicio absolutamente discrecional por parte de su titular, y, según el artículo transcrito, renunciable previamente, con lo que, a pesar de la perturbación o peligro de la misma, el comprador desprovisto de tal derecho de suspender el pago del precio, deberá efectuar éste, sea cual fuere la repercusión sobre la cosa por él adquirida de tal acción reivindicatoria o hipotecaria, produciéndose, por ello, un notable reforzamiento de la posición de la parte acreedora-vendedora.

En esta línea de garantía de los intereses contractuales de la misma, debemos situar aquellos pactos en los que las partes acuerdan la exclusión de otros derechos de retención, igualmente previstos por el legislador, como medidas cautelares y de garantía en favor del comprador. Tal sucede en aquellos supuestos de evicción parcial cuando lo perdido por el comprador en razón de la demanda triunfante interpuesta por tercero que actuara en virtud de un derecho anterior a la compra —artículo 1.475 y concordantes— no sea esencial en relación a la totalidad de lo comprado, en cuya hipótesis el supuesto de evicción operado no permite, en la línea de todo lo que llevamos dicho sobre el incumplimiento parcial, la facultad resolutoria concedida al comprador perjudicado por el artículo 1.475 del Código Civil, no teniendo a su disposición más que el derecho de obtener la pertinente indemnización de daños y perjuicios por la pérdida parcial sufrida, que, en la hipótesis

de precio aplazado, podrá ser retenida legítimamente de la cantidad de tal precio que quede por pagar. Pues bien, tal derecho de retención recayente sobre la parte del precio aplazado, coincidente con el montante de la indemnización debida, es renunciable al amparo de los pactos permitidos sobre la exoneración de la obligación de sanear por evicción impuesta por el artículo 1.461, 1, del Código Civil y concordantes, pactos cuya posibilidad se halla fuera de toda duda, dado lo terminante de la dicción literal del artículo 1.477 de dicho cuerpo legal, a cuyo tenor: «Cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias». Así pues, y en especial derivada del último inciso del artículo que acabamos de transcribir, es factible la renuncia al derecho de retención parcial antes aludido, si bien la cláusula que la contenga deberá ser inconcusa y el vendedor proceder de buena fe, ya que, y en la línea del artículo 1.102 del Código Civil, el artículo 1.476 sienta que «será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte». Otro tanto podríamos decir respecto a aquellas hipótesis de incumplimiento parcial por parte del vendedor de obligaciones que le afecten y que, dada su incidencia en la relación de compraventa generada —con cosa entregada o no—, justifican cumplimiento forzosos, no resoluciones, pese al incumplimiento aludido, pero con rebajas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, en el precio convenido. Me refiero con ello a las hipótesis de los artículos 1.460, 2.º, 1.469, 1.483, 1.486, 1.496 y 1.499, todos ellos del Código Civil, reguladores de parciales supuestos de incumplimiento afectantes a las obligaciones que conciernen al deudor-vendedor de entregar la totalidad de la cosa vendida y de entregarla sin vicios jurídicos o físicos. En tales alternativas, y por aplicación de la genérica *exoptio non adimpleti contractus*, sí procede la rebaja del precio proporcional a lo dejado de entregar o a la infuncionalidad operada en la cosa vendida a consecuencia de tales vicios, es obvio que en los supuestos de precios pendientes, el comprador gozará de tales derechos de retención parciales derivados de la excepción antes aludida.

Continuando por el mismo camino, no podemos dejar de citar, aunque sólo sea de pasada, el problema de la asunción por parte del comprador de los riesgos derivados del caso fortuito, afectantes, no a supuestos de pérdida parcial, no definitiva, que acabamos de exponer, sino a aquélla que opera cuando en la fase de pendencia de la obligación de entregar, que se extiende desde el momento mismo de la perfección

del contrato hasta su ejecución, mediante la *traditio* de la cosa vendida, la cosa se pierde totalmente, sin culpa del vendedor. En un trabajo publicado en el libro dedicado al ilustre jurista que fue TIRSO CARRETERO trato de esta cuestión ampliamente. Aquí sólo me interesa destacar que por vía convencional —artículos 1.255 y 1.105— tal asunción de riesgos derivados por el caso fortuito determinante de tal pérdida es admisible, reforzándose así muy notablemente la posición del vendedor, que cobrará, aunque la cosa se pierda fortuitamente. Empero, tal posibilidad no deja de ofrecer serios reparos desde el momento en que convierte el contrato celebrado en un atípico contrato aleatorio en virtud del cual la parte compradora asume riesgos ajenos, sin obtener la correspondiente prima por ello, por lo que podría predicarse para tal supuesto la ineficacia derivada del artículo 1.275, cuando dice que: «Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno». Queda fuera de este trabajo una consideración más amplia de la temática suscitada por tales compraventas aleatorias, por lo demás, más extensamente tratadas en el trabajo citado, al que me remito.

No se agotan con lo expuesto las garantías que rodean el derecho de crédito del vendedor, siendo destacables, en tal sentido, la posibilidad garantizadora derivada del establecimiento de las pertinentes obligaciones accesorias de garantía que convencionalmente se puedan convenir. Sin embargo, tales obligaciones, salvo el supuesto concreto de hipoteca en garantía del precio aplazado, prevista en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, no presentan peculiaridad alguna, por lo que no las vamos a considerar; de todos modos no podemos dejar esta cuestión sin hacer una referencia a la cláusula penal que como liquidación anticipada de daños y perjuicios se suele incluir en los contratos de compraventa con precio aplazado. Tal cláusula, de indudable utilidad, elimina la fase judicial de prueba y cuantificación de los mismos que quedarán en principio definitivamente establecidos en el mismo momento de perfección del contrato que la contenga. Lo que no elimina es la intervención judicial en la constatación del hecho determinante de su exigencia, o sea, el incumplimiento jurídicamente relevante, pero no cualquier incumplimiento, sino sólo aquél que determine la viabilidad de la alternativa resolutoria, no cuando aquél origine la acción de cumplimiento forzoso, salvo pacto expreso al efecto. Esto resulta claro de la dicción literal y concluyente del artículo 1.153, a cuyo tenor: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente

otorgada». La claridad y rotundidad del segundo párrafo citado nos dispensa de efectuar cualquier puntualización exegética sobre el mismo.

Concebida así la cláusula penal, íntimamente ligada a la alternativa resolutoria, es indispensable que ésta se produzca, a fin de que la misma despliegue toda su eficacia disuasoria del incumplimiento pretendida con su establecimiento, resolución que deberá tener lugar por vía judicial y en la misma podrá tener efectividad la facultad moderadora que en favor del Juez se establece por el artículo 1.154, que dice: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Ahora bien, conviene tener muy presente que todo lo que concierna a la indemnización de daños y perjuicios exigibles, bien a través de una pretensión autónoma, o bien a través de la exigencia de la correspondiente cláusula penal, conserva una evidente independencia sustancial y procesal respecto a las pretensiones básicas afectantes a la alternativa del artículo 1.124.

Así, cuando se inste la resolución, y ésta se decrete judicialmente, los contratantes deberán devolverse las cosas que fueron objeto del contrato resuelto —cosas y precio—, constituyendo tales resoluciones lo esencial de la alternativa triunfante, pero quedando aplazadas hasta que se ultime la fase de liquidación que, imprescindiblemente, debe preceder a la fase de ejecución de la resolución decretada, fase en la que se depurará la situación posesoria cuya titularidad ostentó el comprador resuelto y en la que tendrán juego destacado los artículos 451 y siguientes del Código Civil en lo atinente a liquidación de comportamientos posesorios sucesivos. Consumada tal fase liquidatoria, surge una relación obligatoria recíproca de devolución de lo recibido en virtud del contrato resuelto, si bien la concreta ejecución de las mismas vendrá condicionada por el resultado de la liquidación aludida, cuyo específico tratamiento, en defecto de acuerdo, será estrictamente judicial, englobándose en la sentencia que se dicte las fases anteriormente aludidas. Consecuencia de todo lo dicho es que la facultad moderadora con que el Juez puede mitigar el rigor de una cláusula penal desmedida, en atención al grado de incumplimiento enjuiciado, deberá ser ejercida en tal fase previa de liquidación, que, como hemos visto, desemboca en la fase de ejecución recíproca antes mencionada, con la que se consuma todo el proceso resolutivo.

Al tratar este tema, no podemos sino sacar a relucir, por la frecuencia con que últimamente se prodigan, las cláusulas penales variables, absolutas o relativas, en las que la totalidad o un porcentaje previamente establecido del precio pagado constituye el *quantum* de la cláusula penal convenida. Tales cláusulas penales variables, que han devenido ya, por

su frecuencia, cláusulas de estilo en los instrumentos notariales, se apoyan en el principio de la autonomía de la voluntad, sujetas, por supuesto, a los mismos límites intrínsecos de la misma.

De todos modos, y en virtud de lo dicho acerca de la sinelagmaticidad sustancial de la recíproca obligación de ejecución surgida de un contrato resuelto, la ponderación moderadora atribuida al Juez por el artículo 1.154 cobra especial transcendencia, toda vez que, en sí, tal cláusula penal no deja de presentar importantes dudas acerca de su admisibilidad, puesto que, en realidad, penaliza con mayor rigurosidad al contratante más cumplidor, aparte de que, con su inserción, y esto es lo más importante, se genera a favor del vendedor que resuelve un derecho de retención atípico, recayente sobre el precio o, mejor dicho, sobre la parte del precio recibido que, por imperativos resolutorios, como ya hemos dicho, debe devolver al comprador. Mas tal inconveniente debe quedar obviado con la intervención judicial anteriormente aludida y con la facultad moderadora que ella conlleva, en su caso. Del aspecto registral del tema nos ocuparemos después.

Para concluir esta necesaria, por razones de coherencia expositiva, referencia a la garantía consistente en la cláusula penal, me interesa destacar la circunstancia de que la única resolución que permite su exigencia es la derivada del incumplimiento y que cualquier otro tipo resolutorio, y concretamente el derivado de la inserción paccionada de una condición resolutoria en cualquier esquema de relación, es absolutamente incompatible con ella, ya que la idea de sanción, consustancial al tipo de cláusula penal que estamos considerando, es totalmente ajena a la resolución derivada del cumplimiento del evento resolutorio condicionante.

B) *Convencionales*.—Calificamos como tales aquéllas que no sólo proceden de las previsiones contractuales de las partes, sino que, además, no se encuentran en absoluto previstas en la regulación legal que del contrato de compraventa efectúa el Código Civil, siendo la atípica de las mismas lo que las caracteriza, provocando su inserción una absoluta singularidad normativa del contrato en cuestión.

Podemos incluir, dentro de este grupo, el pacto de reserva de dominio y aquel que establezca generales o específicas restricciones en la facultad dispositiva que naturalmente acompaña a toda titularidad dominical. Obvio el estudio de tales garantías por no incidir directamente en la cuestión central de este trabajo, si bien me interesaría resaltar la circunstancia de que el pacto de reserva de dominio (al que inexorablemente acompaña el de prohibición de disponer, toda vez que en este caso la *traditio* no convierte en propietario al comprador) constituye

una garantía absoluta del crédito al precio aplazado, por cuanto que de quiebra de la teoría del título y el modo supone, quiebra cuya posibilidad ha provocado hondas perplejidades interpretativas entre los autores.

A pesar de todo el elenco de garantías legales y convencionales expuestas, el incumplimiento o falta de pago del precio convenido, llegado el día de su exigibilidad, continúa siendo posible, y, ante tal situación fáctica de retraso, el acreedor-vendedor perjudicado puede: a) Requerir de pago extrajudicialmente al comprador impuntual. Con ello, si tal vendedor tenía derecho a cobrar el precio antes de la entrega de la cosa, es decir, en el supuesto de venta con obligación de pagar el precio pura y entrega de la cosa convencionalmente aplazada, el comprador retrasado incurre, en virtud de tal intimación al pago, en la figura técnica de la mora, con sus defectos característicos. Obviamente, tal mora queda excluida si el deudor atiende a tal requerimiento de pago en el acto, o dentro del plazo que para contestar al mismo le concede el Reglamento notarial, en la hipótesis de requerimientos de tal clase. Sin embargo, coherentemente con todo lo expuesto hasta aquí, para que tal intimación de pago convierta el hecho fáctico de simple morosidad, impuntualidad o retraso, en mora técnica, acogida al régimen del artículo 1.100 y concordantes del Código Civil es necesario que la causa impulsiva de tal retraso sea dolosa o culposa, aunque, como ya dijimos antes, ésta se presume. En cualquier caso, es evidente la posibilidad de contestar a la intimación en el sentido de alegar una causa de inimputabilidad que, de no ser apreciada por el vendedor intimante, sería objeto de apreciación judicial. De todos modos, de concurrir causa de irresponsabilidad para el deudor, aunque ésta no sea expuesta al contestar al requerimiento que estamos examinando, cosa que, por lo demás, no es obligatoria, podrá, desde luego, ser sometida a la oportuna constatación judicial, por vía de acción o excepción, en la instancia procesal pertinente.

Para las hipótesis normales de compraventas en las que la entrega de la cosa antecede al pago del precio fijado, que queda convencionalmente aplazado y sujeto a posterior purificación por el transcurso del tiempo de su exigibilidad, según la doctrina mayoritaria no es imprescindible que el vendedor, que cumplió su obligación, intime de pago al comprador impuntual para hacerle incidir en mora, ya que el artículo 1.100, en su último párrafo, parece sentarlo así, al establecer, taxativamente, que: «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurren en mora si el otro no cumple o no se allana debidamente a cumplir lo que le incumple. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro». Interpretado en la línea expuesta este precepto, no cabe duda que la intimación de pago anterior-

mente aludida es irrelevante. Del requerimiento de pago aludido en el artículo 1.504 nos ocuparemos al abordar la exégesis del mismo. b) Otro camino a seguir en caso de extemporaneidad de la prestación asumida por el comprador de pagar el precio, es el consistente en acudir directamente a la vía judicial, deduciendo las correspondientes pretensiones de cumplimiento forzoso o *actio venditi* y/o de resolución, en el primer caso con carácter procesal alternativo —aparte naturalmente la que proceda respecto a los daños y perjuicios ocasionados—.

La autoridad judicial que entienda de las acciones interpuestas deberá ponderar y advenir, en virtud de las pruebas propuestas y practicadas por las partes o, en su caso, las que procedan de la iniciativa de la misma autoridad que entienda del litigio, todos los extremos que ya hemos tenido ocasión de exponer a lo largo de este trabajo, y que puedan justificar una solución de ejecución o cumplimiento forzoso, o bien de resolución.

La frase «causas justificadas que le autoricen para señalar plazo» que utiliza el artículo 1.124 del Código Civil presupone todo el contexto valorativo antes dicho y la moratoria judicial, en definitiva, plazo de gracia que, por razones de equidad, pueda conceder el Juez, resalta la consideración, ya expuesta, de lo excepcional de la solución resolutoria que debe quedar reservada para los supuestos de incumplimientos efectivamente graves de la obligación de pagar, o sea, del retraso en el que haya incidido culpablemente el comprador, gravedad que, tratándose de obligaciones pecuniarias, cual es el caso, viene en función de los factores a los que ya aludimos al precisar las características generales de las mismas, o sea, a la importancia de lo impagado en relación a lo satisfecho; a la magnitud del retraso y a las circunstancias dolosas, culposas o fortuitas de la insolvencia del comprador impuntual. Nos remitimos a todas las precisiones conceptuales anteriormente expuestas y referentes a los puntos concernientes a la mutación del hecho fáctico del retraso, en una situación de incumplimiento jurídicamente relevante, cuyos matices, cuando tal incumplimiento afecta a las prestaciones pecuniarias, fue ya objeto de mi consideración.

Cuando la solución, judicialmente impuesta, sea la resolutoria, entonces tal alternativa debe regularse, no sólo por el artículo 1.124, tantas veces citado, sino también, por sus complementarios 1.504 y 1.505, artículos que no sólo no se contradicen con el primeramente dicho, sino que asumen la configuración de preceptos reglamentarios del mismo, en su concretísima aplicación a una de las alternativas previstas, la resolutoria.

Por lo tocante al artículo 1.504, que dice: «En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del

precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aún después de haber expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo plazo», caben diversas consideraciones en virtud del enfoque de su contenido. Ahora bien, lo más llamativo del mismo es la fortísima limitación que imprime al dogma de la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad contractual, ya que, cuando, en virtud de la misma, se ha pactado por las partes vendedora y compradora un pacto comisorio-resolutorio, bien en forma directa a través de la pertinente cláusula imperativa, o bien, insertando en el contenido de la relación obligatoria afectada la oportuna condición resolutoria con su congruente resolución automática, en ambos supuestos pretendida, tal fenómeno no se produce.

Así, y dada la trascendencia de los intereses en juego, y el traumatismo irreversible que todo remedio resolutorio produce, la autonomía de la voluntad contractual se halla frenada por el artículo citado, que impide —pese a la inserción taxativa, expresa e incuestionable de tal previsión volitiva— la resolución automática, que no se produce en ningún supuesto de venta de inmuebles con precio aplazado y por ello, tanto con pacto como sin él, llegado el día de la impuntualidad o retraso del precio convenido, que debería ser fatal e inexorable cuando así se hubiere establecido, automáticamente lo que se produce es la apertura de un nuevo plazo, auténtica moratoria legal, de duración indeterminada, ya que ésta depende de la exclusiva voluntad del vendedor-acreedor, durante la cual el comprador moroso puede, a pesar del pacto solutorio convenido, pagar el precio atrasado, quedando bloqueada tal posibilidad y el contrato irrevocablemente resuelto por imperativo legal, cuando el vendedor opta definitivamente por la resolución y comunica su decisión, notarial o judicialmente, al comprador.

Diversas precisiones se imponen al socaire de la exégesis del artículo que estamos contemplando. En primer lugar, su carácter de complementario y, en cierta medida, subordinado al fundamental artículo 1.124, aspecto anteriormente destacado. Inmediatamente después, se nos ocurre la idea de que tal artículo abunda en la excepcionalidad de la medida resolutoria como correctora de infracciones contractuales, cuestión también anteriormente aludida, toda vez que incluso querida ésta por las partes, tal posibilidad es ineficaz en la medida impuesta por el artículo que nos ocupa. Igualmente es de destacar que el artículo en cuestión no excluye la posibilidad de que el vendedor perjudicado, con pacto resolutorio o sin él, opte por la solución alternativa a la regulada por tal artículo, es decir, interponga la correspondiente *actio venditi*, ni tampoco impide, ni mucho menos, que, vistas las circunstancias del incumpli-

miento concreto de que se trate, el Juez reconduzca la situación por la vía procesal de tal *actio venditi*, aún a pesar de que, amparándose en el artículo 1.504, el vendedor hubiere solicitado, exclusivamente, la resolución. En tal caso, la exclusión, temporal o definitiva, de tal pretensión de resolución, daría entrada a la posibilidad del plazo de gracia judicial del artículo 1.124, que, por su propia esencia, suspende, condicionada o incondicionadamente, la resolución pretendida.

Concluyendo con el capítulo de precisiones, no estaría de más puntualizar que el artículo 1.504 no contempla la objetivación del incumplimiento, desposeyéndolo de las imprescindibles connotaciones de imputabilidad dolosa o culposa, ni prejuzga que el impago de cualquier cantidad del precio convenido sea importante a los efectos de que el Juez decrete la resolución. Tales cuestiones deberán tener el tratamiento procesal genérico aplicable a cualquier hipótesis de incumplimiento, sin que el artículo 1.504 aporte ninguna novedad al respecto.

Se ha discutido —bastante ociosamente, a mi juicio— si, pese a lo terminante de la dicción legal, «hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle un nuevo plazo», es factible otro requerimiento de pago, concesivo de un nuevo término. En primer lugar, conviene no perder de vista que tal posibilidad supone, no una novación —que requeriría, en la hipótesis contemplada, acuerdo de las partes—, sino más bien una renuncia que efectúa el vendedor a su derecho a obtener la resolución inmediata de la compraventa incumplida, renuncia incluíble en el supuesto permisivo del artículo 6, 2.º, del Código Civil, pero que tiene, en todo caso, carácter temporal, por cuanto que sólo surte efectos durante el nuevo término concedido. Ahora bien, la hipótesis novatoria de la relación contemplada no debe excluirse cuando, concedido tal nuevo término, el comprador lo acepte, en cuyo caso es de perfecta aplicación al supuesto. Lo contemplado en el artículo 1.203, 1.º, del Código Civil. Si, por el contrario, tal plazo no surte efectos novatorios, por no ser aceptado por el comprador que incumple, entonces, si llegado el vencimiento del mismo, éste paga la deuda inicialmente insatisfecha, todo el problema desaparece por la extinción de su obligación. Si, por el contrario, en la misma hipótesis, el comprador incumple de nuevo, la renuncia temporal que efectuó el vendedor, y a la que hicimos referencia, decae y queda expedito su derecho a instar la resolución inmediata mediante la pertinente notificación resolutoria, notificación que, por economía procedimental, puede efectuarse en el mismo acto de concesión del nuevo aplazamiento, para el supuesto de que éste resulte fallido, siempre, naturalmente, que la notificación que presente tal doble contenido —concesión de nuevo plazo y de resolución condicionada—,

sea del tipo previsto en el artículo 1.504, o sea, fehaciente notarial o judicialmente.

Decíamos que el pacto resolutorio convenido por las partes en la hipótesis de aplicación del artículo 1.504 y cuya limitación de efectos hemos tenido ocasión de precisar, puede resultar de la imperatividad de una cláusula extintiva de la titularidad dominical transmitida al comprador, establecida directamente con esta expresa finalidad, o bien puede derivarse de la consideración de la falta de pago como evento técnicamente condicionante. En todo caso, en uno y otro supuesto, el dogma del valor incontrolado de la autonomía de la voluntad queda profundamente entredicho; no obstante, lo que me interesa puntualizar ahora es que tal quiebra, impuesta por evidentes razones de equidad, opera, en todo caso, sea cual fuere la forma de instrumentalizar el pacto resolutorio, lo cual, cuando tiene lugar a través de la conversión de la falta de pago en un supuesto técnicamente condicionante, tiene indudables consecuencias conceptuales, ya que, privada de todo automatismo resolutorio, la pretendida conversión tiene un carácter más que limitado. Veremos más ampliamente la cuestión, al tratar de las repercusiones registrales del aplazamiento del pago del precio.

Por su parte, la cuestión relativa a la problemática expuesta, por lo que concierne a los muebles, aparece contemplada en el artículo 1.505 del Código Civil, a cuyo tenor: «Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación». Este artículo, a pesar de ciertas diferencias terminológicas, aborda el tema del pacto resolutorio, en su aplicación a las ventas de muebles, con un criterio que coincide, en lo esencial, con el del artículo precedente, en el sentido de imponer considerables limitaciones a la autonomía de la voluntad contractual, por cuanto que, y a pesar de convenirse el oportuno pacto comisorio expreso, su fuerza vinculante adolece de una relatividad sustancial, toda vez que condiciona la resolución impuesta convencionalmente para el caso de impago del precio al «interés del vendedor», frase de la cual se deriva, inexorablemente, que tal resolución convenida carece de efectos automáticos. Conviene precisar que tal artículo contempla una doble hipótesis de venta de muebles: venta con precio debido de presente, y venta con precio aplazado; en el primer caso, y ante el hecho del impago, el vendedor puede optar por el derecho de retención, previsto en el artículo 1.466, a cuyo tenor: *«El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha*

señalado en el contrato un plazo para el pago», o bien, puede instar directamente la resolución prevista en el artículo 1.505, resolución que, por depender de su interés, repito, tampoco tiene carácter automático. La otra hipótesis prevista en el artículo 1.505 concierne a la venta con obligación pura de entrega, y aplazada en cuanto al pago del precio, supuesto absolutamente reconducible a la del artículo 1.504, salvando, naturalmente, su distinto ámbito objetivo. Para tal caso, se halla previsto, en el artículo 1.467, un peculiar derecho de retención de la cosa debida de presente cuando, después de contraída la obligación, se descubre que el vendedor es insolvente, derecho de retención preventivo, que sólo puede ser ejercido legítimamente en caso de insolvencia descubierta después de la perfección de la venta. Llegado el momento del vencimiento del precio aplazado, y siempre que el vendedor no se haya prevalido de la posibilidad retentora que le confiere el artículo últimamente citado, si se produce el retraso en el pago del mismo se impone distinguir una doble hipótesis: a) Que se haya previsto convencionalmente tal contingencia mediante acuerdo de las partes al efecto, estableciendo, por vía directa o indirecta, ya vistas, el oportuno pacto comisorio. b) Que tal previsión convencional no haya tenido lugar. En el primero de los supuestos inmediatamente aludidos, la solución idónea es idéntica a la propugnada para los inmuebles. La resolución automática, prevista y querida por las partes, no se produce de ningún modo, ya que se exige, en todo caso, un acto volitivo procedente del vendedor a través del cual se exteriorice su rigurosa decisión de resolver. Tal exigencia resulta incontestable al subordinar el artículo que estamos estudiando la resolución en el mencionado al «interés del vendedor», lo que le permite escoger la otra posible alternativa, es decir, la del cumplimiento forzoso mediante el ejercicio de la *actio venditi*.

En conclusión, ambos artículos, el 1.504 y el 1.505, pese a circunstanciales diferencias semánticas y de contenido, responden a la misma idea básica de proscribir el automatismo resolutorio pretendido por las partes, con lo que, innegablemente, queda erosionado el dogma de la autonomía de la voluntad.

Cuando la relación bilateral que surge del contrato de compraventa, perfecto y ejecutado en su vertiente traditiva, tiene acceso al Registro de la Propiedad, la cobertura que tal Institución presta a las titularidades inscritas proyecta una luz peculiar sobre lo que hasta ahora llevamos dicho, al añadir, a las garantías expuestas, las derivadas de tal cobertura.

De entrada, hay que poner de manifiesto la notable singularidad de que el derecho de crédito sobre el precio aplazado tenga acceso a los libros del Registro, como una de las circunstancias de constancia obligatoria en las inscripciones de compraventas, asientos, que, por ello, publi-

can una doble titularidad, la real, adquirida por el comprador, y la credicia aplazada, que ostenta el vendedor. Tal constancia registral resulta imperativa, dados los términos con que se produce el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago». La claridad del precepto transcrito nos evita efectuar su interpretación; únicamente diremos que debe practicarse la constancia registral, no sólo del precio convenido, sino de la forma de pagarlo, pero, por lo que a este trabajo atañe, las expresiones tabulares de confesado y recibido no nos interesan, debiendo centrarnos exclusivamente en el supuesto de precio aplazado.

En realidad, tal constancia registral del precio es una lógica exigencia de la más general, consistente en que sólo pueden tener acceso al Registro los títulos válidos, y la compraventa o negocio jurídico obligatorio, que, junto con el modo, provocan la adquisición dominical por parte del comprador *accipiens* de la cosa vendida para que sea eficaz es imprescindible que en ella exista el precio al que se refiere, entre otros, el artículo 1.445 del Código Civil, que la define. La constancia registral de tal precio no es sino un lógico corolario de lo expuesto, constancia necesaria, pero, de todos modos, excepcional por cuanto la protección registral sólo se extiende, por necesidades institucionales, matizadas, no obstante, por concretas excepciones, a los derechos reales inmobiliarios, quedando, en principio, vedada tal protección a los puros derechos personales, siendo suficientemente explícito, al respecto, el artículo 9 del Reglamento Hipotecario, entre otros.

Partiendo, pues, del hecho innegable de la necesidad de la inscripción del crédito aplazado del vendedor que traidió, se plantea el problema transcendental de determinar cuál es la eficacia de tal constatación tabular, problema que ha preocupado constantemente a la doctrina hipotecaria, que ha mantenido, a lo largo de la evolución histórico-legislativa del Derecho Registral, dos posiciones doctrinales absolutamente contradictorias, estimando unos que tal expresión afecta a terceros, determinando la expresión registral de tal crédito aplazado el nacimiento automático de una carga similar a la antigua hipoteca legal tácita que citamos al inicio de este trabajo, garantizadora de tal precio, y creyendo otros que tal expresión era el resultado de una exigencia puramente formal del Derecho adjetivo registral, sin trascendencia respecto de los subadquirentes del inmueble inscrito y no pagado.

En la actualidad, y después de las últimas reformas de la legislación hipotecaria, la cuestión no presenta sino un interés puramente histórico, ya que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria vigente zanja la problemática

expuesta diciendo que: «La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas».

Después del artículo transcrito, una triple hipótesis nos es dable considerar:

1.º *Aplazamiento no cualificado*.—Es aquel que se practica por exigencias del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, ya visto, y cuya justificación efectuamos anteriormente. En la actualidad, la cuestión de su repercusión respecto a terceros se halla totalmente clarificada. Su incidencia respecto a los mismos es nula y éstos no podrán ser afectados, en virtud de tal expresión, por las acciones que pueda interponer el vendedor para exigir su cumplimiento o la resolución del contrato. Ni siquiera tal aplazamiento registrado elimina, por sí solo, la buena fe del subadquirente, buena fe que constituye un valladar infranqueable protector de su titularidad cuando el contrato de su tradente se extinga por el ejercicio de la pertinente acción. Tal resulta, por lo que al concreto supuesto de rescisión por fraude de acreedores se refiere, del artículo 37, 4, b), de la Ley Hipotecaria cuando dice: «El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará por sí sólo complicidad en el fraude».

2.º *Aplazamiento garantizado con hipoteca*.—En este supuesto, el crédito aplazado del vendedor que entregó la cosa queda rigurosamente garantizado por un derecho de hipoteca que se constituye sobre la misma cosa vendida, que confiere, en definitiva, a tal crédito la cualidad de hipotecario, con todas las ventajas inherentes a tal condición, constituyendo la única peculiaridad del mismo el hecho de que tal hipoteca resulte de un acto dispositivo otorgado por el comprador que en la misma escritura deviene dueño, surgiendo de la *traditio instrumental* y de la inscripción constitutiva que exige la hipoteca, dos titularidades simultáneas reales y registrales, la del comprador, ya dueño por impulso de la *traditio* mencionada, y la del vendedor, que, al otorgar la misma, ha dejado de serlo, pero que se convierte en titular del crédito hipotecario sobre la cosa que hasta entonces le perteneció.

3.º *Aplazamiento con impago convertido en condición resolutoria*.—Sin lugar a dudas, este apartado constituye el capítulo más inquietante de la cobertura registral del precio que estamos ahora considerando. El supuesto se da cuando, por virtud y por mor de la

autonomía de la voluntad, a la falta de pago, o sea, al impago del precio, una vez vencido éste, se le da el carácter de condición resolutoria explícita, como dice el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, ya visto. Es decir, cuando la extemporaneidad en la satisfacción del crédito aplazado, una vez purificado por el transcurso del tiempo de su exigencia, se convierte convencionalmente en una *conditio facti* resolutoria, o sea, en ese acontecimiento futuro e incierto a que se refiere el artículo 1.113 del Código Civil, generándose, en virtud de tal pacto, una dinámica de conversión del incumplimiento, como *conditio iuris* de la efectividad del artículo 1.124 del Código Civil, en una *conditio facti* sujeta al régimen de los artículos 1.113 y siguientes del Código Civil, utilizándose como cauce, para tal mutación, bien una cláusula directa en tal sentido, o bien la utilización taxativa de la palabra semisacramental constitutiva de eventos condicionantes, o sea, el término «SI».

Ahora bien, ¿qué se pretende con tal conversión? A mi juicio, la respuesta es sencilla. A través de ella, el incumplimiento, como presupuesto inexcusable para la puesta en marcha de las alternativas compensadoras del interés contractual frustrado del contratante perjudicado, se convierte en un evento técnicamente condicionante para: a) Objetivarlo; b) totalizarlo anticipadamente; c) atribuirle una eficacia resolutoria absoluta y retroactiva, y d) eliminar, en su constatación, la intervención judicial.

Por lo que afecta al primero de los fines expuestos, ya hemos visto, reiteradamente, a través de este trabajo, que el incumplimiento como supuesto constitutivo de un ilícito civil debe ser imputable al deudor, por venir impuesto por su conducta dolosa u omisiva, careciendo de relevancia jurídica, a estos efectos, todas aquellas hipótesis de incumplimientos legítimos (*exceptio non adimpleti contractus*, derecho de retención ya vistos) o fortuitos. Esta teoría, que ahora sintetizamos, del incumplimiento jurídicamente relevante, y que ha sido ampliamente tratada en las páginas anteriores, se deteriora, radicalmente, cuando el mismo es considerado como un acaecimiento futuro e incierto de carácter técnicamente condicionante, ya que, entonces, se hace tabla rasa de todos los principios generales aludidos como imprescindibles acerca de la culpa e ilicitud, y así, a base de la conversión dicha, sea cual fuere la etiología del impago, producido éste, entran en juego los efectos resolutorios característicos contenidos en el artículo 1.123 del Código Civil, a cuyo tenor: «Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido. En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa se apli-

carán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente.

En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer, se observará, respecto a los efectos de la resolución, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.120».

Con la inserción de tal pacto de conversión del incumplimiento en condición resolutoria se modaliza en sentido agravatorio la responsabilidad del comprador, que asume íntegramente todos los riesgos de un retraso involuntario, o sea, fortuito, y no puede prevalerse de utilizar las facultades retrasantes que, en funciones de garantía, le son conferidas en determinadas hipótesis de previo incumplimiento por la contraparte vendedora, en virtud de los distintos derechos de suspensión del pago del precio que el Código Civil le confiere.

Nada de esto podrá ser esgrimido, vía de acción o excepción, por el comprador que incurra en morosidad, considerada ésta no en el sentido de los artículos 1.100 y 1.101 del Código Civil, sino como sinónimo de retraso e impuntualidad todavía sin calificar jurídicamente. Así, producida la falta de pago, cualquiera que fuese la causa genética de la misma, el evento resolutorio, técnicamente condicionante, se habrá producido y, con él, la aplicación automática del artículo 1.123 del Código Civil, anteriormente visto, y todo ello sin que quepa la más mínima discusión ante la autoridad judicial de las causas generadoras del retraso en el pago, la cual, en caso de contención, deberá limitarse a declarar si efectivamente el hecho condicionante se ha producido.

Ya expusimos antes que era factible la objetivación, absoluta o relativa, del incumplimiento a base de los correspondientes pactos de renuncia a los derechos de retención reiteradamente mencionados, o bien, asumiendo, directa y convencionalmente, los riesgos de una morosidad estrictamente fáctica, con lo que, de hecho, podría producirse una situación similar a la descrita con la conversión del incumplimiento en una *conditio facti*.

Un estudio apresurado de toda esta problemática podría conducirnos a esta conclusión, pero esto no es sino un espejismo. Los pactos mencionados, que agravan la responsabilidad *standard* del comprador, son de interpretación estricta, exigen su perfecta concreción al supuesto previsto, no a otro similar; así, la renuncia a un derecho de suspensión del pago del precio concreto no se aplica genéricamente a otro cualquiera; tienen siempre como límites insuperables la buena fe, cuya falta provoca la nulidad de los mismos; no excluyen, ni *a priori* ni *a posteriori*, la ponderación judicial, ni impiden, en ninguna hipótesis, que el incumplimiento sea valorado judicialmente en función del parámetro de culpabilidad sustancial al mismo, salvo que, y en virtud de lo prevenido con carácter

general en el artículo 1.105, ya visto, el comprador asuma expresamente las consecuencias derivadas del retraso fortuito, renunciando con ello a la posibilidad de desvirtuar la presunción de culpabilidad que le afecta, como ya vimos anteriormente, presunción, como advertimos, *iuris tantum*, y, por lo tanto, obviaable mediante la prueba por parte del comprador retrasado de que su impuntualidad fue fortuita; cuestión esta de la asunción del riesgo del caso fortuito en materia de morosidad que, en virtud de tal pacto, se convierte en objetiva, que es radicalmente distinta de la posibilidad convencional, autorizada, no por el artículo 1.105, sino por el 1.100, 1, del Código Civil, de la mora *ex re*, en cuyo caso el acreedor queda exonerado de la obligación de intimar de pago al deudor retrasado o moroso fácticamente para hacerle incurrir en mora técnica, pero que no objetiva, en absoluto, el incumplimiento por retraso.

Resumiendo, la objetivación del incumplimiento y consiguiente agravación de responsabilidad del deudor, que es factible a través de los pactos anteriormente dichos, y cuyas características ya hemos expuesto ahora y con anterioridad, se obtiene mucho más fácil y eficazmente a través de la inserción en el contrato de la correspondiente cláusula de conversión del incumplimiento en un evento o acaecimiento técnico condicionante, productor de la absoluta objetivación de la responsabilidad del comprador que incida en retraso, en cualquier tipo de retraso en el pago del débito del precio que le afecta.

Otra de las finalidades pretendidas con tal conversión es la de la totalización anticipada del incumplimiento. Me explico, para que la alternativa resolutoria prevista en el artículo 1.124 y concordantes sea admisible, es imprescindible —por todo lo que ya adujimos— que el incumplimiento, la frustración de los intereses del perjudicado sea grave (tratándose de cosas específicas, que la pérdida sea total), lo cual exige que el Juez pondere tal circunstancia, o sea, la entidad del mismo para acceder o vedar la posibilidad resolutoria. Pues bien, a través del fenómeno de conversión que estamos examinando, lo que se pretende es obviar la necesidad de tal constatación, estableciéndose, por imperativo convencional, que cualquier retraso, o concretamente el retraso previsto por las partes, es grave, es total y, por ende, justifica siempre la alternativa resolutoria. Volveremos más tarde sobre esta cuestión.

El tercero de los objetivos pretendidos, decíamos, es el consistente en aumentar la eficacia de la resolución que opere en caso de incumplimiento, que en el caso que nos ocupa no será la del artículo 1.124, sino la del artículo 1.123, ambos del Código Civil y ya transcritos. La distinción entre una y otra resolutoria es enorme, no por lo que concierne en cuanto a las partes, sino por lo que afecta a terceros, toda vez que la pretendida al amparo del artículo 1.124 se detiene siempre frente

a los subadquirentes de buena fe, mientras que la eficacia resolutoria, dados los términos imperativos del artículo 1.123, que no admite excepción a la misma, es absoluta, cuestión registral aparte.

Decíamos que la resolución pretendida, y concedida al amparo del artículo 1.124, es relativa en cuanto a terceros y ello es evidente, dada la remisión que tal artículo efectúa, en su párrafo último, a los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil, artículos que regulan los efectos resolutorios de las acciones rescisorias. Ahora bien, me interesa destacar que la remisión que efectúa el artículo 1.124 al último de los preceptos citados es improcedente, toda vez que la acción resolutoria, derivada del incumplimiento contractual y, dadas las remisiones aludidas, puede considerarse como una subespecie de las rescisorias, pero siempre de aquéllas en que la rescisión venga impuesta por uno de los obligados, no por un tercero, caso de la rescisión por fraude, y en realidad el artículo 1.298 es de estricta aplicación a esta última y concreta hipótesis lesionante y por ello no aplicable a la resolución impuesta por uno de los contratantes. Esta consideración conceptual no es, en absoluto, baladí, sino que su trascendencia práctica es evidente, ya que, admitida la viabilidad de la misma, la lógica consecuencia es que tampoco se aplicará a los supuestos resolutorios del artículo 1.124 el artículo 1.297, que, en la línea del artículo 643, establece la presunción de fraude objetiva en el adquirente a título gratuito.

Se impone, pues, el tenor del artículo 1.295, único que estimamos admisible en la hipótesis que estamos contemplando, que dice: «La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos, y del precio, con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efectos cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviere obligado.

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto de contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe».

Tal artículo contiene la eficacia, *inter partes*, del mismo que tiene lugar entre vendedor que resuelve y el comprador resuelto, estableciendo la esencialidad, que deriva del carácter bilateral impresa a la relación resolutoria, de que, efectivamente, tal solución se ejecute, permitiendo una especial *exceptio* para la hipótesis de que esto no acontezca. En suma, las recíprocas prestaciones, una vez consumada la fase de liquidación a la que anteriormente aludimos, son de sustancial y recíproca ejecución para que tal relación resolutoria, constitutiva de obligaciones de dar no traditivas, sea válida.

Por lo que afecta a las repercusiones de la resolución decretada en cuanto a terceros subadquirentes, la acción interpuesta por el contratante

perjudicado, es a pesar de ser admitida y estimada, absolutamente ineficaz frente a aquellos situados en la hipótesis de la buena fe a que se refiere el último apartado del artículo 1.295 y en virtud de la lógica exclusión que efectuamos de los artículos 1.297 y 1.298 en su posible aplicación al caso que nos ocupa; los terceros inmunes a las pretensiones resolutorias triunfantes del vendedor perjudicado son tanto los que lo sean a título lucrativo como a título oneroso, ya que el apartado en cuestión no distingue.

Por lo que concierne a los efectos resolutorios que se derivan del cumplimiento de una condición de este tipo, éstos son aniquiladores, quedando afectados por los mismos así los actos dispositivos, del tipo que sean, procedentes del titular dominical resuelto, como los que las legítimas autoridades jurisdiccionales administrativas o judiciales impongan, constituyendo el único límite a este huracán arrasador la posible cobertura registral que tendría que ser, en este caso, de tipo negativo.

Vistos los objetivos perseguidos por las partes con tal conversión, nos es dable preguntarnos por la licitud de tal fenómeno. En otras palabras: ¿Es realmente factible la conversión del incumplimiento en un evento técnicamente condicionante, considerándolo, sin más, como un acaecimiento futuro e incierto incluido en la hipótesis del artículo 1.113 del Código Civil, productor de su prototípico efecto resolutorio automático y retroactivo?

No es necesario, a mi juicio, acudir a los límites genéricos que, por razones de justicia y equidad, deben ser tenidos muy especialmente en cuenta en la exégesis del artículo 1.255, justificador, en última instancia, de tal fenómeno. Tampoco es necesario invocar la teoría del abuso del derecho, ni poner de manifiesto que los principios reguladores del incumplimiento son, en la mayoría, de orden público.

Pues bien, a pesar de que todos los argumentos expuestos son legítimamente atendibles, considero que la cuestión planteada encuentra adecuada respuesta negativa, precisamente, en los mismos artículos que, apresuradamente leídos, parecen facilitar más tal posibilidad. Me refiero a los artículos 1.504 y 1.505 del Código Civil, y creo que esto es así, porque lo que resulta paladinamente claro de los mismos es la circunstancia de que carece de toda eficacia resolutoria automática la conversión que nos ocupa y siendo, realmente, este automatismo en la resolución lo más característico de las propias condiciones es evidente que tal conversión no se ha producido, por lo menos no se ha producido en su totalidad. Así pues, la moratoria legal prevista en los artículos en cuestión constituye el obstáculo insuperable para que la falta de pago sea considerada como un evento técnicamente condicionante normal. De esto se derivan dos consecuencias insoslayables: a) que, a pesar del

pacto comisorio expreso del artículo 1.504 y de su traducción registral, contenida en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, regulador de las repercusiones del mismo en cuanto a tercero y que debe ponerse en conexión con la remisión que a la legislación hipotecaria efectúa el último párrafo del artículo 1.124, el vendedor puede optar por el ejercicio de la *actio venditi* (o serle ésta impuesta por la decisión judicial), todo ello de conformidad con lo reiteradamente ya visto, y b) que el incumplimiento, precisamente por la frustración de tal conversión, derivada suasoriamente, no sólo de los límites generales a la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad, ya aludidos, sino especialmente del concreto tratamiento jurídico que de la cuestión efectúan los artículos 1.504 y 1.505, debe ser ponderado, adverado y enjuiciado en función de los parámetros normales, sin que la intervención judicial se reduzca simplemente a constatar un incumplimiento previamente objetivado y totalizado, finalidades que, en definitiva, no se consiguen.

Al amparo de estas últimas consideraciones, me interesa desvanecer cierto confusionismo derivado de la alegación doctrinal, en ocasiones, del artículo 1.115 del Código Civil, a cuyo tenor: «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula... Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código».

La rotundidad del inciso primero del artículo en cuestión, único que nos interesa, impresiona, pero tal sentimiento es fugaz. Este artículo, cuyo ámbito de aplicación lo constituyen todo tipo de condiciones, así suspensivas como resolutorias, presupone la inadmisibilidad de aquellas que sean rigurosamente potestativas, que provocan, además, la nulidad del contrato que de ellas dependa.

De todos modos, la *ratio* del artículo en cuestión consiste en sancionar, si de condiciones suspensivas se trata, la nulidad de algo que realmente no ha nacido, faltando, pues, el presupuesto básico de tal nulidad. Cuando se condiciona suspensivamente la perfección de un contrato a un evento *si volo* en realidad no se perfecciona tal contrato hasta que el *volo* constitutivo no se produzca.

En suma, como tal condición lo que impide es el nacimiento del consentimiento contractual, no su subordinación a un acontecimiento futuro e incierto, en puridad el contrato afectado por una condición suspensiva *si volo* no se anula, sino que más bien no nace. Por lo tocante a la condición resolutoria del mismo tipo, ésta resulta incompatible con un artículo tan fundamental como el 1.256 del Código Civil, que en la misma línea que el 1.091 del mismo cuerpo legal, sienta, taxativamente, que: «La validez y el cumplimiento de los contratos no puede

quedar al arbitrio de uno de los contratantes», cosa que efectivamente sucedería si se admitiera la posibilidad de *conditio si volo* de tipo resolutorio.

No obstante, y en todo caso, lo que es evidente que el artículo 1.115 en cuestión no tiene nada que ver con tales condiciones resolutorias, que serían absolutamente ineficaces por simple aplicación del artículo 1.256 (ineficacia que, no obstante, no acarrearía, en todo caso, la de la relación afectada) y digo que no tiene nada que ver porque el incumplimiento, tanto el que constituye el presupuesto de aplicación del artículo 1.124, como el que se pretende convertir en técnicamente condicionante, nunca puede considerarse como una *conditio* resolutoria *si volo*, encuadrable en el marco, no sólo del artículo 1.115, sino en el del 1.256, antes citado, sencillamente porque su incidencia —aparte de lo que inmediatamente diremos— no provoca en ningún caso la resolución —*si volo*— de la relación afectada, por todas las razones expuestas y, en especial, por la subsistencia de la posibilidad de ejercicio de la *actio venditi* por parte del vendedor perjudicado por el impago condicionante.

Intimamente relacionado con lo expuesto es otro punto que también ha producido cierta confusión doctrinal, y así, por algún autor se ha dicho que el pacto comisorio genera una condición resolutoria potestativa, ejercitable, discrecionalmente, por el vendedor. Tal razonamiento exegético no resiste el más somero análisis; el evento, pretendidamente condicionante, lo constituye el hecho del incumplimiento que sólo, muy latamente, puede calificarse de potestativo, por ser, en definitiva, el cumplimiento un acto debido del deudor, pero, en todo caso, tal «potestización», con el grado que se le quiera dar, sólo es predicable respecto al comportamiento de éste. Lo que sucede es que su incidencia desencadena, en favor del vendedor perjudicado, las facultades integrantes del Derecho —más o menos potestativo— que le confiere el artículo 1.124 y concordantes, sin que ello presuponga ejercicio alguno de tal condición por parte del mismo, entre otras razones porque las condiciones, se cumplen o no, pero no se «ejercen».

En virtud de todo lo que llevamos hasta ahora expuesto, y ateniéndonos al Derecho civil puro, parece claro que la conversión en evento técnicamente condicionante del hecho del incumplimiento no se produce en modo alguno, sin perjuicio de que el efecto resolutorio acrecido del artículo 1.123 pueda ser aplicado a tales hipótesis de conversión.

Empero, por lo concerniente a la propiedad inmueble inscrita, no debe perderse de vista que tal eficacia resolutoria robustecida fue ya prevista en el artículo 1.124, inciso último, al referirse a la legislación hipotecaria, con lo que ni siquiera este efecto residual de la conversión

del incumplimiento en una pseudocondición resolutoria podría tener su origen en tal fenómeno, quedando relegada la posible eficacia absoluta propia del artículo 1.123 a los supuestos concretos de propiedad no inscrita, y siendo el origen inmediato de la misma, en las hipótesis de cobertura registral de las relaciones inmobiliarias, el artículo 1.124 en su remisión, ya mencionada, a la legislación hipotecaria, aspecto este que va a constituir la última parte de mi trabajo.

Al enfocar la cuestión registral de la problemática que ha ocupado mi atención en las páginas precedentes, lo primero que quiero resaltar es la notable cautela semántica que se detecta en la dicción literal del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, precepto ya transcrito, y que supone una traducción jurídica, exclusivamente en cuanto a terceros, de los fundamentales preceptos 1.124 y 1.504, cuya normativa, en lo que concierne a las partes, queda intacta. Quiero decir que el ámbito de aplicación de tal precepto hipotecario debe quedar circunscrito a las repercusiones que la expresión registral del aplazamiento tenga frente a los subadquirentes, tanto en la hipótesis de registración del aplazamiento sin cualificar, como en aquella en la que el precio queda garantizado con hipoteca, así como en la que ahora estamos contemplando.

De todos modos, y respecto a la cuestión sustancial, o sea, la de la posible conversión del incumplimiento en condición *strictu sensu*, a pesar de la indicada cautela terminológica, lo cierto es que su posibilidad, por imperativos interpretativos del artículo 11, ya visto, parece evidente, con lo cual e, incuestionablemente, se detecta una contradicción entre el artículo 1.504 y el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, y así, respecto a la propiedad inscrita, tal posibilidad de conversión con todas sus consecuencias es factible. De todos modos no se llega por este camino a sus últimos extremos, ya que el automatismo resolutorio queda siempre excluido, toda vez que la contradicción entre el artículo 1.504 y el artículo 11 de la Ley Hipotecaria sólo es relativa.

Extrayendo sus últimas consecuencias de tal posibilidad de conversión, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario dice: «Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiese estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar, de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta y se acompañe el título del vendedor». Tal artículo parte de la base, desarrollando el concepto ya acuñado por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria de «condición resolutoria explícita», de que la falta de pago es una condición resolutoria absolutamente normal y, por lo tanto, el tratamiento registral de su cumplimiento o incum-

plimiento no presenta ningún matiz diferencial respecto al de las restantes condiciones resolutorias que tienen acceso al Registro en virtud del imperativo genérico para su constancia contenido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, apartado 2, cuando decreta la inscripción de «la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del Derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título», criterio de inscribibilidad necesaria, reiterado en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, el cual, en su apartado 6, sienta que: «Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba, se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden establecidas en aquél. No se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

Así pues, partiendo de la necesaria inscripción en el Registro de las condiciones resolutorias, según los preceptos transcritos, y de la conversión de la falta de pago en una condición resolutoria explícita, los objetivos pretendidos por las partes de objetivación, totalización anticipada, eficacia resolutoria acrecida y eliminación de la instancia judicial se consiguen plenamente, situándose el acreedor-vendedor en una posición verdaderamente privilegiada por lo atinente a la tutela de su crédito.

De algunos de estos objetivos, cuya viabilidad quedó descartada en el ámbito del Derecho civil puro, ya nos hemos ocupado anteriormente. Sólo vamos a considerar aquí el que hace referencia a la supresión de la actividad jurisdiccional en la resolución que nos ocupa, supresión que es una lógica exigencia del tratamiento registral de tal falta de pago, como un evento condicionante normal y, por lo tanto, adverbable exclusivamente por el Registrador.

Presupuesta la inscribibilidad de las condiciones por los artículos anteriormente transcritos, es necesario que la Ley Hipotecaria se ocupe del enfoque adjetivo tabular del problema, y ello lo efectúa el artículo 23 cuando dice que: «El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos se hará constar en el Registro bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición de derecho, bien por una nueva inscripción, a favor de quien corresponda, si la rescisión o resolución llega a verificarse».

En virtud de tal exigencia legal, el Reglamento Hipotecario desarrolla tal artículo, especificando las operaciones registrales que procede efectuar cuando se constata —registralmente— de modo suficiente, tanto el hecho del pago como el de la falta de pago. En la primera hipótesis, es decir, cuando la condición inscrita ha quedado incumplida, el artículo 58 reglamentario sienta que: «Se hará constar por medio de una nota mar-

ginal, siempre que los interesados lo reclamen o el Juez o el Tribunal lo mande el pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de la inscripción por cuenta o saldo del precio en la venta o de abono de diferencias en la permuta o adjudicación en pago. Igualmente bastará la extensión de una nota marginal cuando así especialmente lo establezca la ley.

Bastará el consentimiento de un solo cónyuge para la extensión de la nota marginal a que se refiere el párrafo anterior, cuando el inmueble ganancial transmitido se hubiere inscrito en su día solamente a nombre de aquél».

Este artículo prevé la extensión de la nota marginal que menciona, cuya finalidad es constatar registralmente el incumplimiento de la condición prevista y, con ello, la consolidación definitiva de la titularidad del comprador; para la extensión de tal nota marginal deberá presentarse, según los casos, la escritura o acta de entrega de cantidades que proceda, documentos formales que incorporan determinaciones volitivas de consentimiento que parecen fuera de lugar, si no es a base de considerar el pago como un negocio jurídico dispositivo y la *conditio facti*, consistente en la falta del mismo, como una condición impropia.

Esto es por lo que concierne al incumplimiento de tal pretendida condición; en lo que afecta a la hipótesis contraria, es decir, cuando se consuma el previsto retraso, es de aplicación el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, antes visto, según el cual, inscrito, y, constatado incontestablemente el hecho del mismo, el Registrador ante quien se haya adverado tal circunstancia absolutamente objetivada y totalizada, procederá, previa presentación de la documentación pertinente, a la reinscripción a favor del vendedor impagado de la titularidad dominical resuelta que hasta entonces ostentó el comprador, así como a la cancelación de todos los asientos posteriores que contengan todos los actos dispositivos procedentes de dicho comprador o que le fueren impuestos por la legítima autoridad judicial o administrativa.

Tales operaciones se practicarán teniendo como presupuesto sustancial la adveración estricta del incumplimiento —competencia del Registrador— y la presentación de la documentación aludida que consiste en la correspondiente solicitud, dado el carácter esencialmente rogado del procedimiento registral, el requerimiento notarial o judicial de resolución, el título inscrito, como base de todas las actuaciones, y la justificación de haberse dado ejecución a lo prescrito en el artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor: «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se

ha consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación».

A mi modo de ver, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, ya contemplado, es congruente con la axiología que se desprende del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, limitándose, en definitiva, a instrumentalizar, registralmente, las repercusiones de tal enfoque permisivo sobre la conversión del impago del precio aplazado en un acaecimiento técnicamente condicionante. La circunstancia de que convierta el requerimiento mencionado en el artículo 1.504 del Código Civil en algo más concreto, como es el concepto de notificación que utiliza, lo podemos considerar como un pecado venial jurídico, sobre todo no perdiendo de vista que con tal cambio terminológico adecuó la legislación registral a las tendencias interpretativas jurisprudenciales, atenuante, en definitiva, de tal distorsión legislativa.

Partiendo de las premisas registrales sentadas, es lógico que, considerada la falta de pago como un acontecimiento técnicamente condicionante, su adveración registral corresponda al Registrador, aunque con ello queden totalmente conculcados aquellos parámetros básicos que convierten al incumplimiento, de fáctico, en jurídico, con manifiestos peligros para la idea de justicia, por la evidente objetivación de la responsabilidad del deudor-comprador.

Tal es la situación, y, a modo de conclusiones, se me ocurren las siguientes:

1) Se impone una reforma de la legislación aplicable, concretamente del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, a fin de que, en línea con lo establecido por el Código Civil, el incumplimiento o retraso en el pago, aunque expresamente sea configurado como condición resolutoria en sentido técnico, su adveración sea siempre estrictamente judicial. El que tal circunstancia se convierta o no en condicionante, a los efectos de robustecer los efectos resolutorios que procedan, es lo de menos. Lo que es básico es que el tratamiento del incumplimiento no se aparte de los cauces trazados por el Código Civil.

2) Mientras esto no tenga lugar, es decir, mientras el artículo 11 de la Ley Hipotecaria mantenga su redacción actual, se impone una interpretación restrictiva del mismo, y de su lógico corolario, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, interpretación que puede venir por

el camino de: a) Exigir una rigurosa probanza, a cargo, como sabemos, del Registrador, del hecho del incumplimiento condicionante, acaecimiento ya de por sí difícil de acreditar en no pocas ocasiones. En torno a esta cuestión, que resulta trascendental, caben distintas hipótesis. Lo ideal sería que, frente a un requerimiento-notificación de resolución, el comprador resuelto reconociese de forma documental y auténtica el hecho del impago. Este ideal, no obstante, en pocas ocasiones se consigue y, entonces, la probanza debe exigirse con rigurosidad acrecida, sobre todo cuando el comprador resuelto no es notificado personalmente, en cuyo caso, y por obvias razones de desconocimiento, no tiene oportunidad de asentir ni de disentir, actitudes que, en realidad, y por lógica coherencia con lo sumario del proceso adverbativo del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, no serían de recibo, ya que la alegación de excepciones causales serían absolutamente contradictorias con el procedimiento registral de adverbación de hechos objetivos, en este caso, el incumplimiento producido.

De todos modos, y ello es destacable, por razones de estricta equidad, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido recientemente que la cuestión quede automáticamente reconducida al ámbito judicial a base de simples alegaciones de disenso del comprador resuelto. Tal jurisprudencia registral resulta, pese a su alegación, tremendamente alentadora para los que propugnamos la revisión del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, tal como expusimos en la conclusión anterior, pero no cabe duda de su confrontación total con el sistema vigente. En todo caso, la exigencia probatoria preconizada debe ser extremada al máximo cuando se pretende resolver a base de impagos mínimos en relación al total precio satisfecho, o de retrasos poco importantes.

Dada por sentada la probanza del incumplimiento y, con ello, la virtualidad de la resolución pretendida por la parte vendedora, no cabe, sino reinscribir la titularidad resuelta a favor del vendedor, siempre que la exigencia de la documentación auténtica a aportar se cumpla. Decíamos que entre los documentos que debían presentarse en el Registro para que tal reinscripción tuviera efectividad debía incluirse el justificante del depósito prevenido en el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario; que ya hemos transcrito. Ahora bien, y con ello entramos de lleno en la problemática registral de la cláusula penal fija o variable, tema del que ya nos ocupamos anteriormente en su vertiente civil. Aquí únicamente quiero poner el más absoluto énfasis en que, en ningún caso, se puede exonerar al vendedor que resuelva, de la obligación que le compete de devolver la parte del precio recibido a tenor de lo previsto en el artículo 1.295 del Código Civil. Tal exigencia de restitución es una

lógica consecuencia del carácter bilateral de la relación ejecutiva que surge de una pretensión de resolución estimada, sin que en ningún caso pueda ser liberado el vendedor de tal obligación de restitución cuya traducción hipotecaria se contiene en el artículo 175, 6.º. En definitiva, la consignación prevista en dicho artículo viene a sustituir a la restitución efectiva del artículo 1.295, también antes visto, precisamente porque en el procedimiento registral de resolución que estamos abordando, la fase ejecutiva antecede a la de liquidación que queda pendiente de lo que oportunamente acuerden las partes o lo que, en caso de contención, decrete el Juez. Por el contrario, el artículo 1.295 citado tendrá plena efectividad en todas las resoluciones contractuales de tipo judicial, en las que, a través de la sentencia que se dicte, los aspectos liquidatorios que procedan antecederán, en todo caso, al nacimiento de la pura relación de ejecución bilateral, prevista por dicho artículo 1.295.

De todo lo dicho se desprende irremisiblemente la necesidad, por exigencias civiles y registrales, de que la consignación prevista en el artículo 175, 6.º, como medida cautelar y substitutiva de la entrega del precio exigida por el artículo 1.295, tenga efectivamente lugar.

Tal criterio de previa consignación sólo quedará desvirtuado cuando, como reconoce el propio precepto, existan deducciones a aplicar al importe obtenido por la venta resuelta. Mas, a mi juicio, tales deducciones sólo pueden ser, o bien las convenidas por las partes en la solicitud de resolución dirigida al efecto al Registrador, o bien decididas judicialmente, sin que las cláusulas penales existentes en el contrato que se inscribió y que, con posterioridad se resuelve, tengan incidencia alguna exonerante de la consignación tantas veces aludida. Me interesa destacar que ninguna cláusula penal, del tipo que sea, es inscribible, por cuanto que, al hacerlo, se están conculcando preceptos sustanciales de la legislación hipotecaria que excluyen la inscripción, salvo excepciones taxativas, de derechos personales, y de la cláusula penal no surge sino un derecho de este tipo, preventivo y condicionado. Así pues, tales cláusulas penales no son inscribibles, y si lo hubieran sido, deberán ser canceladas, ajustándose al procedimiento previsto para la hipótesis de derechos indebidamente inscritos en el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, párrafo 3.º. Por lo demás, la transcendencia exonerante de las mismas en cuanto a la obligación de consignación antes aludida, es nula y el Registrador, que carece de facultades jurisdiccionales en todo lo relativo a la fase liquidatoria antes aludida, debe atenerse estrictamente a lo inscrito, sin tener en consideración todo el contenido no inscribible que los títulos que tengan acceso al Registro de la Propiedad puedan contener. Así, todo lo concerniente a la cláusula penal, su admisibilidad cuando del tipo variable se trate, su posible incompatibilidad

con la resolución, cuando ésta provenga del cumplimiento de un evento técnicamente condicionante, su posibilidad de moderación, etc., son temas de estricta apreciación judicial, sin que la función competencial del Registrador se extienda más allá de su negativa a inscribirlas.

Por último, y con ello concluyo, sólo me resta poner de manifiesto que asistimos a una indiscriminada generalización, que estimo harto peligrosa para la idea de justicia y de la propia función registral, del fenómeno que ha constituido el punto neurálgico de nuestro trabajo, la conversión de incumplimientos técnicamente cualificados, en condiciones resolutorias atípicas, fenómeno que, teniendo como caballo de Troya el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, con su desafortunada dicción, amenaza con anegar el Registro de derechos personales, al socaire de la conversión de su incumplimiento en condicionante de las titularidades tabulares.

Esta cuestión es particularmente grave, tratándose de escrituras de hipoteca, cuyo contenido actual resulta tan confusamente enmarañado, precisamente por la multitud de pactos condicionantes en ellas insertos, que en modo alguno se consigue el objetivo de transparencia que el Registro debe pretender. Otro tanto podemos decir de la extensión de tal incidencia a aquellas relaciones en las que las dosis de atipia son considerables: caso de permutas de solares a cambio de pisos futuros, contratos de *leasing*, ventas con reservas de dominio, etc.

En resumen, ante esta evidencia se impone una muy rigurosa calificación registral del supuesto permitido, y el evitar, al máximo, la extrapolación del mismo a otras hipótesis que, poco o nada tienen que ver con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, y que acrecientan la intervención registral en cuestiones concernientes al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones, aspectos que deben ser atenazados, exigentemente, al dominio judicial.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CLATAYUD
Registrador de la Propiedad de Barcelona

La Sociedad Anónima Europea (Proyecto de estatuto)*

Sin más preámbulo vamos a entrar en el tema de nuestra conferencia, que es el estudio del Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

De las Conferencias anteriores, creo que ya se ha puesto de manifiesto la necesidad que sintió la Comisión de la CEE de elaborar un Estatuto de Sociedad Anónima Europea, que no ha sido aprobado por el Consejo por dificultades surgidas fundamentalmente en lo relativo a la participación de los trabajadores.

El 30 de junio del año 1969 la Comisión presentó un proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea, que se publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 10 de octubre de 1970. Es un Estatuto muy voluminoso, que consta de una Exposición de Motivos y 284 artículos, más cuatro anejos, que se integran en catorce títulos: el primero, relativo a disposiciones generales; el segundo, a la constitución de la Societas Europaeae; el tercero, sobre el capital, las acciones y las obligaciones; el cuarto, sobre órganos; el quinto, sobre la representación de los trabajadores en la sociedad europea; el sexto, sobre establecimiento de cuentas anuales; el séptimo, sobre grupo de sociedades; el octavo, sobre modificación de estatutos; el noveno, sobre disolución, liquidación e insolvencia y procedimientos análogos; el décimo, sobre transformación; el undécimo, sobre fusión; el duodécimo, Derecho fiscal; el decimotercero, sobre disposiciones finales. Los anexos: el primero, sobre órganos nacionales de representación de los trabajadores contemplados en el artículo 102, apartado uno, del Proyecto de Estatuto; el segundo contiene las reglas relativas a la elección de los miembros del Comité Europeo de Empresa; el tercero, las reglas relativas a la elección de los representantes

(*) Texto de la conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Nacional de Registradores el día 12 de abril de 1985.

de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia, y el cuarto, normas sobre sanciones por infracción al Estatuto.

En la Exposición de Motivos del Estatuto se señala cuál es la razón especial que lleva a la Comisión a presentar este Proyecto de Estatuto, que, repetimos, no ha visto la luz. Así, se dice que la constitución de la sociedad anónima europea, se muestra como un instrumento adecuado, indispensable casi, para una mejor consecución de objetivos comunitarios, tales como el de desarrollo armonioso de las actividades económicas de la Comunidad y el funcionamiento de un Mercado Común o comunitario, comparable en su funcionamiento a un mercado nacional. La Exposición de Motivos sigue diciendo que lo que se pretende es permitir que sociedades de Estados miembros diferentes se fusionen o creen una sociedad *holding*, o que puedan crear filiales. Y dice que es necesario, a los efectos de buscar una unidad en su régimen jurídico, que se remitan al Derecho comunitario todas las reglas relativas a la constitución, estructura, funcionamiento y liquidación de las *societas europeae*, sustrayéndola al Derecho nacional, salvo en los casos de remisión tácita o expresa.

La constitución de la *Societas Europeae* tiene que estar sometida, también, a los efectos de buscar una unidad de régimen jurídico, a un Registro central, tiene que depender, como dice el Proyecto de Estatuto, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que se llama Registro Europeo de Comercio.

En dicha Exposición de Motivos, en lo que se refiere a la participación de los trabajadores, se justifica la unidad de régimen jurídico por las diferencias existentes entre todos los Derechos nacionales, lo que hace imposible la remisión a los Derechos nacionales, régimen unitario que tiene su plasmación fundamental en la participación de los trabajadores en el Comité de Vigilancia, y en la creación de un Comité Europeo de Empresa que será necesario constiuir cuando *Societas Europeae* tenga más de dos establecimientos en más de un Estado miembro, y cada uno de ellos cuente, al menos, con cincuenta trabajadores.

El *título primero*, como veíamos, contiene las «disposiciones generales», bajo cuya rúbrica se regula la naturaleza, la constitución, el ámbito y la ampliación estatutaria, el Registro, la publicidad y la competencia judicial en la materia.

En cuanto a la *naturaleza* de la sociedad europea, se dice que es una sociedad comercial que tiene que tener ánimo de lucro, de capital, que tiene que estar dividido por acciones, limitándose la responsabilidad de los socios a sus aportaciones a la sociedad y que está dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio.

En cuanto a la *constitución*, no se puede constiuir por cualquier per-

sona física o jurídica, ya que sólo pueden constituir la *Societas Europaeae*: las sociedades anónimas de distintos Estados miembros, bien por fusión, bien por creación, de una sociedad *holding* a las que se aporten las acciones de todas y cada una de ellas; las sociedades anónimas y otro tipo de sociedades que tengan personalidad jurídica, incluyéndose expresamente las cooperativas, o también las personas jurídicas, de naturaleza privada o pública, que ejerzan una actividad económica y pertenezcan a más de un Estado miembro para la creación de una filial común; una sociedad europea con otras sociedades europeas y con otra o con otras sociedades anónimas de Estados miembros con el objeto de constituir una sociedad europea por fusión o para constituir una sociedad *holding*; y, también, una sociedad europea con otra sociedad europea y con otra y otras sociedades anónimas, o a personas jurídicas, públicas o privadas, que realicen una actividad comercial para crear una filial común; y, por último, una sociedad europea puede constituir otra sociedad europea bajo el régimen de filial de la segunda sobre la primera. El *capital mínimo* es de 250.000 Unidades de Cuenta Europea (ECU), en los casos de fusión y de creación de una sociedad *holding*, y de 100.000 ECUS en los casos de creación de una filial común y de creación por una sociedad europea de otra filial bajo la forma de sociedad europea. La *sede social* tiene que estar en el interior de la Comunidad y pueden existir más de una sede social en distintos Estados.

En este título I también se hace una definición general de *empresas dominantes y dominadas*; así, dominada es la empresa jurídica autónoma sobre la que otra empresa, la dominante, puede ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, y una de ellas es una sociedad europea; y dominante, es la sociedad que dispone de más de la mitad de los votos a emitir de otra sociedad, la que puede designar más de la mitad de los miembros del órgano de dirección o de vigilancia, o la que tiene una participación mayoritaria en la otra sociedad, computándose como de la dominante las participaciones que posea otra sociedad dominada por esta sociedad europea dominante.

En lo que se refiere al *ámbito de aplicación*, el Proyecto de Estatuto dispone que para la regulación de las materias contempladas en el Estatuto, y salvo disposición expresa en contrario, e incluso en los puntos no regulados expresamente, se aplicará el Estatuto y nunca el Derecho nacional. Cuando un punto no esté expresamente regulado, habrá que acudir: en primer lugar, a los principios generales del Estatuto; en su defecto, a los principios generales comunes del Derecho de los Estados miembros que se considera parte integrante del propio Estatuto, y en las materias

no reguladas el Derecho que habrá que aplicar será el Derecho nacional de cada Estado miembro en que la sociedad tenga su sede.

En cuanto a la *publicidad*, se regula a través de dos sistemas: de un lado, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, y, de otro, en los diarios en donde se publiquen los actos relativos a la sociedades anónimas en los distintos Estados miembros, designándose a ambos, en el Proyecto de Estatuto con el nombre genérico de Diarios de la sociedad. También el Proyecto de Estatuto establece la obligación de que toda sociedad europea, en toda su documentación y correspondencia, tiene que hacer constar el número de inscripción en el Registro Europeo, su sede, su capital social y, en su caso, si está en liquidación.

En relación con la *competencia judicial* se establecen dos supuestos: o bien la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en determinados casos que ya examinaremos, y, lo que es más frecuente, la competencia del Tribunal del Estado miembro donde la sociedad tenga su sede, determinando la competencia con arreglo a las reglas del Derecho procesal interno. Para la resolución de los conflictos, en el caso de que la sociedad europea tenga sedes en varios Estados miembros, habrá de acudir a la Convención suscrita entre los Estados, estableciéndose expresamente que ningún Tribunal podrá rechazar la ejecución de la sentencia o decisión judicial dictada por este Tribunal, bajo la alegación de que la sociedad tiene su sede en ese Estado o en el ámbito de competencia del Tribunal.

En lo que se refiere a la CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD ANONIMA DE LA SOCIEDAD EUROPEA, como ya hemos dicho, se regula en el TITULO SEGUNDO, que comprende los artículos 11 a 39. En su primera sección se establece una serie de principios generales, que podemos resumir en los siguientes: en lo que se refiere al *acto constitutivo*, varía en función de que se trate de la creación por fusión, por creación de una sociedad *holding* o por creación de una filial, si bien todas las cosas tienen que hacerse constar a través de documento auténtico.

En relación con los *Estatutos*, se señalan las menciones mínimas que tienen que contener: la denominación social, que tendrá que incluir las siglas S.E.; la sede social; el objeto social; el capital y el número de acciones, indicando si son nominativas o al portador y si hay o no varias categorías; el valor nominal y el número y los derechos inherentes a cada clase de acciones; la duración, en el caso de que fuere limitada; el nombre de los miembros del primer directorio; el nombre de los miembros del Consejo de Vigilancia, que representen a los accionistas.

Los órganos de administración de las sociedades fundadoras tendrán que nombrar uno o varios *comisarios verificadores*, cuya misión funda-

mental es la de verificar e informar sobre el proyecto de constitución de sociedad europea, que tienen que ser: personas cualificadas, en el sentido de tener una experiencia en la labor o tener una cualificación específica exigida con arreglo a los convenios entre los Estados miembros; e independientes, en el sentido que no tienen que estar ligados con ninguna de las sociedades fundadoras por razones de empleo o por razones de haber prestado servicios profesionales en los tres años anteriores, sin perjuicio de que puedan actuar como comisarios verificadores los propios censores de cuentas, también profesionales, como veremos, de las sociedades fundadoras. Estos comisarios verificadores responden por los perjuicios que pudieran causar, en el ejercicio de sus funciones, a los accionistas de la sociedad europea, o a la propia sociedad europea, o a terceros, y dicha responsabilidad se extenderá desde el momento en que se causó el perjuicio hasta tres años después de la publicación en el *Diario Oficial de la Comunidad* de haberse inscrito la sociedad europea en el Registro Europeo de Comercio.

Se señala como requisito constitutivo el de inscripción en el Registro Europeo de Comercio. A la solicitud de inscripción se debe adjuntar el acta de la constitución y los Estatutos, y que una vez solicitado se concede o se deniega por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En ese Registro se hará constar el nombre, la sede, el objeto, el capital, el número de miembro del directorio y el número de miembros del Consejo de Vigilancia; los designados en primer lugar por las sociedades fundadoras, tanto para un caso como para otro; el tipo de constitución, si es por fusión, por creación de una sociedad *holding* o de una filial; la indicación de los datos de sociedades fundadoras, y la indicación de que cada miembro del directorio puede representar a la sociedad frente a terceros. Estos datos son los que se publicarán, además, en los Diarios de la sociedad.

También se establece el principio de responsabilidad solidaria de las sociedades fundadoras y de sus administradores frente a la sociedad y frente a terceros, por toda omisión o inexactitud en sus declaraciones y por la liberación íntegra del capital social.

En las siguientes secciones de este título segundo se van regulando los distintos procedimientos de constitución: constitución por fusión, por creación de una sociedad *holding* y por creación de una filial. En la *constitución por fusión*, lo primero que se hace en el Proyecto de Estatuto es definir qué es lo que se entiende por fusión, y así se dispone que hay fusión cuando todo el haber patrimonial de varias sociedades se integra activa y pasivamente en la sociedad europea, con disolución de las sociedades fundadoras y sin liquidación subsiguiente, permitién-

dose, no obstante, devoluciones en especie en compensación de excedentes hasta un 10 por 100 del valor nominal de las acciones de la sociedad europea. El proceso de constitución empieza con un proyecto de acto constitutivo, que es aprobado por los administradores de las sociedades fundadoras y que tendrá que contener el nombre y la sede de la sociedad fundadora, el balance de apertura de la sociedad europea, con su Memoria, un informe sobre canje de acciones —entre las sociedades que se fusionen y las sociedades que se disuelvan o que se fusionen—, las modalidades de emisión de acciones de la sociedad europea, los derechos de los accionistas de las sociedades fundadoras que gocen de derechos especiales o de otros títulos distintos de las acciones, asegurados por la sociedad europea, el informe de los comisarios verificadores y el de los administradores de las sociedades fundadoras emitidos, sobre el Proyecto, desde el punto de vista jurídico, económico y social. A este proyecto de constitución, por fusión, se tiene que unir: el Proyecto de Estatuto de la Sociedad Europea, los Estatutos de las sociedades fundadoras puestos al día, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la Memoria de los tres últimos ejercicios de las sociedades fundadoras. Presentado este proyecto por los administradores de la sociedad fundadora, se pasa a una fase, de acuerdo con los representantes de los trabajadores, estableciéndose que, en caso de existir oposición de los trabajadores, los administradores tienen que iniciar negociaciones con estos representantes y, en defecto de acuerdo, se acude a un arbitraje en el que intervienen tres árbitros, uno designado por cada parte (administración de la sociedad fundadora y representantes de los trabajadores) y, un tercero, de común acuerdo, y en defecto de acuerdo, lo designa el Tribunal de la sede de la sociedad fundadora. Por último, se pasa a la fase definitiva, que es la fase de adopción de acuerdos por las Asambleas generales de las sociedades fundadoras. Tienen que ser convocadas al menos con dos meses de antelación, haciéndose la convocatoria conforme a la Ley nacional de cada una de ellas. Los acuerdos de estas Asambleas impugnados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su adopción, por los accionistas que hayan votado en contra y que hayan hecho constar en acta su oposición. Adoptados los acuerdos por las Asambleas generales, se protocolizan notarialmente las actas que se hayan levantado en estas Asambleas, y, una vez resueltos los recursos que se hayan podido plantear, se hace el depósito de estas actas, con todos los anejos, en el Registro Europeo de Comercio, a efectos de su inscripción. Por último, se establece un precepto específico para la protección de los acreedores de las sociedades fundadoras, ya que se dispone que dentro de los tres meses siguientes a la extensión de la per-

sonalidad jurídica de las sociedades fundadoras, estos acreedores pueden pedir de la sociedad europea que constituya una garantía, y si en dos semanas no ha contestado o no hay acuerdo sobre el modo de prestar esta garantía, el Tribunal de la sede de la sociedad de que se trate, el cual puede ordenar la constitución de una garantía o rechazar la demanda en el caso de que ya hubiese constituido una garantía y la estimara suficiente o en el caso de que estimare que la sociedad europea es notoriamente solvente.

El segundo procedimiento, como hemos visto, de crear una sociedad europea es mediante la *creación de una sociedad «holding»*. Lo que hace en esta tercera sección del capítulo segundo es definir qué es lo que se entiende por ello. Y así, señala que se sigue este procedimiento cuando las acciones de las sociedades fundadoras pasen a constituir el patrimonio de la sociedad europea *holding*, subsistiendo las sociedades fundadoras, señalándose expresamente «que serán nulas las disposiciones de Derecho nacional que prevean la disolución de una sociedad cuando todas sus acciones se concentren en una sola mano»; en todo lo demás se aplica el procedimiento establecido para la fusión.

En la cuarta sección se regula la *constitución de sociedad europea mediante una sociedad filial común*, cuyas especialidades, frente al régimen descrito de constitución por fusión, son las siguientes: en primer lugar, el acto constitutivo y los Estatutos se aprueban previo informe del Comité Europeo de Empresa y a instancia del Comité Directivo o Directorio, por el Consejo de Vigilancia, y si afecta a alguna de las competencias de la Asamblea de la sociedad europea, será necesario también el acuerdo de la Asamblea general; en segundo lugar, se dispone que, en el supuesto de que dentro de los dos años siguientes a la constitución de sociedad europea filial ésta pretendiera adquirir algún activo por precio superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad europea propiedad de alguna de las sociedades fundadoras o de sus accionistas, que no esté previsto en el propio acto constitutivo, esta adquisición deberá ser informada por los censores de cuentas de la sociedad europea y aprobada por la Asamblea general de ésta.

Por último, se regula el último supuesto, que es el de constitución de una filial bajo forma de sociedad europea, por otra sociedad europea. La única especialidad que hay que destacar es que el proyecto lo aprueba el Directorio y se siguen en todo lo demás las especialidades vistas en la creación de una filial común.

El *título tercero*, como hemos visto, se refiere *al capital, a las acciones y a las obligaciones*. En cuanto al *capital* tiene que estar totalmente desembolsado en metálico o en especie. Los aumentos de capital están

sometidos a la aprobación de la Asamblea general, y se dice que en todo caso se requiere la modificación de los Estatutos, previéndose que en caso de aportaciones en especie, será necesario un informe previo bien de expertos designados por el Tribunal de la sede, bien de los censores de cuentas de la propia sociedad europea, a elección del Directorio, con acuerdo del Comité de Vigilancia. Se permite la existencia de capital autorizado, si bien se establece que esta autorización para aumento de capital, se concederá al Directorio, que requerirá la aprobación previa del Consejo de Vigilancia y que el plazo máximo para hacer uso de la autorización es de cinco años, y que en ningún caso puede exceder del 50 por 100 del capital suscrito. Se recoge el derecho preferente de los antiguos accionistas en los casos de ampliación de capital, si bien se dice que la propia Asamblea puede suprimir este derecho preferente, en todo o en parte, en el caso de que se haga la ampliación de capital con nuevas aportaciones. Se señala que todos los miembros del Directorio tienen durante tres años responsabilidad de carácter solidario frente a la sociedad y frente a terceros por los aumentos de capital que se realice. En cuanto a la disminución del capital, se dispone la obligación, igualmente, de modificación de los Estatutos y salvo que se realice como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el neto patrimonial por debajo de la mitad del capital social, será necesaria la intervención de la Asamblea general; en todo caso la reducción de capital se tiene que realizar mediante la aminoración del valor nominal de las acciones emitidas. En lo que se refiere a las *acciones propias*, se prohíbe expresamente la adquisición de acciones de la sociedad europea por la propia sociedad europea, o por terceros que actúen por su cuenta o por sociedades dependientes, salvo que no exceda del 10 por 100 del capital social y tenga por objeto distribuir las entre los trabajadores en el plazo de los doce meses siguientes, pasado dicho plazo se debe proceder a su enajenación. Incluso se establece que la sociedad europea viene obligada a enajenar las acciones que posea de ella misma y pertenezca a una sociedad que adquiera dependencia, es decir, que se convierta en sociedad dependiente, en los dieciocho meses siguientes a partir del momento en que la sociedad que tenga acciones de la sociedad europea se convierta en sociedad dependiente.

Por otra parte, se regula la necesidad de notificar y de proceder a la inscripción en el Registro Europeo de Comercio de aquellas acciones poseídas por una sola persona, por sí o a través de un establecimiento dependiente, o por su cónyuge o de hijos menores de edad, siempre que la cuota de participación sea igual o superior al 10 por 100.

Y en lo que se refiere a las *participaciones recíprocas*, se señala que

existen, cuando exceda la participación de la sociedad europea y de otra sociedad en más de un 10 por 100, y en este caso se dispone que se deben reducir a ese límite del 10 por 100 cuanto menos, en el plazo de dieciocho meses, salvo en el único supuesto de que se trate de una sociedad dependiente, en cuyo caso la obligación de reducción del capital, a quien obliga es exclusivamente a la sociedad dependiente, es decir, la reducción de su participación en la sociedad dominante, al 10 por 100.

En relación con las *acciones*, se señala que: podrán tener cualquier valor nominal, pero que en todo caso tiene que ser múltiplo de diez; que confiere a su titular legítimo la condición de socio; que tiene carácter indivisible y que se admiten acciones tanto al portador como acciones nominativas. Se señala que, salvo disposición expresa de los Estatutos, los titulares de acciones al portador tienen el derecho de exigir la conversión de las mismas en acciones nominativas. La transmisión de las acciones al portador se realiza por la simple tradición o entrega del título, mientras que la de las acciones nominativas se produce desde el momento en que se inscriba en el libro de socios que tiene que llevar la sociedad. Y se establece que solamente pueden establecerse restricciones a la transmisión de acciones en el supuesto de acciones nominativas. Se admiten las acciones con derechos diferentes en lo que concierne al reparto de beneficios, prohibiéndose aquellas que comporten el derecho a percibir un interés fijo; se admiten las acciones sin derecho de voto, siempre que no excedan de la mitad del capital social, y se prohíben expresamente las acciones de voto plural.

En cuanto a las *obligaciones* que se regulan en la tercera sección de este título, se dice que la emisión de las mismas corresponde hacerla al Directorio, con aprobación del Consejo de Vigilancia, salvo que se trate de obligaciones convertibles o participativas, en cuyo caso se requerirá la aprobación de la Asamblea general. Los obligacionistas de una misma emisión constituyen una masa cuyos acuerdos vinculan a todos los obligacionistas, que será presidida por un representante designado por el Directorio, con aprobación del Consejo de Vigilancia, cuya sustitución puede ser acordada por esa Asamblea o masa de obligacionistas. La convocatoria de esta masa obligacionista la hace el representante o el propio Directorio de la sociedad europea, bien por propia iniciativa o bien a instancia del 10 por 100 de obligacionistas que representen al menos el 10 por 100 del total de obligaciones suscritas, o cuando lo soliciten obligacionistas cuyos títulos excedan en conjunto de un valor nominal de 250.000 ECUS. El quórum para la adopción de acuerdos de esta Asamblea de obligacionistas es del 50 por 100, y los acuerdos han de tomarse por los tres cuartos de votos válidamente emitidos.

Y, por último, en este título se establece expresamente que está prohibida la emisión de títulos distintos de las obligaciones participativas que confieran a quien no sea accionista el derecho a participar en los beneficios o en el activo social.

El título cuarto, como dijimos, se refiere a los *órganos de la sociedad*, y regula tres órganos, que son: el Directorio, el Consejo de Vigilancia y la Asamblea. Y hablo de Directorio y no de Consejo de Administración, porque, como veremos, la especialidad que tiene es que todos y cada uno de sus miembros, individualmente, representan a la sociedad frente a terceros, incluso aunque actúen fuera del ámbito del objeto social. Vamos a ver, con respecto a cada uno de ellos, la composición, las funciones y las normas de procedimiento.

En cuanto al *Directorio*. Composición: no establece ningún número mínimo ni máximo y lo deja a la determinación estatutaria. Su elección se realiza por el Consejo de Vigilancia, que fija también, mediante contrato, su remuneración, y si son varios puede designar entre ellos a un presidente. El plazo de duración máximo de su mandato es el de seis años, pudiendo ser indefinidamente reelegidos, y se establece que la revocación del nombramiento de un miembro del Directorio no se puede hacer por el Consejo de Vigilancia libremente, sino que es necesario que haya cometido una infracción grave de sus obligaciones. En lo que se refiere a las condiciones de elegibilidad, se establece que solamente pueden ser miembros del Directorio personas físicas, y que no pueden ser nombrados quienes no puedan ejercer estas funciones según su Ley nacional, o por una decisión judicial. En cuanto a las incompatibilidades, se señala que: no pueden ser miembro del Consejo de Vigilancia de la misma sociedad europea, que no puedan ejercer actividad profesional alguna, o ser miembros de Consejos de Vigilancia de otra sociedad europea, salvo que cuenten con autorización específica del Consejo de Vigilancia, y también se establece la prohibición de que tomen dinero a préstamo o que sean garantizados por la sociedad europea. Por otro lado, también se señala que todo acuerdo en que participe la sociedad europea, y en el que tenga un interés un miembro del Directorio, debe ser autorizado previamente por el Consejo de Vigilancia y ese miembro interesado debe abstenerse de intervenir en la deliberación del Directorio.

En lo que se refiere a las obligaciones y responsabilidades de estos miembros de Directorio, se dice que deben actuar como administradores diligentes y guardar reserva de las funciones de las que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de su función, tanto de la sociedad europea como de sus sociedades dependientes, y que responden, con carácter solidario, de los daños que hayan producido a la sociedad por incum-

plimiento de sus obligaciones, y responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a terceros, estableciéndose que la acción de responsabilidad se puede ejercitar ante el Tribunal de la sede, con un plazo de prescripción de tres años a contar desde la publicación del acto en los Diarios de la sociedad. Están legitimados para ejercitar esta acción de responsabilidad el Consejo de Vigilancia, la Asamblea general, en nombre de la sociedad y por cuenta de la sociedad o los accionistas que representen al menos el 5 por 100 de los títulos emitidos y cuyo valor nominal implique más de 100.000 ECUS, o los acreedores cuando demuestren que tienen interés, o el síndico de la insolvencia.

En lo que se refiere a las funciones, el Proyecto de Estatuto establece una definición muy genérica y dice que es el órgano de administración ordinaria. Y se señala que es también el poder residual de la sociedad, es decir, ejerce todas aquellas funciones que el Estatuto —el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, no los Estatutos de la sociedad— no haya atribuido a otros órganos sociales. Solamente a efectos internos se pueden distribuir las funciones entre los miembros del Directorio, mientras que a efectos de las relaciones del Directorio con terceros, se señala que todos y cada uno de sus miembros representan a la sociedad frente a terceros, y, por ello, todos los acuerdos concluidos por cualquiera de sus miembros con terceros obligan a la sociedad aunque no pertenezcan o no formen parte del ámbito del objeto social, a no ser que sobrepasen los poderes que le atribuye el propio Estatuto, o mejor Proyecto de Estatuto, que estamos analizando. Solamente se mencionan funciones específicas del Directorio para señalar aquellas funciones que tiene que ejercitar con acuerdo previo del Consejo de Vigilancia, que son las de: cierre y traslado del establecimiento, o de parte importante de éste, donde ejerza su actividad empresarial la sociedad europea; la restricción, extensión o modificaciones importantes de la actividad empresarial; la modificación importante en la organización; el establecimiento de vínculos de cooperación duradera con terceros, y que afecten directamente a la sociedad europea o a alguna de sus sociedades dependientes, si bien se especifica que la ausencia de autorización no es oponible frente a tercero y se señala que pueden nombrarse, por decisión del Directorio y de acuerdo del Consejo de Vigilancia, apoderados generales.

En lo que se refiere a normas procedimentales, no se establece expresamente ninguna, ni en cuanto a convocatoria, desarrollo de las sesiones..., salvo la norma, que antes hemos apuntado, sobre la posibilidad de designación de un presidente, que será, como es lógico, encargado de convocar las reuniones y presidir las mismas.

En cuanto al *Consejo de Vigilancia*, se establece que su número tiene

que ser fijado por los Estatutos, pero que en todo caso tiene que ser múltiplo de tres, y que no será inferior a nueve, si la sociedad tiene establecimientos o sociedades dependientes en varios Estados miembros. La composición de este Consejo es la de un tercio de representantes de los accionistas, un tercio representante de los trabajadores y un tercio elegido por el sistema de cooptación entre los otros dos tercios. El tercio elegido por los accionistas es elegido por los accionistas reunidos en la Asamblea general y se pueden revocar sus nombramientos sin ningún tipo de limitación, pudiendo elegirse suplentes. En lo que se refiere al tercio de representantes de los trabajadores, su elección se realiza ya sean de la sociedad europea o de las sociedades dependientes, por los trabajadores de éstas, conforme a las normas del anejo tercero y en el que se dispone en sustancia que tienen que recaer en trabajadores de la sociedad europea o de las sociedades dependientes, y que hay dos sistemas de elección: o el sistema de elección directa o el sistema de elección de segundo grado. El tercer tercio es el elegido por el sistema de cooptación entre los miembros ya elegidos representantes de los trabajadores y de los accionistas, debiendo recaer el nombramiento necesariamente entre personas representativas de intereses generales, no vinculadas ni a los accionistas ni a los trabajadores y elegidos por dos tercios de los votos de los miembros de este Consejo de Vigilancia representantes de los trabajadores y de los accionistas, señalándose que si no se alcanzan estos dos tercios en tres votaciones seguidas, su elección se produce a través de un sistema de tres árbitros: uno es un árbitro representante de los trabajadores, otro por los accionistas y un tercero de común acuerdo o por el Tribunal de la sede. Al igual que como se ha señalado para el Directorio, se puede elegir un número igual de suplentes, y, en su defecto, en el caso de que se produzca alguna vacante durante el período de su mandato, que es de cuatro años, se elige por cooptación dentro de cada grupo. La condición de elegibilidad es que tienen que ser personas físicas; las incompatibilidades son que no pueden formar parte del Directorio ni del órgano de administración de ninguna sociedad dependiente. Su remuneración también es fijada por los Estatutos o por la propia Asamblea; las obligaciones son velar por los intereses de la sociedad europea y de su personal, y la de mantener secreto; la responsabilidad es la misma que la señalada para el del Directorio. Su nombramiento y revocación tienen que estar inscritas en el Registro Europeo Comunitario. Su función específica es un control permanente de la gestión de la sociedad, estableciéndose que se les prohíbe expresamente la intervención directa en la gestión social y la representación social frente a terceros. A estos efectos de control, se establece la obligación del Directorio de presentar un informe trimestral de

gestión al Consejo de Vigilancia tanto de la sociedad europea como de las sociedades dependientes, y el derecho del Consejo de Vigilancia a recabar información del Directorio, de examinar la correspondencia, los libros de cuentas y las actas de las reuniones del propio Directorio.

En lo que se refiere a normas de procedimiento, podemos decir que: se elige de su seno un presidente y uno o varios vicepresidentes, que convocan de oficio o a instancia de un miembro del Consejo o del Directorio las reuniones y que está encargado de presidirlas y dirigir las sesiones; el orden del día se elabora por el presidente, que convoca con tiempo suficiente, debiendo introducirse en el orden del día cualquier adición a instancia de cualquier miembro del Consejo o del Directorio. El quórum de constitución es la mitad al menos de sus miembros y los acuerdos se adoptan con mayoría de presentes o representados, permitiéndose la representación en otro miembro del propio Consejo de Vigilancia. Se regula también la posibilidad de adopción de acuerdos por escrito siempre que no se oponga ninguno de los miembros del Consejo y se establece que a sus reuniones, con voz pero sin voto, puede asistir el propio Directorio.

En lo que se refiere a la *Asamblea general*, la componen todos los accionistas, que pueden ser representados, siempre que se otorgue esta representación por escrito y para una sola Asamblea, y sin que pueda caer la representación en miembros del Directorio, del Consejo de Vigilancia o en apoderados generales de la propia sociedad europea o de sociedades dependientes, normándose el procedimiento para que se pueda pedir públicamente su representación a los accionistas. En el caso de usufructo de acciones, se dice que el derecho de voto corresponde al usufructuario, salvo en lo que se refiere a las modificaciones estatutarias, en cuyo caso el derecho de voto lo tendrá el nudo propietario, y en el de prenda se señala expresamente que quien ejerce el derecho de voto y quien asiste a la Asamblea es el titular de las acciones pignoradas. En cuanto a las funciones, se enumeran en el artículo 83, según el cual corresponde a la Asamblea: acordar el aumento o reducción de capital social en los casos antes señalados; acordar también o aprobar en última instancia la emisión de obligaciones, en el supuesto de que se trate de obligaciones convertibles o de obligaciones participativas; el nombramiento y revocación de los miembros representantes de los accionistas en el Consejo de Vigilancia; el ejercicio de la acción social contra administradores o miembros del Consejo de Vigilancia; el nombramiento de censores de cuentas; la aprobación de las cuentas anuales cuando no haya habido acuerdo entre el Directorio y el Consejo de Vigilancia; la afectación de beneficios, las modificaciones estatutarias, la disolución y el nombramiento de liquida-

dores, y la transformación, fusión y transmisión del activo de la sociedad. Hay que señalar que es necesaria la aprobación de la Asamblea para la conclusión de contratos sobre cuentas en participación, arrendamiento de la empresa o ejercicio de la actividad empresarial en nombre de otros, sin que la falta de autorización pueda ser alegada por el Directorio como excusa para no cumplir las obligaciones asumidas frente a tercero.

En cuanto a normas de procedimiento, se dispone que: la convocatoria de la Asamblea se hace por el Directorio, al menos una vez al año y dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio para examinar las cuentas anuales, pudiendo convocarse cuando lo estime conveniente el Directorio por sí o a instancia del Consejo de Vigilancia, o de accionistas que representen al menos el 5 por 100 del capital social o que sean titulares de acciones cuyo valor nominal sea al menos de 100.000 ECUS, y, en el caso de que no se atendiera la petición, se puede acudir al Juez de la sede de la sociedad. Ha de publicarse la convocatoria en los Diarios de la sociedad, y si las acciones son nominativas se exige una convocatoria expresa y por escrito a todos los accionistas. Entre la convocatoria y la celebración tiene que transcurrir un mes como mínimo. En esa convocatoria tiene que incluirse el orden del día y las propuestas que se vayan a someter a la Asamblea. Los accionistas que representen al menos el 5 por 100 o que sean titulares de acciones con un valor nominal superior a 100.000 ECUS podrán solicitar la inclusión de cualquier punto del orden del día, mediante carta al Directorio, en cuyo caso ha de publicarse esta ampliación del orden del día a instancia de los accionistas al menos con diez días de antelación.

En lo que se refiere al desarrollo de la Asamblea, se dispone la formación de una relación de presentes y de representados y una vez obtenido el quórum necesario se pasa a la deliberación, pudiendo cualquier accionista solicitar información o hacer contrapropuestas. En lo que concierne a la votación, se establece que el voto puede preverse en los Estatutos que tenga carácter secreto, exclusivamente para la nominación o revocación de los miembros a elegir del Consejo de Vigilancia, y también se establece que en estos casos puede realizarse su nombramiento por aclamación. Se admiten las sindicaciones de voto, pero solamente a título gratuito, salvo pena de nulidad, y se dice que tiene que notificarse a la sociedad y hacerse constar por escrito, y se declara nula la sindicación de voto para seguir instrucciones del Consejo de Vigilancia o del Directorio. En cuanto a los acuerdos, salvo las especialidades que establece el propio Estatuto, se adoptan por mayoría de los votos válidamente emitidos, pudiendo los Estatutos sociales exigir mayorías más amplias, pero

sin que en ningún caso esta mayoría pueda ser superior a los cuatro quintos de los votos válidamente emitidos. De las reuniones se levantará un acta que se depositará en el Registro Europeo, y en los Registros donde tenga su sede la sociedad, a los efectos de la inscripción de las mismas. Por otra parte se regula el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos de la Asamblea fundado en violación de las normas del Estatuto o de los Estatutos sociales, que puede ejercitarla todo accionista que demuestre un interés, que haya votado en contra y que haya hecho constar en acta su oposición, y en un plazo de tres meses, siendo el Tribunal competente el de la sede de la sociedad, quien puede suspender la ejecución del acuerdo si así lo estima pertinente.

En último lugar se regula un *control especial de los órganos del Consejo*, y se señala que siempre que exista fundada sospecha de que el Directorio, el Consejo de Vigilancia o alguno de sus miembros ha incumplido gravemente sus obligaciones o ha adoptado acuerdos que pueden causar perjuicios especialmente importantes a la sociedad, a instancia de accionistas que representen al menos el 10 por 100 del capital social, o cuyos títulos tengan un valor nominal de más de 200.000 ECUS, o a instancia del Comité de Empresa o del representante de los obligacionistas, puede el Tribunal de la sede nombrar uno o más comisarios especiales que tendrán los mismos poderes que los censores de cuentas; estos comisarios especiales tendrán que elaborar un informe, y a la vista del mismo y previa audiencia de los órganos de la sociedad, el Tribunal de la sede puede adoptar medidas muy graves, cuales son: suspender o revocar, o nombrar, con carácter provisional, a miembros del Directorio o del Consejo de Vigilancia; suspender o anular las decisiones del Directorio o del Consejo de Vigilancia, e incluso ordenar la disolución de la propia sociedad.

En lo que se refiere a la *representación de los trabajadores en la sociedad europea*, que se regula en el *título quinto*, se establecen dos tipos de órganos: el Comité Europeo de Empresa y un Comité de Empresa de grupo. En cuanto se refiere al *Comité Europeo de Empresa*, se dice, como ya antes anunciábamos, que ha de constituirlo toda sociedad europea que tenga al menos dos establecimientos permanentes en diferentes Estados miembros, y que al menos cuente cada uno con cincuenta trabajadores; el número varía entre dos y quince, según que el número de trabajadores varíe de cincuenta a cinco mil más uno por cada cinco mil más; se elige por los trabajadores de cada establecimiento de acuerdo con el procedimiento fijado en el anexo segundo, que sustancialmente dispone un sufragio universal entre trabajadores mayores de dieciséis años, mediante voto directo y secreto, por un sistema proporcional de lista cerrada y bloqueada,

pero pudiendo alterarse el orden de la lista, siendo elegibles los trabajadores de dieciocho años que tengan una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses y eligiéndose un número igual de suplentes; su mandato es de cuatro años, como máximo, prorrogándose hasta la constitución del nuevo Comité Europeo de Empresa, y se señala, en lo que se refiere a la exclusión o disolución, que puede ser pedida al Juez de la sede social por el Directorio, un sindicato representativo, un cuarto de los trabajadores con derecho a voto y si se trata de exclusión de uno o varios de sus miembros por incumplimiento grave de sus obligaciones, por el propio Comité Europeo de Empresa.

En lo que se refiere a las funciones de este Comité Europeo de Empresa, se dice que representa los intereses de los trabajadores de la sociedad europea, extendiendo su competencia a todos los establecimientos de la sociedad europea, en la medida en que no venga regulada por convenio colectivo, y sin que pueda concluir acuerdos sobre condiciones de trabajo, salvo que en convenio colectivo se le autorice a concluir estos acuerdos complementarios.

En lo que se refiere a las decisiones de Directorio, se establecen aquellas decisiones que requieran acuerdo necesario del Comité Europeo de Empresa, y aquellas que requieran un informe previo. En lo que se refiere a las que requieren acuerdo del Comité Europeo de Empresa, son cuando los acuerdos del Directorio se refieran a las siguientes cuestiones: fijación de criterios de empleo; promoción profesional y licenciamiento; formación profesional; principios retributivos e introducción de nuevos métodos de remuneración; medidas de seguridad, salud e higiene; administración de obras sociales; principios sobre comienzo y fin de la jornada laboral; establecimiento de principios relativos a pensiones; y se establece que será nulo de pleno derecho todo acuerdo adoptado sin acuerdo del Comité Europeo de Empresa, señalándose que en el caso de que siendo necesario este acuerdo no se obtenga, la decisión se atribuye a un arbitraje por tres árbitros: uno designado por el Comité, otro por el Directorio y un tercero designado de común acuerdo o en su defecto por el Tribunal de la sede. En cuanto a las decisiones del Directorio que requieren el informe previo del Comité Europeo, son: evaluación de puestos de trabajo; régimen de salarios a destajo por pieza; introducción o utilización de instalaciones destinadas a controlar el comportamiento y el rendimiento de los trabajadores; cierre y traslado de establecimientos o de una parte sustancial de los mismos; restricción y extensión o modificaciones importantes de la actividad empresarial; modificación importante de la organización de la empresa; conclusión o cese de una cooperación duradera con otras empresas. A estos efectos de consulta

se establece que el Directorio tiene que elaborar un informe explicativo de los motivos y efectos de la decisión que quiere adoptar y que en los cuatro últimos casos que acabamos de enumerar, si el Comité Europeo de Empresa estima que la decisión puede provocar perjuicio grave a los intereses de los trabajadores, el Directorio, antes de someter la decisión al Consejo de Vigilancia, tiene que intentar llegar a un acuerdo con el Comité Europeo de Empresa, y en defecto de este acuerdo, y si la decisión se adopta por el Consejo de Vigilancia, se acude a un procedimiento arbitral.

En lo que se refiere a las normas de procedimiento del Comité Europeo de Empresa, se señala que se constituye, al ser elegido por primera vez, dentro de los cien días siguientes a la constitución de la sociedad europea, a menos de que no hayan sido elegidos la mitad al menos de sus miembros; siendo convocada la primera reunión por el Directorio, y las demás por el Presidente del Comité. El quórum sólo se establece en la sesión constitutiva, señalándose que es necesario al menos la presencia de la mitad de sus miembros, admitiéndose la representación, salvo en esta sesión constitutiva. Se ha de elegir un presidente en la sesión constitutiva y aprobar un Reglamento de régimen interior, y los acuerdos se adoptan por mayoría de votos presentes. Pueden asistir a las reuniones del Comité Europeo de Empresa, si lo decide por mayoría este propio Comité, los delegados sindicales, con voz pero sin voto, y los miembros del Directorio para ampliar o aclarar informaciones. Puede este Comité solicitar el asesoramiento de expertos, siendo los gastos que se originen como consecuencia de ello a cargo de la propia sociedad. Y la información a o del Comité se regula en un doble sentido: el Comité de Empresa tiene que prestar información periódica a los trabajadores, cuyo límite es el de secreto de la empresa o de sus negocios, por otro lado, la sociedad europea tiene que informar también al Comité, y así el Directorio tiene que rendirle, al menos, informes trimestralmente.

En lo que se refiere al *Comité de Empresa de Grupo*, se dice que ha de constituirse en el seno de toda sociedad europea dominante, de un grupo de sociedades, siempre que ese grupo tenga al menos dos sociedades dependientes con sede en distintos Estados y que cada una de estas sociedades empleen cincuenta o más trabajadores, y también en la sociedad europea y las empresas dispongan de un órgano equivalente. Su composición es de uno a quince, eligiéndose uno por cada más de diez mil. Su elección se realiza por el propio Comité Europeo de Empresa de la sociedad europea, y las funciones o normas de procedimiento son similares a las señaladas para el Comité Europeo de Empresas, nada más que referidas a los intereses del grupo.

En cuanto a las *cuentas anuales*, se regulan en el título VI, en el que se habla de: balance, cuenta de pérdidas y ganancias, un anexo y un cuadro financiero, salvo para las entidades de crédito y para las compañías de seguro, en las que se dice que se aplicará la legislación de los Estados miembros. El principio general es que la contabilidad tiene que dar una imagen fiel de la situación patrimonial financiera y de los resultados de la sociedad, y se establece un detalle muy minucioso de la estructura del balance, de la cuenta de pérdidas y ganancias, determinándose cómo se contabilizan o cómo se forman cada una de las partidas del balance y estableciendo los métodos de valoración. Se señala que de las cuentas también forma parte un informe de gestión, preparado por el Directorio, sobre la evolución de la sociedad en el ejercicio y sobre la evolución previsible futura. Y se establece, en cuanto a lo que se refiere a las cuentas de los grupos de sociedades, el principio de consolidación, con ciertas excepciones que no comentamos por razón de tiempo. En cuanto a verificación, se realiza por censores de cuentas, que tienen que ser expertos independientes, es decir, expertos que justifiquen su experiencia o que tengan título adecuado y hayan superado pruebas de calificación, según acuerdos entre los Estados miembros. El nombramiento de estos expertos se hace por la Asamblea y, en su defecto, por el Tribunal de la sede y la revocación de su nombramiento puede realizarla la Asamblea sólo por causa grave, pudiendo asistir a esta reunión de la Asamblea los propios auditores y con voz pero sin voto. El objeto de la verificación o el trabajo de los censores se concreta en una especie de visé y en un informe que deben realizar dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Los censores de cuentas responderán solidaria e indefinidamente, frente a la sociedad, accionistas y terceros por las falsedades u omisiones sustanciales que hayan cometido en este informe.

En cuanto a la aprobación de las cuentas, del informe de gestión y a la afectación de resultados: se forman, dentro de los meses siguientes al cierre del ejercicio social por el Directorio, a continuación hay una reunión conjunta entre el Directorio y el Consejo de Vigilancia, quienes con el informe de los censores aprueban las cuentas y, en defecto de acuerdo entre el Directorio y el Consejo de Vigilancia, las aprueba la Asamblea, señalándose que en todo caso habrán de presentarse a la Asamblea, aunque haya habido acuerdo entre el Directorio y el Consejo, a los efectos del conocimiento de la misma. En lo que se refiere a la afectación de resultados, se establece una reserva legal que tiene que ser igual al 5 por 100 del beneficio hasta constituir una reserva equivalente al 10 por 100 del capital social, señalándose que de esta reserva no se podrá disponer más que para cubrir pérdidas y en la medida en que no

existan otras reservas voluntarias; en cuanto a la afectación del resto del beneficio, es decidida por la Asamblea a propuesta conjunta del Directorio y del Consejo de Vigilancia, pero si las cuentas se han aprobado por acuerdo del Consejo de Vigilancia y del Directorio, mediante ese acuerdo se puede afectar hasta la mitad del beneficio a reservas.

En lo que se refiere a la impugnación de cuentas, se regula un procedimiento, concediéndosele legitimación activa a los accionistas que representen al menos el 5 por 100 del capital social o que sean titulares de acciones cuyo valor nominal exceda de 100.000 ECUS y a los representantes de los obligacionistas. El plazo para el ejercicio de la acción es de tres meses a partir de la publicación del anuncio en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, y la competencia se atribuye al Tribunal de la sede.

En cuanto concierne a los *grupos de sociedades*, se regulan en el *título VII* (arts. 233 a 240). El grupo de sociedades es el formado por una sociedad dominante y unas sociedades dominadas, y por las dominadas de una dominante que a su vez estén dominadas por otra sociedad. La normativa del Estatuto se aplicará sólo en el caso de que la dominante sea una sociedad europea para regular las relaciones entre dominante y dominada, y también en el caso de que la dominada sea una sociedad europea, para regular las relaciones entre ésta y su dominante. La competencia para determinar cuándo existe o no grupo de sociedades, corresponde al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y la existencia del grupo tiene que hacerse constar en el Registro Europeo de Comercio y en los demás Registros de la sociedad. Se establece un sistema de protección de los accionistas libres, y así se dispone que en el caso de accionistas libres tienen que recibir una propuesta de indemnización, a cambio de sus acciones, elaborada por el órgano de administración de la sociedad dominante, si la sociedad dominante es una sociedad europea o una sociedad anónima, que puede ofrecer tanto una indemnización en metálico como el canje de acciones de la sociedad dominada por acciones de la dominante, o de obligaciones convertibles en acciones, o una serie de montantes compensatorios anuales, fijados en función del beneficio obtenido en los últimos ejercicios por la sociedad. Este proyecto, presentado por el órgano de administración de la sociedad dominante, pasa a los órganos de administración de la dominada, que convocan una Asamblea y que aprueba o no el proyecto por mayoría de tres cuartos de los votos válidamente emitidos, pero restringiéndose el derecho de voto a estos accionistas libres. Si la Asamblea general rechaza la propuesta, decide el Tribunal de la sede, a propuesta de la sociedad dominante y, si la aprueba, el acuerdo puede ser impugnado por accionistas

que representen al menos el 20 por 100 del capital con derecho a voto. Al lado del derecho que tienen los accionistas libres de exigir en el caso de grupo, la compra o el canje de sus acciones se regula también la obligación que tienen de vender sus acciones o de hacer ese canje a la sociedad dominante en el caso de que ésta tenga al menos el 90 por 100 del capital de la sociedad dominada. Se establece también un principio de protección de los acreedores a través de un sistema de extensión de responsabilidad, pues la sociedad dominante es responsable de las deudas que tengan frente a terceros las sociedades dominadas, siempre que la sociedad dominada haya incurrido en mora. Los órganos de administración de las sociedades dominadas están obligados a seguir las instrucciones cursadas por las sociedades dominantes, y que en el caso de que hayan adoptado acuerdos siguiendo estas instrucciones, la responsabilidad por los daños que se puedan derivar de estos acuerdos no afecta a los administradores que los hayan acordado, sino a los administradores o a la Asamblea general de la sociedad dominante que haya cursado estas instrucciones.

El *título VIII* se refiere a la *modificación de los Estatutos*. La propuesta parte del Directorio, adjuntando un informe debidamente motivado, que se somete a la aprobación previa del Consejo de Vigilancia, correspondiendo la aprobación definitiva a la Asamblea, con un quórum en primera convocatoria de al menos la mitad del capital presente o representado y en segunda convocatoria cualquiera que sea su número, siendo necesario en este último caso que se haga constar en la propia convocatoria que así se hará. La modificación de los Estatutos se somete también al control o verificación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y una vez verificado se inscribe en el Registro Europeo de Comercio y en sus anexos, esto es, en los Registros de los distintos Estados miembros donde la sociedad tenga su sede.

El *título IX* se ocupa de la *disolución, liquidación, insolvencia y procedimientos análogos*. En cuanto a la *disolución*, se regulan cinco causas: por decisión de la Asamblea, por expiración del plazo, por pérdidas que dejan reducido el patrimonio social a menos de la mitad del capital social, por la decisión del Tribunal, rechazando la insolvencia por falta de activo, y por decisión del Tribunal de la sede a la vista del informe de los comisarios especiales en el caso de incumplimiento grave que comporte serios perjuicios a la sociedad, como veíamos antes. La disolución también está sometida a verificación del Tribunal de Justicia, e inscripción en el Registro Europeo y en sus anexos. Una vez acordada la disolución, se abre un proceso liquidatorio, en donde se designan unos liquidadores por la Asamblea que tienen como función el pagar los créditos y el reclamar

las deudas, y a la repartición del activo neto. Para el pago de créditos se establece un procedimiento peculiar, ya que los liquidadores tienen la obligación de anunciar por tres veces, con dos semanas de antelación cada vez, la liquidación, invitando a los acreedores a que presenten justificación de sus créditos en los Diarios de la sociedad y que, si pasa un año desde la publicación del último anuncio, el acreedor pierde el derecho a exigir el crédito frente a la sociedad.

En cuanto a la *insolvencia y procedimiento análogos*, se establece que la sociedad europea está sometida a una Convención en materia de insolvencia a concluir entre los Estados miembros sobre insolvencia y procedimientos análogos. Y, en todo caso, se hará constar la apertura de procedimiento en el Registro, así como las medidas que se acuerden de sanción económica o de sanción penal, en su caso, la decisión del Tribunal rechazando la insolvencia por falta de activo patrimonial.

El *título X* se refiere a la *transformación de la sociedad*, que regula la transformación de la sociedad europea en una sociedad anónima o en otra sociedad sometida al Derecho de los Estados miembros. Se establece el requisito de que hayan transcurrido al menos tres años desde la constitución de la sociedad europea, y es necesario que se constituya la sociedad teniendo su sede en uno de los Estados de la Comunidad Europea. El procedimiento consiste en una propuesta del Directorio previo informe del Comité Europeo de Empresa, que aprueba por el Consejo de Vigilancia que con el voto favorable de la mayoría de los representantes de los trabajadores en el caso de que la transformación pueda comportar perjuicios a los trabajadores y no tengan un órgano de representación equivalente. Y, por último, se somete a la aprobación de la Asamblea y, por fin, se inscribe en el Registro Europeo de Comercio y en sus anexos y se publica en los Diarios de la sociedad.

El *título XI* regula la *fusión* y se establecen tres distintos supuestos de fusión: fusión por absorción en una sociedad europea, fusión por absorción de una sociedad europea por una sociedad anónima de Derecho nacional y fusión por constitución de una nueva sociedad anónima de Derecho nacional. En lo que se refiere a la *absorción por una sociedad europea de otras sociedades*, el proyecto de fusión, con un conjunto de requisitos mínimos se pasa a un informe de expertos, al informe de los administradores de las sociedades que se fusionan y a aprobación por las Asambleas generales de las distintas sociedades que se fusionan y a la verificación del Tribunal de Justicia y al Registro y a la publicidad en la forma ordinaria. El segundo supuesto, la *absorción de una sociedad europea por una sociedad anónima de Derecho nacional*, que no tiene especialidad digna de destacar con arreglo al sistema anterior, salvo que,

como es lógico, se establece expresamente que desaparece la sociedad europea desde el final del día en que se publique esta fusión por absorción en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Y, por último, el tercero, de fusión por *constitución de una nueva sociedad anónima de Derecho nacional*, que tampoco tiene especialidad digna de destacar.

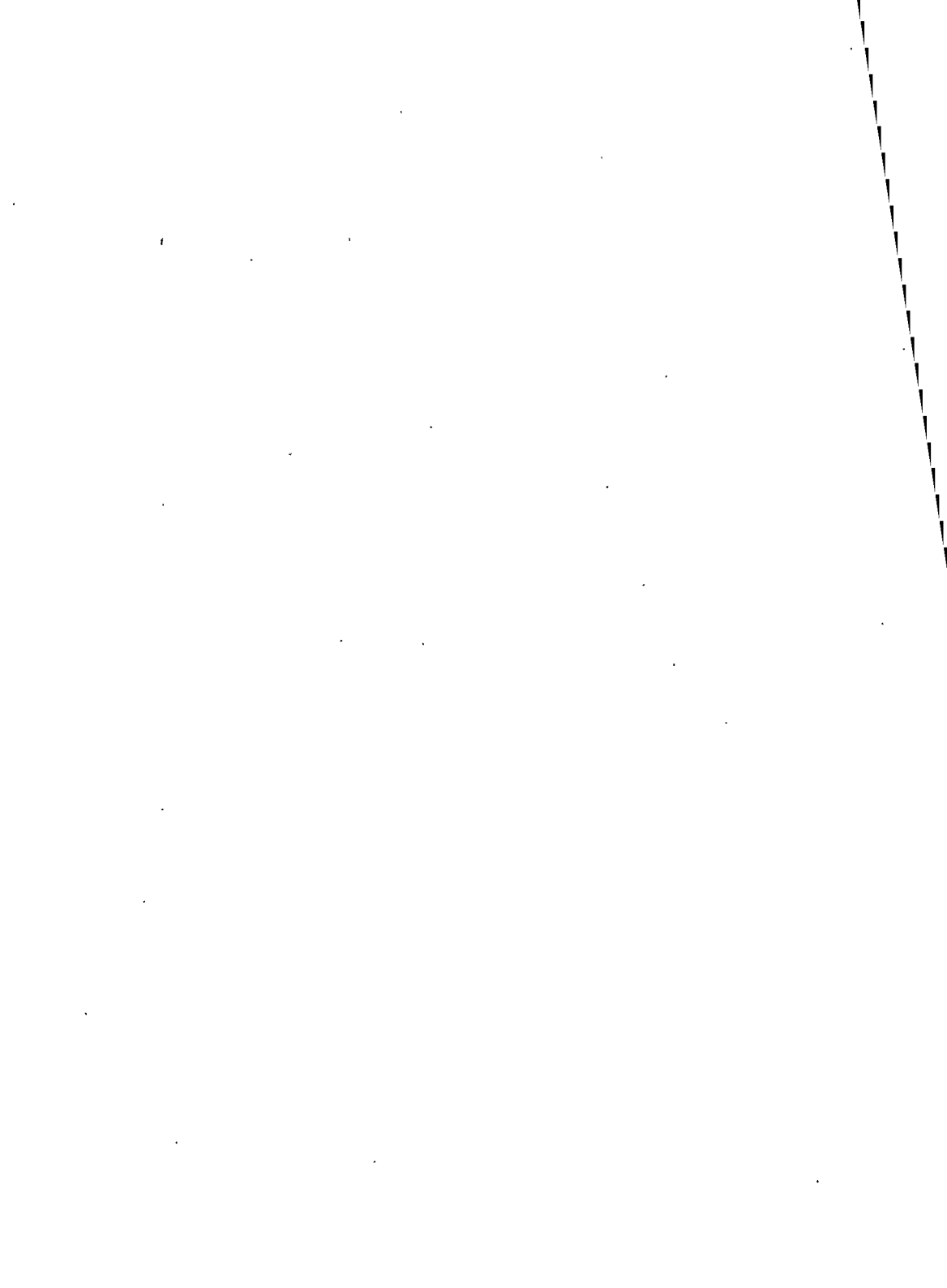
El *título XII* se refiere al *Derecho fiscal*, y limitémonos a señalar que en caso de creación de una sociedad *holding*, se dice que su constitución no tiene que estar sometida a gravamen alguno, que a efectos de domicilio fiscal se entiende como tal aquel donde radique la dirección efectiva de los negocios de la sociedad, y que se contienen un conjunto de reglas para evitar la doble imposición en lo que se refiere a establecimientos permanentes y a filiales, entendiéndose por tales, a efectos fiscales, aquellas en que la sociedad europea tenga al menos una participación del 50 por 100.

El *título XIII* se refiere a *disposiciones penales*, señalándose que los Estados miembros están obligados a introducir en su legislación interna disposiciones sancionadoras de las actuaciones definidas en el anejo cuarto, y en este anejo cuarto se señala que se impondrán penas o multas a: los miembros del Directorio, del Consejo de Vigilancia o algún otro órgano directivo de las sociedades fundadoras que conscientemente en sus informes den indicaciones falsas u omitan circunstancias importantes sobre la cifra de capital, valor nominal y número de acciones, evaluación de las aportaciones en especie y su origen, gastos de constitución, privilegios y ventajas acordadas a quien haya participado en la gestión, registro y aumento de reducción de capital social, en las cuentas anuales, y en la consolidación de los grupos de cuentas en su informe de revisión. También a: quien expida deliberadamente acciones antes del desembolso total de su valor nominal; quien para el ejercicio del derecho de voto se haga remitir acciones de un tercero a cambio o contra promesa de ventajas particulares, o quien las remita; los censores de cuentas que emitan deliberadamente su informe de verificación falso o incompleto; quien deliberadamente incumpla su obligación de manifestar su participación superior al 10 por 100; los miembros del Directorio, Consejo de Vigilancia, censores y accionistas de más del 10 por 100, cuando las acciones coticen en Bolsa, incumplan su obligación de convertir sus acciones al portador en nominativas o de depositarlas en un Banco, y de ponerlo en conocimiento del Registro Europeo de Comercio. Se señala expresamente que todo el beneficio que obtengan los administradores, los miembros del Directorio, del Consejo de Vigilancia, los censores de cuentas y los partícipes de más de un 10 por 100 del capital de la sociedad, que se haya obtenido en los seis meses anteriores a la inscripción en el Registro Europeo de

esta participación, serán para la sociedad, debiendo entregarlos en el plazo de las dos semanas siguientes. También serán objeto de pena o de multa quienes impidan deliberadamente la elección de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia, o de los miembros del Comité Europeo de Empresa, o del Comité de Empresa de Grupo, o falseen los resultados o influyan en su desarrollo mediante amenaza de sanción y otorgamiento de ventajas y quien utilice de manera ilícita las denominaciones de sociedad anónima europea, las siglas S.E. u otra denominación o siglas susceptibles de confundirse con ellas, y quien utilice, en sus relaciones con terceros, el nombre de S.E. en su documentación y cuando ésta no se ajuste a las previsiones del artículo 10.

Por último, las disposiciones finales, en las que se señala, como hemos dicho, un plazo de doce meses para que los Estados miembros voten una legislación sancionadora de estas conductas que acabamos de señalar, y el plazo, también, de doce meses de entrada en vigor del Estatuto, señalándose que pasados estos doce meses será obligatorio y directamente aplicable.

JOSÉ LUIS DEL VALLE PÉREZ
Abogado del Estado



La armonización en materia de contabilidad y auditoría*

La armonización en materia de contabilidad y auditoría pretende establecer una uniformidad entre todas las normas y los principios contables de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, implantando la debida coordinación entre las correspondientes legislaciones y sus disposiciones reglamentarias en materia de contabilidad.

La construcción de una nueva Europa mediante la Comunidad Económica Europea se sintetiza en un triple objetivo: «realizar una unión ADUANERA, ECONOMICA y MONETARIA».

Y el corolario de este objetivo no es otro que el de la libre circulación de mercancías, hombres y capitales, aliada a un sistema de protección de terceros y al respeto de los principios de concurrencia entre las empresas.

La ARMONIZACION CONTABLE EUROPEA se inscribe, pues, en la lógica de estos esfuerzos, apuntando al establecimiento de reglas de concurrencia para las empresas, cuyo horizonte económico se va ampliando de esta manera considerablemente (JOHN PAXTON).

Esta voluntad de normalización de la contabilidad se desarrolla ante la preocupación y la necesidad sentida de que la información económico-contable sea capaz de describir, con claridad y con veracidad, la situación real de los empresarios y de las sociedades para así beneficiar a:

- 1.º Las propias EMPRESAS, para orientar su gestión y administración, cada vez más complejas, y poder alcanzar sus objetivos económicos; y especialmente a las sociedades que realizan sus actividades en diferentes países como las multinacionales.
- 2.º Los ACCIONISTAS, que tendrán de esta forma una correcta

(*) Texto de la conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Nacional de Registradores el día 11 de abril de 1985.

visión de la situación de la sociedad y obtendrán una exacta rendición de sus cuentas.

- 3.º Los TRABAJADORES, cuya satisfacción en su derecho a la información económica de las compañías deben orientar sus propósitos y sus actuaciones, al tiempo que disipar sus desconfianzas.
- 4.º Los INVERSORES, para fundar su toma de decisiones sobre criterios suficientes.
- 5.º Los TERCEROS, entendiéndose por tales «los banqueros en cuanto a sus créditos, los proveedores en relación a sus suministros y los clientes para la certeza de la obtención de sus bienes y productos».
- 6.º Los GESTORES de la economía nacional para que puedan adoptar decisiones macroeconómicas y orientar la demanda y oferta nacional en el marco de las cuentas nacionales.
- 7.º La HACIENDA PUBLICA para determinar la presión fiscal y la equitativa distribución de la carga tributaria en base a la capacidad contributiva y alcanzar la recaudación necesaria.
- 8.º Los PROFESIONALES DE LAS ACTIVIDADES CONTABLES (auditores y censores jurados de cuentas) para asegurarse en sus responsabilidades sobre preceptos legales y para realizar mejor sus funciones en base a normas precisas y adecuadas.

Ante esta demanda de información contable, es necesaria una acción legislativa capaz de establecer normas uniformes y coordinadas en materia de contabilidad que permitan una correcta interpretación de la situación y resultados del mundo empresarial. Esta labor se ha pretendido realizar en el ámbito de la Comunidad Económica Europea intentando armonizar la legislación contable de los países miembros mediante la correspondiente normalización en materia de contabilidad y auditoría.

Sin embargo, se ha tropezado con multitud de dificultades, como las diferencias idiomáticas, distintas tradiciones y costumbres en materia contable, niveles económicos no comparables, diferentes unidades monetarias, principios informadores diversos, etc. Principalmente existían en los Estados miembros dos sistemas o concepciones distintas:

- A) La francesa, seguida también por Alemania e Italia, que regula los principios contables, las cuentas anuales y la llevanza de la contabilidad en base a multitud de disposiciones legales y reglamentarias muy detalladas y precisas que deben de seguir y cumplir los empresarios, las empresas y los profesionales de la contabilidad.

El objetivo fundamental de la información contable es lograr

la concordancia entre las cuentas presentadas y la realidad económica. Así, se establecen los «Principes d'une comptabilité régulière et sincère» en Francia, o los «Grundsätze Ordungsmässiger Buchführung» en Alemania.

- B) La anglosajona, extendida a Irlanda y Holanda, en la que apenas existen disposiciones legales sobre presentación y elaboración de las cuentas anuales, pues se basa la práctica contable en la tradición y en los principios de contabilidad admitidos por la costumbre. Con la presentación de cuentas se debe obtener un «true and fair view» (imagen fiel) de la situación de cada unidad económica.

Esta concepción permite unos criterios más flexibles, pero también más permisivos de la defraudación.

Como compromiso entre ambos sistemas, las Instituciones de la Comunidad Económica Europea, en su voluntad de uniformidad, han establecido principios de contabilidad comunes para todos los Estados miembros, contando con el apoyo de organismos internacionales de normalización contable y de la auditoría como la «Unión Europea de Expertos Contables, Económicos y Financieros» (UEC), que vienen trabajando para lograr soluciones en el ámbito de los problemas que plantean las distintas formas de llevanza de la contabilidad.

Así, se han promulgado una serie de normas técnico-contables cuyos rasgos fundamentales se pueden apuntar:

- a) Son el resultado de una laboriosa aproximación de las posiciones observadas en las distintas legislaciones y prácticas de los Estados miembros de la Comunidad.
- b) Se insertan en el bloque del Derecho de sociedades dentro del Derecho comunitario europeo.
- c) Logran su flexibilidad ofreciendo unas normas muy amplias, que dejan vastas posibilidades de adaptación a la discrecionalidad de los Estados y de las propias sociedades.

Esta normativa comunitaria establece un modelo económico-contable que tiene las siguientes características:

I. Determina los «Principios de una contabilidad regular y sincera», cuya observancia corresponde a empresarios y sociedades y cuya verificación corresponde a CENSORES DE CUENTAS.

II. Defiende el modelo convencional de valoración en base a costes históricos como modelo básico, esto es, atendiendo al valor originario

de adquisición, aunque por excepción se admite ajustar al valor de reposición o al valor corriente.

III. Predomina la preocupación por las magnitudes-fondo sobre las magnitudes-flujo, pues se abandona el análisis de los flujos financieros.

IV. Establece como cuentas anuales el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y el anexo. El anexo, que constituye una auténtica novedad, ofrece clasificaciones suplementarias y aclara el significado de las informaciones incluidas en los estados financieros tradicionales. Por el contrario, olvida el estado de origen y aplicación de fondos entre los estados contables, con lo que impide conocer el cuadro de financiación de las empresas y la situación de los flujos financieros a efectos comunitarios.

LA NORMATIVA COMUNITARIA

Para alcanzar el grado de uniformidad necesario entre los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea se ha intentado la armonización dictando una amplia normativa que de forma flexible adapte los preceptos de cada uno de los países, fijando normas de obligado cumplimiento junto a otras aplicables con excepciones.

En todas ellas se resaltan la necesidad y la urgencia de la coordinación a nivel comunitario del Derecho de sociedades y de los principios técnico-contables, estableciendo unas condiciones mínimas equivalentes, coordinando los métodos de valoración, obligando a dar publicidad a las cuentas anuales de las sociedades y resolviendo las dificultades derivadas del estado actual de las legislaciones de los Estados miembros en la aplicación de las disposiciones comunitarias.

Las principales directivas de contenido técnico-contable son:

— Cuarta directiva sobre la preparación, contenido, presentación, auditoría y publicación de las cuentas y de los informes anuales de las sociedades.

— Séptima directiva, relativa a las cuentas consolidadas del grupo de empresas.

— Octava directiva, referente a la cualificación profesional de los encargados de la censura legal de las cuentas anuales.

Además, recogen preceptos sobre materia contable:

• Primera directiva en torno a las garantías exigidas a las sociedades para proteger los intereses de los socios y de terceros (especialmente en el tema de la publicidad de estados contables).

- Segunda directiva relativa a la constitución de las sociedades anónimas, así como al mantenimiento y modificación de su capital.
- Tercera directiva sobre fusiones de sociedades anónimas.
- Quinta directiva sobre estructura de las sociedades anónimas, poderes y obligaciones de sus órganos sociales.
- Sexta directiva sobre armonización del derecho de los grupos de sociedades.
- Proposición de directiva sobre el contenido, control y difusión del proyecto a publicar para la admisión de valores a cotización oficial.
- Proyecto de directiva sobre liquidación de sociedades.

De todas estas normas que configuran el modelo contable europeo pasamos a analizar las de contenido estrictamente contable; toda vez que las demás se mencionan en otras conferencias de este curso.

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CUARTA DIRECTIVA

En el ámbito del Derecho comunitario la cuarta directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, aprobada el 25 de julio de 1978, se dictó en base al artículo 54, 3, g), del Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad de 25 de marzo de 1957, que establece que:

«El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que se les atribuyen por las disposiciones y en especial coordinarán, en la medida necesaria, con el objeto de dar un tratamiento equivalente a las garantías que se exigen en los Estados miembros, a las SOCIEDADES, para proteger los intereses de los socios y de los terceros».

Para ello se establecen los preceptos encaminados a coordinar las legislaciones nacionales sobre las cuentas anuales de las sociedades de capitales en 72 artículos, que recogen:

a) El ámbito de aplicación, entendiéndose que las normas de la directiva se aplicarán a las sociedades anónimas, sociedades comanditarias por acciones y sociedades de responsabilidad limitada (o sus equivalentes nacionales).

b) Características generales de las CUENTAS ANUALES, admitiendo por tales a los estados contables que como modelos tratan de proporcionar una información general sobre la empresa y dirigida a su utilización externa. Las cuentas anuales son:

- El balance.
- La cuenta de pérdidas y ganancias.
- El anexo.

c) Estructura formal del balance y de la cuenta de resultados que deberá seguir los principios de claridad, legalidad, continuidad, contenido mínimo, flexibilidad e incompensabilidad entre partidas correlativas de las anuales.

El esquema formal del balance comprende el ACTIVO y el PASIVO, distinguiendo dos modelos distintos, entre los que puede elegir la sociedad con tipo de cuentas diferentes en cada caso.

La cuenta de pérdidas y ganancias también puede presentarse mediante dos esquemas alternativos, según la naturaleza de los cargos y abonos, presentándose en forma de LISTA o bien en forma de CUENTA.

d) Las reglas de valoración con arreglo al principio de valoración analítica para la determinación del resultado periódico de la empresa. El criterio que prevalece es el del coste histórico, aunque con mecanismos que permiten captar y corregir en contabilidad.

— La inflación (concretada en variaciones en el nivel general de los precios).

— La valoración sobre la base del valor de reposición aplicable a las inmovilizaciones materiales de vida útil limitada y a las existencias.

— Las revalorizaciones excepcionales que puedan efectuarse en las inmovilizaciones materiales y en las financieras, con la posibilidad de dotar reservas de revalorización y de realizar correcciones de valor en el ejercicio considerado.

e) Contenido del ANEXO, como uno de los componentes de las cuentas anuales, permitiendo la conexión entre éstas y la realidad económica al contener una parte descriptiva o interpretativa de las cifras incluidas en los estados de situación y de resultados y al aportar informaciones adicionales a las partidas presentadas y finalmente al motivar las excepciones a los principios contables.

f) Contenido de la MEMORIA DE GESTION, de carácter informativo y que expone la evolución de los negocios, situación y evolución de los negocios, situación y evolución previsible de la sociedad, al igual que los acontecimientos ocurridos durante y después del ejercicio social y las actividades de investigación y desarrollo.

g) PUBLICIDAD LEGAL de las cuentas anuales, previamente aprobadas por los órganos sociales de la sociedad, de la memoria de gestión y del informe de los censores de cuentas mediante su presentación a los accionistas, su publicación en boletines o diarios y su presentación a las autoridades estatales competente.

h) CENSURA DE CUENTAS que se establece de forma obligatoria

para todas las sociedades de capitales y que alcanza a las cuentas anuales y a la memoria de gestión y sólo se excluyen las empresas de menor dimensión económico de esta obligación.

La actuación de los censores de cuentas se recoge de forma especial en la octava directiva.

Finalmente procede mencionar que las disposiciones contenidas en la cuarta directiva no son de aplicación a los Bancos y establecimientos financieros, así como a las sociedades de seguros.

BALANCE Y CUENTAS DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

Como recoge el artículo 2.º, las cuentas anuales deberán establecerse con claridad y deberán dar una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, admitiéndose en su caso informaciones suplementarias. Todo lo cual se mencionará, explicando su motivación en el anexo, e indicando su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados.

La noción de «imagen fiel» (*true and fair view*) busca que la representación contable con arreglo a los principios establecidos concuerde con la situación económico-financiera de la sociedad, y así se concreta en los informes contables. Por lo tanto, las cuentas anuales deberán proporcionar una imagen fiel de:

- El patrimonio.
- La situación financiera.
- Los resultados de la sociedad.

De esta forma los estados contables ofrecerán una protección jurídico-patrimonial a los socios y a los terceros.

El balance debe presentarse desglosando su activo y su pasivo, atendiendo el primero al grado de liquidez y el segundo a su exigibilidad y en todo caso los importes deberán constar como netos, tanto para el inmovilizado como para el circulante.

En cada partida figurará:

- a) El precio de adquisición o coste de producción.
- b) Entradas, salidas y transferencias del ejercicio.
- c) Correcciones de valor acumulados en la fecha de cierre del ejercicio.
- d) Rectificaciones de valor en el ejercicio sobre los anteriores.

La cuenta de pérdidas y ganancias también se presentará con arreglo a los esquemas-tipo mencionados y la ordenación de las partidas se efectuarán incluyendo:

- a) Los ingresos y los gastos de la explotación.
- b) Los ingresos y los gastos de índole financiera.
- c) Los ingresos y los gastos excepcionales.

En base a estos datos, se incluirán cuanto menos las siguientes cifras de resultados:

- Resultados de actividades ordinarias después de impuestos.
- Resultado excepcional.
- Resultado del ejercicio.

NORMAS CONTABLES PARA LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

Las normas comunitarias clasifican las empresas en grandes, medianas y pequeñas en cuanto a la aplicación de las normas contables con arreglo a tres parámetros:

- 1) Total del balance en ECU (hasta un millón, hasta cuatro y más de cuatro).
- 2) Importe neto de las cifras de negocios en ECU (hasta dos millones, hasta ocho y más de ocho).
- 3) Cifra media de los empleados en el curso del ejercicio (hasta 50, hasta 250 y más de 250).

En base a estos criterios se suaviza la aplicación de la normativa contable y de la exigencia del cumplimiento de la normativa.

En cuanto a la FORMULACION de cuentas anuales:

- Pueden establecer balances abreviados (las pequeñas).
- Pueden establecer cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas (las pequeñas y medianas).
- Se puede abreviar el anexo (las pequeñas) u omitir en él requisitos (las medianas).

En cuanto a la PUBLICIDAD de las cuentas anuales, las empresas pequeñas sólo deben publicar el balance abreviado y el anexo. Las empresas medianas deben publicar todas las cuentas anuales que se las exigen.

Finalmente, las empresas pequeñas están eximidas de la obligación legal de la censura de las cuentas anuales.

ESTRUCTURA DE LA SÉPTIMA DIRECTIVA

Como complemento indispensable de la cuarta directiva, la Comisión envió al Consejo, el 4 de mayo de 1976, la proposición de una séptima directiva, basada también en el artículo 54, 3, g), del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, por la que se exige la preparación y publicación por determinadas sociedades de ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS auditados y de una MEMORIA ANUAL CONSOLIDADA. Esta directiva fue adoptada el 13 de junio de 1983 y los Estados miembros habrán de implantar sus disposiciones y aplicarlas a los ejercicios de las sociedades afectadas a partir de 1 de enero de 1990.

La proposición constaba de 27 artículos, muchas de cuyas propuestas más radicales han sido modificadas o eliminadas a lo largo de estos veinte años de gestación, por lo que la séptima directiva constituye un avance importante en cuanto a las prácticas de información de las sociedades europeas.

Partiendo de las normas básicas de la cuarta directiva, que es objeto de constante referencia a través de todo el texto normativo, en la séptima se adecuan sus conceptos y se dictan nuevas disposiciones con vistas al establecimiento de las CUENTAS DEL GRUPO.

Lo dispuesto en esta directiva es aplicable a toda SOCIEDAD MATRIZ de la CEE, con independencia de la ubicación de las filiales. Pero también afectará a cualquier grupo MULTINACIONAL con sede fuera de la CEE que tenga algún subgrupo en alguno de los diez Estados miembros.

La presentación de ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS es obligatoria en algunos casos, pudiéndose exigir cuando exista un dominio jurídico mediante derechos de voto, o, mediante el ejercicio real de dominio sea o no mayoritario el número de votos controlados o cuando empresas sin otra vinculación acuerden el establecimiento de un sistema común de control directivo (el llamado concepto ECONOMICO del GRUPO).

Se establecen, además, ciertas exenciones a la obligación de preparar estados financieros consolidados, como en los casos de filiales ubicadas fuera de la CEE, o para las sociedades de responsabilidad limitada, o para las empresas de dimensión reducida o para las instituciones financieras.

Además, en ciertos casos especiales se prevé la no consolidación de

determinadas filiales por razones de inmaterialidad, coste desproporcionado o demora dilatada entre otros casos.

La lectura del texto de la SEPTIMA DIRECTIVA nos descubre, aparte de su propia estructura formal, la siguiente temática en sus disposiciones:

I. DEFINICIONES, referidas al concepto de empresa asociada, empresa dependiente, empresa dominante, grupo, subgrupo y empresas ligadas.

Se entiende que una empresa está asociada a otra cuando ésta posea el 20 por 100 o más del capital o de los votos correspondientes.

Se define la empresa dominante como aquella que en relación a otra dependiente:

- posea la mayoría del capital suscrito de la empresa;
- disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones en la empresa;
- pueda designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

II. AMBITO DE APLICACION en el que se concreta que afecta a las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones.

III. CARACTERISTICAS GENERALES Y ESTRUCTURA FORMAL DE LAS CUENTAS DEL GRUPO, entre las que se incluyen el BALANCE consolidado, la cuenta de PERDIDAS Y GANANCIAS consolidada y el ANEXO. La estructura formal se establece remitiéndose a la cuarta directiva, salvo las modificaciones que la aplicación de las técnicas específicas de la consolidación pudieran suponer.

IV. TECNICAS ESPECIFICAS DE LA CONSOLIDACION, que incluyen, además de las de índole general, las de consolidación por integración global, el método de «puesta en equivalencia» y la consolidación proporcional.

V. REGLAS DE VALORACION, con base en la cuarta directiva, con prevalencia del criterio del coste histórico, pero teniendo en cuenta las diferencias de consolidación, amortizándose éstos en un período de cinco años.

VI. CONTENIDO DEL ANEXO, en el que se incorporan los criterios de valoración y demás informaciones complementarias sobre las empresas del grupo, cifras de negocios, volumen de endeudamiento, número de personas empleadas, etc.

VII. CONTENIDO DE LA MEMORIA DE GESTION, adjunta a los estados financieros consolidados, en la que se describe fielmente la evolución de las actividades y se mencionan:

- los hechos importantes posteriores a la fecha del balance;
- su probable evolución futura;
- sus actividades en el área de investigación y desarrollo;
- el número y valor nominal de las acciones de la empresa matriz.

VIII. CONTROL de las cuentas del grupo mediante la auditoría de los estados financieros consolidados y la verificación de la concordancia con los mismos de la memoria del ejercicio por uno o varios auditores autorizados, debiendo presentarse el informe a las autoridades competentes.

IX. PUBLICIDAD por parte de la empresa dominante de las cuentas del grupo, con arreglo a los mismos principios de la cuarta directiva.

La aplicación práctica de esta directiva supone un paso importante hacia el reconocimiento y potenciación de la concepción económica de las cuentas, contribuyendo por esta vía a una más efectiva protección de los intereses de los propietarios del capital, de los trabajadores y de los terceros, al permitirles acceder a una información más significativa y más acorde con la realidad económica que pretende captar y comunicar, siempre y cuando el esfuerzo de adaptación se realice por los Estados miembros.

LAS NORMAS SOBRE AUDITORÍA DE LAS CUENTAS ANUALES

El control, censura o auditoría de las cuentas anuales está regulado en varios textos comunitarios y concretamente en el artículo 51 de la cuarta directiva, en el 23 de la séptima directiva, en el Proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea (arts. 203 a 210), en la quinta directiva (arts. 63 al 65), y en cuanto a la cualificación profesional de los censores en la octava directiva.

De acuerdo con estas normas, las sociedades tienen obligación de llevar a cabo la censura anual de sus cuentas cuando tengan la forma jurídica de anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada. La tarea de censura alcanzará a las cuentas anuales (BALANCE, CUENTA DE PERDIDAS Y GANANCIAS Y ANEXO) y a la memoria de GESTION (con respecto a este documento se verificará la concordancia de su contenido con las cuentas anuales).

De la obligación de control anual sólo se excluyen las anteriormente

mencionadas empresas pequeñas, pues en otros casos los Estados miembros arbitrarán sanciones especiales por incumplimiento de las normas comunitarias sobre la llevanza de las cuentas anuales y la presentación de la memoria de gestión.

El objetivo o finalidad fundamental de las cuentas anuales será la descripción analítica de la realidad patrimonial, financiera y lucrativa de la empresa o grupo de empresas, en cuya consecución se respeten y combinen equilibradamente las nociones de claridad, imagen fiel y conformidad con las reglas y preceptos normativos. Todos estos objetivos deberán ser revisados por expertos contables, especialmente habilitados para el control de las cuentas conforme a los requisitos y condiciones que configuran su estatuto profesional, habilitación o autorización que se otorgará por la autoridad judicial o administrativa de acuerdo con lo establecido en cada caso en la Ley nacional.

LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LOS CENSORES DE CUENTAS EN LAS NORMAS COMUNITARIAS

La armonización europea de la cualificación profesional de los censores de cuentas y auditores viene recogida en la octava directiva, comúnmente conocida como «directiva experta contable», presentada por la Comisión al Consejo en abril de 1978 y aprobada el 10 de abril de 1984.

El objetivo básico de esta directiva es establecer con carácter general la exigencia de unas pruebas de competencia teórica y práctica para el ejercicio de la profesión. Se requiere que los auditores sean aprobados por las autoridades nacionales sobre la base de determinados criterios académicos y de capacitación. Tres características deben reunir las personas encargadas del control legal de las cuentas anuales:

- 1) Independencia.
- 2) Habilitación para la censura.
- 3) Nombramiento y actuación de acuerdo con las normas comunitarias.

De acuerdo con las normas, podrán ser autorizadas o habilitadas para ejercer el control obligatorio de las cuentas de las sociedades de capitales:

- a) Las personas FÍSICAS, que tendrán que haber cursado estudios hasta el nivel de ingreso en la Universidad y tener terminado un curso de instrucción teórica, y demostrar experiencia práctica durante un período de tres años como mínimo y superando un examen de competencia

profesional, o bien a través de una experiencia práctica dilatada y un examen o prueba de suficiencia de los candidatos.

b) Las personas JURIDICAS, u otros tipos de sociedades o asociaciones profesionales, como las firmas de auditoría, siempre y cuando:

— Las personas que lleven a cabo las auditorías en nombre de la firma satisfagan los requisitos de la octava directiva.

— La mayoría de los derechos de voto de la persona jurídica corresponden a personas físicas debidamente cualificadas.

— La mayoría de los miembros del órgano directivo de la persona jurídica cumpla con los requisitos de las personas físicas.

— Se establezcan mecanismos que aseguren la independencia y la cualificación profesional de las personas físicas integrantes de la firma.

La directiva habla de autorizar el ejercicio profesional sólo a las personas independientes y de buena reputación, pero, sin embargo, no ofrece orientación alguna en cuanto a los significados de estos términos. De forma parecida se exige el llevar a cabo las auditorías «con integridad profesional», sin definir tampoco esta expresión.

Y en cuanto a la actuación de los auditores censores de cuentas mantiene la directiva:

a) El derecho de los censores a recibir información suficiente a practicar cuantas verificaciones estimen necesarias para lograr los objetivos de su función.

b) Las personas nombradas para efectuar la censura de cuentas recibirán exclusivamente la retribución fijada a estos efectos por la Junta general; las condiciones se establecerán antes de que los censores comiencen su función y serán inamovibles durante todo el período en el que los censores desempeñen sus funciones.

c) A las personas encargadas de la censura de cuentas se les podrá exigir responsabilidad en las mismas condiciones expuestas por la quinta directriz para exigir responsabilidad a los miembros de los órganos de dirección y de vigilancia, como garantía del resarcimiento de daños sufridos por la sociedad, un accionista o un tercero, por faltas cometidas por los censores.

d) Finalmente, en cuanto a la materialización documental del resultado de la censura, deberá formularse una certificación por parte de los censores, siempre y cuando no exista ninguna reserva acerca de las cuentas; en caso contrario, tales reservas deberán incluirse en la propia certificación, o bien será denegada la emisión de la citada certificación.

Por otra parte, el resultado de la censura de cuentas deberá ser materializado en un informe detallado, del que la certificación formará parte inseparable, aunque por supuesto no pueda reducirse a ella el contenido de aquel informe.

Las legislaciones nacionales deberán ajustarse a la directiva antes del 1 de enero de 1988, si bien las nuevas disposiciones no deberán aplicarse hasta pasados dos años, por lo que se siguen los calendarios de la séptima directiva.

RAMIRO SÁNCHEZ LERÍN
Abogado del Estado

NOTAS

El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio

SUMARIO: I. *Reflexiones preliminares y planteamiento finalístico.*—II. *Matrimonio como negocio jurídico complejo o típicamente sui generis. Entrada en juego plena del elemento de publicación:* 1. Concepto de tercero.—2. Producción de efectos del contrato respecto de terceros.—3. Eficacia del contrato respecto de terceros.—4. La relatividad de la eficacia del contrato. El contrato no es jamás indiferente a terceros.—5. La eficacia inmediata del contrato para terceros.—6. Efectos directos, reflejos o indirectos de los contratos en los terceros.—7. Efectos de la resolución convencional frente a los terceros.—8. Derechos del tercero ante el mutuo disenso.—III. *Conclusión.*

I. REFLEXIONES PRELIMINARES Y PLANTEAMIENTO FINALISTICO

En un estudio anterior mío me desvelé por aclarar que la disputa sobre la naturaleza jurídica del matrimonio había sido en el Derecho español —esperemos con optimismo que sólo hasta 1981— una infecunda y bizantina *questio nominis* (LACRUZ) sobre la que gravitara una como maléfica inhibición a la hora de actuar en consecuencia (1). Era, en efecto, poco coherente hablar del matrimonio como negocio jurídico y excluirle a renglón seguido de la configuración y características, inherentes e irrenunciables, de la tipología negocial. Tanto se le llame al matrimonio contrato a secas o, según el más elaborado y genérico eufemismo, negocio jurídico del Derecho de familia (2), la verdad es que se le había

(1) TOMÁS RAMOS OREA: «El matrimonio: contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica», *Boletín de Información*, año XXXIX, números 1.370-71, Madrid: Ministerio de Justicia, Órgano Oficial del Departamento (5 y 15 de enero de 1985, respectivamente), págs. 3-21; 3-22.

(2) En realidad, y providencialmente, en estos momentos podemos contar ya con algún excepcional testimonio, por la terminología jurídica empleada en su for-

convertido en una entidad jurídica fetichista y al mismo tiempo tabú, que el Estado —la Ley, con mayúscula— regulaba en unas condiciones y consecuencias que la propia razón estatal había impuesto, despreocupándose de coherenciarlas, no ya con rigor, sino con siquiera una mínima equidad respecto de su fundamento y de su naturaleza jurídica. Y no otra cosa era la quiebra de lógica que, atizada por prácticamente todos los autores patrios, protagonizaba el matrimonio dentro del bastidor de la teoría general del contrato. Traigamos algunos ejemplos.

Al hablar del *mutuo disenso*, y creemos que pensando en el matrimonio, ALBALADEJO hace unas oportunas salvedades al principio jurídico de la autonomía de la voluntad en materia de contratos:

Excepcionalmente no procedería admitir la extinción del contrato por mutuo disenso cuando (cosa insólita) la Ley estableciese la obligatoriedad para ambas partes de la celebración del mismo o estableciese la libertad de celebración, pero no de disolución (3).

Tenemos todas las razones para sospechar, efectivamente, que ALBALADEJO está hablando del matrimonio. Igual que otros autores, y en este caso con referencia específica al mutuo disenso, ALBALADEJO roza la máxima precisión, pero parece, igual que todos, medroso de llamar a las cosas por su nombre. De ahí lo de «cosa insólita». También, y sospechamos que teniendo presente al contrato de matrimonio, se refería ALBALADEJO, dentro de la autonomía de la voluntad en la contratación, a los límites excepcionales de esa autonomía:

mulación y por el formidable y bienhechor precedente jurisprudencial que supone:

Jurisprudencia.—Civil.—Matrimonio/Carácter contractual.—Disolución por mutuo disenso.—Divorcio.—Cese de convivencia por cinco años.—Pensión.—Pacto entre los cónyuges.—Doctrina de los actos propios.

3896.—Audiencia Territorial de Zaragoza.—Sentencia de 10 de mayo de 1983.—Ponente: Sr. Mur Linares.—Considerando: Que... (...) como el matrimonio es para el Derecho actual positivo simplemente un contrato, es evidente que si fue suficiente la voluntad de los contrayentes para el nacimiento del vínculo matrimonial, suficiente debe ser también el desistimiento bilateral para destruir ese vínculo al que los contratantes dieron nacimiento, de conformidad con lo establecido por el Código Civil sobre obligaciones y contratos.

La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, año V, núm. 856. Madrid, viernes 20 de enero de 1984.

Todo lo cual se nos antoja sencillamente impensable y mucho menos expresable antes de 1981.

(3) MANUEL ALBALADEJO: *Derecho civil*, II: *Derecho de obligaciones*. Volumen 1.º: *La obligación y el contrato en general*, 4.ª ed. (Barcelona: Bosch, 1977), páginas 472-473.

Aunque en algunos sectores —como el Derecho de familia— del Derecho civil dichos límites son abundantes por demás, hasta reducir en la práctica a un estrecho círculo el alcance del mencionado principio de autonomía.

Derecho civil, II, cit., pág. 371.

Me parece que la cosa está sobremanera clara: La atipicidad, o mejor, la especialidad del matrimonio como contrato ha producido, a su vez, el desentendimiento de los autores respecto del estudio de la naturaleza jurídica del mismo matrimonio; lo cual, engrosado por los condicionamientos de índole política que todos conocemos, provocó siempre que en el estudio de la autonomía de la voluntad y de otros supuestos de extinción de la relación obligatoria en el campo de los contratos, se mencionara la excepción *ope legis* para el matrimonio, sin arriesgar juicio crítico alguno. Veamos:

El consentimiento ciertamente consiste en estar de acuerdo o conformes las partes, pero esta conformidad ha de producir la determinación, por lo menos, de todos aquellos extremos del contrato que no estén ya determinados por el Ordenamiento.

ALBALADEJO: *Derecho civil*, II, cit., pág. 374.

Y también:

Los extremos que deben de ser precisados por el consentimiento de los interesados son por lo menos los no regulados (...) en las normas pertinentes.

ALBALADEJO, *ib.*, pág. 375.

La regulación imperativa y el juego del acople del consentimiento de las partes a lo que la Ley dispone, a menos que desistan de contratar, tiene su plasmación más irrefragable en el caso del matrimonio. Nosotros hemos, desde antiguo, venido deplorando que, tras una exposición tan concienzuda de los elementos integradores de la quiebra del principio de la autonomía de voluntad, tanto ALBALADEJO como otros no hayan mencionado la figura negocio-contractual jurídica del matrimonio, como ejemplo específico de anomalía, impuesta por un orden establecido de cosas. Orden de cosas, en rigor, opuesto a la misma lógica jurídica. Al menos, opinamos que es deber del jurista delatar la atipicidad de la figura en cuestión e indicar las causas de que ello sea así. Asimismo, entendemos que no hacerlo es una transgresión de lesa perspectiva.

El finalismo de este trabajo es mostrar cómo la aparición de terceros, directamente, vivencialmente implicados en el negocio jurídico del matrimonio, y la especialísima entidad de tales terceros suponen la incorpora-

ción asumida de una distinta naturaleza jurídica por parte del mismo matrimonio (4); suponen igualmente unas consecuencias dinámicamente ejercidas por éste, y de diverso signo. En nuestra monografía citada en la nota 1 declarábamos al matrimonio como:

Negocio jurídico en el que han de distinguirse dos situaciones, cada una con su respectiva naturaleza, si bien originadas y mantenidas por un mismo acto consensual: 1. Negocio jurídico simple o «puro». 2. Negocio jurídico complejo, desde la aparición de terceros (hijos). Lo que conlleva, una vez más, como una de sus consecuencias más lógicas, su resolubilidad por mutuo disenso, en el primer caso; y en los términos que la Ley prevea respecto de la protección de los correspondientes terceros, en el segundo.

TOMÁS RAMOS OREA: *El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica*, cit., pág. 22 [15 enero 1985].

II. MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURIDICO COMPLEJO O TÍPICAMENTE *SUI GENERIS*. ENTRADA EN JUEGO PLENA DEL ELEMENTO DE PUBLIFICACION

La distinción entre negocio jurídico *simple* y *complejo*, aplicado al matrimonio, tiene su intransferible relevancia debido a que los *terceros* que aquí entendemos como tales (hijos), más que reclamar o atribuirse derechos provenientes del negocio núcleo —matrimonio—, lo que coercitivamente compelen es una transmutación de la propia naturaleza de dicho negocio jurídico. La originalidad que reivindicamos para nuestro supuesto es bien manifiesta: un negocio jurídico de hecho o de derecho (matrimonio) conlleva irrenunciablemente entre sus virtualidades la del surgimiento de unos terceros (hijos), quienes a su vez despliegan su protagonismo en el ámbito de la relación jurídica, cuya naturaleza deviene mutada. Y no por arrogarse estos virtuales terceros unos derechos mediante la consiguiente declaración de voluntad, en un principio inviable para ellos, sino mediante la modificación de la naturaleza jurídica del negocio que dio origen a la existencia de esos mismos terceros (hijos); esto es, la mutación, en el curso de la dinamicidad de la relación jurídica, de negocio jurídico simple a negocio jurídico complejo. Rasgo de complejidad es, por ejemplo, que debido a la eventual existencia de terceros

(4) Para la fundamentación documental de estos asertos, véase la exposición que hago en otro de mis trabajos, «Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente», *Revista de Derecho Notarial* (Madrid, julio-diciembre 1981), págs. 239-274, especialmente págs. 253-256.

en el matrimonio, el Ministerio Público debe intervenir como parte de la relación, dotando a ésta de un contenido de naturaleza evidentemente inédita respecto de la anterior situación de simplicidad, pureza o economía. Y lo curioso del caso es que atinadísimas formulaciones respecto de la entidad y del protagonismo del tercero parecen zafarse del supuesto de Derecho matrimonial con que ahora nos enfrentamos.

Entramos así en la recta final de nuestro empeño. Nos cumple ahora aislar el concepto de tercero, sacarlo a la luz, desmontarlo, mostrarlo y probar, en la medida de nuestro acierto, que la existencia de terceros es algo natural para la vida del contrato; que prácticamente el contrato nace contando ya de antemano con unos terceros que le han precedido, y con otros cuyo ámbito seguramente interferirá el nuevo contrato. Que los terceros (igual que la circunstancia o la alteridad son prolongación y margen del humano existir en el dato específico de cada persona, de cada individuo), los terceros, decimos, son el medio con el que el contrato tiene que contar, a menos que entendiéramos un tráfico jurídico contractual desasido de toda realidad humana tangible, hecho de ideas puras o de intenciones no verificables. Si conseguimos presentar al tercero como lo que es, sin minusvaloraciones y también sin servilismos por nuestra parte, habremos colaborado al desenmascaramiento del mito del tercero en el contrato matrimonial, en la esencia negocial del matrimonio.

Instalados así, siempre, en esta atalaya del Derecho civil, comencemos por sentar el principio indubitable de que la justificación más enérgica (y lógica) para dar entrada al elemento de publicación dentro del ámbito del contrato de matrimonio, son los hijos, los terceros en terminología del Derecho de obligaciones. Y decimos justificación *más enérgica* porque no desconocemos que la realidad del contrato de matrimonio conecta y se interrelaciona con otro mundo de entidades e intereses que asimismo pueblan el ámbito del tráfico jurídico: parientes, herederos, etc. A tales alturas es ocioso insistir en que el tipo de terceros que tienen para nosotros relevancia son los que pudiéramos llamar *terceros directos*, *terceros por antonomasia*, es decir, hijos, por la realidad especialísima que representan a la hora de aplicar alguno de los supuestos de resolución contractual al matrimonio. Pero organicemos ya nuestro escrutinio panorámico bajo los siguientes apartados identificativos:

1. *Concepto de tercero*

Empezaremos por aislar el concepto de *tercero*. Díez-PICAZO nos abre el camino:

Por regla general el contrato limita su eficacia al círculo de las partes o personas que lo han realizado y no afecta a la esfera jurídica de los terceros. Esta distinción entre dos ámbitos de actuación del contrato exige tratar de deslindar cada uno de ellos. En primer lugar, como partes del contrato deben ser consideradas aquellas personas que han emitido las declaraciones de voluntad o realizado el comportamiento constitutivo del negocio y que son titulares de los intereses reglamentados por él. La noción de terceros resulta así establecida en forma negativa o por vía de exclusión. Terceros, respecto de un contrato dado, son todos aquellos que no han sido autores del mismo (5).

Una de las contribuciones más esclarecedoras a la teoría del tercero, dentro de la bibliografía española, se la debemos, en mi particular opinión, a ROCA SASTRE. Según este autor:

El Derecho civil o general opone el concepto de tercero al de parte. Por esto la noción primaria de la persona del tercero es de tipo negativo: es no ser parte. Como si ser parte y ser tercero fuesen dos posiciones personales incompatibles, por repelerse entre sí, la persona del tercero es la que no es parte (6).

Y algo más adelante, añade:

En general o institucionalmente, y también conforme al Código Civil, puede darse este concepto de tercero: el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento. Por oposición, el concepto de parte será el que es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar dentro de ella y haber participado como tal en su formación y desenvolvimiento. Todo consiste, pues, en la distinta posición que los sujetos guarden respecto de la relación jurídica de que se trate.

Derecho Hipotecario, I, cit., págs. 640 y ss.

Con lo cual completamos una definición clásica e inequívoca del concepto de tercero y de parte. Una vez establecido lo cual, pasaremos a considerar el tema genérico de la eficacia del contrato en los terceros, intentando servirnos de una simple clasificación según la terminología predominante que han empleado diversos autores para sus enunciados.

(5) LUIS Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I: *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias* (Madrid: Ed. Tecnos, 1970), pág. 262.

(6) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.^a ed., tomo I (Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1968), págs. 640 y ss.

2. Producción de efectos del contrato respecto de terceros

Respecto de tercero —dice ALBALADEJO— el contrato sólo produce efectos (bien consistentes en atribuirle derechos, bien en imponerle obligaciones) cuando el tercero lo consienta, declarando su voluntad de aceptarlos. La necesidad de aceptación deriva de la regla, acogida por nuestro Código, de que —al menos en materia de contratos— nadie queda obligado sino por su voluntad, y nadie adquiere tampoco derechos sino queriéndolo (*nemo nolenti acquiri potest*). La aceptación la exige explícitamente el Código para adquirir derechos (art. 1.527, 2.º) y, con mayor razón, se requiere para adquirir obligaciones.

No obstante, por excepción, se podrá quedar obligado a adquirir derechos, cuando, ante cierto contrato, la ley disponga que, sin más, es eficaz frente a terceros.

Derecho civil, II: Derecho de obligaciones, vol. 1.º, página 451.

3. Eficacia del contrato respecto de terceros

Según DÍEZ-PICAZO:

hay una «eficacia respecto de terceros», cuando el contrato incide y afecta de alguna manera a la situación jurídica de personas que han sido totalmente ajenas a la realización del mismo y que no son tampoco destinatarias de sus declaraciones (7).

4. La relatividad de la eficacia del contrato. El contrato no es jamás indiferente a terceros

Lo cierto es que el contrato, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del contrato en el mundo de la realidad jurídica acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los contratos ya realizados. Los contratos, que se van realizando, contemplan, se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. Si mi deudor me entrega una cosa en garantía de la deuda, no cabe duda que este negocio nuestro depende de la firmeza de un negocio anterior, en el que yo no he sido parte, en virtud del cual mi deudor ha adquirido la propiedad de esta cosa... (...).

Convengamos desde ahora en que el contrato como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica no es jamás indiferente para los terceros. Existe en nuestro Código Civil una pluralidad de preceptos que van quitando a la regla del artícu-

(7) LUIS DÍEZ-PICAZO: *Lecciones de Derecho civil, II* (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), pág. 167.

lo 1.257 —«Los contratos sólo producen efecto entre las partes»— mucha de la fuerza que, a primera vista, parece tener.

DÍEZ-PICAZO: *Lecciones de Derecho civil*, II, cit., páginas 167 y ss.

Magnífico y sagaz testimonio el de DÍEZ-PICAZO. A mayor abundamiento, y dentro de la específica incumbencia de este trabajo nuestro, podríamos precisar que no sólo los terceros no se sienten indiferentes respecto del contrato que se instala en el mundo de la realidad jurídica, sino que, a su vez, esos mismos terceros, solidaria e incardinadamente miembros activos de tal realidad, acarrearán una sustantiva mutación en la naturaleza jurídica del negocio que fuera precisamente causa original de la aparición de los terceros. Tal es el caso del matrimonio.

5. *La eficacia inmediata del contrato para terceros*

El tono elegante al que nos tiene acostumbrados DÍEZ-PICAZO, además de que sus palabras, plenas de acierto, conecten con el sentido de nuestro criterio propio, es la razón para que vengámonos apoyando en sus testimonios para varios de nuestros epígrafes.

Junto a la eficacia jurídica directa no tenemos más remedio que admitir una eficacia jurídica indirecta desarrollada a través de las situaciones creadas o modificadas por el contrato. Esta eficacia jurídica indirecta es de dos clases.

La eficacia refleja del contrato en los terceros. Puede hablarse de una eficacia refleja cuando un contrato repercute en la esfera ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. Obsérvese que ya no hablamos de una «incidencia», sino de una repercusión del contrato, porque repercutir indica esta idea de causar efecto una cosa en otra ulterior. Una conexión entre relaciones jurídicas existe cuando varias relaciones se encuentran, respectivamente, supra y sub-ordinadas, cuando coexisten entre sí y se condicionan recíprocamente y cuando una de ellas deriva y descansa en otra que le sirve de base. El contrato celebrado por los sujetos de una cualquiera de estas relaciones jurídicas determina una eficacia jurídica directa en la relación interpartes y una eficacia refleja o de repercusión en la relación derivada, y subordinada o coexistente.

La eficacia provocada del contrato en los terceros. Podemos, en cambio, hablar de una eficacia provocada del contrato en relación con los terceros cuando el contrato es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión por iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego.

Lecciones de Derecho civil, II, cit., págs. 167-169.

6. Efectos directos, reflejos o indirectos de los contratos en los terceros

Normalmente [señala ROCA SASTRE] los efectos de los negocios jurídicos bilaterales están limitados a las partes. El vínculo o relación creado por el negocio jurídico une a ellas de un modo exclusivo, y por esto a las mismas les compete desenvolver la relación jurídica creada, cumplir el negocio jurídico y, en su caso, confirmarlo, novarlo o sustituirlo, aclarar su contenido, arreglar su conducta en conformidad a él, interpretarlo y, en su caso, disolverlo o extinguirlo.

Mas nada de esto corresponde o compete a los terceros.

Ello es debido a que, en principio, los negocios jurídicos no producen efectos respecto a terceros, por quedar tales efectos circunscritos o limitados a las partes. Responde a este criterio la conocida regla *res inter alios acta tertiis neque nocet neque prodest*.

Pero hay numerosas excepciones, perfectamente lógicas, debido a que los contratos o negocios jurídicos, como también muchos hechos o sucesos a los que el Derecho atribuye o concede transcendencia jurídica, pueden alcanzar o penetrar en un círculo de personas distinto del formado por las partes. Estas personas son los terceros.

Estos terceros pueden quedar afectados por resultados de los contratos o negocios jurídicos de las partes, porque en el mundo del Derecho las actividades o acontecimientos jurídicos no operan en compartimientos estancos o aisladamente los unos de los otros, sino que en determinadas ocasiones o coyunturas influyen respecto a otros intereses o patrimonios. La eficacia jurídica específica del contrato o negocio jurídico entre las partes no se da en cuanto a terceros, pero sí sus resultados pueden alcanzar relevancia en cuanto a ellos.

Estos efectos a terceros solamente por excepción podrán ser directos, pero en mayor grado pueden ser reflejos (según concepto de IHERING) o indirectos.

El otorgamiento, modificación o extinción de un negocio jurídico puede repercutir favorable o desfavorablemente en los intereses de los terceros que se encuentren en una posición conectada con la de las partes.

La existencia del contrato o negocio jurídico influye, por consiguiente, por vía refleja, en los terceros, pero siempre que éstos no puedan rechazarlo o neutralizarlo, principalmente por no constar en documento público o en el modo o forma o con las circunstancias que para su repercusión a terceros requiere la Ley, aunque ésta no lo exija con carácter constitutivo.

De lo que queda dicho se desprende que la Ley deja, en general, a las partes y dentro de ciertos límites cierta autonomía para dar vida al negocio jurídico y para determinar su contenido. Pero la Ley se preocupa de las repercusiones que el negocio jurídico pueda desplegar en la esfera externa de los terceros,

por ser sujetos que no han intervenido o participado en su creación.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., págs. 640 y ss.

7. *Efectos de la resolución convencional frente a los terceros*

Instalándonos en la figura jurídica de la resolución convencional de las obligaciones, me parece oportuno constatar la opinión del profesor ALVAREZ VIGARAY:

Los efectos de esta resolución convencional son, en principio, idénticos a los que produce la resolución judicial, al menos en lo que respecta a las relaciones entre las partes, ya que en cuanto a los efectos frente a los terceros no es unánime el parecer de la doctrina (8).

8. *Derechos del tercero ante el mutuo disenso*

En esta secuencia doctrinal de rúbricas, incorporamos, por último, el testimonio de MESSINEO. Con él, mayormente, por vía inductiva, empática, diríamos ahora, queremos desterrar de algunas mentes escrupulosas el carácter obstrusivo de la noción de terceros cuando su presencia juega el papel que fuere en la eficacia del contrato. Ya dijimos que los terceros son como una necesaria alteridad de los contratantes. Ignorando la existencia de terceros no se infringe el espíritu jurídico en mayor proporción que obstruyendo la entropía vital del contrato por aducir una existencia (indiscutible) de terceros supuestamente perjudicados o lesivamente repercutidos. Los terceros sufren y se aprovechan de las ejecuciones de los correspondientes contratantes, en idéntica medida que entendemos el contenido de nuestro ser y de nuestro estar como una gestión solidaria, como un proyecto de convivencia y supervivencia en común. En fin, he aquí la cita de MESSINEO referida al mutuo disenso:

Resulta así mismo que los derechos del tercero subadquirente adquiridos antes quedan inalterados; los efectos ya realizados del contrato entre las partes (y, por lo tanto, el derecho de disposición del causante del tercero) no son afectados por el mutuo disenso (9).

(8) RAFAEL ALVAREZ VIGARAY: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), pág. 180.

(9) FRANCESCO MESSINEO: *Doctrina general del contrato*. Traducción de R. O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Traducción de la obra italiana *Dottrina Generale del contratto*. Terza edizione, ampliata e in parte rifatta. Milano, Dott. A. Giuffré, Editore, 1948, 2 vols. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952), II, págs. 333-335.

III. CONCLUSION

En el trabajo mío al que se alude en la anterior nota de pie de página número 4, incorporaba yo la siguiente cita de LEHMANN:

Atracción física y necesidad espiritual son los factores que inducen a los cónyuges a buscarse, y en principio se buscan a sí mismos. El matrimonio se concluye como vínculo individual destinado a la recíproca satisfacción y complementación. En la medida en que esta finalidad alcanza y da lugar en cada uno de los cónyuges a sentimientos de comprensión y protección, pasa la unión individual a convertirse en unión social (10).

El aspecto importantísimo que aquí aprovechamos de esta cita es la gradación que establece LEHMANN entre la finalidad individual mediante la unión, también individual, de los cónyuges, y la unión social en que aquella primera podrá devenir eventualmente. Entiendo que, intuitiva o explícitamente, LEHMANN nos está diciendo algo eminentemente acorde con nuestro sentir y consiguiente propuesta al ordenamiento jurídico, a saber: que hasta la aparición de terceros —hijos— el matrimonio es un negocio jurídico *económico, simple o puro*, al cual, y derivándose de tal contextura intrínseca, se le pueden aplicar sin violencia alguna los esquemas previstos de resolución por mutuo disenso dentro de la teoría general del contrato. Y consecuentemente, la unión social sería el resultado de transformarse ese primer negocio jurídico simple en otro más complejo, ante el factor de la aparición de terceros o hijos. La mutación de negocio jurídico simple, resoluble por mutuo disenso en virtud de su propia naturaleza, a negocio jurídico más complejo o menos simple, resoluble igualmente, previa la salvaguarda por el Estado (ordenamiento) de los intereses de los terceros (hijos), se corresponde, creemos, y de interpretar inspiradamente las palabras de LEHMANN, a lo que éste parece querer plasmar en el doble estadio: unión individual y unión social que considera inserto en el matrimonio.

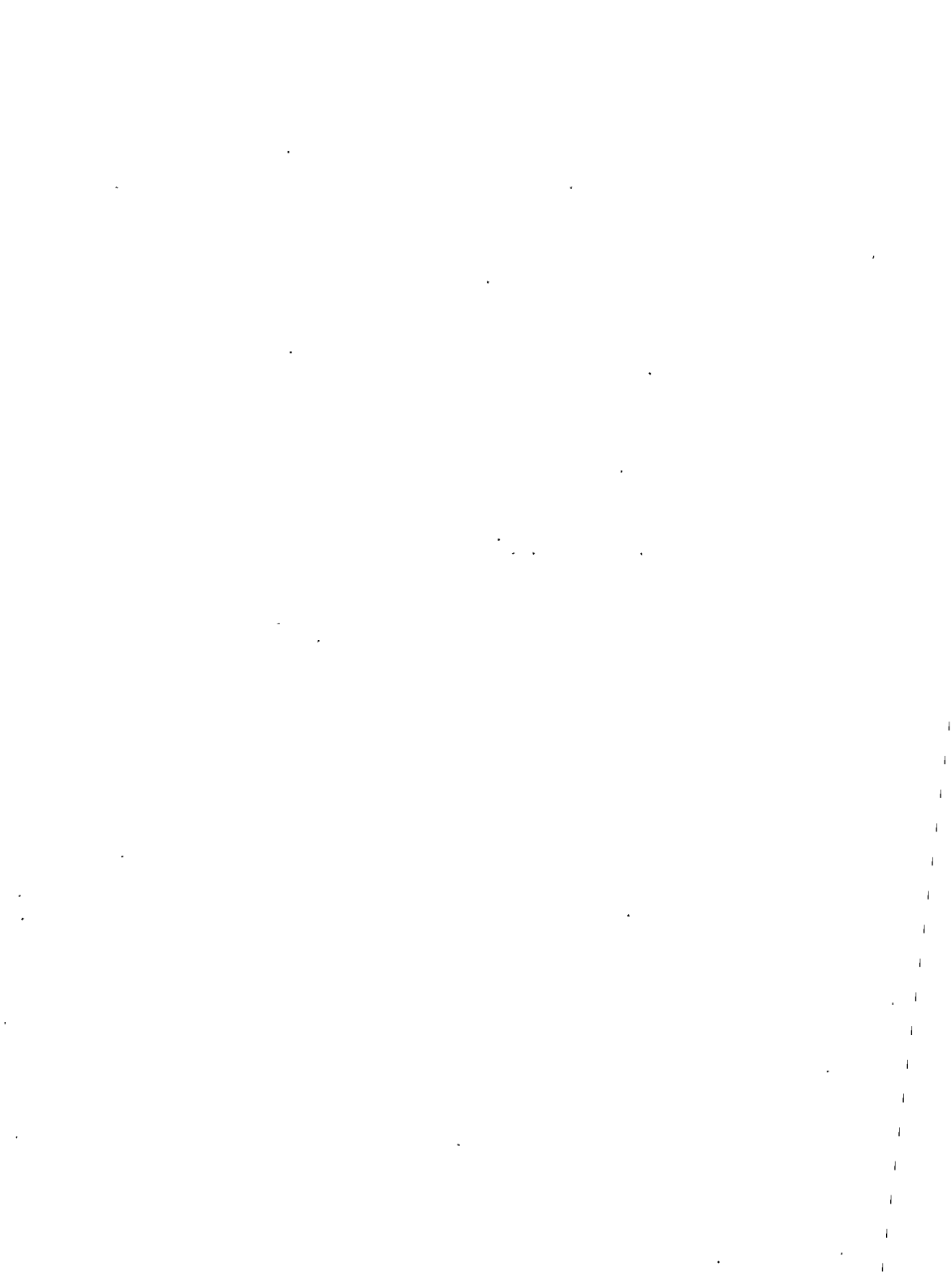
Tal ha sido, en resumen y en síntesis, la pereza secular de la investigación jurídica en nuestro país, que, ante la aparición de unos terceros evidentemente *sui generis* en la realidad de un negocio jurídico, se ha desentendido de estudiar las consecuencias que son, ni más ni menos, y como venimos reiterativamente apuntando, la transformación *de simple en complejo* del negocio jurídico en cuestión, por haber, asimismo, asu-

(10) LEHMANN: *Tratado*, pág. 211 [en EDUARDO VÁZQUEZ BOTE: «Notas sobre el matrimonio en Derecho puertorriqueño», *RGLJ*, núm. 3 (marzo 1976), páginas 237-284, especialmente pág. 241].

mido su propia naturaleza sustentadora una mutación sustantiva. No creo que pueda darse un caso en todo el orbe jurídico de más estrecha interacción entre agentes originales de un negocio jurídico, y terceros incumbidos y, en cierta manera, configuradores del mismo negocio que a ellos les generó. Esta, y no otra, es la palmaria consecuencia de la naturaleza, más que jurídica, *vivencial* del matrimonio.

TOMÁS RAMOS OREA

VIDA JURIDICA



«Revista de Derecho Agrario y Alimentario»

Ha aparecido el primer número de esta nueva revista, correspondiente a julio-septiembre de 1985, que se dedica de modo especial, tal como indica su nombre, a estudiar las cuestiones jurídicas que se presentan en las esferas de la agricultura y la alimentación, cada vez más enlazadas, sobre todo a partir de las nuevas orientaciones comunitarias en las que ya estamos inmersos.

En el editorial introductorio, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho civil, que es el director de la publicación, nos dice que el Derecho agrario en España adolece de una mínima institucionalización; no importa que haya bastantes juristas que se ocupen del tema, tratando de estar al día en teoría y práctica, como lo demuestra la bibliografía últimamente producida, ni tampoco el testimonio de las Cátedras de Derecho Agrario en las Escuelas Agronómicas o Cursos del Doctorado de la Universidad o el gran número de Tesis doctorales sobre la materia. Como tampoco son suficientes los esfuerzos de la Asociación Española de Derecho Agrario con sus cursos. Es preciso, dice, empezar a hacer otras cosas. Por ello, esta Revista pretende llenar un vacío importante y ser un lugar de confluencia de todos los juristas españoles interesados por el Derecho agrario. Será una manera de unirnos y comunicarnos, con el fin de prestar un servicio a la ciencia jurídica española y a nuestra agricultura.

Tras la editorial, se incluyen tres estudios: Uno de ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, conocido agrarista, Notario y Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario, sobre «Derecho Agrario, Derecho Alimentario y Derecho Agroalimentario», en el que desarrolla estos conceptos y sus relaciones, tanto desde el punto de vista doctrinal como de la legislación vigente. El segundo es de JOSÉ MARTÍNEZ DE MARIGORTA ANDREU, sobre «Legislación agraria autonómica: Fundamento constitu-

cional y distribución de competencias». Y el tercero, de GUILLERMO DÍAZ PINTOS, sobre «La liberalización del comercio del trigo y la nueva reglamentación de los cereales».

En la sección de documentación se publica un trabajo del autor del presente comentario sobre «Normas agrarias autonómicas: Transferencia de competencias y disposiciones de las Comunidades Autónomas».

La revista presenta a continuación una sección de «Actualidad jurídica agraria», con varios apartados: En el de la Comunidad Económica Europea, «El libro verde subraya especialmente el papel social de la agricultura», de JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA; en Nacional, «El Impuesto general sobre el Valor Añadido y su régimen especial en la agricultura», por ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Presidente de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo; en Regional, «La cooperativa como instrumento para la reforma agraria en la legislación andaluza», por FRANCISCO CUENCA ANAYA, Notario de Camas; en Iberoamérica, «Una tentativa de consolidación de la legislación agraria en Brasil», de HENRIQUE VIEGAS DE LIMA; por último, en el apartado Mundial, «Los recursos fitogenéticos como patrimonio común de la humanidad: Implicaciones jurídicas de dicha consideración», de ISABEL SEGURA RODA.

Contiene también esta revista secciones dedicadas a la legislación, tanto comunitaria como nacional y regional, y la jurisprudencia, ambas referidas a la materia agroalimentaria, muy completas y de gran utilidad práctica. Tiene igualmente una amplia sección de bibliografía, en la que se presentan y comentan las últimas novedades editoriales en materia jurídica agraria. Y con otra sección de noticias y avisos finaliza esta publicación que viene a llenar un vacío antes existente.

La nueva revista es una publicación trimestral de la Asociación Española de Derecho Agrario y también de la Sección Española de la Asociación Europea para el Derecho Alimentario y de la Asociación Catalana de Derecho Agrario. Es presidente del Consejo de Redacción, ALBERTO BALLARÍN, y vicepresidente, JUAN JOSÉ SANZ JARQUE; dirige la revista, como se ha dicho, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, y el resto del Consejo está integrado por varios prestigiosos Magistrados, Catedráticos, Abogados, Notarios y Registradores de la Propiedad.

Sólo nos resta decir que además de su profundo contenido científico y jurídico, tiene una excelente presentación y con un formato muy manejable.

Desde aquí saludamos a esta nueva publicación, deseándole muchos aciertos y larga trayectoria.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

XIII Congreso y coloquio europeos de Derecho agrario

El Comité Europeo de Derecho Rural, que es el órgano asesor en materia agraria de la Comunidad Económica Europea y también de la Agencia de la ONU para la Agricultura y la Alimentación (FAO), y al que España ya pertenecía por derecho propio incluso antes de la incorporación comunitaria, ha celebrado en septiembre pasado, en el Puerto de la Cruz y la Universidad de La Laguna, este XIII Congreso, en el que se han debatido temas tan importantes como la propiedad y uso de las aguas, las organizaciones de agricultores y las limitaciones a la producción agraria.

Para estudiar tan capitales cuestiones, se reunieron los mejores especialistas europeos, y algunos americanos, en materia iusagrarista. España, como nación organizadora, tuvo una importante representación de juristas, casi todos encuadrados en la Asociación Española de Derecho Agrario, aportando profundos estudios que, según nuestras noticias, serán publicados próximamente.

Su Majestad el Rey aceptó la presidencia de honor del congreso, habiendo sido éste patrocinado por los Ministerios de Justicia y Agricultura, el Consejo General del Poder Judicial y las Entidades Autonómicas y provinciales de Canarias, contando, además, con la cooperación y colaboración científica de varias Universidades e Institutos especializados de toda Europa.

Tras las palabras de salutación y apertura de diversas personalidades, el Profesor JUAN JOSÉ SANZ JARQUE desarrolló su discurso académico sobre «la enseñanza del Derecho Agrario», en el que defendió la especialidad de esta rama jurídica y propugnó que se impartiese como asignatura en las Facultades de Derecho de nuestra Universidad; por ahora sólo se hace en las Escuelas de Ingenieros Agrónomos o en los cursos del Doctorado, como especialidad; pero debería extenderse a la Licen-

ciatura, pues para el Abogado es materia de vital interés que, además, se le presentará con frecuencia en el ejercicio de la profesión.

«Propiedad y disposición del agua para el uso agrícola» fue el tema estudiado en la primera comisión, bajo la presidencia del profesor italiano ANTONIO CARROZA, siendo ponente el español Profesor SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO. Tras la publicación de la nueva Ley de Aguas, que cambia por completo el secular sistema existente y que, además, deja a Canarias en una transitoria y extraña situación jurídica, era lógico que esta ponencia suscitara una gran atención, habiéndose presentado numerosísimas comunicaciones. De la lectura de las distintas ponencias de carácter nacional, tanto de países hispanoamericanos como europeos, se desprende la norma casi general de coexistencia de aguas privadas con las públicas, lo que ocurre incluso en Polonia, a pesar de su régimen político.

Por ello, las comunicaciones y ponencias españolas hicieron notar que nuestra nueva Ley de Aguas, que establece la naturaleza pública con carácter general, constituye una excepción dentro del tratamiento legislativo común a todos los países occidentales. Varios conocidos profesores, magistrados y profesionales españoles han defendido vivamente la conveniencia de que se mantenga la dualidad de aguas privadas y públicas, criticando el cerrado criterio de la Ley.

Como consecuencia de estas opiniones, se aprobó la siguiente conclusión, que muestra claramente el sentir común de los juristas del congreso: «La Comisión entiende que deben mantenerse y garantizarse las situaciones jurídicas consolidadas de utilización de las aguas para usos agrícolas, sin perjuicio de que tales derechos sean encuadrados en las posibilidades y exigencias de cada momento. Es función de los poderes públicos llevar a cabo la ordenación de las aguas con el fin de garantizar su máximo aprovechamiento. Y ello, sean públicas o privadas, sin que se considere preciso proceder necesariamente a la nacionalización de aquéllas para ejercer las citadas funciones de ordenación y control».

En la Comisión segunda se debatió el tema «Organización jurídica de los agricultores ante la puesta a disposición de la producción en el mercado», bajo la presidencia del Notario español ALBERTO BALLARÍN MARCIAL. Aquí, como se ve, no se trataba del asociacionismo agrario de producción o primario, que es una cuestión ya muy desarrollada y generalmente conocida y resuelta en los medios rurales. El problema actual más acuciante no es producir, sino vender, eliminando agentes intermediarios entre el agricultor y el consumidor. Los agricultores deben agruparse para las labores de elaboración, transformación, almacenamiento, trans-

porte y venta de sus productos; deben hacer ellos su propia comercialización para evitar que las plusvalías generadas salgan a otros sectores.

En mesa redonda, o sea, en general, se discutió el tema «Régimen jurídico de las limitaciones de la producción agraria», en un estudio comparativo entre el Derecho comunitario y el de otros países ajenos a su ámbito. El tema es de vital importancia para todos los agricultores de los países del mercado común, que pueden ver limitadas sus producciones de acuerdo con la normativa que pueda establecerse.

Aquí se aportaron trabajos de excepcional valía de varios especialistas de la Comunidad Económica Europea, donde se estudia el problema de la legalidad e incluso inconstitucionalidad de los límites impuestos por las directrices comunitarias a las diversas producciones agrarias de los distintos países miembros. Se puso en tela de juicio, desde el punto de vista doctrinal y jurídico, la facultad que pueda tener la Comunidad Económica Europea para poner tales limitaciones. Se trata, en definitiva, de conjugar la iniciativa privada y el debido respeto a la libertad individual con las exigencias del interés público y los dictados de una economía reglada e intervencionista.

En la sesión final se desarrolló una lección del Profesor HERNÁNDEZ GIL sobre la naturaleza del Derecho agrario y su carácter social. Junto a otras intervenciones de despedida, pronunció el discurso de clausura el Ministro de Justicia, sobre el contenido y las directrices de la nueva Ley de Aguas.

Tal es la breve síntesis del Congreso, del que damos noticia. Como sus trabajos se van a editar por el Servicio de Publicaciones del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, ya tendremos ocasión de volver con más amplitud sobre el tema, al comentar en su día el libro que contenga el texto completo de las ponencias, comunicaciones y conclusiones.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Publicidad registral en materia de aguas

Comunicación al XIII Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Agrario, del Dr. Prof. JESUS LOPEZ MEDEL, Miembro de la Asociación Española de Derecho Agrario y Registrador de la Propiedad del núm. 1 de Zaragoza (España) (Santa Cruz de Tenerife, septiembre 1985)

El planteamiento global de la publicidad registral de las aguas puede tener diferentes vertientes: la *administrativa* —los clásicos registros de aguas—, la *civil* y la *registral-hipotecaria*. En realidad, existe una interconexión en aquellos tres aspectos, y no puede decirse que lo administrativo se agote en las aguas *públicas*; lo civil en las *privadas* y lo hipotecario en la consideración del agua como *cualidad* de la finca o como *finca* independiente o como *servidumbre*.

Nuestra visión —que es una reflexión— se orienta en otro aspecto más elemental y, al tiempo, más profundo: el gran tema de la consideración de la Institución Registral como instrumento, función o servicio de una *seguridad jurídica*, tal como viene formulado en algunos trabajos nuestros y, de manera especial, en la obra (en fase de publicación) *Notariado y Registros. Estudios y orientación profesional*, que estamos preparando conjuntamente con el Notario de Barcelona, JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, en la que insistimos en dos matices: la función notarial y registral, que se traducen en una *fe pública* del mismo signo peculiar, y la publicidad *dinámica*, *preventiva* primero, y *creadora* después. De esta visión, en principio, no se escapa, como excepción, aquello que por definición legal mereciera el carácter de *bien* o dominio público, fuese o no «*nacionalizado*» o «*concedido*» u «*otorgado*». (En una Comunicación al Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1984, abogamos por

una interpretación restrictiva a la exclusión del acceso al Registro de aquellos bienes cualificados como de uso o servicio público).

Quede, por tanto, claro que se parte de una *publicidad registral de las aguas, «públicas» o «privadas»* en tanto en cuanto *bienes*, indudablemente de *naturaleza especial* —tanto las privadas como las públicas—, pero sobre las cuales, en toda la dinámica jurídica, también *especial*, puede recaer una problemática que se refiera a su *titulación* o a los *actos* o negocios sobre ellas. Tal afirmación necesitaría una explicación o dependería del concepto de sociedad, de Estado, de la Institución Registral, y hasta de lo que es función pública o servicio público, pero sobre todo —más en profundo, como abordamos en aquella obra— de la idea de Justicia y la de Seguridad Jurídica. Y en buena parte del derecho a la propiedad.

Digamos que la publicidad registral puede ser *material o sustancial*, cuando en virtud de la inscripción *constitutivamente* adquiere fuerza plena o cuasiplena, según los sistemas registrales, cara a terceros. Pero también hay una publicidad *formal*, como exteriorización y posibilidad de conocimiento, más allá de los interesados o terceros. Y esta apreciación es aplicable a las aguas públicas y privadas, incluso cualquiera sea el origen formal de éstas: *concesión, propiedad estricta, «estatales», de entes «autonómicos» o «asociativos», etc.*

Dicho lo anterior, nuestra pregunta o reflexión es sobre la opción de esa «registración». O, más concretamente, si se las sitúa en registros de la Propiedad clásico. Si esta versión fuera radical, tendríamos una especie de «*apartheid*». Si nos fuéramos a consideraciones legales o político-administrativas, pudiéramos encontrar soluciones de predominio o de privilegio de la registración administrativa, que incluso pudiera desnaturalizar la propia naturaleza de las aguas, o desvirtuar el sentido de la publicidad registral.

Las opciones que se han dado en Derecho comparado han sido variadas, pues hasta cabe la inscripción de las aguas públicas *en libros especiales* de los Registros de la Propiedad *normales*. Como cabe desconocer estos últimos, o meramente administrativos.

Nosotros, desde el parámetro de una concepción de la seguridad jurídica, tanto preventiva como creadora, nos inclinamos a pensar que en una sociedad democrática, partiendo del derecho de propiedad y de su función social —y por la naturaleza de tal derecho y por la peculiaridad del bien en cuestión, las aguas— debe operarse sobre la base de una *interconexión* correcta de una *registración* en la esfera *administrativa* (lo que es dato, reconocimiento, veracidad de la existencia del agua, caracteres mínimos o técnicos, etc.) y lo que es *registración jurídico-*

formal, de carácter general, que está en los Registros de la Propiedad. Habría una razón práctica: la de advertir que el *agua* no es un bien contemplativo, etéreo o poético. Normalmente va dirigido a un *uso*. Que puede ser fruto de la *naturaleza* (ríos, lagos, lagunas) o de la *obra y esfuerzo humanos* (canalización, alumbramiento, etc.). Que puede revertirse jurídicamente de formas variadas (servidumbres, cualidad de la finca, finca independiente, etc.). E, indudablemente, que puede ser objeto de negociación, disposición, y hasta de crédito, promotor de riqueza o instrumento de garantía.

Dejamos el tema aquí porque nuestro planteamiento se basa esencialmente en los pilares de aquella seguridad jurídica, preventiva y creadora o dinámica. Por tanto, la *sincronización* de la registración administrativa y la estrictamente inmobiliaria-registral, sin perder la *identidad* de cada una de ellas, nos parece fundamental. Cada una son fases, son medios. El registro administrativo tiene su puesto para determinadas condiciones que pueden ser previas, especialmente cuando explican el origen —concedido u otorgado del agua—, pero el Registro de la Propiedad, que además juega en el conjunto de los bienes inscritos, lo tiene también a la hora de la dinámica de sus efectos en el ámbito de la publicidad formal y material, y de la seguridad jurídica.

Nueva publicación de Derecho privado

Bajo el título «ACTUALIDAD CIVIL» ha hecho su aparición en los primeros días de noviembre el número 1 de una revista nueva, de carácter semanal, que se subtitula «Técnico-jurídica de Derecho Privado».

En su presentación el Director, Profesor O'CALLAGHAN, nos dice que si bien las revistas profesionales de carácter doctrinal son en España numerosas y de gran calidad, en cambio hay poco o casi nada que elegir en cuanto a publicaciones de tipo práctico centradas en fuentes normativas y de jurisprudencia. En efecto, dice, en jurisprudencia se cuenta con la *Colección Legislativa* y en legislación tenemos el *Boletín Oficial del Estado*, pero todos sabemos que la primera publica las sentencias con bastante retraso, y en el diario oficial las disposiciones aparecen juntas las de todo tipo, con difícil ordenación y clasificación a veces. Pensemos además en la variadísima catarata normativa regional contenida en los diecisiete boletines autonómicos, y entonces, hablamos por propia experiencia, la búsqueda y ordenación de disposiciones se convierte poco menos que en un trabajo de chinos.

Por eso hemos de alegrarnos de la aparición de *Actualidad Civil*, que es una revista de legislación y jurisprudencia destinada al profesional del Derecho Privado y cuyo contenido se refiere a los Derechos Civil, Mercantil, Procesal Civil, Inmobiliario Registral y del Registro Civil.

En la parte de *legislación* se anuncia la publicación de las normas de Derecho Privado de ámbito nacional, las regionales y las de la Comunidad Europea que se refieran a las materias antes citadas que integran el contenido de la revista, incluyéndose también las circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado y los proyectos de ley de especial relevancia. Parece también propósito de la revista publicar,

en números especiales o separatas, aquellos textos legales de especial trascendencia o gran extensión.

En cuanto a la *jurisprudencia* se propone la revista publicar todas las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con un claro resumen de los hechos y la integridad de los fundamentos jurídicos o clásicos «considerandos» que contengan la doctrina aplicable, siempre de sumo interés para el profesional. También se publicarán todas las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la materia de Derecho Inmobiliario Registral y Registro Civil, con texto íntegro, así como las sentencias del Tribunal Constitucional y el de Justicia de las Comunidades Europeas que se refieran a materia de Derecho Privado, que no son muy numerosas, pero siempre serán interesantes.

Aunque la revista tiene, como se ha dicho, un enfoque pragmático, exponiendo sobre todo la legislación y la jurisprudencia, parece que no aparta, ni mucho menos, alguna manifestación doctrinal. En este primer número se recoge un artículo del Profesor ALBALADEJO sobre «Reducción de donaciones», valioso como todos los suyos, donde examina, con esa su difícil sencillez, las distintas cuestiones que pueden presentarse en este punto. Es un trabajo claro y profundo, con un gran sentido práctico que encaja perfectamente en la línea que parece se quiere imprimir a esta nueva publicación.

Tras este trabajo doctrinal, el número 1 de *Actualidad Civil* incluye en su sección de legislación el Real Decreto de 5 de junio reformando el Reglamento Hipotecario en materia de tribunal de oposiciones a Registradores, el convenio de Basilea sobre inscripción de testamentos, la Ley autonómica sobre comparecencia de juicio de la Región de Murcia y una Orden Ministerial de 6 de septiembre sobre censo electoral.

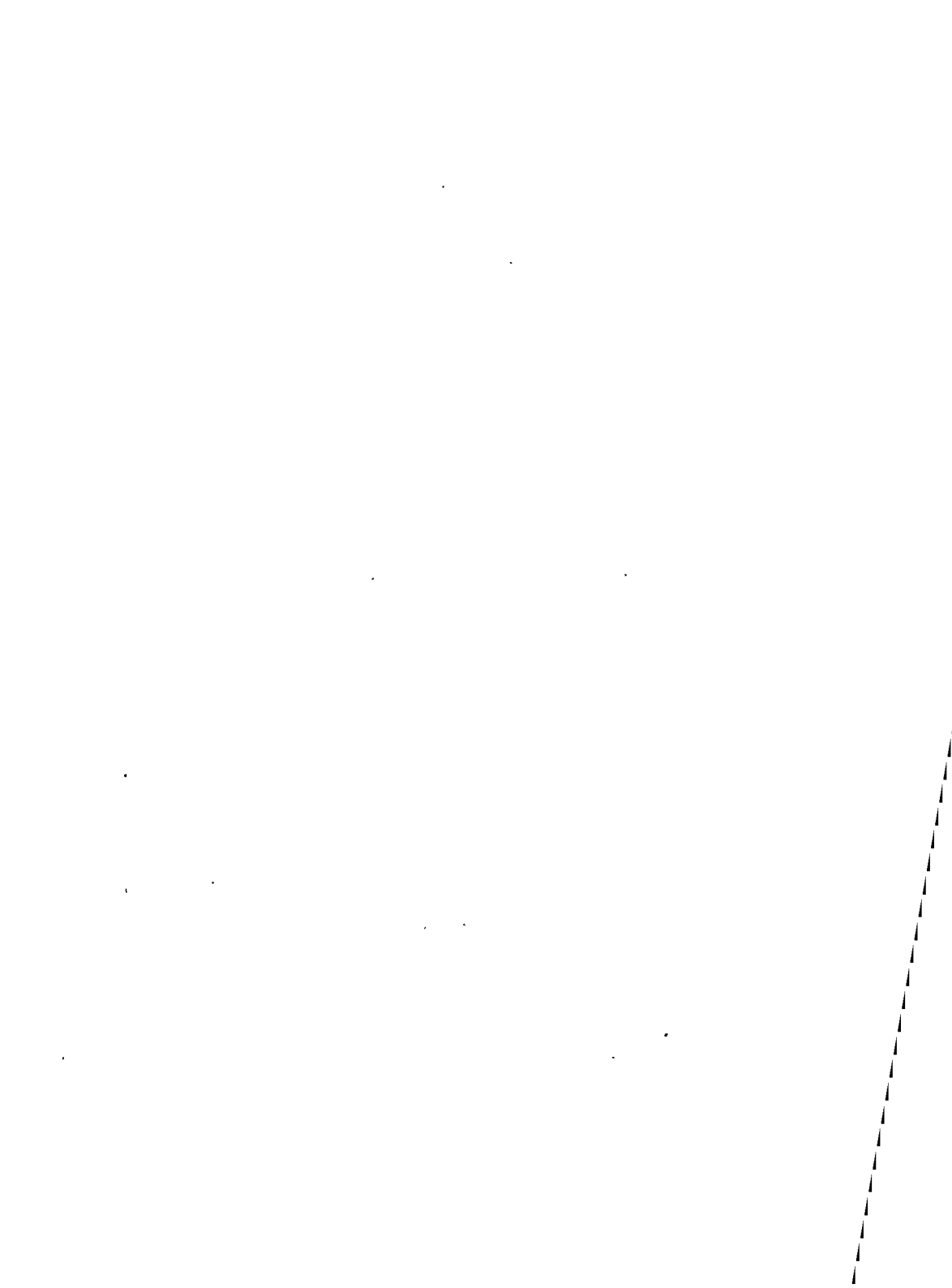
En jurisprudencia se recogen cuatro interesantes sentencias del Tribunal Supremo, cuyas fechas oscilan entre el 9 y el 13 de septiembre pasado, lo que da idea de la prontitud en su publicación.

En resumen, que los juristas en general, y sobre todo los que trabajamos especialmente en el ámbito del Derecho Privado, hemos de agradecer cuantos medios nos faciliten la tarea de encontrar las normas y jurisprudencia aplicables a las cuestiones profesionales que a diario se nos presentan. Esta revista promete sernos de gran utilidad, y por ello desde aquí saludamos su aparición y le deseamos larga y eficaz trayectoria, cosa que no dudamos basándonos en la muestra ofrecida en el número 1 y, sobre todo, en la altura profesional indudable de quienes la han puesto en marcha y que integran su comité de redacción y su con-

sejo asesor, prestigiosos Profesores, Magistrados y compañeros nuestros en Registros y Notarías.

Estamos seguros de que conseguirán pleno éxito en el empeño propuesto de llenar un evidente hueco que existía en nuestro ámbito jurídico privado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS



JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado²

POR SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

II. DERECHO MERCANTIL

LOS PRIMEROS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD NOMBRADOS EN JUNTA GENERAL UNIVERSAL DE SOCIOS, CELEBRADA FUERA DEL ACTO CONSTITUTIVO, NO ESTÁN SOMETIDOS A LA LIMITACIÓN TEMPORAL DEL ARTÍCULO 72, 1.º, DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

(Resolución de 13 de julio de 1984.)

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Sevilla don RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de Sociedad Anónima, en virtud de apelación del recurrente:

Resultando que en escritura autorizada por el Notario de Sevilla don RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ el día 10 de marzo de 1983, se procedió a la constitución de la Compañía Mercantil «Industrias Detergentes Esterilizantes Alimenticias, Sociedad Anónima», procediéndose al nombramiento de don JOSÉ MANUEL OJEDA MANZANO como Administrador único de la citada Sociedad y estableciéndose en la estipulación cuarta lo siguiente: «Los mismos tres socios, dando a este acto el carácter de Junta General y Universal de socios, acuerdan por unanimidad que el Órgano de Administración quede integrado por un Administrador único, para cuyo cargo nombran a don JOSÉ MANUEL OJEDA MANZANO, que queda investido de todas las facultades prevenidas para el cargo en los Estatutos sociales. El nombrado acepta el cargo y declara no afectarle ninguna causa de incapacidad o incompatibilidad. Hace constar que efectúan el nombramiento fuera del acto constitutivo, por lo que el nombrado no quedará

afecto a la limitación de plazo a que se refiere el artículo 72 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas»; y expresándose en el artículo 21 de los Estatutos que «los cargos de administrador o de Consejeros tendrán una duración indefinida, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas para los nombrados en el acto constitutivo, de que la propia Junta general de socios señale plazo al efectuar el nombramiento y de la facultad de este mismo Organó de remover a los nombrados en cualquier momento. En el supuesto de que se señalase plazo al efectuar el nombramiento, el mero transcurso del mismo no producirá el cese de los nombrados, sino que los mismos continuarán en sus cargos hasta la celebración de la primera Junta general»;

Resultando que presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con nota del tenor literal que sigue. No admitida la inscripción del precedente documento por adolecer de los siguientes defectos: 1.º Infringir la estipulación cuarta de la escritura de constitución el párrafo primero del artículo 72 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, y ser contradictorio con el artículo 21 de los Estatutos sociales. 2.º Infringir el citado precepto de los Estatutos los artículos 71 y 72 de la aludida Ley de Sociedades Anónimas, por ser nulos los nombramientos por tiempo indefinido, según tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de mayo de 1956, 3 de diciembre de 1964, 10 de junio de 1978 y 30 de junio de 1981. La presente nota se extiende con la conformidad de mis cotitulares. Barcelona, 30 de diciembre de 1983.—El Registrador (Firma ilegible);

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada interpuso recurso gubernativo y alegó: Que el apartado 2.º de la nota calificadora tiene idéntico contenido y es del mismo tenor literal que los puntos segundos de las notas calificadoras objeto de los dos recursos que concluyeron con sendas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 25 de febrero y 1 de marzo de 1983; que, dada la identidad del presente recurso y lo resueltos por las resoluciones citadas, el Notario recurrente se limita a invocar las argumentaciones contenidas en las mismas; que el apartado 1.º de la nota calificadora considera que la estipulación 4.ª de la escritura infringe el párrafo 1.º del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo cual no es así, porque este artículo se refiere a los Administradores nombrados en el acto constitutivo y en la estipulación referida expresamente se dice que se realiza el nombramiento en Junta general fuera del acto constitutivo; que tampoco comparte el recurrente la pretendida existencia de contradicción entre esa estipulación 4.ª y el artículo 21 de los Estatutos, pues este artículo señala claramente dos posibilidades —nombramiento en acto constitutivo y nombramiento en Junta general— y la estipulación 4.ª se limita a acogerse a la segunda de las opciones; que el Registrador Mercantil parece plantear que el nombramiento de Administrador único efectuado en la cláusula 4.ª de la escritura no puede ser otra cosa que un nombramiento efectuado en acto constitutivo, en contra de lo cual cabe objetar: a) que la Ley autoriza que la escritura de constitución simultánea de Sociedad Anónima no contenga la designación de los componentes del Organó de Administración; b) que, en con-

secuencia, el nombramiento de los Administradores puede constar en escritura aparte, que puede otorgarse en cualquier momento: Un mes, un día, una hora o un minuto después de la escritura de constitución; c) que el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas permite distinguir perfectamente entre el nombramiento efectuado en el acto constitutivo por los fundadores y el realizado en Junta general por quienes ya son socios; sólo al primero le es aplicable la obligación de someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general; que la nota calificadora deniega la inscripción total de la escritura, rechazando la petición expresa de inscripción de la constitución de la Sociedad, con denegación en su caso de la inscripción de las cláusulas discutidas; que tal petición tiene como fundamento la disposición adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil, que declara la aplicación supletoria de las disposiciones del Reglamento Hipotecario, sin que pueda alegarse, para fundar negativa a esta solicitud, la esencialidad de las cláusulas cuya inscripción se deniega con respecto al título, y ello por las siguientes razones: 1) la estipulación 4.ª contiene exclusivamente el nombramiento de Administrador único y la aceptación del cargo de la persona nombrada; y 2) el artículo 21 de los Estatutos sociales contiene la determinación de la duración del cargo de los Administradores en diferentes soluciones alternativas, lo que supone una circunstancia no exigida por los artículos 11, 3.ª, h), de la Ley de Sociedades Anónimas, y 102, h), del Reglamento;

Resultando que el Registrador Mercantil de Barcelona dictó acuerdo reformando parcialmente la nota de calificación, en el sentido de consignar de una manera expresa el carácter de insubsanable de los defectos advertidos, y manteniendo, en consecuencia, los defectos advertidos, haciendo las siguientes alegaciones: Que el Notario recurrente parece atribuir al Registro el origen del perjuicio que el retraso en inscribir produce a los interesados; cuando la escritura fue calificada inmediatamente después de la primera calificación, y la imposibilidad de inscripción parcial que pretende el recurrente —con base en el art. 434 del Reglamento Hipotecario— no puede tener lugar por la propia naturaleza de los Estatutos, que al formar un cuerpo único sólo pueden reproducirse por transcripción literal, entrañando la pretensión del Notario recurrente un acto de modificación estatutaria que exigiría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8.º de la Ley de Sociedades Anónimas; que el carácter de los defectos observados se subsana por vía de reforma; que la estipulación 4.ª de la escritura rechazada infringe el artículo 72, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, pues el nombramiento de Administrador se efectúa en el mismo acto constitutivo de la Sociedad, como se desprende de la dicción literal de la citada estipulación al emplear la expresión «dando en este acto...»; que este «acto» no puede ser otro que el constitutivo, con lo que se infringe claramente lo dispuesto en el artículo 72, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas; que la duración del cargo de Administrador es un tema que causa perplejidad a los Registradores Mercantiles, habida cuenta de la discordancia entre las doctrinas de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo; que dos razones fundamentales llevan al Registrador informante a sostener este recurso: La propia convicción jurídica de que

el espíritu de la Ley es totalmente opuesto a los nombramientos de Administradores por tiempo indefinido y la necesidad de salvaguardar la responsabilidad del Registrador; que da por reproducidos los considerandos de las numerosas Sentencias del Tribunal Supremo que son contrarias a los nombramientos de Administradores por tiempo indefinido; que la redacción estatutaria rechazada en la nota de calificación vulnera el derecho que otorga el artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues la renuncia a aquél sólo podrá hacerse por quien ostente la titularidad del derecho en el momento en que éste nazca y haya de ejercitarse; que ante el silencio del legislador sobre la duración del cargo de Administrador nombrado con posterioridad al acto constitutivo ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 3.º del Código Civil; que invoca la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, y esa realidad social ha sido tenida en cuenta en el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece el plazo limitado para todos los nombramientos;

Vistos los artículos 3.º y 4.º del Código Civil, 11, 15, 71, 72, 73 y 75 y disposición transitoria novena de la Ley de 17 de julio de 1951, las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1956, 22 de octubre de 1974, 10 de junio de 1978 y 30 de junio de 1981 y las Resoluciones de este Centro de 18 de abril de 1958, 9, 11 y 13 de junio de 1980, 15 de septiembre, 24 y 26 de noviembre de 1981 y 25 de febrero de 1983;

Considerando que en este recurso se plantea una cuestión idéntica a la decidida en varias resoluciones de este Centro, citadas en los vistos, y en las que se declaró que en el plazo de duración temporal establecido en el artículo 72, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas es de aplicación únicamente a los Administradores designados en acto constitutivo, tal como señala este artículo, y que por faltar los presupuestos de aplicación del artículo 4, 1.º, del Código Civil no es procedente extender esa limitación temporal a aquellos Administradores nombrados con posterioridad a aquél acto, y todo ello en base a la argumentación recogida principalmente en las Resoluciones de 25 de febrero y 1 de marzo de 1983, que no es necesario repetir;

Considerando que la segunda cuestión implica si en los supuestos en que la escritura fundacional contiene el acuerdo de los socios reunidos en Junta universal, y en el que como primer acto de la Sociedad recién constituida, designan la persona o personas encargadas de la gestión social, y éstas aceptan el cargo, cabe entender en estos casos que el nombramiento de Administrador ha sido realizado en el mismo acto constitutivo, y en consecuencia habría de aplicar la limitación temporal establecida en el artículo 72 de la Ley;

Considerando que la expresión «acto constitutivo» se está refiriendo al contrato de Sociedad pactado entre los socios y que aparece insito en la escritura de constitución de la Sociedad Anónima (cfr. entre otras, la disposición transitoria de la Ley), y en la que las estipulaciones contenidas por los socios obligan a éstos, como efecto natural del propio contrato, y por esos los artículos 1.692 del Código Civil, 132 y 148 del Código de Comercio, respectivamente, para las sociedades civiles, colectivas y comanditarias establecen la irrevocabilidad del nombramiento de Administrador realizada en el contrato social, norma que tiene su

fundamento en el de que al estar hecha la designación en el acto constitutivo —contrato social— forma parte de las condiciones del mismo y su cumplimiento está sobre la voluntad de las partes, por lo que sólo si renuncian o incurren en causa legítima de revocación pueden ser privados del ejercicio de sus funciones;

Considerando que para evitar que al constituirse una Sociedad Anónima, y como pacto del contrato social pudiera establecer un nombramiento de Administrador con carácter irrevocable —como ocurre en los anteriores tipos de sociedad—, el artículo 72 de la Ley limitó, en caso de que así sucediera, el plazo de duración del cargo a un máximo de cinco años, pero este claro fundamento legal no puede ampliarse a otros supuestos no comprendidos y a los que no debe afectar la limitación, y por eso cuando la designación es hecha por el órgano social —artículo 11, *h*), de la Ley, que puede en cualquier momento proceder a su separación *ad nutum* y sin limitación alguna—, artículo 75, falta la base justificativa de la presunción legal limitadora del plazo del ejercicio del cargo;

Considerando que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que resolvió la impugnación de una cláusula de contenido idéntico a la aquí cuestionada, manifiesta que «en el caso presente no se lleva a cabo la designación de los Administradores propiamente en el acto fundacional, sino a continuación, aunque se recoja en la misma escritura», y este nombramiento hecho en Junta que tiene el carácter de universal excluya a los expresados nombramientos de la rígida aplicación del plazo limitativo de cinco años para ejercer el cargo que establece el párrafo primero de invocado precepto del artículo 72 de la Ley.

Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

COMENTARIO

Es una Resolución con tal densidad de contenido, con tantos problemas, con tantas aristas que necesitaría otro comentarista mucho más avezado. Como una simple aproximación a su estudio y sólo por un deber de obediencia corporativa me lanzo a su examen como a una piscina: de cabeza. Cuatro cuestiones se me ocurre que pueden tratarse en la Resolución: 1.º—Actuación de la Sociedad a través de sus órganos antes de su transformación en persona jurídica por la inscripción en el Registro Mercantil. 2.º—Naturaleza y examen de la llamada Junta General Universal Constituyente. 3.º—Alcance de la limitación temporal impuesta por el artículo 72, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas a los administradores nombrados en el acto constitutivo. 4.º—Aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario al desistimiento de pactos estatutarios. Conscientemente soslayo la problemática de la temporalidad del cargo de administrador y la posibilidad de su nombramiento por tiempo indefinido que tiene enfrentados doctrinalmente, de una parte al Tribunal Supremo (Sentencias de 3 de mayo de 1956, 10 de junio de 1978 y 30 de junio de 1981) y de otra a la Dirección General (Resoluciones de 9, 11 y 13 de junio de 1980; 15 de septiembre y 24 de noviembre de

1981, y 25 de febrero y 1 de marzo de 1983) y que nos sume a los Registradores Mercantiles en gran perplejidad cuando nos enfrentamos con la obediencia a nuestra Dirección y con la sumisión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente de derecho. Creo que el tema ya ha sido lo suficientemente debatido.

1.º *Actuación de la sociedad a través de sus órganos antes de su transformación en persona jurídica por la inscripción en el Registro Mercantil.*

Creo que el Registrador, mediatizado por el problema del carácter temporal del cargo de Administrador, no centró la nota sobre el aspecto que me parece más importante, aspecto que la Dirección soslaya a su vez: Me refiero al problema de si la Sociedad puede o no puede actuar por sus órganos —Junta, Consejo— antes de su inscripción en el Registro Mercantil. El tema no es nuevo jurisprudencialmente. La Dirección se ocupó tangencialmente de él en la Resolución de 16 de junio de 1973, que consideró inscribible —una vez inscrita la Sociedad y su Consejo de Administración— la escritura por la que se protocolizó un acuerdo del Consejo, en el que se delegan en un Consejero las facultades de representación, aunque el acuerdo y la escritura de nombramiento de Consejero-Delegado eran anteriores a la inscripción de la Sociedad y del Consejo, en base a que se trataba de un acto de regulación del régimen interno de la Sociedad que no debía considerarse incluido en el artículo 7 de la Ley (1).

Admitió, pues, implícitamente, el Centro Directivo que los órganos corporativos —Junta, Consejo— puedan actuar válidamente antes de la inscripción de la Sociedad, aunque la eficacia quede supeditada a la inscripción. Se basó la Dirección en que si bien la falta de personalidad jurídica de la Sociedad, anterior a la inscripción, le impide asumir obligaciones frente a tercero, en ese período anterior, no le veda los actos de regularización del régimen interno de la Sociedad.

Quizá el defecto de la Dirección esté en el considerando tercero de la Resolución, cuando señala que el lugar adecuado para el nombramiento de Consejero-Delegado discutido debía ser la propia escritura de fundación simultánea de la Sociedad, en las que los socios fundadores se constituyen en Junta General para fijar los nombramientos y funciones que han de corresponderles. Reconoce o no se plantea, mejor dicho, el problema de la validez de esas Juntas, centrandó su resolución en el problema de la validez de la posterior escritura de delegación de facultades.

El Notario, en su informe, desde su óptica, apuntó el problema cuando tachó de incongruente la calificación registral que admitió la inscripción del acuerdo de la Junta General nombrando los Consejeros e incluido en la misma escritura fundacional —cuando la Sociedad, claro está, no estaba inscrita— y rechazó el acuerdo de delegación de facultades del Consejo.

Es ahí donde está el núcleo del problema, en la validez de esta Junta,

(1) Puede verse un magistral comentario a esta resolución del llorado TIRSO CARRETERO GARCÍA en RCDI, núm. 499, 1973, págs. 1517 y ss.

celebrada al tiempo del acto fundacional y que, anticipamos, no creemos que sea válida. Lo que nos llevaría al segundo de los problemas, a saber: La naturaleza de la llamada Junta General Universal constituyente en la práctica notarial. Pero vayamos por partes.

En la Resolución que ahora comentamos también la Dirección da por supuesto la posibilidad de reunir la Junta General, aunque esta vez se declare que se hace «fuera del acto constitutivo» y para fundamentar su resultado recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que también debemos someramente examinar anticipando que adolece del mismo silencio respecto al problema que yo reputo básico.

Se trataba de la validez de una Junta convocada por un Administrador que fue nombrado en la Junta Universal Constituyente celebrada al tiempo de otorgar la escritura fundacional, según la práctica notarial habitual, y cuya validez se impugnó en base a que habían transcurrido más de cinco años desde su nombramiento y, por tanto, había caducado por el párrafo 1.º del artículo 72 de la Ley. La Junta se convocaba a los solos efectos de ratificar la actuación de los Administradores y reelegirlos.

Para declarar válida la Junta, Junta que era justo declarar válida en virtud de la jurisprudencia de intereses, pues de otro modo la Sociedad no podía seguir funcionando, fuerza el Tribunal Supremo sus argumentos y en base a distinguir entre Administradores nombrados dentro o fuera del acto constitutivo, considera que sólo se aplica la limitación del artículo 72 a los primeros y declara vigente el cargo de Administrador y válida, pues, la Junta por él convocada.

Hay que anticipar inmediatamente que luego la jurisprudencia ha virado ciento ochenta grados y ha declarado temporal el cargo de Administrador no sólo para los primeros nombrados, sino en todo caso. Por otra parte, la validez de la Junta hubiera podido fundamentarse en la subsistencia *de facto* de los administradores con cargo caducado a efectos de convocar Juntas para ratificar actuaciones y reelegir o elegir administradores y poner fin a situaciones de sociedades sin órganos, por el principio básico de la conservación de la empresa. Doctrina que, con gran acierto, ha sido recogida por la Dirección en Resoluciones de 24 de junio de 1978, 24 de mayo de 1974 y 12 de mayo de 1978.

No entra la Sentencia de 22 de octubre de 1974, como tampoco hizo la Resolución de 16 de junio de 1973 y como tampoco hace la de 13 de julio de 1984, que ahora comentamos, a examinar la validez de la Junta celebrada al tiempo o fuera del acto constitutivo, pero antes que la sociedad se halle inscrita en el Registro, que creemos que es el tema medular de la cuestión. Y no es que no nos preocupe el hecho de que pueda quedar al arbitrio de los socios fundadores, al otorgar la escritura social, la decisión respecto a la duración y el contenido del acto constitutivo, sino que como consideramos nulas tanto unas Juntas como otras, siempre que se hayan celebrado antes de que la Sociedad se haya inscrito, la cuestión puede quedar soslayada.

La Ley, al regular las condiciones necesarias para que las sociedades anónimas se conviertan en personas jurídicas, es terminante: Su personalidad comienza desde que se practica la inscripción en el Registro Mercantil. Como señalan las Sentencias de 6 de febrero de 1964, de 31

de mayo de 1969 y de 26 de mayo de 1973, la Sociedad no inscrita, aunque válida y vinculante entre los socios, carece de personalidad jurídica. La importante Sentencia de 6 de marzo de 1981 señala que la inscripción de la escritura fundacional en el Registro tiene la condición de requisito constitutivo, y en tanto no se cumpla, la Sociedad carece de personalidad jurídica a los efectos de los artículos 35, 2.º; 36 y 37 del Código Civil y, por tanto, sigue diciendo la Sentencia, «en nuestro ordenamiento jurídico no es posible admitir la figura de la Sociedad Anónima irregular». En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1985 establece que «la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla, la Sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, 2.º; 36 y 38, 1, del Código Civil...», «y de otro lado no es permitido admitir en nuestro ordenamiento positivo la figura de una Sociedad Anónima irregular».

Las personas jurídicas necesitan para actuar la capacidad de obrar y para conseguir sus fines de la existencia de unos órganos que crean, emiten y ejecuten su voluntad (2).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1965 señala la distinta configuración del órgano y del representante y la Sentencia de 1 de mayo de 1945 señala que el nacimiento de todo ente social, con personalidad distinta de los asociados, impone siempre la necesidad de instituir órganos representativos mediante los cuales pueda actuar.

La Ley de Sociedades Anónimas trata de la Junta y de los Administradores en el Capítulo IV, bajo la rúbrica órganos de la Sociedad.

GARRIGUES y URÍA (3) definen los órganos sociales como las «personas físicas o pluralidad de éstas a las que su Ley faculta para decidir sobre asuntos sociales, manifestando la voluntad de la Sociedad y para desenvolver en general la actividad de ésta».

CÁMARA (4) distingue entre lo que llama pre-sociedad (Sociedad que todavía no se ha constituido en escritura pública o Sociedad que se ha constituido irregularmente) y la Sociedad ya escriturada, pero no inscrita. Considera que la Sociedad, una vez escriturada, cuenta con órganos cuyas facultades están perfiladas por la Ley o por el propio acto fundacional y que pueden actuar válidamente antes de la inscripción con eficacia supeditada a esta inscripción, pero sin necesidad de aceptación posterior.

Ahora bien, como la Sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta la inscripción, es de esta falta de personalidad de donde debemos extraer consecuencias. Si no hay persona jurídica no puede haber órganos de actuación, ya que los órganos no son sino los instrumentos de que se valen las personas jurídicas para conseguir sus fines.

Es el nacimiento de la persona jurídica que surge con la inscripción el que determina el nacimiento del órgano, puesto que, como ya señalaban los Registradores Mercantiles en su defensa de la nota en la Resolución de 16 de junio de 1973, la teoría del órgano, aplicable a las Sociedades Anónimas, debe partir de rechazar toda relación contractual debiendo configurarse como un acto de atribución de poderes a un

(2) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, págs. 403 y ss.

(3) GARRIGUES y URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, págs. 559 y ss.

(4) CÁMARA: *Estudios*, págs. 226 y ss.

sujeto físico para que actúe en nombre de las personas jurídicas. Personas jurídicas que como vemos sólo surgen después de la inscripción.

Así pues, y según opinan GARRIGUES y URÍA (5), «como la Junta es, en todo caso, un órgano de la persona jurídica social, difícilmente podrá entenderse constituida cualquier clase de Junta, incluso universal, antes de que la Sociedad haya alcanzado la personalidad jurídica».

Por otro lado, si se admite la licitud de las Juntas Generales Universales anteriores a la inscripción de la Sociedad habría que aceptarse, lógicamente, la licitud de las Juntas no universales, lo que parece un absurdo.

Hay que concluir que hasta que la persona jurídica no haya nacido al mundo del Derecho, no nacen sus órganos. Es un simple conglomerado de personas físicas, unidas por lazos contractuales que deben actuar conjuntamente o a través de los mecanismos de la representación, y de órganos no nacidos no se pueden generar sino actos nulos y, por tanto, no convalidables.

Las anteriores afirmaciones nos llevan como lógica consecuencia al segundo de los problemas.

2.º *Naturaleza y examen de la llamada Junta General Universal constituyente.*

Para centrar el tema no resistimos transcribir las palabras de VICENT CHULIA (6): «Aún tiene menos fundamento la práctica notarial de hacer constar en la escritura que se reúne la Junta General Universal con la presencia de todos los socios, por primera vez, para designar el primer Consejo de Administración...». En realidad, la Junta General, como órgano social, no existe antes de la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro. No creemos que pueda trasladarse a ella la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1973, antes citada, que reconoce a los Administradores una capacidad actual de autoorganizarse antes de hallarse inscrita la Sociedad. Admitir esto sería contrario al sentido de la Ley cuando se refiere a los «Administradores designados en el acto constitutivo» (artículo 72, como excepción a la regla general del artículo 71 de que son elegidos en Junta General), bien entendido que acto constitutivo es el «convenio entre los fundadores», como dice el artículo 9, o la «escritura social» del artículo 14, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas. Por otro lado, si se admite su nombramiento por la Junta General «Universal», anterior a la inscripción de la Sociedad, habría de aceptarse, lógicamente, también por una Junta General no Universal. A esta conclusión, evidentemente, no querrían llegar los Notarios. Pero tan órgano es una Junta como otra. Esta cláusula, pues, formalmente nula, sólo puede admitirse como válida por conversión, es decir, calificándola más que como un acuerdo de Junta General Universal como un nuevo pacto social o escriturario en el acto constitutivo en la medida en que se adopta por unanimidad de todos los socios.

(5) *Ob. cit.*, pág. 560.

(6) FRANCISCO VICENT CHULIA: «La Sociedad en constitución», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, pág. 886.

CANO (7) cree que el artículo 15, al exigir la aprobación, por la primera Junta General que se celebre, de los Administradores designados en la escritura social y teniendo en cuenta que al otorgamiento de la escritura social deben concurrir todos los socios fundadores, está diciendo sencillamente que no pueden reunirse en Junta porque si no lo sencillo sería reunirse en las Juntas y sobraría la posterior aceptación hecha por las mismas personas normalmente si no se ha producido ninguna transmisión de acciones, opina que la denominación de Junta Constituyente es desacertada porque «ni es Junta, ni constituye nada».

No es Junta porque, como ya vimos, no puede haber Junta antes de la inscripción y no es constituyente porque, a falta de la inscripción, la Sociedad se constituye antes, al otorgarse el contrato social».

Se trata de una práctica notarial que, como reconoce CÁMARA (8), hace inoperante el artículo 15 de la Ley.

Creo que los preceptos de la Ley no pueden hacerse superfluos mediante una práctica contraria, ya que la costumbre es fuente de derecho sólo en defecto de Ley aplicable (art. 1, 3, del CC) y que las normas deben interpretarse para ser aplicadas ensamblando unos preceptos con otros y teniendo como norte la idea de que el legislador no hace preceptos vanos de contenido.

De los artículos 15, 71 y 72 resulta una regla general: la designación de los Administradores es competencia de la Junta General. Por excepción, el artículo 15 permite a los fundadores designar administradores en el acto constitutivo, pero con la limitación de someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta General que se celebre. La razón de esta excepción está en la imposibilidad de que los Administradores sean nombrados, conforme a la regla general, por la Junta, porque ésta no puede celebrarse hasta que, con el nacimiento de la Sociedad mediante su inscripción en el Registro, nazcan sus órganos. Además, deben nombrarse Administradores para que, como señalan GARRIGUES y URÍA (9), la Sociedad no quede sin Administradores en el tiempo que medie entre la inscripción y la primera reunión de la Junta General. Finalmente, y como la convocatoria de la Junta debe hacerse por los Administradores de la Sociedad, conforme al artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, si no hubiesen Administradores designados debería recurrirse, para poder celebrar dicha Junta, al procedimiento excepcional de convocatoria del artículo 57 de la Ley, si no pudiera reunirse con carácter universal (art. 55 de la Ley).

De este modo quedan armonizados todos los preceptos de la Ley, y eso no significa que consideremos acertada la necesidad de aprobación por parte de la Junta, pero el precepto está ahí. CAMY (10) considera la limitación como desafortunada e inútil. Por lo pronto, la Junta General siempre tiene la facultad de apartar a los Administradores nombrados en el acto constitutivo en cualquier momento, conforme dispone el artículo 75 de la Ley. Además, aunque se piense que la base personal con que nace la Sociedad es provisional y que pronto aumentará con la

(7) EMILIANO CANO FERNÁNDEZ: «Los mandatarios verbales en la constitución de Sociedades y en la Junta constituyente», en *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*. Pendiente de publicación.

(8) CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, nota a pie de la pág. 396.

(9) GARRIGUES y URÍA. *Ob. cit.*, pág. 279.

(10) BUENAVENTURA CAMY: *Derecho Mercantil Registrable*, pág. 256.

admisión de nuevos socios, que es a quienes deberá corresponder el nombramiento de Administradores, la existencia de esa misma posibilidad de apartados en cualquier momento hace que la necesidad de ratificación sea poco comprensible. Hay que tener en cuenta, finalmente, que no garantiza nada porque el nombramiento se ha hecho por todos los socios y por unanimidad.

3.º *Alcance de la limitación temporal impuesto por el artículo 72, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas a los Administradores nombrados en acto constitutivo.*

Tres son los argumentos en que justifica la Dirección su tesis de no considerar sujetos a la limitación del artículo 72 a los Administradores designados en la Junta General y Universal de socios celebrada fuera del acto constitutivo:

1.º Interpretación restrictiva del acto constitutivo que identifica con contrato de Sociedad. 2.º Considerar que la *ratio* de la limitación temporal del artículo 72 está en evitar los efectos irrevocables de las cláusulas contractuales, que sólo pueden modificarse de común acuerdo por todos los contratantes. 3.º El criterio sentido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974.

La Ley de Sociedades Anónimas habla del acto constitutivo en el artículo 72 y luego ya no le vuelve a nombrar para nada. La doctrina en general suele identificar acto constitutivo bien con contrato social, como aquí hace la Dirección, bien, con un sentido más formalista, con escritura de constitución o fundacional.

CANO (11), tras criticar que se deje al arbitrio de los otorgantes la extensión o finalización del acto constitutivo y aunque reconoce que la noción de acto constitutivo es confusa, cree que el acto constitutivo termina con la inscripción en el Registro en base a los artículos 6 de la Ley de Sociedades Anónimas y 5 de la Ley de Sociedades Regulares Limitadas y sobre todo a la inexistencia del concepto de Sociedad Anónima irregular que recoge la doctrina (GARRIGUES-URÍA, SUÁREZ-LLANOS) y últimamente y de una manera rotunda el Tribunal Supremo en las Sentencias de 6 de marzo de 1981 y de 13 de febrero de 1985, que hemos visto.

PEDRO MIROSA MARTÍNEZ (12), en un documentadísimo y, por muchas razones, magnífico trabajo, piensa que es inútil elaborar una noción del acto constitutivo por considerarla extraña al sistema legal español y considera que la dicción «Administradores designados en el acto constitutivo» debe tomarse a beneficio de inventario y sin más sentido que el someter al plazo de cinco años a los primeros Administradores, sea cual fuere el instante y la forma en que hubiesen sido nombrados.

Sostiene, con brillantez de argumentos, que no se puede identificar el acto constitutivo con el negocio jurídico que da nacimiento a la Sociedad —contrato social en la dicción de la Dirección General—, ya que el negocio social surge entre los socios-fundadores, mientras que el nom-

(11) EMILIANO CANO FERNÁNDEZ: *Ob cit*

(12) PEDRO MIROSA MARTÍNEZ: «Temporalidad del cargo de Administradores de Sociedades Anónimas», *RJC*, núm. 1/1985, págs. 119 y ss.

nombramiento de Administradores será un negocio distinto con sujetos distintos, bien de la Sociedad únicamente (teoría del acto unilateral de proposición), bien entre la Sociedad y los Administradores (teoría del contrato, bien mandato, bien arrendamiento de servicio) (13). Y esto es así, sigue diciendo MIROSA, a pesar de que el artículo 15 faculta a los fundadores para nombrar a los primeros administradores, puesto que el nombramiento continúa siendo un negocio jurídico distinto. Lo único que hacen los fundadores es «constituir una declaración de voluntad imputable a la Sociedad que todavía no ha nacido».

Sostiene que tampoco puede identificarse acto constitutivo con escritura social, porque no hay ninguna razón para que según aparezca o no hecho el nombramiento en la escritura social o fuera de ella, someterlo o no a la limitación temporal, porque entonces el artículo 72 sería fácilmente burlable y resultaría en la práctica ilusorio.

Consecuentemente, si el nombramiento de Administradores es siempre un negocio diferente de la fundación social, se haga en el «acto constitutivo» o fuera de él, en la misma escritura social o en documento diferente, todos los primeros Administradores están sometidos a la limitación temporal.

En cuanto a la *ratio* del artículo 72, la Resolución que comentamos parece encontrarla en el deseo del legislador de evitar los efectos irrevocables de las cláusulas contractuales. Así pues, si el nombramiento se hace fuera del contrato social, ya no hay motivo para someterlo a limitación. Creemos que esta no es la *ratio* del precepto. El artículo 75 consagra la libre revocabilidad de los Administradores en cualquier momento por la Junta General, sin hacer distinciones de si han sido nombrados dentro o fuera del acto constitutivo (15). El Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de mayo de 1975, declaró nula una cláusula que condicionaba la revocación o mayorías reforzadas. De otra forma y dándole la vuelta al segundo considerando de la Dirección, los Administradores nombrados en el acto constitutivo podrían ser irrevocables durante el plazo para el que fueron nombrados dentro de los cinco años. Y esto no es así, claro. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de febrero de 1967, estableció claramente que la libre separación de los Administradores por la Junta General afecta a los designados en el acto constitutivo (16).

Finalmente, fundamenta la Dirección la Resolución en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que ya hemos examinado. No parece muy adecuado invocar jurisprudencia del Tribunal Supremo para justificar la postura de la Dirección, porque la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es muy otra, como ya hemos visto.

EMILIANO CANO (17) aporta otro argumento en favor de la limitación temporal para todos los primeros Administradores nombrados dentro o fuera del acto constitutivo: La disposición adicional 9.ª de la Ley de

(13) GARRIGUES y URÍA: *Ob. cit.*, II, pág. 26.

(14) *Ob. cit.*, pág. 120.

(15) La Resolución de 8 de junio de 1972 parece que admitió la posibilidad de que los Estatutos contuviesen el nombramiento de Administradores y que en este caso fuese necesaria la previa modificación estatutaria para proceder a su separación. Ver comentario a la misma de EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO en RCDI, 1972, núm. 493, pág. 1350.

(16) CÁMARA, pág. 596, al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo, considera que la generalización del criterio haría inoperante el artículo 72, 1.ª, de la Ley de Sociedades Anónimas.

(17) EMILIANO CANO FERNÁNDEZ: «Comentarios a la Resolución de 9 de junio de 1981», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, septiembre 1980, pág. 827.

Sociedades Anónimas que señala que «los Administradores de Sociedades Anónimas constituidas con anterioridad a la presente Ley, nombrados en la escritura de constitución y que lleven tres o más años en el ejercicio de sus funciones, deberán poner su cargo a disposición de la Junta General en el plazo de seis meses siguientes a la publicación de la presente Ley». La disposición no es sino un intento de armonizar la legislación anterior, que permitía, el nombramiento por tiempo indefinido, con la limitación temporal del artículo 72, que en un principio era de tres años en el anteproyecto. Modificado, en la definitiva redacción, el plazo del artículo 72, no se modifica el de la disposición transitoria. Pero así y todo, si a los primeros Administradores (los nombrados en la escritura de constitución), válidamente nombrados por tiempo indefinido se les hubo de aplicar la limitación temporal de la disposición transitoria 9.ª no hay ninguna razón para que la limitación temporal no afecte a los primeros Administradores nombrados ahora, aunque lo sean «fuera del acto constitutivo».

Así pues, todos los primeros Administradores están sujetos a la limitación temporal. De otro modo, de un lado se dejaría al arbitrio de los socios la temporalidad, de otro habría que añadir el artículo 72, 1.º, junto con el artículo 15, a la lista de los artículos derogados *de facto* por práctica en contrario.

La ratio del precepto ha de verse en la suspicacia con que la Ley ve a los primeros Administradores nombrados, por su posible inexperiencia de una parte y por el desconocimiento que los demás socios electores tienen de su forma de actuar. En realidad han sido nombrados sin saber si en la práctica acertaron en su elección. Al limitar el plazo de su nombramiento se puede recapacitar y corregir el nombramiento que no haya recaído en personas idóneas. De otro modo, también se podría revocar a los Administradores, claro está, pero al no estar previsto legalmente la necesidad de recapitulación, implicaría de hecho una censura tácita. La Ley quiere, pues, que se reconsidere el nombramiento, pero sin la gravedad que tal reconsideración adquiriría de no estar prevista legalmente. Finalmente, hay que apuntar que el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 19 establece que los primeros Administradores deben ser designados en la escritura de constitución, con lo que acabará con esta práctica viciosa.

4.º *Aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario al desistimiento de pactos estatutarios.*

No entra la Dirección en el examen de esta cuestión, que el Notario invoca en su recurso y el Registrador rechaza en su defensa de la nota, y es una lástima, porque el tema es importante. La disposición adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil establece que en las «materias no previstas en este Reglamento, en cuanto no se opongan a él, serán aplicables como supletorias las disposiciones del vigente Reglamento Hipotecario» y en virtud del precepto es práctica común y habitual la aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario en la realidad práctica y cotidiana de los Registros Mercantiles, al menos en lo relativo al contenido contractual de la escritura.

En este sentido, la Dirección, en su Resolución de 16 de diciembre de 1981, y en su último considerando admite la aplicación del artículo 434, 2 y 3, del Reglamento Hipotecario, sin justificar su aplicación y sin mayores distinguos.

Es lástima que el supuesto de hecho de la Resolución no nos puede servir plenamente, ya que se refiere a una Sociedad Limitada donde en el contenido de la escritura de constitución no hay una distinción entre lo que pudiéramos llamar contrato de Sociedad y los Estatutos (art. 7 de la Ley de Sociedades Regulares Limitadas).

Para la Sociedad Anónima, su Ley, en su exposición de motivos, distingue claramente estos dos aspectos cuando dice que «se ha seguido el esquema de la práctica mercantil española que incorpora los Estatutos a la escritura notarial de fundación. Pero se ha cuidado de separar el contenido propio de los Estatutos del contenido propio de la escritura como conceptos diversos...». El artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas igualmente separa los dos aspectos e igualmente el artículo 101 del Reglamento del Registro Mercantil.

De todos estos preceptos, la doctrina distingue, en el acto constitutivo, el contrato y los estatutos. Mediante el primero se crea un patrimonio común, que ha de ser el soporte de la actividad social y al cual se limita la responsabilidad de la Sociedad. Por el segundo se organiza la vida corporativa de la persona jurídica que va a nacer.

Dejando a un lado la controversia doctrinal sobre la naturaleza contractual o no de los Estatutos, es claro que los Estatutos tienen un aspecto normativo evidente que produce por de pronto varias consecuencias: a) Su aplicación a personas que no fueron sujetos del contrato originario. b) La posibilidad de que sean modificados sin consentimiento unánime conforme al procedimiento regulado en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas. c) Su interpretación por las normas de interpretación de la Ley, en lugar de las de interpretación de los contratos, según sostiene parte de la doctrina (18).

Surge, pues, la duda de si el 434 puede aplicarse tanto al aspecto contractual como al estatutario o sólo al primero.

Los Registradores Mercantiles de Zaragoza (19) plantean el problema con absoluta nitidez cuando afirman: «Creemos que la aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario está en cierto modo condicionada por una distinción, de modo que puede encajar sin dificultades en la parte, digamos, contractual de la escritura, mientras que es cuestionable, a nuestro juicio negativamente, su aplicación a la vertiente estatutaria.

Así pues, el problema tiene dos aspectos: Por un lado, su aplicación al contenido contractual que no plantea más problemas que los generales de las exégesis del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, que fue modificado por Real Decreto 3215/82, de 12 de noviembre, que, sin reformar en lo sustancial la normativa existente, mejora la redacción y reúne en un sólo párrafo, el 4.º, lo que disponían los apartados 2 y 3 de la re-

(18) CÁMARA considera inaceptable este criterio. *Ob. cit.*, pág. 525.

(19) Notas sobre el artículo 434 del Reglamento Hipotecario aportadas como documentación para estudio en las reuniones de Registradores Mercantiles, por los de Zaragoza, PEDRO FERNÁNDEZ BOADO y JOSÉ LUIS BATALLA.

dación anterior, y de otro su aplicación a los que los Registradores de Zaragoza llaman «vertiente estatutaria».

En el primer aspecto, la posibilidad de desistimiento parcial, no implica que el presentante pueda exigir su aplicación indiscriminada, sino que es el Registrador; luego de calificar el título, quien decide si se puede aplicar el procedimiento y recaba para ello el consentimiento del interesado o del presentante o si, por el contrario, por afectar a un pacto esencial, cuya supresión alteraría el contenido contractual, requiere la rectificación otorgada por todos los contratantes. Como señalan los Registradores de Zaragoza, cuando la supresión de un pacto sea de tal naturaleza que su eliminación altere el contenido global del contrato de una manera esencial no se podrá solicitar el desistimiento, aunque sea solicitado por todos los socios-contratantes, sino que se precisará un documento subsanatorio del anterior que recoja la nueva voluntad que se ha conformado.

PEDRO AVILA (20), que ha estudiado recientemente el tema, considera que «la conformidad no es una panacea para cualquier pacto defectuoso». La contradicción entre dos cláusulas no se salva eliminando una que acaso es la que motivó el contrato o la «expresión sin claridad suficiente» (artículo 44 RRM), de algún pacto no se remedia eliminándolo. Será objeto de la calificación registral acudir al desistimiento parcial o solicitar escritura de rectificación.

El desistimiento ha de hacerse por el presentante o por el interesado a cuyo favor ha de practicarse la inscripción; pero si la inscripción ha de practicarse a favor de las dos partes parece que que ambas deberán desistir, dice AVILA.

En Sociedades, ¿será el presentante o podrá ser cualquiera de los otorgantes quien pueda desistir? La constitución de la Sociedad Anónima requiere escritura pública e inscripción (arts. 6 y 9 de la Ley de Sociedades Anónimas). En ninguno de ambos preceptos se determina quién ha de hacer la presentación y en qué plazo ha de hacerse. Es el artículo 26 el que faculta a todos los otorgantes para hacer la presentación en el plazo de treinta días. A los efectos del artículo 434 parece ser que por el carácter plurilateral del contrato de Sociedad en principio no serán cada uno de los socios fundadores otorgantes de la escritura social quienes puedan desistir, sino sólo el presentante quien por el hecho de la presentación se entiende como mandatario de todos los otorgantes. El artículo 45 del Reglamento del Registro Mercantil faculta al presentante o a cualquiera de los interesados para subsanar defectos, pero para desistir parcialmente, siguiendo la tesis de AVILA, no estarán legitimados cualquiera de los futuros socios porque el pacto afecta a todos ellos. Por esto es muy útil la práctica notarial que como cláusula de estilo incluye un poder recíproco entre los otorgantes para subsanar la escritura y los Estatutos, por causa de la calificación registral, pues evitará todos los problemas de legitimación para desistimientos parciales.

Queda, finalmente, por examinar la aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario a los pactos estatutarios. La Dirección, en la Resolución de 16 de diciembre de 1981, no hizo ninguna apreciación que

(20) PEDRO AVILA ALVAREZ: *Comentarios a las Reformas Hipotecarias de 1982-1984*.

nos permita inducir nada y ya hemos dicho que el supuesto de hecho es poco sugerente.

PEDRO FERNÁNDEZ BOADO (21) cree que el pacto tenía contenido contractual y no estatutario, de acuerdo con su tesis, y opina que el desistimiento parcial no es aplicable a los Estatutos porque éstos son un conjunto de normas que constituyen la Ley social y que tienen un carácter unitario e interdependiente, considerando que es imposible que el presentante, pueda por vía del artículo 434, cambiar el modelo de Sociedad diseñado por las partes.

Yo estoy conforme con este criterio cuando el desistimiento parcial produzca estos efectos por tratarse de pactos que afecten al contenido mínimo de los Estatutos (art. 11 de la Ley de Sociedades Anónimas) o bien por tratarse de «pactos lícitos y condiciones especiales» (art. 11, 5.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) que marquen el modelo social, pero en los supuestos en que se trate de pactos que no produzcan estos efectos o se trate de meros pactos secundarios, es más que dudoso que se tenga que aplazar o no verificar la inscripción de la Sociedad en base a la existencia de defectos, algunas veces dudosos y mínimos, cuando no hay ninguna duda ni sobre la existencia de la *afectio Societatis* ni sobre las líneas maestras del modelo social elegido. Y esto, claro, está dentro del ámbito de calificación que se ha indicado antes.

Por otro lado, existe un indudable efecto práctico de rapidez, necesario en un Derecho como el de Sociedades, y parece absurdo tener que recurrir a la voluntad de todos los otorgantes —difícil de obtener a veces y dilatoria siempre— para rectificar un pacto no esencial.

Otro problema que se plantea en esta materia lo apunta el Registrador en su defensa de la nota, cuando señala que el desistimiento estatutario supondría de hecho una modificación parcial de los Estatutos sin cumplir los requisitos del artículo 84 de la Ley. Ahora bien, hay que tener en cuenta que si el contrato no es modificable sin consentimiento unánime de los contratantes y se acepta el desistimiento, con mayor motivo se podrá aceptar el desistir en materia cuya modificación no exige esa unanimidad, sino sólo determinadas mayorías. Además, ya vimos que el desistimiento debía de hacerse por todos los socios o por el presentante que se reputa mandatario de todos.

El último problema será el de los derechos de los socios disconformes con el desistimiento, que solamente se podrán dirigir, si ellos personalmente no prestaron su consentimiento, contra el presentante-mandatario que se excedió en su encargo.

Finalmente, por el derecho de separación que el artículo 85 de la Ley concede a los socios, en caso de modificaciones en el objeto social, los desistimientos en materia de objeto social, deberán ser objeto de una calificación extremadamente rigurosa.

(21) *Ob. cit.*

II. Sentencias del Tribunal Supremo

III. JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
y JOSÉ CERDÁ GIMENO

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ES APLICABLE LA NORMATIVA GENERAL DEL DERECHO DE OBLIGACIONES EN EL AMBITO DE LA EDIFICACION (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La aplicación de la normativa general del derecho de obligaciones respecto a la prevista indemnización de daños y perjuicios en razón del incumplimiento (art. 1.101 del Código Civil) y la resolución del contrato en la misma hipótesis (art. 1.124), ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia en el ámbito de la edificación, declarando su compatibilidad con la función específica de las acciones edilicias como medio idóneo de protección para los adquirentes de pisos y locales, ilegalmente contruidos o no ajustados a la *lex artis*; y en cuanto a las notas que definen la facultad resolutoria indicada, la doctrina jurisprudencial ha puntualizado que no sólo habrá de operar cuando concurra en el contratante infractor una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado, sino también si se produce un hecho que de manera definitiva impida el juego de las respectivas prestaciones, frustrando el fin del contrato, situación extrema que manifiestamente se presentará cuando el bajo comercial materia del contrato de compraventa fue demolido por mandato del Ayuntamiento al haberse ejecutado la obra sin ajustarse a la previa licencia.

LA EXISTENCIA DE UN ALBACEA UNIVERSAL NO IMPIDE LA GESTIÓN PROCESAL DE LOS HEREDEROS (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La existencia de un albacea universal conforme a lo previsto en el artículo 894, es decir, investido de todas las facultades precisas para cumplir la voluntad del *de cuius* hasta la adjudicación y entrega de los bienes, y, por lo tanto, las de contar y partir, no puede impedir la gestión procesal de los herederos en cuanto subrogados en la situación jurídica del causante como efecto de la *successio in ius* (arts. 659 y 661 del Código Civil), acudiendo al ejercicio de las acciones que correspondían al difunto para reclamar de extraños bienes que pasaran a integrar la masa partible, legitimación que se extiende al cónyuge viudo (Sentencias de 30-V-1950 y 16-VI-1961), pues ellos son los principales interesados y no existe precepto legal que les impida entablar el litigio.

LA FE PUBLICA REGISTRAL NO OBLIGA AL TERCERO A UNA CONSULTA GENERAL DEL REGISTRO (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La fe pública registral, si de una parte cubre y garantiza la extensión de los derechos reales inscritos, actúa de otra con la base que le presta la hoja registral y, por lo tanto, no obliga al tercero a una consulta general del Registro, ni siquiera a la de los asientos de otras fincas de la misma procedencia que la de su interés.

ES NULA LA VENTA DE ANIMALES QUE PADEZCAN ENFERMEDADES CONTAGIOSAS Y NO ES APLICABLE EL PLAZO DE CADUCIDAD DE LOS CUARENTA DÍAS (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La norma del artículo 1.494 del Código Civil regula dos casos diversos de «nulidad» contractual, con independencia de la acción redhibitoria a que se refieren los artículos 1.496 y 1.499 y de la estimatoria o *quantum minoris*, aludida en este precepto y en el artículo 1.486, y ya reguladas en el Derecho histórico (Partida quinta, título V, Ley 65), de suerte que la compraventa de animales con enfermedades contagiosas, a que se refiere el apartado primero, es determinante de nulidad radical, que actúa *ipso iure* por tratarse de negocio con objeto ilícito, y además contraría la disposición imperativa y prohibitiva del referido artículo 1.494, con la carencia de efectos acomodada a lo que previene el artículo 6, párrafo 3, del Título Preliminar, por lo que no es aplicable el plazo de caducidad de los cuarenta días que fijan los artículos 1.496 y 1.499, dado que no se trata de una acción redhibitoria o estimatoria, según tiene declarado este Tribunal en Sentencia de 13 de abril de 1978, indicando que «los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas» se hallan fuera del comercio y es absolutamente nula su enajenación, sin que las consecuencias del convenio puedan ser conva-

lidadas por el transcurso del tiempo ni operen los plazos establecidos en otros artículos para el ejercicio de acciones distintas, pero siempre partiendo del hecho capital e insoslayable de que el animal padezca tal anomalía en el momento de la perfección del contrato.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: SE PRESUME NEGLIGENCIA EN EL CAUSANTE DEL DAÑO (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina constante de esta Sala que en materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de la fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias de lugar y tiempo y que la culpa del perjudicado, en la hipótesis de concurrir, se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve e intensidad como para abonar a otra culpa concurrente, pues en otro caso sólo puede apreciarse cierta compensación únicamente traducible en moderación del montante económico a satisfacer.

EL CASO PREVENIDO EN EL ARTICULO 1.910 DEL CODIGO CIVIL ES UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1984).

Hechos.—Unos obreros que realizaban ciertas obras en una vivienda se dejaron los grifos abiertos, lo que provocó una inundación que causó daños al local comercial que había debajo. El perjudicado obtiene la condena de la propietaria del piso.

Doctrina de la Sentencia.—Debe tenerse en cuenta que el artículo 1.910 del Código Civil, cuyos precedentes más antiguos conocidos se encuentran en la *actio de effussi vel dejectis*, así como en Instituciones, Cuatro, Cinco, *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*, del Derecho romano, del que pasan a la Partida Séptima, Título XV, Ley 25, dicho artículo ofrece, según estima con acierto un muy considerable sector de la doctrina científica española, juntamente con los artículos 1.905 y 1.908, número 3, clara muestra de la denominada «responsabilidad objetiva» o por riesgo, aun cuando constituya en realidad una obligación legal de indemnizar, razón por la cual es evidente que el hecho de mediar o no culpa por parte de la recurrente no impide su deber de resarcir a quien sufrió el daño, sin perjuicio, claro es, de su derecho a repetir sobre quien pudiese haber sido el causante directo del mismo.

Debe tenerse asimismo en cuenta que las expresiones «se arrojaran o cayeran» en él empleadas no constituyen *numerus clausus*, razón por la cual pueden ser objeto de interpretación extensiva en cuanto a los supuestos que originados dentro del límite ambiental en él determinado, puedan causar daño o perjuicio, tanto a otros convecinos, copropietarios, etc., por razón en tales casos de aplicación y observancia del principio de salvaguarda de las relaciones de vecindad, como a quienes con

ocasión de deambular por las inmediaciones del inmueble reciban daño o sufran perjuicio por las cosas que se arrojaran o cayeren del piso, vivienda o local en cuestión.

UN AYUNTAMIENTO, ORGANIZADOR DE UN ENCIERRO DE RESES, ES RESPONSABLE DE LOS DAÑOS CAUSADO EN EL A LOS INDIVIDUOS (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1984).

Hechos.—El Ayuntamiento de Cervera del Río Alhama organizó un encierro de vaquillas bravas, y cubrió los riesgos suscribiendo una póliza con una compañía aseguradora. Durante el encierro un vecino del pueblo salió a la calle y fue atropellado por uno de los cabestros, falleciendo a las pocas horas. El Supremo estimó la demanda del hijo de la víctima y condena al Ayuntamiento y a la compañía de seguros.

Doctrina de la Sentencia.—El riesgo derivado del encierro incluye no sólo el que provenga directamente de las llamadas vaquillas, sino de otras reses que las acompañaban como necesarias, lo que cabe perfectamente dentro de una interpretación lógica del contrato al amparo de los artículos 1.287 y 1.288 del Código Civil; pues efectivamente la expresión «riesgos derivados del encierro de diez vaquillas» no se limita a los daños que éstas causen, sino a todos los que de una forma inmediata se relacionen con ese acontecimiento; entre los que figura sin duda el daño ocasionado por las reses que cubrían la carrera de las llamadas «vaquillas».

La realización de un encierro por reses bravas dentro de una población implica un claro riesgo para muchos de sus moradores, aunque no piensen aproximarse a las reses, con la consiguiente responsabilidad por riesgo para quienes lo organizan, como el Ayuntamiento demandado, y es conforme a la justicia distributiva que la coacción social y consiguiente responsabilidad que impone la asunción de peligros por los perjudicados sea desplazada sobre aquel que, si bien de forma lícita y permitida, ha creado los riesgos; y aunque nada se objete a la licitud de estas conductas, no es justo que la comunidad, o los individuos que la integran, soporten los riesgos específicos no controlables, siendo indiferente que el causante del daño, por acto propio o de aquellas personas de quienes debe responder, esté o no autorizado por acto de la Administración, en este caso por el Gobernador Civil de la provincia.

EL NEGOCIO DE DISPOSICION REALIZADO POR EL PADRE SIN AUTORIZACION JUDICIAL ES UN ACTO INCOMPLETO Y PUEDE RATIFICARSE (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien el consentimiento de los menores no emancipados puede ser impugnado, en razón a la prohibición contenida en el artículo 1.263 del Código Civil, ello no obsta para que después de haber dejado de serlo puedan confirmar los contratos, en

consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.311, ya que la ratificación del contrato celebrado por el menor, una vez llegado a la mayor edad, purga el vicio originario que pudo dar lugar a la nulidad, lo que hace que, no obstante haberse discutido por la doctrina científica y por la legal, sancionada por otras sentencias de este Tribunal, si el negocio de disposición realizado por el padre sin la autorización judicial a que se refería la normativa contenida en el artículo 164 del Código Civil en su original redacción, era nulo de pleno derecho o simplemente anulable, el criterio de la simple anulabilidad haya prevalecido, pues aunque el negocio realizado sin autorización judicial sea en realidad otorgado sin poder de disposición, y como tal de por sí totalmente ineficaz, sea o no sea impugnado, como el defecto —según una autorizada opinión de la doctrina científica— consiste en la omisión de una declaración de voluntad que, integrándolo, debió formar parte de él, pueda ratificarse, por tratarse, en definitiva, de un negocio incompleto o imperfecto, aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable.

EL ABANDONO HA DE FUNDARSE EN UNA MANIFESTACION VOLITIVA CLARA (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La simple pasividad o el silencio son de suyo insuficientes para basar la aplicación de la regla *adversus factum suum quis venire non potest*, pues equivaldría a presumir una denuncia de derechos por la sola circunstancia de un temporal aquietamiento, con olvido de las constantes enseñanzas de la doctrina legal acerca de la necesidad de que el acto dispositivo en que esa causa de pérdida del derecho consiste por abandono o dejación, ha de fundarse en una manifestación volitiva precisa, clara y terminante, sin que sea lícito deducirla de actos o expresiones de dudosa significación, o del retraso en el ejercicio del derecho (Sentencias, entre otras, de 23 de enero y 25 de mayo de 1974, y 25 de septiembre de 1983).

EL JUEZ PUEDE PENETRAR EN EL «SUBTRATUM» PERSONAL DE UNA PERSONA JURIDICA PARA EVITAR ABUSOS (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7, 1.º, del Código Civil) la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los Jueces

puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7, 2, del Código Civil).

PROPIEDAD HORIZONTAL: LA VOLUNTAD DE LOS PROPIETARIOS ES DETERMINANTE PARA EL NOMBRAMIENTO Y REMOCION DEL PRESIDENTE (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La voluntad de los propietarios en régimen de propiedad horizontal es determinante, no sólo para el nombramiento del Presidente, que de suyo es electivo, sino asimismo para su duración en el cargo, porque aquellos pueden ampliar o reducir el plazo legal de un año que tiene de vigencia, pues, según el párrafo cuarto del artículo 12 de la Ley, los Estatutos (que son la ley privada de la comunidad, libre y voluntariamente convenida) pueden establecer otra cosa, permitiéndose la prórroga tácita por períodos iguales; y, sobre todo, a tenor del párrafo quinto del propio artículo, en todo caso el Presidente puede ser removido en Junta extraordinaria convocada al efecto, sin que se exija en la Ley que medien causas justificadas para hacerlo; y siendo todo ello consecuencia lógica de la decisiva voluntad de los propietarios que integran la comunidad, es incuestionable, justo porque la Ley no lo prohíbe, que pueden igualmente nombrar un segundo Presidente que sustituya al primero para determinadas funciones, concediéndole la facultad de realizar todo lo conducente para un fin determinado.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

TRASPASO.—NO CABE EL RECURSO DE CASACION CUANDO EL CONTENIDO DEL PROCEDIMIENTO ES ARRENDATICIO, AUNQUE LAS PARTES ESTUVIERAN DE ACUERDO EN ENTABLAR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, SI LA RENTA NO LLEGA AL MINIMO FIJADO PARA ADMITIR DICHO RECURSO (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1983).

Efectuado el traspaso del local por el representante de la entidad arrendataria, se opone el dueño por conducto notarial e, intentado otro traspaso por la arrendataria, el propietario presenta demanda de juicio declarativo sobre nulidad de traspaso ante el Juzgado número 6 de Madrid solicitando igualmente la resolución del arrendamiento.

El Juzgado desestimó la demanda absolviendo a los demandados y la Audiencia confirmó la misma. El recurso de casación no tiene éxito. El procedimiento, a pesar de estar fundado en la Ley de Arrendamientos

Urbanos, se sustanció por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía. La Ley de Arrendamientos fija un mínimo de 300.000 pesetas anuales de renta para poder interponerlo, pero como se ha hecho por la tramitación de juicio ordinario surge este dilema, a pesar de que la renta del local es inferior a esa cifra, llegando a la conclusión de que el artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es de carácter imperativo y, por tanto, imposible de obviar su aplicación por la renuncia a la normativa procesal que, según el artículo 151 de la propia Ley era de aplicación, en cuanto son inderogables por la voluntad de las partes las normas que establecen el sistema de recursos que pueden darse contra las resoluciones judiciales y según el citado artículo 151 citado sólo es permisible el trámite ordenado por las leyes procesales comunes cuando el litigio, aunque propio de las relaciones arrendaticias no se funde en derechos reconocidos por la misma, como se dice en la Sentencia de 26 de noviembre de 1963, que declaró de orden público las normas procesales y, por tanto, de aplicación obligatoria en este caso.

REVISION DE RENTA.—COMO HA AFIRMADO REITERADAMENTE EL TRIBUNAL SUPREMO EL ARTICULO 103 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS HA QUEDADO DEROGADO AL SUPRIMIRSE LA OBLIGACION FISCAL DE DECLARAR LA RENTA PERCIBIDA EL ARRENDADOR (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1983).

El arrendatario interpone demanda ante el Juzgado número 1 de Pamplona pidiendo la reducción de renta a la declarada fiscalmente por el arrendador hasta que éste declare la renta que viene percibiendo y, en todo caso durante un plazo mínimo de dos años. El Juzgado estimó la demanda y declaró reducida la renta, pero la Audiencia revocó la anterior y declaró no haber lugar a la demanda.

El recurso de casación no prospera. El artículo 103 de la Ley arrendaticia se halla actualmente derogado, según han declarado las Sentencias de 19 de octubre de 1973 y 14 de junio de 1974, ya que reposaba sobre la obligación de haber de declarar la renta para fines fiscales y, por tanto, claudica sin esa apoyatura, por lo que, al suprimirse la obligación fiscal de declarar la renta los propietarios, al cambiarse el sistema para la determinación de la base imponible, sustituyéndolo por el de bases objetivas elaborada por los órganos administrativos, se produjo la derogación paralela de aquélla, sin que se pueda admitir que aquel artículo mantenga cierta validez en aquellas partes del territorio del Estado, concretamente Alava y Navarra, donde no rige el régimen tributario común, ya que, culminado el régimen transitorio del común por la Orden de 26 de febrero de 1970, que lo extendió a todas las provincias españolas, se eliminó con carácter general la obligación de declarar la renta percibida y con esa obligación pereció el supuesto del artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y ese efecto derogatorio se debe predicar con efectos generales, sin poder eludir el que la derogación se comunique y extienda a los territorios de régimen fiscal especial, ya que no puede desconocerse la competencia legislativa exclusiva del Estado en materia arrendaticia.

REVISION DE RENTA.—LA REMISION A LOS INDICES FIJADOS POR EL AYUNTAMIENTO PARA DETERMINAR EL ARBITRIO DE PLUSVALIA ES VALIDA, YA QUE LA VARIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS URBANISTICAS DE LA ZONA PUEDE HACER QUE EL VALOR BAJE Y NO SUBA EN CIERTAS OCASIONES, POR LO QUE NO ES CIERTO QUE ESTA CLAUSULA SEA NULA POR PRODUCIR SIEMPRE UN ALZA DE LA RENTA (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1983).

Se presenta demanda ante el Juzgado número 1 de Valencia, solicitando la resolución del arrendamiento de local por haber realizado el arrendatario obras que modificaban la configuración del local arrendado. El arrendatario se opuso, alegando reconvencción, en la que solicitaba la nulidad de la cláusula de revisión de renta cada tres años, según la variación que experimenten los Indices del Ayuntamiento a efectos del Arbitrio Municipal de Plusvalía. El actor alega en su contestación la caducidad de la acción correspondiente. La demanda fue desestimada y estimada la reconvencción, declarando nula la cláusula de revisión, lo que confirmó íntegramente la Audiencia.

El recurso de casación triunfa parcialmente. En cuanto a la resolución del arrendamiento no es verdad que el Tribunal haya fundado su decisión en la prueba testifical solamente, ya que están patentes en las dos sentencias sendas presunciones, eludidas por el recurrente, de la autorización dada para las obras llevadas a cabo en el local, siendo notoria la doctrina de este Tribunal de que el artículo 1.248 del Código como el 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por contener un precepto admonitorio y no preceptivo, deja a salvo el prudente arbitrio del juzgador para valorar los testimonios prestados en autos y no es susceptible de casación. En cuanto a la cláusula de revisión de renta, es de tener en cuenta que del texto de la misma no se sigue que necesariamente tal cláusula haya de operar siempre al alza, razonamiento que sería válido si la renta hubiera de ser modulada conforme al arbitrio de plusvalía vigente en la zona en que el inmueble se ubique, más no lo es cuando la circunstancia externa variable a seguir por el precio del arriendo está constituido por la variación que experimenta el valor del metro cuadrado en la calle en que está sito el local, ya que el montante fiscal de aquella variación que el Ayuntamiento crea oportuno fijar no tiene nada que ver con el hecho objetivo de la diferencia de valor entre el comienzo y el final del período impositivo, diferencia que, si normalmente suele ser positiva, no descarta la hipótesis de que el valor posterior resulte municipalmente estimado por debajo del precedente a consecuencia de posibles variaciones en el aprovechamiento urbanístico del terreno, determinante de un menor valor corriente en la venta del mismo, valor que constituye la base del impuesto y que en esta hipótesis de minoración privaría al ente impositivo de la potestad de exaccionar en concepto de arbitrio de plusvalía, lo que en este caso atribuiría al arrendatario la facultad de pedir una correlativa reducción de la renta a satisfacer.

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA NO ALTERA SU CARACTER POR EL HECHO DE QUE EL ARRENDATARIO INTRODUZCA MEJORAS, NO PROCEDIENDO LA PRORROGA FORZOSA AL NO ESTAR SOMETIDO A LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1983).

Según el actor, en 1970 se concertó un contrato de arrendamiento de industria por un año, prorrogable. Requerido notarialmente el arrendatario en el sentido de no prorrogar el contrato y para proceder al desalojo del local y no habiéndolo hecho, se promovió demanda ante el Juzgado número 1 de León que la estimó y la Audiencia confirmó.

No ha lugar a la casación. El Juzgado para calificar el contrato de arrendamiento de industria no atiende tanto al nombre que las partes le dieran, sino a los datos objetivos de hacerse detallada constatación de los diferentes elementos para el funcionamiento de una sala de fiestas, no desvirtuando esta apreciación ni la modernización de la industria ni que el demandante no fuera titular de licencia administrativa entre 1968 y 1970, años en que estuvo cedida la industria a otra persona, añadiendo la Audiencia que la transformación en discoteca no significa que el arrendamiento de industria haya perdido dicho carácter, debiendo mantenerse esa interpretación de la instancia, contra lo cual no vale alegar el complejo preceptual de los artículos que invoca al hilo de calificar la industria de mero local de negocio, olvidando que la interpretación como cuestión de hecho está encomendada a los Jueces de instancia, salvo que sea ilógica, absurda o contraria a los términos empleados, debiendo mantenerse, aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud, nada de lo cual se atisba en este caso, en que aparece bien demarcada la preexistente actividad económica negocial desde 1954, aproximadamente, sin que el arrendamiento altere su clase por el hecho de que el arrendatario amplíe la explotación introduciendo en la industria apreciables mejoras, no procediendo la prórroga forzosa de la legislación arrendaticia, al regirse la relación por la común del Código Civil.

TRASPASO.—BASTA LA INTRODUCCION DE UN TERCERO AJENO AL CONTRATO PRIMITIVO EN EL USO DE LA COSA ARRENDADA PARA CONFIGURAR LA DEFINICION DE UN TRASPASO NO AUTORIZADO (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1983).

Entablada demanda ante el Juzgado número 13 de Madrid sobre resolución de arrendamiento por haber traspasado o subarrendado la arrendataria a personas extrañas, concretamente dos sociedades, una por fusión con la sociedad arrendataria y la otra por haberse instalado en los locales u oficinas arrendados donde ejercen su propia actividad. Ni el Juzgado ni la Audiencia admitieron la demanda.

En cambio tuvo éxito el recurso de casación. Basta la introducción de un tercero ajeno al contrato en el uso de la cosa arrendada para configurar la definición de un traspaso ilegal, conseguido fraudulentamente.

mente, mediante la fusión de las sociedades mentadas. Es clara la distinción entre fusión y absorción, ya que en la primera se crea una nueva sociedad y en la absorción existe una mientras desaparece la otra; acreditado en autos que se trató de una absorción, no hubo introducción de persona jurídica extraña, según la Sentencia recurrida, por no existir cambio o alteración de personalidad que fundase la aplicación del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero, conforme al motivo primero del recurso no se apreció por el juzgador la eficacia de la confesión judicial, ya que en ésta se dijo por la demandada ser cierto que en el local tenía su sede la agencia de una sociedad extranjera, distinta a la primitiva arrendataria. También se desconoce la eficacia de la prueba documental consistente en el contrato de arrendamiento vigente entre las partes, cuya primera cláusula limita el uso del local a oficinas para los Proyectos de Ingeniería Civil de la arrendataria, sin que ni sus empleados ni otra persona pueda desarrollar en el mismo otras actividades profesionales distintas de las que deban prestar a la sociedad referida con la prohibición de subarrendar, ceder, traspasar o subrogar a otra persona o entidad establecida en la cláusula 5.ª. La confesión no es contradictoria por ninguna otra prueba, sino confirmada por el acta notarial a que se alude en el recurso y en la que un dependiente de la arrendataria reconoce la anómala situación no tolerada por el arrendador ni desvirtuada por el argumento de la Sala sentenciadora de que esa sociedad encaja en las actividades u objetos sociales de la arrendataria según sus Estatutos, argumento que no puede afectar al arrendador, ajeno a dichos Estatutos y no obligado más que al contrato de arrendamiento y a sus naturales y legales consecuencias (art. 1.258 del Código Civil). Reiterada jurisprudencia entiende por subarriendo la introducción de un tercero en el local arrendado.

ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA.—NO OBSTA A SU CALIFICACION EL HECHO DE QUE OCASIONALMENTE SE PUEDA UTILIZAR EL LOCAL FUERA DE LA TEMPORADA TURISTICA CON AUTORIZACION O TOLERANCIA DEL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1983).

En 1972 se arrendó un local para bar y baile durante cuatro temporadas, que comprendían del 15 de mayo al 15 de octubre de cada año, sin que al concluir la temporada de 1976 se entregase el local, por lo que se formuló demanda de desahucio ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Torrelavega, que desestimó la demanda admitiendo las razones del demandado. La Audiencia de Burgos revocó la anterior doctrina.

No prospera el recurso de casación. El contenido aparente del contrato ha de prevalecer mientras no resulte desvirtuado a través de la prueba adecuada cuya obligación gravita sobre el demandado, siendo así que no obran en el contrato elementos de juicio suficientes, persuasivos sobre el particular, ya que los testigos se manifiestan contradictoriamente, desconociendo de análoga contradicción los informes de la Alcaldía y de la Guardia Civil, debiendo prevalecer el documento privado, único reconocido por la Sala de apelación. En él se habla de arrenda-

miento «por cuatro temporadas» y el resto del contenido del documento lleva a la inequívoca conclusión de que la intención de los contratantes al suscribir el convenio precitado fue establecer un arrendamiento de temporada, excluido por el artículo 2, apartado 1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de su normativa especial, habiendo declarado esta Sala en Sentencia de 22 de diciembre de 1979 que no obsta a este carácter el que con autorización o tolerancia del arrendador se abra al público fuera de la temporada turística, pues la circunstancia de tener el arrendatario la llave del local en el intervalo entre una temporada y otra no altera su calificación contractual, que es lo que ocurre en este caso en que la apertura ocasional del negocio fuera de temporada no altera la calificación de arrendamiento de temporada que del tenor del mismo resulta con claridad, procediendo la exclusión de la aplicación de la legislación arrendaticia, conforme al artículo 2, apartado 1.º, de la misma.

NULIDAD DE CONTRATO.—EL CONTRATO ES SIMULADO, YA QUE EL DEMANDADO LO OBTUVO CON ENGAÑO ALEGANDO QUE LO NECESITABA PARA CONTRATAR LOS SERVICIOS Y SUMINISTROS, SIENDO LA INTENCION DEL PROPIETARIO LA CESION GRATUITA DE LA VIVIENDA A SU HIJA AL CONTRAER MATRIMONIO Y SOLAMENTE MIENTRAS VIVIERA ESTA (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1983).

El propietario de un piso lo cedió gratuitamente a su hija con motivo de su matrimonio, pero suscribiendo un contrato de arrendamiento que, según el esposo de ésta, necesitaba para contratar los servicios y suministros de la vivienda. Fallecida la hija del propietario, su marido intentó dar vida al arrendamiento. Requerido para desalojar el piso, no lo hizo, por lo que se demanda ante el Juzgado número 3 de Madrid la declaración de nulidad del contrato. Este desestimó la demanda, pero la Audiencia declaró la nulidad pretendida.

No tiene éxito el recurso de casación. La renta fijada en el contrato era de 1.500 pesetas mensuales cuando los gastos trimestrales de la comunidad de propietarios ascendían a 11.000 pesetas, sin que se haya aportado un solo recibo acreditativo del alquiler mensual durante tres años que lo ocupó en unión de su esposa, siendo al fallecimiento de ésta cuando el demandado empezó a pagar la supuesta renta hasta que el dueño le devolvió las cantidades giradas, sin que se opusiera el demandado ni intentara pagar o consignar cantidad alguna ni desalojar el piso. La Sentencia recurrida con base en la prueba de presunciones llega a la conclusión de que el contrato fue simulado, ya que lo consiguió el demandado con engaño diciendo al actor que lo necesitaba para contratar los servicios de luz, agua y gas. Como en el recurso no se denuncia la infracción del artículo 1.249 del Código Civil, atacando los hechos en que la presunción se funda ni la vulneración del artículo 1.253 del mismo Cuerpo legal, se produce el decaimiento del único motivo del recurso en que al acusarse la violación del artículo 1.091 del Código Civil en relación con los artículos 1.256, 1.257, 1.258, 1.281 y 1.282 del mismo, se hace

supuesto de la cuestión debatida en la litis al impugnar la Sentencia dando por sentada la validez del contrato sin tener en cuenta que, incólumes en casación las aseveraciones fácticas de la resolución combatida, tal resolución no podía vulnerar preceptos legales en los que no era dable subsumir el caso que contemplaba.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE LA MISMA POR TRATARSE DE UN ARRENDAMIENTO DE SOLAR, EXCLUIDO DE LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1983).

Se entabla demanda de desahucio por expiración del plazo del arrendamiento de un solar o terreno ante el Juzgado número 4 de Bilbao, que la estimó íntegramente, desestimando la Audiencia la apelación.

Tampoco prospera el recurso de casación. Los documentos que cita el recurrente no tienen el carácter de auténticos, entre ellos el mismo del arrendamiento en que se autoriza al arrendatario para instalar una carpintería mecánica, lo que, según él, lo convierte en arrendamiento de local para el ejercicio de una industria, con la sujeción a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Según el recurrente, la jurisprudencia dice que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son, por lo que, aunque se diga que se arrienda un solar si lo que se arrienda es un pabellón industrial, se está ante un arrendamiento de local de negocio sometido a la legislación especial, pero, aparte de la defectuosa fundamentación procesal de este motivo, al montar su argumentación sobre las bases que son diametralmente opuestas a las sentadas por el Tribunal *a quo*, ya que para éste se trata de un arrendamiento regulado por el Código, mientras el recurrente lo considera integrado en la legislación arrendaticia, se hace supuesto de la cuestión.

DECLARACION DE RENTA.—NO PROCEDE LA PETICION DEL ACTOR YA QUE AUNQUE SE FUNDAMENTE EN EL PAGO DE LO INDEBIDO LA REALIDAD ES QUE SE PRETENDE LA REVISION DE LA RENTA Y, POR TANTO, HA DE QUEDAR SUJETA A LA NORMATIVA ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1983).

En un contrato de 1971 se pactó la revisión de la renta pactada para el año 1976 de acuerdo con los índices ponderados del coste de los artículos de primera necesidad en la provincia. Como consecuencia de la actualización se pagó la renta que señaló el propietario, superando el 90 por 100 de la pactada el aumento, pero después se enteró el arrendatario que los incrementos de renta estaban limitados por imperativo legal, notificando a la propiedad la improcedencia del aumento y como ésta no aceptaba cantidad inferior siguió pagándola para evitar el desahucio por falta de pago. Se presentó demanda en la que se señalaba la renta que se debía pagar según el incremento medio del coste de la vivienda en los dos últimos años y se solicitaba la reducción de la renta y la devolución del exceso pagado indebidamente. El Juzgado estimó la demanda íntegramente, pero la Audiencia revocó la anterior.

No tiene éxito el recurso de casación. El actor basa su recurso en la distinción hecha por la Sentencia de 1.ª Instancia que separaba los contratos existentes al entrar en vigor la Ley actual a los que se refiere el artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y los celebrados con posterioridad, respecto de los cuales existe el principio de libertad de renta. Pero, aun cuando se pretenda apoyar legalmente la acción ejercitada en el pago de lo indebido es lo cierto que se está interesando del Juez, a título de petición, que se declare que la renta es la que se pide o la que corresponda, guardando dicha petición una relación evidente e ineludible con la cláusula de revisión pactada en el contrato, situando el tema dentro del ámbito de los derechos de la legislación arrendaticia y más concretamente en el aumento y reducción de rentas por acuerdo de las partes, previsto en los artículos 97 y 98 de la Ley. El hecho de que las partes puedan convenir la revisión no provoca que haya de quedar su tratamiento jurídico fuera del ámbito de aplicación de la referida normativa. En todo caso se ejercitan dos acciones acumuladas, siendo esencial la de revisión de la Ley de Arrendamientos.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL PLAN ESPECIAL DE PROTECCION Y CONSERVACION DE EDIFICIOS DE INTERES HISTORICO-ARTISTICO DE LA VILLA DE MADRID NO TIENE EL CARACTER DE DOCUMENTO A EFECTOS DE FUNDAR EN EL UN RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1983).

El edificio había sido declarado ruinoso por la Gerencia Municipal de Urbanismo y el propietario pretendía la demolición del mismo. Con base en ello, el Juzgado número 15 de Madrid dictó la resolución del arrendamiento de los dos locales de negocio, estimando, respecto a la vivienda, la excepción de incompetencia de jurisdicción. La Audiencia confirmó la resolución de los locales y revocó la de la vivienda, declarando resuelto igualmente este arrendamiento.

La arrendataria de la vivienda interpuso recurso de revisión con base en el Plan especial de Protección y Conservación de edificios y conjuntos de interés histórico-artístico de la Villa de Madrid, aprobado el 23 de octubre de 1980 por la Comisión de Gobierno del Area Metropolitana, anterior, por tanto, a la Sentencia de la Audiencia, de 21 de diciembre de 1981. Según ella, el Decreto de la Gerencia Municipal de Urbanismo deviene nulo a consecuencia de este Plan Especial, siendo aquel Decreto la base de la Sentencia de la Audiencia.

No prospera la revisión. El Plan citado carece, a los efectos del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del carácter de documento ya que es un acto jurídico-administrativo, que tiene su eficacia con la aprobación y publicación oficial. No se puede hablar de recobrar un documento que haya estado detenido, pues surge cuando se aprueba y publica en el *Boletín Oficial de la Provincia de Madrid* en 31 de octubre de 1980, y el desconocimiento por la parte es inoperante en virtud del principio *ignorantia legis non excusat*. No tiene el carácter de decisivo,

ya que no se refiere a los supuestos de ruina. Por último, había caducado el plazo para interponer el recurso, ya que había transcurrido con exceso el de tres meses, desde el 31 de octubre de 1980.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—EL OBJETO DEL CONTRATO ERA UN POLIDEPORTIVO, EXPLOTADO YA POR SU DUEÑO, POR LO QUE SE TRATABA DE UN ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y NO DE LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1983).

El propietario de un polideportivo, compuesto de restaurante, bar, piscina, pista de tenis, vestuarios y servicios lo arrendó en 1976 denominándole como arrendamiento de local, pero de la descripción de lo arrendado y del inventario anejo, se ve que es clarísimo arrendamiento de industria, pues había sido explotado antes por el propietario, hallándose excluido el contrato de la Ley de Arrendamientos Urbanos y sometido a la legislación común, por lo que no deseando continuar la locación, se entabla demanda de desahucio ante el Juzgado número 2 de Gerona, que la desestimó, revocándose en la Audiencia de Barcelona.

No triunfa el recurso de casación. La Sala llegó a la conclusión de que lo arrendado era un complejo polideportivo ya explotado por su propietario, que podía ser continuado como tal negocio por el arrendatario, adicionándose al contrato un inventario de utensilios y enseres incluidos en la anterior explotación, razonamiento que hace claudicar los tres primeros motivos del recurso. No se cita la norma valorativa de prueba que hubiera sido quebrantada por el Juez, exigencia procesal no cumplida por el recurrente que se limita al examen de determinados medios probatorios sin citar un solo precepto valorativo presuntamente infringido.

DESAHUCIO.—LA INTERPRETACION DE LA CLASE DE ARRENDAMIENTO HA DE HACERSE CONFORME A LA VOLUNTAD BILATERAL DE LAS PARTES, EXCLUYENDO LA MERA VOLUNTAD INTERNA DE UNO DE ELLOS, DEBIENDO JUZGAR LOS TRIBUNALES EN CASO DE DUDA DE UN MODO OBJETIVO, A TENOR DE LAS NORMAS APLICABLES AL TEXTO FIJADO (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1983).

Se arrendó un hostel, que ya funcionaba, por un año, que después se concretó, aumentando dicho plazo y concediendo a los demandados la facultad de prorrogarlo de año en año con un máximo de cinco años, debiendo durar hasta el 31 de diciembre de 1979, en cuyo momento quedó extinguido definitivamente, planteando demanda de desahucio ante el Juzgado número 3 de Burgos, que la estimó, así como la Audiencia Territorial.

El recurso de casación no prospera. El contrato de arrendamiento fue del hostel, que estaba dotado de los elementos necesarios para su explotación inmediata y contaba con las autorizaciones administrativas necesarias y así fue entregado a los arrendatarios, hablando el propio contrato de arrendamiento de industria, calificación que acepta la Sentencia recurrida, que declara la extinción del mismo por el transcurso de las cinco prórrogas anuales. La interpretación ha de atenerse a la voluntad bilateral o común, quedando excluida la voluntad interna de uno de ellos, de modo que la voluntad interna de un contratante no tendrá efecto si por su manifestación o declaración el otro contratante, según los usos y la buena fe entendió cosa distinta, máxime cuando en este caso, las palabras empleadas no dejan duda acerca de la intención de los contratantes, dirección objetiva que conduce a que los Tribunales han de pronunciarse acerca del sentido que ha de darse a los pactos a tenor de las normas aplicables al texto prefijado. A los arrendamientos de industria no les es aplicable la prórroga forzosa de los locales de negocio. No es de aplicar el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que el perjuicio que se ocasione a los arrendatarios es consecuencia de la colisión de intereses entre los contratantes que entran en juego cuando se extingue el vínculo contractual, aparte de que la doctrina del abuso de derecho o fraude de ley se basan en el ejercicio de un derecho con intención de dañar o de eludir el cumplimiento de ciertas normas obligatorias, lo que no puede decirse frente a quien ejercita los derechos derivados de un contrato libremente pactado, con los efectos de los artículos 1.091 y 1.278 del Código.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—LA IMPUGNACION DE LA PRUEBA TESTIFICAL O DE LAS ACTAS NOTARIALES TENIDAS EN CUENTA PARA LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO NO PUEDE FUNDAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION CUANDO AQUELLA SE FUNDO NO SOLO EN ELLAS SINO CONJUNTAMENTE CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA PARA QUE EL JUZGADOR LLEGASE A LA CONCLUSION DE QUE EL LOCAL ESTABA CERRADO AL PUBLICO (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1983).

En 1977 se instó ante el Juzgado número 8 de Madrid demanda por resolución de contrato de arrendamiento basada en cambio de actividad que, según el contrato, era de cacharrería y que, finalmente ha sido un comercio de aparatos de electricidad y electrodomésticos y desde dos años atrás no se ejercía actividad comercial, oponiéndose los demandados y el Juez desestimó la demanda. Apelada la Sentencia, la Audiencia revocó aquélla, basándose en que en las horas normales de apertura el local tenía el rótulo de «cerrado» y las ventas se realizaban enfrente, de lo que desprende que en el citado local ha cesado la relación con el público, recogiendo lo sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo en la Sentencia de 4 de octubre de 1975 que dice

que para que haya cierre en sentido legal no es necesario que cese toda actividad en el local, bastando que ésta tenga carácter accidental o accesorio y la jurisprudencia llega a considerar cerrado el local, aunque se hubieran realizado actividades esporádicas en relación con el público siempre que el acceso de éste no sea la base de su actividad normal. Pero tanto la prueba testifical como las actas notariales han sido hechas cuando salían para comer o para cumplimentar encargos y con familiares del actor. Al entender que tales hechos no eran ciertos y son los que han servido de base a la resolución estima la demandada que existe un fraude y una prueba falsa, es decir, la maquinación fraudulenta que menciona el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, existiendo también una carta en la que la arrendataria notifica a la propiedad su propósito de mantener el local como taller, habiendo aparecido ahora la copia de la misma, por lo que se interpone recurso de revisión, conforme al citado precepto de la Ley Procesal.

Se declara improcedente tal recurso. No es documento decisivo a efecto de revisión el que ha sido tenido en cuenta ya por la Sentencia de instancia sin que su contenido tuviere alcance importante respecto al fallo. En los días en que se constituyó el Notario en horas de apertura, el local estaba cerrado y un cartel indicaba que las ventas se hacían enfrente. La impugnación por razón de parentesco tiene su cauce en la tacha que autorizan los artículos 660 a 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no impiden que el Juez aprecie positivamente el dicho de testigos incurso en tacha legal si adquiere el convencimiento de que el testigo tachado se ha producido verazmente en su declaración. Además, no bastaron las actas y manifestaciones testificales, sino en conjunto con el escaso consumo de energía eléctrica y la baja fiscal en la actividad primitiva. Tampoco la carta tiene carácter decisivo y además es una simple copia no autorizada por persona alguna, que no se acredita que se entregara a su destinatario, pero lo único que acreditaría es que el local pasaba a destinarse a taller y no a la venta al público, es decir, un cambio de destino, pero no que estuviera cerrado al público, como recoge la Sentencia recurrida en los términos ya vistos. Por último, había caducado ya el plazo para interponer el recurso cuando se hizo.

C. R. R.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—A PESAR DE LA DENUNCIA HECHA POR EL ARRENDATARIO, NO HA PROCEDIDO AL DESALOJO DE LA FINCA, POR LO QUE EL DOCUMENTO APORTADO NO ES VERAZ, A EFECTO DE CASACION (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1983).

Se concertó el arrendamiento de una finca por el plazo de un año, transcurrido el cual había de quedar expedita, sin derecho a indemnización ni prórroga de ninguna clase, exceptuándose el contrato de la legislación arrendaticia y rigiéndose por el Código Civil. A pesar de haber

escrito una carta en la que el arrendatario daba por finalizado el contrato, se niega a abandonar la finca, por lo que se formula demanda de desahucio ante el Juzgado de Ayamonte, que la estimó, pero la Audiencia de Sevilla la revocó.

Comenzado el litigio, conforme a las normas del Reglamento de 1959, y concluida la segunda instancia se interpuso recurso de casación conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, construyéndose conforme a la citada Ley y a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. El Tribunal Supremo rechaza el recurso diciendo que, dado el carácter extraordinario de la casación, no es posible su fundamentación alternativa en más de un cuerpo legal, como hace la recurrente, aumentando la confusión al fundar los dos primeros motivos en el Decreto de 1959, de lo cual se prescindió en la preparación e interposición del recurso. El juzgador *a quo* llegó a la conclusión de que lo que se pretendió con el contrato en cuestión fue eludir la aplicación de la legislación arrendaticia, intención que resulta inviable conforme al artículo 1 del Reglamento de 1959, no siendo veraz el documento, referente a la renuncia hecha por el arrendatario, ya que, en contra de lo reflejado por el mismo, está el hecho de que el predio no ha sido desalojado por el colono, con lo cual no cabe estimar una clara e inequívoca renuncia.

REVISION DE RENTA.—LOS PACTOS RELATIVOS A LA RENUNCIA A LA REVISION DE LA RENTA SON NULOS POR SER CONTRARIOS A LA LEY (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1983).

Pos dos contratos de 1971 se arrendaron varias parcelas por la usufructuaria de las mismas, firmando también los nudo propietarios por su posible subrogación en los derechos de aquélla. El plazo fue de seis años, al terminar los cuales, se presenta demanda de desahucio, que se hallaba pendiente de apelación, cuando, teniendo en cuenta lo escaso y desproporcionado de la renta pactada, se interpuso demanda de desahucio ante el Juzgado de Ecija pidiendo una nueva renta, que era fijada conforme al dictamen de un técnico o la que el Juzgado estimase procedente. Este estimó en parte la demanda, fijando una renta inferior a la pedida por la demandante, lo que confirmó íntegramente la Audiencia Territorial.

No prospera el recurso de revisión interpuesto por los arrendatarios, con base en la obligatoriedad de lo pactado por las partes, conforme al artículo 1.258 del Código, que renunciaron a la posible revisión de renta. Pero el recurso es inviable porque la fijación de renta es cuestión de hecho y, por tanto, invariable mientras no se acredite error de hecho, debiendo el juzgador fijar la renta conforme a diversos criterios prescritos en el número 7 del artículo 7 de la Ley de 1935, o sea, la producción normal de los predios, el precio medio de sus productos en el mercado, los gastos de cultivo y explotación, el líquido o riqueza imponible y los usos y costumbres locales, pero, lejos de ello, la revisión se funda en la renuncia hecha a la revisión de renta en el contrato inicial, olvidando que, conforme al artículo 7 de la Ley de 1935 se trata de un derecho irrenunciable a menos que lo fuera después de incorporado al patrimonio

del renunciante sin posibilidad de pacto en contra, según el artículo 1 del propio Reglamento de 1959, por lo que es ociosa la cita del artículo 1.258 del Código Civil, ya que el pacto es contrario a ley y, por tanto, ineficaz conforme al antiguo artículo 4 del Código y ahora el número 3 del artículo 6 y al propio artículo 1.258.

DESAHUCIO.—EL CONVENIO POR EL QUE SE ARRIENDAN LOS PASTOS POR NUEVE MESES DEJO AL CONTRATO FUERA DEL PLAZO DE PRORROGA LEGAL TRIANUAL PREVISTA POR EL REGLAMENTO DE 1959 PROCEDIENDO SOLAMENTE LA RECONDUCCION TACITA POR OTRO PLAZO IGUAL AL PACTADO (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1983).

Se cedieron los pastos sobrantes de una finca durante nueve meses, pero al cumplirse el plazo los arrendatarios continuaron en el aprovechamiento citado, prorrogándose tácitamente el contrato por un plazo igual, pero no habiendo cumplido los arrendatarios con el pago del segundo plazo de la renta, se interpone demanda de desahucio ante el Juzgado de Plasencia, que la estimó, confirmando la Audiencia de Cáceres.

Tampoco tiene éxito la casación por infracción de ley. El convenio por el que las partes cedieron el disfrute de los pastos secundarios de la finca por nueve meses, dejó al contrato fuera del plazo de prórroga legal trianual previsto en el artículo 90 del Reglamento de 1959, pero por aplicación del mismo precepto se da paso a una reconducción tácita por otro lapso de tiempo igual al pactado, es decir, por otros nueve meses y por idéntico precio, trasladando los plazos de pago a las fechas que resulten del nuevo calendario, tácitamente establecido, tesis que por ser la del Juzgado de 1.ª Instancia es obligado mantener.

DESAHUCIO.—AL HABER TRANSCURRIDO CUARENTA AÑOS DESDE EL COMIENZO DEL ARRENDAMIENTO NO CABE NINGUNA PRORROGA MAS DEL MISMO CONTRATO (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1983).

Transcurrido el plazo de once meses que se fijó para el contrato, se interpone demanda de desahucio, no admitiendo el dueño la prórroga por tres años que pretendía el arrendatario, con base en que se trataba de un verdadero arrendamiento pecuario y no del de un aprovechamiento secundario de pastos. El Juzgado admitió la demanda y la Audiencia confirmó la misma doctrina.

Tampoco prospera el recurso de revisión. Cualquiera que fuese la interpretación que se diese al contrato, la prueba testifical aportada por la propia parte demandada, al datar la locación de unos cuarenta años, cuantas prórrogas legales pudieran invocarse estarían notablemente superadas, sin que tal declaración fáctica pueda combatirse por el cauce del error de hecho, careciendo los documentos que se invocan del carácter de auténticos, habiendo sido examinados, interpretados y valorados

en la instancia. Aunque se admitiera que nos hallamos en presencia de un arrendamiento sustancialmente ganadero y le fueran de aplicación los plazos establecidos, al estimarse en la sentencia impugnada que el mismo data de cuarenta años, todos los plazos legales están ampliamente superados.

RETRACTO.—CONFORME A LA LEGISLACION DEROGADA, EL RETRACTO ARRENDATICIO ES PREFERENTE AL DE COLINDANTES Y, AUNQUE LA NUEVA ANTEPONE ESTE A AQUEL, LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES IMPIDE QUE SE PUEDA APLICAR A ESTE CASO (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1983).

Se interpone demanda de retracto dentro de los tres meses desde que se tuvo conocimiento de la venta de la finca arrendada, ante el Juzgado número 2 de Lugo, a pesar de que existía pendiente una demanda de desahucio por precario contra el acto. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia lo confirmó íntegramente.

Mantiene la misma solución el Supremo en la casación. El demandante ha probado su condición de arrendatario y, además de cultivador directo y personal, sin que se pueda pedir una cumplida justificación de su título como presupuesto inexcusable para la admisión de retracto, ya que la legislación arrendaticia se basa en la libertad de forma. Aunque el demandado es propietario de una finca colindante, la sentencia dice que siendo cultivador directo y personal, el derecho de retracto le pertenece al actor, siendo preferente al que asiste al demandado. Si bien en la nueva legislación, el retracto de colindantes se antepone al del colono, el principio de irretroactividad de las leyes del artículo 2 del Código, así como la regla preliminar y la primera de las transitorias del mismo cuerpo legal demuestra el respeto que merecen las situaciones nacidas al amparo de la legislación anterior y la disposición final derogatoria de la Ley de 31 de diciembre de 1980 en manera alguna conlleva la aplicación de sus normas a un pleito iniciado y resuelto en primera instancia durante la aplicación de la Ley de 1935. Respecto al juicio de precario, interpuesto por el demandado, es doctrina de este Tribunal que la compraventa, base del retracto, no anulada antes del ejercicio de éste, no impide la procedencia de la acción. En un litigio sobre retracto no cabe hacer declaraciones en cuanto al derecho de resolución que asista al comprador, cuestión a ventilar en el juicio de mayor cuantía promovido con posterioridad al de retracto y no se puede valorar la pendencia de un proceso como una excepción perentoria impeditiva de una resolución sobre la procedencia del retracto ya entablado cuando el segundo juicio fue promovido

RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE DADA LA SITUACION DE LA FINCA ESTA SE HALLA EXCLUIDA DE LA APLICACION DE LA LEGISLACION ESPECIAL ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1983).

Se interpone demanda de retracto ante el Juzgado de Icod pretendiendo el retracto, a lo que se oponen los herederos del adquirente, alegando que la finca tiene el carácter de urbana. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No triunfa el recurso de revisión entablado por la actora. a finca arrendada, es decir, el trozo de terreno que se describe en el documento privado de 1 de junio de 1971 como «huerto» está dentro de la letra c) del artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, ya que se encuentra inmediato a dos vías asfaltadas, existe en su proximidad una escuela, hay parada de autobuses a veinte metros, linda con la vivienda de los propietarios, tiene aceras, postes para servicio eléctrico y telefónico y carece de entrada independiente a la calle, por lo que su valor es muy superior al que como finca rústica pueda corresponderle, teniendo el carácter de urbana. El documento privado de partición de los bienes al fallecimiento del demandado tiene poco que ver con el valor verdadero del trozo litigioso, lo que lleva a la Sala de instancia a desestimar la pretensión de retracto al no reconocerle al trozo de terreno el carácter de rústico a los efectos de la legislación arrendaticia, sin que ello cuestione ni la naturaleza locativa del contrato de 1971 ni la índole rústica de la finca, pero con todo quedan fuera del campo de aplicación de la legislación especial arrendaticia dado su valor, por lo que no procede la pretensión de adquirirla por vía de retracto.

DESAHUCIO DE APARCERIA.—EXTINGUIDO EL PLAZO PARA QUE EL APARCERO PIDA LA CONVERSION EN ARRENDAMIENTO, PROCEDE EL DESAHUCIO PRETENDIDO POR EL ACTOR (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1983).

Se promueve por el dueño demanda de desahucio contra el aparcero por no estar conforme con el modo de explotar la finca, ante el Juzgado número 1 de Cáceres, que estimó la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, pero la Audiencia de la misma capital revocó la anterior y dio lugar al desahucio.

Se mantiene la misma doctrina por el Tribunal Supremo. Basta para el desahucio que la parte actora designe la finca por su nombre conocido y su referencia a los títulos de propiedad, sin necesidad de expresar la extensión ni los linderos. No puede considerarse la existencia de una sociedad, pues el actor conservó la propiedad exclusiva sin aportarla a otra entidad, adquiriendo el aparcero tan sólo el goce de ella para los fines pecuarios establecidos, existiendo constancia de que el hoy recurrente reconoció ser arrendatario por contrato de 1979, arrendamiento en forma de aparcería a que se refiere el artículo 1.579 del Código Civil

y regulado también en la Ley de 1935 que la caracteriza por la cesión temporal del uso y disfrute de una finca o de alguno de sus aprovechamientos, conviniendo en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a su respectiva aportación que es la relación existente en este caso ajena a la forma de sociedad civil que hubiera exigido poner en común dinero bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias. No existiendo duración fijada en el contrato, el Juez dio a la norma del artículo 49 del Reglamento la única interpretación posible, es decir, la de una rotación de cultivo, pues existía ya en 1979, sin que, ante la oposición a la continuación de parte del propietario, evidenciado, con el requerimiento notarial de 1980 conste que el aparcerero ejercitase la opción que le concede el Reglamento de convertirse en arrendatario, por lo que el plazo debe considerarse extinguido, procediendo la causa de desahucio del apartado 1.º del artículo 47 del Reglamento de 1959.

DESAHUCIO.—PROCEDE EL DESAHUCIO AL SER EL ARRENDAMIENTO GANADERO Y NO TENER EL ARRENDATARIO LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1983).

Ante el Juzgado de Zafra se interpone demanda de desahucio por extinción del plazo y de la prórroga voluntaria convenida. El Juzgado estimó la demanda, confirmando la Audiencia la misma resolución.

No triunfa el recurso de revisión. La Sala de instancia llega a la conclusión de que el arrendamiento es ganadero y el arrendatario no es cultivador directo y personal, ya que posee un obrero fijo, en vista de lo cual se acuerda el desahucio por el transcurso del término legal. La certificación del Presidente de la Cámara Agraria Local, que dice que es cultivador directo, según el informe de la Policía Rural, no se refiere a archivo, libro o registro alguno, por lo que no tiene el carácter de documento y menos de auténtico a los efectos de casación y la otra certificación fue ya tenida en cuenta por la Sala de instancia que dedujo de ella lo contrario que, el recurrente y tampoco puede servir como documento auténtico ni revela equivocación de los juzgadores que tuvieron en cuenta no sólo esta prueba, sino las demás de las que hizo la apreciación conjunta y no pueden impugnarse sus conclusiones a base de una sola de las pruebas que utilizó el Tribunal *a quo*, según declara esta Sala en reiterada jurisprudencia.

C. R. R.

IV. DERECHO DE FAMILIA

REGIMEN MATRIMONIAL CONVENCIONAL: *La determinación del régimen económico conyugal en función de una escritura otorgada dos días antes de la boda, sin declaración expresa del régimen y con aportación de bienes; los frutos de los bienes y su aportación o no a la masa común: BALLESTEROS CONTRA IBÁÑEZ (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1974).*

I. ANTECEDENTES. Por los contadores partidores testamentarios correspondientes se procedió en el año 1968 a otorgar escritura notarial de protocolización de cuaderno particional del causante, padre de los demandados y esposo de la demandante en segundas nupcias. En dicho cuaderno particional se partía de una serie de bases (que aquí se dejan dejan esbozadas, al no tener el texto literal de las mismas) como sigue: el causante había fallecido en 1966 casado en segundas nupcias con la demandante, de cuyo matrimonio no tuvo descendientes, habiendo dejado de su primer matrimonio tres hijos legítimos, que eran los aquí demandados; el causante había fallecido con testamento otorgado en 1954, en el que se nombran herederos a sus tres hijos, se nombran comisarios partidores de la herencia con las más amplias facultades a una serie de señores y se hacen una serie de disposiciones; se efectuaba en el testamento, según se deduce de la *base tercera* (1), una partición por el testador con arreglo a los artículos 1.056 y concordantes del Código Civil; en el testamento había una cláusula *segunda*, cuyo interés es relevante y que se trae aquí literalmente (tomada del escrito de demanda), en la que se dice: «el dinero que el otorgante posea en los bancos, en su casa particular, y donde se encuentre, se repartirá por cuartas partes iguales entre sus dichos hijos y su futura esposa doña 'A', ésta en pleno dominio, con cargo a la legítima por capitalización de usufructo y en lo que exceda, con cargo a la parte de libre disposición»; en la *base cuarta* del cuaderno se aludía a una escritura de capitulaciones matrimoniales de 1954, otorgada dos días antes de las segundas nupcias del causante, y en la *base quinta* se hablaba del régimen de separación de bienes consiguiente a la citada escritura; en la *base séptima* se aludía al negocio de «gestoría administrativa» que había iniciado el causante —y que había sido continuado con sus hijos en forma de «asociación familiar», con una serie de detalles en los que aquí no se entra—; y en la *base doceava* se aludía al inventario de los bienes relictos y se procedía a la división y liquidación del caudal partible.

Los puntos litigiosos que son objeto de la presente controversia se reducen a los siguientes:

○ En cuanto a la *parte actora*: se tramita esta demanda como impugnación de cuaderno particional y otros extremos relacionados con el

(1) Al no reseñar el testamento, las cláusulas del mismo no las conocemos. Había, al parecer, una cláusula primera, de atribución de la empresa de gestión administrativa a dos de los hijos. Así se desprende de la formulación del *motivo octavo* del Recurso de Casación, al que me remito.

mismo; en cuanto al régimen económico matrimonial se discute la base *tercera* del cuaderno particional, considerando que la escritura de 1954 que se dice allí que es de capitulaciones, no lleva ningún nombre dado por el Notario y se trata de una simple *acta* de inventario de bienes, por lo que, en la tesis de la actora, no habiéndose estipulado régimen matrimonial, el régimen legal supletorio debe ser el de gananciales; en cuanto a negocio de gestoría a que se alude en la base *séptima*, es un negocio falso, simulado y nulo de pleno derecho, por ser un contrato privado que no puede contener ninguna sociedad de cuentas en partición; en cuanto al caudal partible, para la parte actora había que partir de la cantidad de ocho millones ochocientas mil pesetas, de la que debía deducirse ochocientas mil pesetas *aportadas* por el causante en la escritura llamada de capitulaciones, de forma que quedaba un caudal partible de ocho millones cuarenta mil pesetas, de cuya mitad la actora debía tener parte en cuanto a su mitad de gananciales; en cuanto a la intervención en la liquidación de la sociedad conyugal, se decía que no había intervenido en la misma y que los contadores partidores habían intervenido sin su aquiescencia.

O Por lo que se refiere a *los demandados*, en orden a dichos puntos se sustentaban las siguientes ideas: la demanda venía a ser un proceso de oposición al cuaderno particional, en la que se vertían una serie de mezcla de acciones que entre sí eran incompatibles y que venía a ser una repetición o reproducción del *incidente* que se había presentado durante el desarrollo de la testamentaria en orden al cometido de los contadores partidores, *incidente resuelto por auto del Juzgado de Primera Instancia pertinente en 1968*, antes de aprobarse el cuaderno; en orden al régimen económico matrimonial, se partía de la escritura de 1954, considerándola como de capitulaciones, y, en consecuencia, se entendía que el régimen económico matrimonial era el de separación de bienes, lo que fundamentalmente tenía su traducción en el punto relativo a la gestoría; en orden al negocio de gestoría, se entendía que había sido una materia o negocio específica y expresamente retenida y separada por el causante en la escritura de capitulaciones, había sido objeto de un documento privado que había firmado precisamente la parte demandante junto con su entonces esposo y toda la familia, que había sido objeto de desarrollo en forma de «sociedad civil particular» y que había sido elevado a escritura pública en 1963; en cuanto a las disposiciones del testamento, se partía de que la esposa había sido considerada una heredera más al hacer la distribución del caudal en metálico, como había sido *confesado* expresamente por la parte actora en el juicio de testamentaria; en orden a la liquidación, se entendía que el cuaderno particional estaba bien hecho por los contadores partidores, que expresamente tenían la facultad de interpretar y llevar a último término la voluntad del testador.

II. *LA DEMANDA* termina con la *súplica* de que se dicte sentencia en los siguientes términos: Primero) Que se declare que la escritura de 1954 no es de capitulaciones, sino un acta de inventario de bienes aportados al matrimonio por cada futuro cónyuge. Segundo) Que se declare que el régimen económico del matrimonio fue el de gananciales y no el de separación de bienes. Tercero) Que se declare que todos los bienes

que figuran en el inventario del cuaderno particional impugnado son bienes gananciales. Cuarto) Que se declare corresponden a la viuda la mitad de los bienes gananciales inventariados en el cuaderno particional de referencia. Quinto) Que se declare que la actora no intervino en la liquidación de la sociedad de gananciales. Sexto) Que se declare que los bienes inventariados fueron valorados arbitrariamente, no respondiendo la valoración dada al valor real de los mismos. Séptimo) Que se declare que los contadores partidores testamentarios no estaban facultados para liquidar la supuesta sociedad de cuentas en participación, ni para incluirla en el cuaderno particional, lo que determina la nulidad de la partición por ellos practicada. Octavo) Que se declare la nulidad del apartado 'C' de la disposición segunda del testamento del causante de 1954 (antes, reseñada), ya que la mitad del dinero a que se alude en esta cláusula son bienes gananciales. Noveno) Que se declare nula la cláusula tercera del testamento, que prohíbe la intervención judicial en la testamentaria. Décimo) Que se declare que, al no haber habido acuerdo ni mandato judicial para el pago de la cuota viudal, todos los bienes de la herencia están afectos al pago del usufructo de la viuda. Undécimo) Se declare la nulidad y rescisión de las operaciones particionales por los contadores partidores, alcanzando la rescisión a todas las partes del cuaderno. Duodécimo) Se declare nulo y sin efecto el cuaderno particional, porque los contadores actuaron una vez transcurrido el plazo de un año prescrito por la Ley. Décimotercero) Se declare simulado y nulo el contrato llamado de cuentas en participación, relativo a la gestoría. Décimocuarto) Que, de acuerdo con las bases precedentes de la demanda, se declare que se proceda en ejecución de sentencia a las operaciones particionales de la herencia del causante. Décimoquinto) Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Décimosexto) Se condene a los demandados al pago de las costas por temeridad y mala fe.

III. *Por LA PARTE DEMANDADA se contesta a la demanda y se termina con la súplica de que se dicte sentencia por la que:* Primero) Estimando las excepciones de incompatibilidad de acciones, dolo procesal y falta de lealtad procesal, imprecisión o inexistencia práctica de pedimentos, y prescripción, y demás excepciones de oposición a la demanda, desestimar ésta, no dando lugar a ella, absolviendo a los demandados. Segundo) Por vía reconventional: A) Declarar que la partición de herencia del causante, contenida en el cuaderno particional protocolizado ante Notario por los contadores testamentarios, es perfectamente válida; B) Declarar que los bienes inventariados y partidos en el cuaderno eran privativos del causante conforme a la base quinta de dicho cuaderno. Tercero) Condenar a la actora al pago de todas las costas del procedimiento.

IV. *SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.* El Juzgado dicta sentencia en 1972, cuyo Fallo dice: 'Que, aceptando la excepción procesal de imprecisión e inexistencia práctica de pedimentos, equivalente a defecto legal en el modo de proponerle la demanda, y sin entrar en el fondo del asunto, debo absolver y absuelvo de la demanda a los demandados, sin entrar tampoco en examen de las cuestiones de fondo planteadas por la

reconvención deducida por los demandados, habida cuenta de la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal que deriva de los defectos formales de la demanda inicial; *sin* condena en costas.

V. **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL.** La Sala parte de estas *consideraciones* (2): «Deducidas a través de la prueba del juicio y de la interpretación del contrato entre las partes que precedió al matrimonio en 1954 dos días antes de la boda, deben sentarse las siguientes *afirmaciones*: Primero, que dicha escritura tiene el carácter de capitulaciones matrimoniales; segundo, que los bienes que en ella se reseñan como de la propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges son 'retenidos' por sus respectivas propietarios; tercero, que de los términos de la mencionada escritura se deduce de forma indudable la 'declaración expresa' de que habla el artículo 1.432 del Código Civil de que el régimen matrimonial económico pactado es el de separación de bienes; conclusión a la que llega la Instancia, no obstante no mencionarse en la escritura la palabra 'separación', del conjunto de sus estipulaciones y de los actos anteriores y posteriores llevados a cabo por cada contratante, incluso de los de la actora, que siempre hizo suyos, sin traerlos a una masa común, los frutos de aquéllos reseñados como de su pertenencia, en el aludido contrato».

La Sentencia de la Audiencia, dictada en 1973, tiene el siguiente *Fallo*: que, *revocando* la sentencia apelada, *en cuanto se abstiene de entrar en el fondo del asunto*, aceptando la excepción de imprecisión o inexistencia práctica de pedimentos, *debemos desestimar y desestimamos íntegramente* todos los pedimentos de la demanda, absolviendo a los demandados, y *dando lugar a la reconvención* formulada por éstos, *declarar y declaramos que la partición* de la herencia contenida en el cuaderno particional protocolizado en escritura de 1968 por los contadores partidores *es perfectamente válida* y que los bienes en ella inventariados eran privativos del causante conforme a la base quinta del cuaderno. Sin condena en costas ambas instancias.

VI. **RECURSO DE CASACION.** La *demandante* interpone recurso de casación por infracción de Ley, en base a una serie variada de motivos, muchos de ellos reiterativos, que se extractan seguidamente:

1.º Por error de Derecho e incorrecta aplicación del artículo 1.315 del Código Civil, basado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entiende que las capitulaciones matrimoniales no son más que «un contrato de bienes con ocasión del matrimonio», sin que la mera denominación o calificación permita prejuzgar *a priori* y con independencia de su contenido el régimen económico por el que se rige el matrimonio; que las capitulaciones pueden incluso determinar como régimen matrimonial aplicable el que la Ley prevé como supletorio, es decir, que las capitulaciones no dejan por ello de tener tal carácter; que resulta evidente que la aplicación del artículo 1.315 del Código Civil, aun existiendo capitulaciones, no puede presuponer en modo

(2) Estas consideraciones se extraen del *Considerando segundo* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

alguno que el régimen económico matrimonial, con exclusión del ganancial, deba ser de separación absoluta de bienes.

2.º Basado en el número séptimo del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de Derecho en la aplicación de doctrina legal. Que la sentencia recurrida, tras entender que el contrato de 1954 es de capitulaciones matrimoniales, deduce que ello impide someter el régimen patrimonial de este matrimonio al subsidiario de la sociedad de gananciales; que el citado contrato de 1954 en ningún momento establece un régimen matrimonial distinto del ganancial, sino que se retienen determinados bienes propios antes de contraer matrimonio como privativos, y en modo alguno se especifica la existencia de un régimen de separación absoluta ni que los frutos se sustraigan de los gananciales; en ningún momento se consigna régimen distinto de gananciales, el cual evidentemente será de aplicación en lo no regulado por dicho documento. Se citan infringidas Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1916, 1 de julio de 1955, 19 de junio de 1943 y 14 de mayo de 1929. Pone de manifiesto que en la estipulación *primera* de dicho contrato de 1954 el causante «aporta determinados bienes para retenerlos como suyos».

3.º Basado en el número primero del artículo 1.692 de la LEC, por inaplicación del artículo 1.432 del Código Civil. Este artículo supone que los interesados pueden, en capitulaciones, no hacer una declaración expresa de separación absoluta de bienes, única situación que permitiría entender como privativos los frutos obtenidos, y taxativamente expresa que «la separación no puede tener lugar más que en virtud de providencia judicial». No hay declaración en dicho documento ni mención expresa de separación de bienes, y no concurriendo en el matrimonio ninguna de las prohibiciones del artículo 45 del Código Civil (entonces vigente) o, lo que es lo mismo, no siéndole de aplicación la separación de bienes por sanción del artículo 50, número primero (redacción anterior), resulta evidente que en el matrimonio el régimen económico era el de gananciales y que *los frutos* de los bienes privativos eran gananciales; que ninguna interpretación puede conducir a resultado distinto, sin conculcar el citado precepto, que se cita infringido.

4.º Basado en el número primero del artículo 1.692 de la LEC, por inaplicación del artículo 1.401 del Código Civil, que establece que los frutos, rentas, intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes incluso de los bienes peculiares de cada cónyuge, son gananciales, por lo que resulta inevitable deducir que, no habiéndose expresamente escogido el régimen de separación, sin (3) aportar determinados bienes como propios —los cuales, si devengan unos frutos serán gananciales—, resulta evidente que el cuaderno particional no puede ignorar impunemente la existencia ni el carácter ganancial de los mismos. La existencia de bienes privativos en el peculio de cada cónyuge en nada altera la realidad y existencia de unos frutos gananciales, los cuales inexcusablemente debieron ser tenidos en cuenta en el cuaderno particional impugnado.

5.º Basado en el número primero del 1.692 de la LEC, por inaplicación del artículo 1.407 del Código Civil, en orden a los bienes gananciales. Privativamente pertenecen a los cónyuges los bienes enumerados en el

(3) En el texto de la Sentencia se lee aquí *sin*, aunque creo debe entenderse más bien *sino*.

contrato matrimonial, pero los no reseñados, los no retenidos como propios, tienen el carácter de gananciales por imperio de la ley; ley que ha sido desconocida por la Sentencia. Tampoco la declaración testamentaria de inexistencia de gananciales obliga al supérstite, ni a ella han de atenderse los albaceas, pues por encima de la intención de las partes, si ésta ha tomado forma, constante ya el matrimonio, puede alterar el régimen económico matrimonial y la existencia de bienes gananciales (sic) (4). No sólo el contenido literal de dicho contrato, sino la intención manifestada claramente por las partes, asevera que los bienes retenidos como propios no son gananciales, pero los no retenidos, los no aportados como propios a los efectos del artículo 1.407 del Código Civil, tendrán la consideración de gananciales. La presunción legal de dicho artículo, aceptada y reafirmada por las partes, no puede ser desvirtuada por la conducta posterior de los mismos y menos de una sola parte contratante.

6.º Basado en el número séptimo del artículo 1.692 de la LEC, por error de derecho en la apreciación de la prueba e incorrecta aplicación de los artículos 1.315, 1.380, 1.401, 1.407 y 1.432 del Código Civil, que resulta de documento auténtico reconocido por las partes otorgado ante Notario. De la aplicación de dichos artículos citados, habida cuenta de la escritura de contrato matrimonial, existiendo un contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio en que se aportan bienes como privativos, sin que se excluya en momento alguno el régimen de gananciales, más aún, sin que se determine expresamente régimen distinto al supletorio mucho menos el de separación absoluta, sin darse las reglas precisas para la realidad existente de determinado régimen económico matrimonial, al estimar la sentencia recurrida que el citado documento auténtico revela todo lo contrario a lo estipulado en los artículos citados del Código Civil; en abierta contradicción con lo expresado en dicho documento, por ello es impugnabile.

7.º Basado en el número primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación de los artículos 667, 673 y 675 del Código Civil. De la lectura del testamento del causante, otorgado ante Notario al día siguiente del contrato matrimonial citado, se aprecia claramente en el apartado 'C' de la disposición *primera* que disponiendo que el dinero se reparta en cuartas partes iguales, en ningún momento indica que todo el dinero y demás bienes muebles del matrimonio sean de su propiedad particular. Aplicando los artículos citados, y no cabiendo más interpretación que la literal, no pudiendo el testador dar más bienes de los que le son propios, y teniendo en cuenta que en modo alguno el testamento puede alterar el régimen económico matrimonial pactado en escritura, es por lo que sin duda alguna el dinero de su propiedad tan sólo puede ser el ganancial o en otro caso sería nula dicha cláusula por incumplir los artículos citados.

8.º Basado en el número séptimo del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incorrecta aplicación de los artículos 346, 347 y 675 del Código Civil, y consiguiente error de derecho por inaplicación (sic) al documento auténtico reconocido por ambas partes por el que el causante otorgó testamento. En el apartado 'B' de la cláusula *primera* del testamento

(4) No queda muy claro el argumento del recurso, pero así viene consignado en el *Relato* efectuado por el Ponente.

se lee que «el negocio de gestoría administrativa que el testador tiene en esta ciudad... lo atribuye en la totalidad de su empresa con su local y mobiliario, coyunturas, clientela, etc., a sus dos hijos, don José y don Carlos, por partes iguales». En modo alguno el testamento afecta a los rendimientos obtenidos en dicho negocio durante los muchos años que vivió el testador, los cuales no se mencionan en dicha disposición testamentaria que los silencia por completo, pues, en definitiva, los frutos 'civiles' como los de cualquier profesión sólo en un régimen de separación absoluta pueden ser sustraídos a la sociedad de gananciales. No siendo el matrimonio expresamente regido por el régimen de separación absoluta, tales rendimientos tienen carácter ganancial y no puede desvirtuarse el sentido literal del testamento ni ser base de interpretación que permita atribuir al matrimonio un régimen distinto del de gananciales.

9.º En base al número primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación de la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo interpretando el artículo 1.407 del Código Civil. La interpretación del testamento del causante no puede conducir a distinto resultado, salvo prueba fehaciente en contrario, de la obtenida del tenor literal del contrato de capitulaciones, por cuanto éstas no pueden ser variadas por la voluntad de ambas partes y menos por una sola de ellas. Así lo declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de octubre de 1890. Incluso la declaración en testamento de «que no hubo gananciales en el matrimonio» no obliga al sobreviviente, ni a ella han de atenerse los albaceas. Menos, pues, en este caso, en que en el testamento correctamente interpretado nada se dice que desvirtúe el carácter ganancial de los bienes no privativos y de los frutos de estos últimos, sino que *tan sólo dispone el testador respecto de los bienes que le son propios sin indicar el carácter de los mismos*.

10.º Basada en el número primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación de los artículos 4, 1.262, 1.265, 1.275, 1.300, 1.303, y 1.307 del Código Civil. Es de inexcusable observancia la concurrencia en todo contrato de los requisitos de consentimiento y causa; «la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita». «No producen efecto alguno los contratos y actos con causa ilícita», siendo ésta reputada como tal cuando se opone a las leyes o a la moral; quedando afecto el contrato impugnado de nulidad absoluta; y siendo así que el denominado contrato de 'cuentas en participación' de 1963 concertado entre familiares es defraudatorio de los derechos hereditarios de la viuda, la mera aplicación de los artículos invocados hace obvia su nulidad, por ser contrato simulado.

11.º Basado en el número primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación de los artículos 1.056, 1.057, 1.061, 1.063, 1.074, 1.075, 1.077 y 1.079, todos del Código Civil, y 838 y 839 del propio Código, además de la interpretación errónea y aplicación indebida de la doctrina legal del Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de mayo de 1933 y 22 de junio de 1948. No sólo se ignoran los derechos del cónyuge viudo en el cuaderno particional impugnado, sino que, aunque el Código no trata específicamente sobre la nulidad de las particiones, se entienden aplicados los principios generales sobre nulidad de los negocios jurídicos, y espe-

cialmente de los negocios *inter vivos* contractuales. Habla de la inexistencia de los negocios simulados, más tratándose de partición hereditaria formalizada por contador partidor testamentario si éste no se adapta a lo mandado por el testador. Habla del artículo 1.075 y de la rescisión de las particiones otorgadas por comisarios, siempre que aparezca la voluntad del testador en el sentido de que fue otra, como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933. Comenta el artículo 4 del Código Civil y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1948. No puede admitirse la *liquidación* de la 'sociedad particular' pretendida existente en orden a la gestoría administrativa entre el causante y sus dos hijos varones dentro de las operaciones particionales, y en claro detrimento de los derechos del cónyuge supérstite. Aplicando los artículos invocados en este motivo, si a todo ello se añade la detracción efectuada a los derechos hereditarios de la recurrente con plena ignorancia de su participación y de su propiedad sobre los gananciales, debe por fuerza estimarse el presente motivo.

VII. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.** El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don ANTONIO CANTOS GUERRERO, establece la siguiente doctrina en los Considerandos:

PRIMERO. Que, como acertadamente dice la *Instancia*, «Toda la problemática del pleito gira en torno a la *determinación de si las segundas nupcias del causante* cuyo testamento y partición de bienes se impugna, con la actora en este juicio, fueron contraídas bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes o si lo fueron bajo el régimen de gananciales», que es la pretensión esgrimida por la actora. *Esa misma cuestión es la misma propuesta* a través de los numerosos y reiterativos motivos de este recurso; es, por tanto, indispensable para enjuiciarlos, primero, concretar los hechos que sobre el particular sienta la instancia, y luego, estudiar si deben o no ser modificados por las vías utilizadas en el recurso, que son, por una parte, las del error del hecho, y, por otra, la de interpretación errónea del contrato entre partes que precedió al matrimonio dos días antes de la boda otorgado en 1954.

SEGUNDO. Son afirmaciones de la instancia... (5).

TERCERO. Que las afirmaciones de la instancia reseñadas bajo el tercero de los apartados precedentes son combatidas en el recurso primeramente a través de los motivos segundo, sexto y octavo..., alegando... (6). Ninguno de ellos puede prosperar, aparte de por su deficiente formulación, la cual por sí sola es suficiente para la desestimación, porque, si por amparar en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quiere interpretar que se refiere al concepto, no expresado, del error de derecho por interpretación errónea de preceptos valorativos de prueba, tampoco podrían estimarse, ya que no tienen tal carácter valorativo, ni el precedente jurisprudencial que se cita en el primero, ni ninguno de los numerosos preceptos sustantivos que se citan en los otros dos.

(5) Estas afirmaciones han sido anteriormente expuestas en el apartado V, relativo a la Sentencia de la Audiencia Territorial.

(6) Resume aquí el Ponente la cita de las disposiciones infringidas y el concepto en que lo fueron: véase en cada motivo, anteriormente, en ep. VI.

CUARTO. Que TAMBIEN SON COMBATIDAS, EN SEGUNDO LUGAR, las afirmaciones de la instancia por la vía de la *interpretación errónea del contrato base...* en los motivos *primero, séptimo, décimo y undécimo*, alegando... (7). Y ninguno de los cuales merece ser estimado: en primer lugar, porque ninguno de los numerosos artículos mencionados se refieren a *interpretación de los actos o contratos*, sino que parte de que el juzgador se equivocó al calificarlos y trata de deducir sus consecuencias, lo que por sí solo los hace *inviabiles*; pero es que, *además*, aunque lo fueran, es conocida la doctrina de esta Sala, recogida entre otras en las Sentencias de 21 de junio y 9 y 12 de noviembre de 1971, según la cual ha de estimarse como definitiva la interpretación que dé la Instancia a los actos y contratos sobre los que verse el juicio, siempre que no sea absurda o desproporcionada, lo que en manera alguna ocurre en este caso, en el que la Instancia fundamenta su juicio estimativo en los propios términos del contrato y en los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su otorgamiento.

QUINTO. Que fijados ya definitivamente los hechos que como probados da la Instancia y las afirmaciones que a través de la interpretación del contrato y en los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su otorgamiento por la actora con el causante de los demandados lo fue bajo el régimen de separación de bienes, caen por su base, ante la carencia de sustentación fáctica, los restantes motivos del recurso, o sea, tercero, cuarto, quinto y noveno... en los que respectivamente se alega... (8).

SEXTO. Que, no siendo conformes las Sentencias de primera y segunda instancia, no estaba obligada la parte recurrente a constituir el depósito a que se refiere el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, como no obstante, lo constituyó, *ad cautelam*, procede su devolución.

FALLO: No ha lugar al recurso.

COMENTARIOS

1. Ideas previas

Presenta este supuesto de hecho resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo algunas particularidades notables dignas de un detenido estudio que aquí no procede, limitándome a apuntar unas breves notas en torno a los puntos que entiendo principales. Pueden ser estos puntos los relativos al contrato centrado en el negocio de gestoría administrativa, al destino de los frutos de los bienes de cada cónyuge, y a la escritura de 1954 determinadora del régimen económico-matrimonial aplicable a los cónyuges (la actora y su difunto esposo).

Las reflexiones en torno a alguno de los puntos aludidos van a tener distinta extensión, habida cuenta de la incidencia de la abundancia de comentarios doctrinales sobre ellos, o de su hipovaluación, en su caso.

(7) El Ponente resume aquí los motivos citados en forma similar a la expuesta precedentemente.

(8) El Ponente resume dichos motivos en forma similar a la expuesta precedentemente.

2. El punto relativo al negocio de gestoría administrativa

Al examinar los puntos litigiosos se hacía referencia a la distinta posición de las partes en torno a este punto: *para la actora*, al documentarse el negocio de gestoría mediante documento privado, éste resulta en su tesis ser nulo por falso y simulado y porque no es posible que un tal documento contenga una modalidad de 'cuentas en participación'; *para los demandados*, el punto era bien pacífico, dado que tal contrato había sido firmado voluntaria y expresamente por el padre causante, su propia segunda esposa —aquí demandante— y los hijos del primer matrimonio —demandados—, había sido posteriormente objeto de especial desarrollo como «sociedad civil particular» y luego elevado a documento público en escritura al efecto otorgada en 1963.

Una vez procedido por las partes al otorgamiento de la escritura pública documentando el contrato referido a la gestoría, parece ya innecesario entrar en examen de situaciones *anteriores* a la escritura, dado que la situación jurídica a partir de 1963 es la derivada de dicho contrato escriturado, produciéndose lo que la técnica italiana ha denominado una 'fijación' —*accertamento*— del negocio con los efectos preclusivos pertinentes (9).

En cuanto a la posibilidad de que *la sociedad civil* resulte ser el vehículo formal adecuado para documentar un negocio de gestoría administrativa, no parecen existir inconvenientes de tipo dogmático jurídico, ni de tipo institucional. Parece procedente en este lugar una remisión a los comentarios de nuestra doctrina en torno al tema de la sociedad civil (10), y, de entre ellos, los epígrafes correspondientes a las aportaciones (Objeto de la sociedad), régimen jurídico, etc., de la obra de F. CAPILLA RNCERO (11).

Finalmente, no cabe despachar sin más este punto sin una alusión, aunque somera, a la posible existencia *subyacente* de un tipo moderno de las antiguas sociedades o comunidades 'familiares —apenas estudiadas entre nosotros— dentro de este vehículo formal de 'sociedad civil' (12).

3. El punto relativo al destino de los frutos de los bienes de cada cónyuge

En la época en que otorgó la escritura de 1954, durante el pleito y hasta la Sentencia del Tribunal Supremo era aplicable al punto de los *frutos* de los bienes de cada cónyuge el sistema vigente en el Código Civil en su redacción de 1889, o sea, artículo 1.401, 3.º, a cuyo tenor «Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio,

(9) Véase A. FALZEA, voz «Accertamento», en la obra *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Editorial Giuffrè, Milano, 2.ª ed., 1978, págs. 3 y ss.

(10) Véase A. GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho Civil (Contratos en especial)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, págs. 338 y ss., especialmente 344 y ss.; GARRIDO PALMA: «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», RDP, 1972, págs. 759 y ss. Últimamente, CAPILLA RNCERO: «La sociedad civil», en *Studia Albornotiana*, XXXIX, Bolonia-Zaragoza, 1984.

(11) Véase *op. cit.*, págs. 72 y ss., 91 y ss. y 285 y ss.

(12) En la doctrina española, véase por todos, HINOJOSA: «La comunidad doméstica en España durante la Edad Media», en *Obras* (Estudios de Investigación), tomo II, Ed. INEJ, Madrid, 1955, páginas 331 y ss. En la doctrina italiana véase FUMAGALLI: *Il diritto di fraterna nella giurisprudenza da Accursio alla Codificazione*, Torino, 1912; VERGA: *Le comunioni tacite familiari*, Padova, 1930; y últimamente, PARADISO: *La comunità familiare*, Milano, 1984.

procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges» *son bienes gananciales* (13).

En una interpretación *literal* del precepto, combinada con la derivada del *antiguo artículo 1.407 del Código Civil*, ajustada al supuesto litigioso, la parte actora consideraba que —aun admitiendo la posible *exclusión* de determinados bienes peculiares o privativos de cada cónyuge en el momento de las aportaciones en la escritura de 1954 previa al segundo matrimonio del causante— *la existencia* de tales bienes privativos *excluidos* de la aportación a la masa común era *una cosa*, en tanto que *otra cosa* distinta era la realidad y existencia de unos *frutos* de esos bienes que inexcusablemente tenían el carácter de 'gananciales'. Esta era la argumentación del *motivo 4.º* del recurso, combinada con la de los *motivos 3.º, 4.º y 5.º*. Argumentación *formalmente* correcta, pero *materialmente* no correspondiente a la realidad práctica del segundo matrimonio, como se había derivado obviamente del conjunto de las pruebas practicadas que demostraban que «ninguno de los cónyuges había llevado o aportado a la masa común los frutos de sus bienes respectivos». De ahí que la sentencia rechaza estos motivos *en su considerando 5.º*, enmarcando el tema bajo el aspecto *formal* al derivarlo de la afirmación *fáctica* de que 'el matrimonio fue contraído bajo el régimen de separación de bienes'.

La doctrina más autorizada suele aludir de pasada a esta Sentencia que aquí se comenta, enmarcándola *dentro* del régimen de separación de bienes (14) y precisa con exactitud (LACRUZ BERDEJO) que *para pactar* la separación de bienes «no es preciso que se mencione en la escritura de capitulaciones la palabra 'separación', bastando que la intención de los contratantes se deduzca del conjunto de las estipulaciones y de los actos anteriores y posteriores de aquéllos (*en el caso*, no habían llevado nunca los cónyuges a la masa común los frutos de sus bienes)» (15). Esta es la verdadera *ratio decidendi* del litigio, ya que el Ponente —tras la fijación de los *hechos* en el considerando 1.º— confirma la posición de la Audiencia en torno a *la interpretación del contrato contenido* en la escritura de 1954 *en el considerando 4.º*, al fundamentar la decisión en «los propios términos del contrato y en los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su otorgamiento».

Aunque sea importante este punto relativo al destino de los frutos de los bienes de cada cónyuge dentro del contexto del presente supuesto de hecho, y aunque la verdadera *ratio decidendi* obedezca al *substratum fáctico* que había operado en las relaciones entre los cónyuges en segundas nupcias y aun después con los hijos del difunto esposo, no es, a mi juicio, el tema fundamental del presente litigio. Este tema esencial es el del punto siguiente antes citado, que paso a exponer sumariamente.

(13) Sobre el tema, véase CASTÁN TOBEÑAS (rev. CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO): *Derecho Civil, común y foral*, tomo V, vol. 1.º, 9.ª ed., Madrid, 1976, págs. 360 y ss.; LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia*, tomo I, 3.ª ed., Barcelona, 1978, pág. 231.

(14) Véase CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, 10.ª ed., Madrid, 1983, págs. 391 y ss., en especial pág. 489; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, págs. 519 y ss., Barcelona, 1983.

(15) Véase LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 519: subrayado mío (J. C. G.). Por su parte, en CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 489, se añade que la doctrina de esta sentencia «cabe reputarla vigente después de la reforma del Código Civil» (se refiere a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que reforma el Título III del Libro IV relativo al Régimen Económico Matrimonial).

4. *El punto relativo a la escritura de 1954 previa a las segundas nupcias, en relación con el régimen económico-matrimonial aplicable al matrimonio entre la actora y su difunto esposo*

Antes se ha presentado en esbozo la discordancia sobre este punto entre ambas partes en este litigio: para la segunda esposa del difunto —la *actora*—, la referida escritura no lleva ningún nombre dado por el Notario (sic), no es más que una simple *acta* de inventario de bienes, y en dicho documento no se estipulaba régimen matrimonial alguno y, consecuentemente, el régimen legal *supletorio* no puede ser más que el de gananciales; para los hijos del difunto, aquí los *demandados*, en cambio, la escritura de 1954 era de 'capitulaciones', el negocio de 'gestoría administrativa' había sido expresamente *excluido* de las aportaciones de bienes privativos en aquel documento notarial y, por obvia consecuencia, el régimen matrimonial era el de separación de bienes.

El desarrollo por parte de la actora de sus argumentaciones se había efectuado ampliamente y por *vías* diferentes en varios de los *motivos* del recurso de casación, en especial en los números 1.º, 2.º, 3.º, 6.º y 9.º. Dichas argumentaciones son rechazadas por el Ponente de varia forma: en cuanto a los argumentos de tipo *formal*, declara inviables los motivos 2.º y 6.º en el *considerando* 3.º y los del motivo 1.º del *considerando* 4.º, en base a la razón esencial de que contradicen los hechos y las afirmaciones de la Instancia; y en cuanto a los de tipo *material o sustantivo*, rechaza también los de los motivos 3.º y 9.º en el *considerando* 5.º, por la misma razón básica de carecer todos ellos de sustentación fáctica.

Parece procedente en este lugar, antes de entrar de lleno en el examen de este punto del litigio elegido para su comentario, la consideración preliminar personal de lo lamentable de la presentación esquemática en la exposición de hechos efectuada en esta Sentencia. A pesar de tantas argumentaciones y páginas empleadas, por ninguna parte aparece reproducido ni sumariamente lo principal del pleito: *la escritura de 1954 previa al matrimonio*. De haberla tenido a la vista, quizá el intérprete tendría mayores elementos de juicio a la hora de emitir un breve comentario. En defecto de ella, hemos de contentarnos con las referencias desperdigadas aquí y allá a lo largo de la Sentencia y con las alusiones del Ponente. A la vista de todo ello, entiendo de toda lógica la operación *previa* elegida por el Ponente para encabezar sus reflexiones en orden a las argumentaciones del litigio, y así en el *considerando* 1.º inicia tal reflexión suscribiendo las afirmaciones de la Sala de Instancia de que «Toda la problemática del pleito gira en torno a *la determinación* de si las... nupcias... fueron contraídas bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes o si lo fueron bajo el régimen de gananciales». Para ello atiende preferentemente a los hechos probados y a las afirmaciones no desvirtuadas de la Sala de Instancia, que son en *última instancia* los que deciden el presente litigio.

A mi modo de ver, la resolución del litigio por el Ponente está efectuada en razón de consideraciones de tipo *formal*, o mejor, *fáctico*, lo que podría bien encajar de lleno dentro de un perfil *estructural* o derivado de la presentación de los hechos probados y de las afirmaciones no desvirtuadas de la Sala de Instancia. Lo que no aparece por ninguna

parte es una consideración *sustantiva* de cómo se llegaba a tales hechos y afirmaciones, lo que muy bien pudiera encajar dentro de una dimensión *dinámica* o funcional del contrato celebrado en 1954: tan sólo la referencia escueta en el *considerando* 4.º en orden a «la interpretación que da la Instancia a los actos y contratos sobre los que versa el juicio», interpretación no absurda ni desproporcionada y *fundamentada* «en los propios términos del contrato y en los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su otorgamiento». Ahora bien, todo ello en alusiones y sin un desarrollo argumentativo especial.

En mi opinión, el punto aquí examinado y resuelto en la forma dicha por el Ponente es el más importante del presente litigio y hasta la fecha casi huérfano de tratamiento por doctrina y jurisprudencia. Se trata, en suma, no del aspecto aparente de la *determinación* del régimen económico-matrimonial aplicable a un matrimonio contraído en las circunstancias de las del litigio, sino del problema subyacente de la *integración* de una escritura de capitulaciones matrimoniales. Hecha esta precisión preliminar, parece oportuno analizar algunos de los problemas que se presentaron por la parte actora en torno a la citada escritura de 1954, atinentes a cuestiones como las de: 1) denominación de la escritura; 2) posible mutabilidad de los capítulos en base a un testamento posterior de uno de los cónyuges; 3) aplicación combinada de los apartados 1 y 2 del artículo 1.315 *en redacción de 1889*, y 4) contenido insuficiente o incompleto de los capítulos.

• 1) *Denominación de la escritura*.—Al parecer —repito que no conocemos exactamente la escritura en cuestión— dicho contrato no había sido 'bautizado' nominalmente por el Notario autorizante de la escritura. Dejando a un lado el aspecto puramente técnico de la responsabilidad civil notarial por defecto imputable al autorizante, evidente en el caso, dados el tiempo transcurrido y la aplicación de la prescripción al supuesto de hecho, no parece merecedor de un mayor tratamiento aquí. El problema de fondo reside en si el documento autorizado notarialmente consistía en un *Acta* o bien consistía en una *Escritura*, ya que es bien sabido que en el primer caso se habría tan sólo recogido un *hecho* —la incorporación de un inventario de bienes de los cónyuges—, en tanto que en el segundo caso existiría una *propia declaración de voluntad* de querer estipular un régimen económico-matrimonial: los efectos serían bien distintos, como bien es conocido. La tesis de la actora era la de tratarse de un *Acta*, lo que es rechazado —como se dijo— por el Ponente. Ahora bien, *una cosa es* que en ocasiones la escritura de capítulos lleve incorporada un *acta* o *inventario* de las respectivas aportaciones de cada cónyuge al matrimonio —lo que ha sido puesto de relieve por nuestra mejor doctrina (16)— y *otra cosa distinta es* un *Acta* que incorpore un mero inventario de bienes sin declaraciones de voluntad.

Es muy posible que en el supuesto de autos, dada la interpretación de la Sala de Instancia, se tratase de lo que he nombrado como escritura

(16) Véase LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 326, donde afirma con razón que ese acta o inventario, unido a la escritura de capítulos, tiene el fin de «demostrar su procedencia privativa y que no sean considerados bienes gananciales en la liquidación en vistas de la aplicación del artículo 1.361 del Código Civil» (es decir, el antiguo artículo 1.407 del Código Civil vigente en el tiempo del pleito).

propia de capítulos incorporando un acta o inventario de bienes privativos de cada cónyuge.

• 2) *Posible mutabilidad de los capítulos en base a un testamento posterior de uno de los cónyuges.*—Este era el argumento desarrollado por la recurrente (actora) en el motivo 9.º del recurso, rechazado por el Ponente en el *considerando* 5.º por su «carencia de sustentación fáctica». El punto es interesante, pero no cabe sino apuntar ideas en este lugar. En efecto, *una cosa es* el problema de la mutabilidad o inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales —largamente debatido en nuestra doctrina, y resuelto a favor de la tesis de la *mutabilidad* por la Ley de 2 de mayo de 1975, *posterior*, por tanto, a esta sentencia—, problema que en mi opinión sólo cabe poner en relación con un acto o contrato posterior a los capítulos, pero efectuado también *inter vivos*, y *otra cosa es* el problema asimismo clásico de la interpretación de un testamento y de las declaraciones en él hechas por el testador. Creo se trata de dos problemas bien distintos y situados en planos también diferentes: el efecto aparente es que una declaración del testador *cambia* lo estipulado en capítulos (ahora bien, para la actora no hubo tal escritura de capítulos, de modo que ¿cómo ligar ambas ideas?), cuando el efecto realmente decisivo es que hay una declaración testamentaria sujeta a la interpretación adecuada.

• 3) *Aplicación combinada de los apartados 1 y 2 del artículo 1.135 del Código Civil (en su redacción de 1889, vigente en el momento del pleito).*—Era evidente para la actora que la pretendida aplicación *literal* del citado artículo 1.315 del Código Civil llevaba al régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, pero nunca al régimen de separación de bienes. Es la interpretación *sistemática* y combinada de todos los elementos del acto, pruebas, etc., efectuada por la Instancia la que permite rechazar dicha tesis, llegando a la decisión y conclusión del pleito por la razón esencial de haberse estipulado un régimen de separación de bienes.

• 4) *Contenido insuficiente o incompleto de los capítulos.*—A mi manera de ver, este es el verdadero *tema* —aun reconociendo la impropiedad de la palabra, usada en el usual hablar de hoy— del litigio. El asunto es desarrollado —para mí, muy correctamente— en los motivos 2.º, 3.º y 4.º del recurso de casación; todos ellos reñazados en la forma dicha. En resumen, parece que hubo en el contrato de 1954 un contenido algo *atípico* consistente en que no se establecía un régimen matrimonial distinto del de gananciales, se retenían determinados bienes propios antes del matrimonio como privativos de cada cónyuge sin determinarse las reglas para tales bienes, y se pactaba todo ello sin establecerse expresamente el régimen de separación de bienes. Que ese que he denominado contenido algo *atípico* fuera o no idéntico calificativo al de contenido *insuficiente* o *incompleto* me parece que toda evidencia después de un detenido estudio de toda la sentencia, aunque no aflore a primera vista de una lectura apresurada de ella. Que ese punto haga decisiva la referencia al tema mayor de la *integración* de la escritura de capítulos, es, a mi juicio, asimismo, evidente. Que ese tema está algo abandonado por

nuestra doctrina, también lo he puesto de relieve en otros lugares (17). Parece, por consiguiente, que no estará de más unas ligeras reflexiones finales en torno a él.

De la orfandad del tratamiento doctrinal patrio en torno a este tema de la *integración* de las capitulaciones matrimoniales escapa el penetrante análisis del Profesor DE LOS MOZOS que, al referirse al mismo en sus conocidos comentarios al Código Civil (18) y partiendo de la *premisa subyacente* de su inclinación o preferencia por el régimen de gananciales, considera que «*es aplicable el artículo 1.316 del Código Civil —y, con él, el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales— cuando las reglas establecidas por los cónyuges en capitulaciones sean insuficientes para determinar un régimen distinto: en tal caso se tratará de un negocio incompleto, y la fuerza expansiva de la norma dispositiva integra la voluntad de las partes (caso distinto es el de si, pese a ser incompleto el negocio, los cónyuges excluyen el régimen legal, art. 1.435, 2.º)*»; el autor citado, al referirse al *contenido* de las capitulaciones matrimoniales, acaba la exposición diciendo que «*se ha de evitar que lo estipulado sea suficiente para determinar una regulación por sí mismo, o porque dificulte su posible integración, en orden a determinar el régimen establecido, sobre todo cuando por haber hecho combinaciones se hayan tomado reglas que resulten incompatibles: en este caso nos hallamos ante un problema de interpretación de la voluntad contractual*». Si hubiera que resumir su posición, cabe decir que apunta a la idea del negocio incompleto, a interpretar caso por caso en función de la voluntad de ambos cónyuges, pero con especial atención supletoria a las reglas de la sociedad de gananciales para la regulación insuficiente.

Sin ánimos de protagonismo excesivo por mi parte, he de aludir a anteriores estudios míos sobre este tema (19). Ya hace algún tiempo puse de relieve que, a mi modo de ver, el tema de la *integración* de las capitulaciones matrimoniales es un tema típico de la *teoría de la interpretación de los contratos* (20). Años más tarde, al ser requerido para un desarrollo en profundidad de las capitulaciones matrimoniales después de la reforma del Código Civil en 1981, expuse una consideración preliminar con una hipotética distinción según se tratase de *unas posibles y teóricas* capitulaciones matrimoniales o de *las reales* capitulaciones que la *práctica nos muestra*. En este lugar *se prescinde* adrede de esas *reales* capitulaciones, más que nada *en función* del supuesto de hecho de este litigio. Por lo tanto, si se parte de la consideración de *unas posibles y teóricas* capitulaciones matrimoniales con variedad de pactos, decía yo entonces que «el proceso de integración —interpretación— de las normas pactadas pasaría por estas *fases*: 1.º) hay que atender a los principios generales de interpretación de los contratos —art. 1.281 y ss. del Código Civil—; 2.º) a *falta absoluta* de pacto normativo, se aplicará el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales —art. 1.316—; 3.º) a

(17) Véanse mis estudios: *Comentarios a la Compilación de Baleares*, tomo XXXI, vol. 2.º, de la colección dirigida por el Prof. ALBALADEJO, Ed. EDESA, Madrid, 1981, págs. 98 y ss.; «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», en *Documentación Jurídica*, enero-diciembre 1982, números 33 a 36, Madrid, 1983, tomo I, págs. 231 y ss., especialmente 250, 255 y 285 y ss.

(18) Véase la obra citada de ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil*, tomo XVIII-1.º, 2.ª edición, Madrid, 1982, págs. 84 y 186: subrayados míos (J. C. G.).

(19) Véase *in extenso* obras citadas en nota 17.

(20) Véase la obra citada de EDESA en nota 17, *loc. cit.*

falta relativa de pacto, HABRA QUE ESTAR A LA VOLUNTAD DE LOS CONYUGES, INTERPRETANDOLA RECTAMENTE, dado que parece excesivo que se les aplique un régimen de comunidad relativa (gananciales) si ellos se han expresado en términos de separación de bienes» (21).

A la hora de cerrar este breve apunte en tema de *integración* de las capitulaciones matrimoniales, cabe observar cómo la posición de los pocos autores que nos hemos ocupado de este asunto viene a ser prácticamente convergente o coincidente, si bien con alguna pequeña matización, quizá derivada de la inserción en la realidad social circundante a cada uno: para el Profesor DE LOS MOZOS, quizá atento a su realidad castellana inmersa en el régimen de la sociedad de gananciales, el acento en cuanto al posible régimen supletorio en estos casos de anomia en capítulos debiera ponerse en el régimen de la sociedad de gananciales; para mi perspectiva, que enfoca un campo sugestivo y limitado cual el insular en el que es omnipresente el régimen de la separación absoluta de bienes, dicho acento debe ponerse más bien *en función de la anomia*, según ésta sea absoluta y relativa y según en este segundo caso los cónyuges se hayan expresado en términos de la separación de bienes o no lo hayan hecho —éste era el supuesto de hecho resuelto por el Tribunal Supremo—.

Para terminar este punto en orden a la escritura de 1954, cabe afirmar que de todas las cuestiones que presenta y que hemos examinado, la que tiene mayor importancia es la que he centrado en torno al *contenido* insuficiente o incompleto de los capítulos. O de otro modo dicho, el gran tema del litigio es el de la *integración* de unos capítulos matrimoniales por una anomia relativa derivada de una regulación en la que no había referencia expresa al régimen de separación de bienes.

5. *Recapitulación de ideas*

A lo largo de las páginas anteriores se han ido desarrollando una serie de *ideas básicas* que en este momento y lugar parece útil y prudente recoger seguidamente:

1.ª En la Sentencia del Tribunal Supremo aquí presentada no *aparecen* los grandes puntos principales del litigio, quedando éste *resumido en torno al problema de la determinación* de si las nupcias contraídas lo fueron bajo el régimen de la sociedad de gananciales o bajo el de la separación de bienes.

2.ª La argumentación de la parte actora —y recurrente— fue en defensa del régimen de gananciales y se rechaza por el Ponente «por la carencia de sustentación fáctica», en base a los hechos probados por la Instancia y a las afirmaciones de la misma Instancia respecto de la interpretación del contrato pre-matrimonial de 1954.

(21) Véase la obra citada en nota 17, «Las capitulaciones matrimoniales», en *Documentación Jurídica*, cit., págs. 285 y ss., especialmente 289 (subrayados también míos).

Esta postura mía es muy firme si se piensa *en función* de un régimen de separación de bienes. Así, respecto al mismo, dice expresivamente M.ª E. ROCA TRÍAS en «Constitució i família» (Ponencia en II Jornadas de Derecho Civil Catalán en Tossa, 1982, págs. 26 y ss.) que «en las materias no reguladas en especial por el régimen de separación de bienes, LAS RELACIONES ENTRE CONYUGES SE REGIRÁN POR LAS NORMAS GENERALES DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS, lo cual determina la *irrelevancia del status familiae* para un gran número de relaciones patrimoniales entre los interesados».

3.ª La verdadera *ratio decidendi* del presente litigio es, por consiguiente, la derivada del propio *substratum* fáctico y reside, en esencia, en la interpretación efectuada por la Instancia —recogida por el Ponente— en orden a los actos y contratos de los interesados y fundamentada «en los propios términos del contrato y en los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su otorgamiento».

4.ª El contrato centrado en el negocio de gestoría administrativa —escriturado como 'sociedad civil particular' en 1963— podría llevar implícita la existencia de una «comunidad familiar tácita», de un tipo muy similar a las medievales, de gran raigambre mediterránea.

5.ª El destino de los frutos de los bienes de cada cónyuge es *teóricamente* ganancial —y ello, tanto bajo el sistema legal del Código Civil en su redacción de 1889 imperante en el momento del pleito y de su decisión por el Tribunal Supremo, como en la actualidad tras la reforma operada en 1981—, aunque en el supuesto litigioso la práctica de *la prueba* había demostrado que «ninguno de los cónyuges había llevado o aportado a la masa común los frutos de sus bienes respectivos».

6.ª La escritura pre-matrimonial de 1954, dada la interpretación operada por la Instancia y por el Ponente que la acoge, viene a ser conceptualizada *como si contuviera* la determinación de las reglas del régimen matrimonial de separación absoluta de bienes.

7.ª La citada escritura pre-matrimonial de 1954 parece que no había sido calificada *nominatim* por el Notario autorizante, llevaba previsiblemente incorporado un inventario de los bienes privativos de cada cónyuge y presentaba un especial *contenido un tanto atípico* consistente en no establecerse un régimen distinto del de los gananciales, no establecerse tampoco reglas en cuanto a los bienes aportados y no determinarse en forma expresa la separación de bienes.

8.ª La citada escritura pre-matrimonial de 1954 presenta aquí con toda crudeza el tema de la *integración* de las capitulaciones matrimoniales, no objeto hasta hoy de demasiada atención ni desarrollo entre nosotros —salvo las excepciones indicadas en su lugar—.

9.ª La práctica convergencia en las posiciones doctrinales aludidas no puede hacer olvidar la especial matización, dada en función de la realidad social que circunda a cada autor citado y de la anomia absoluta o relativa de pactos capitulares.

10. Parece que el tema fundamental del litigio no puede ser otro que el de *la integración* de las capitulaciones matrimoniales de 1954, lo que conduce —tanto al Profesor DE LOS MOZOS, como al firmante, como al propio Ponente— a postular una correcta interpretación de la voluntad contractual para ese previsible negocio 'incompleto' o 'insuficiente'.

6. Consideraciones finales

Presentada esta Sentencia en mi forma habitual de esta REVISTA, valorados en forma escueta los posibles puntos litigiosos merecedores de alguna atención especial —en orden al contrato sobre el negocio de gestoría administrativa, al destino de los frutos de los bienes privativos de cada cónyuge y a la escritura pre-matrimonial de 1954— y anticipadas algunas ideas objeto de la precedente recapitulación, parece ya posible

dejar ultimado este breve comentario en torno a la Sentencia con las *consideraciones concluyentes* que a continuación se indican:

1.ª Los puntos principales del litigio se centran en el contrato sobre la gestoría administrativa, en el destino de los frutos de los bienes privativos conyugales y en la escritura pre-matrimonial de 1954.

2.ª La *ratio decidendi* del litigio es puramente *fáctica*, derivada de la acertada interpretación del contrato efectuada por la Instancia que resuelve el problema de la averiguación de la verdadera voluntad contractual de ambos cónyuges.

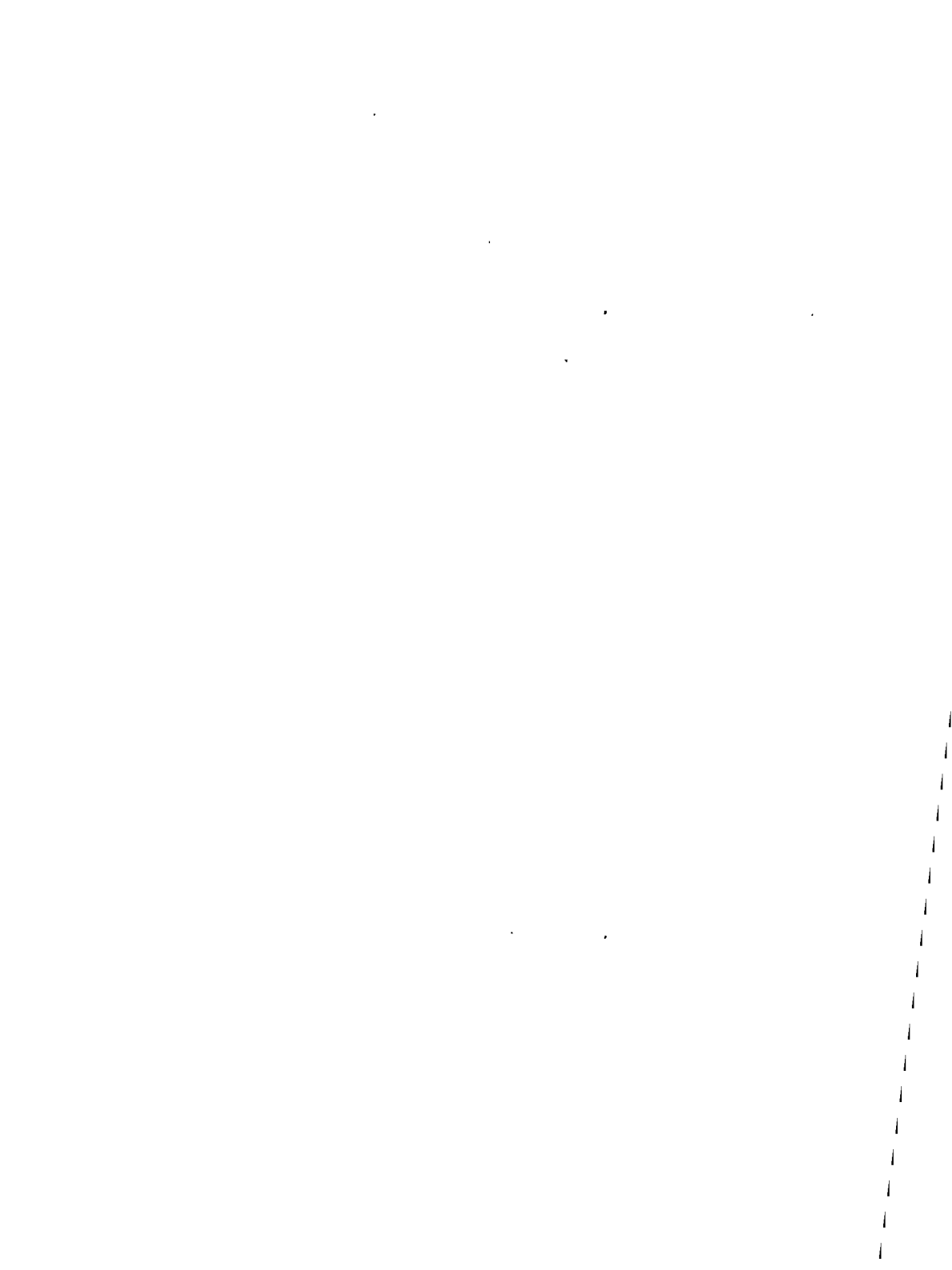
3.ª El gran tema subyacente en el litigio es el de la *integración* de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1954.

4.ª Parece necesario acudir a la teoría general de interpretación de los contratos —lo que postula la doctrina que se ha ocupado del tema—. Eso fue precisamente lo que hizo la Sala de Instancia y que fue recogido sin excesivos alardes por el Ponente.

5.ª La decisión del Tribunal Supremo es, por consiguiente, *formal* y *materialmente* justa, si bien con las precisiones y matizaciones anteriormente indicadas.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

LIBROS



Amenti e riduzioni de capitale. Jornada de estudio celebrada el 19 de mayo de 1984 bajo el patrocinio del «Comitato Regionale Notarile Lombardo». Milano, Giuffrè, 1984.

En la Introducción ANTONIO PARIMBELLI ya nos prepara para las densas páginas de especializada materia que acoge el volumen. Italia ha dejado de ser el país tranquilo en el que nada ocurre y, en su ámbito jurídico, al tradicional y sistematizado orden de fuentes ha sucedido el pulular de un sinfín de minúsculos manantiales que sin cesar afloran disposiciones ambiguas, contradictorias o simplemente ininteligibles. Parlamentos y órganos políticos y administrativos de todos los niveles, centrales, regionales o locales, legiferan en pleno desorden. Y como muchas de sus disposiciones son resultado de compromisos políticos, eliminan toda técnica y la carencia de lógica o coherencia es la regla general. De ahí la necesidad de jornadas de *aggiornamento*, de perfección, que colaboren a la solución de los múltiples problemas que la praxis ofrece.

La obra contiene los textos de cuatro conferencias, intervenciones de asistentes y respuestas de los conferenciantes. Concluye, con breves páginas, su moderador, ATTILIO BALDI.

La similitud de las normativas italiana y española, en tales materias, hace de sumo interés el contenido de las tres primeras conferencias, que pasamos a recensionar. Prescindimos de la última, del Notario Deciano, por referirse a problemas fiscales, en los que el paralelismo es ya más distante.

* * *

GIOVANNI COLOMBO, de la Universidad Católica de Milán, centra su aportación en *Il Bilancio e le operazioni sul Capitale*. Del primero formula un esquema que el moderador califica de jugoso y diáfano y estos calificativos, desde la perspectiva de juristas acostumbrados a manejar la *Contabilidad para Juristas* o la sintética *Contabilidad* de BOTER MAURI, los calificativos resultan modestos: si su Activo detalla el total invertido y el objeto de las inversiones, su Pasivo relaciona no sólo las deudas estrictas (entre las que no debe incluirse el Capital), sino epígrafes rectificatorios de valores del Activo (fondos de amortización, devaluación o riesgos concretos) y lo que se denomina «neto», capital, reservas legales, estatutarias o voluntarias. En conjunto el pasivo expresa el total patrimonio financiero invertido.

El capital social sólo puede ser restituido a los socios observando múltiples cautelas en interés de los acreedores, principalmente. Estas, en menor escala, afectan también a las reservas legal y alguna otra a

ella aproximada. Respecto a las estatutarias, que pueden tener o no destino específico, la Asamblea, con *quorum* adecuado para alteración de estatutos, puede variar su destino o distribuirlas sin necesidad de utilizar el «tobogán» de modificación y restauración estatutaria, ya que la norma continuará vigente para el futuro. Las voluntarias pueden desaparecer en virtud de otro acuerdo de Asamblea, sin quórum reforzado.

El paso de reservas a capital implica la sujeción de parte del «neto» a normas más rigurosas de control. Por tal motivo su transferencia no debería tener dificultades y, en este sentido, a veces en términos muy absolutos, se expresa la doctrina española al comentar la Ley de Sociedades Anónimas; pero COLOMBO, aceptando en principio la tesis, estima defendible la posición del Código Civil italiano, coincidente con la española, que sólo permite la libre disponibilidad de las reservas legales excedentes, o sea, las que ya carecen de tal condición: se ha querido salvaguardar el capital con un cojín o torreón avanzado que permita una ulterior y más sólida defensa de la fortaleza.

Nuestro conferenciante se extiende a los problemas dimanantes del fondo de primas o sobreprecio de acciones, manteniendo una posición ortodoxa, aunque resaltando que indisponibilidad no implica prohibición de traspaso a capital. Otras reservas, unas específicamente italianas y otras generales en la legislación comparada, son objeto de especial atención, pero es imposible detallarlas con los problemas que pueden plantear.

En los casos de sociedades con reducido número de socios, los préstamos o indeterminación de naturaleza resultante de la expresión de las llamadas cuentas o fondos de capital son fuente de conflictos. La duda de si se trata de reales aportaciones a capital y el hecho de que figuren bajo tal epígrafe en los Balances de ejercicio que son publicados para conocimiento general y en especial de acreedores, puede dar lugar a errores y delicados problemas.

La llamada «reserva de acciones propias» hasta que la inversión no se ha efectuado es reserva disponible. Adquiridas las acciones, éstas pasan a integrar el Activo, aunque en el Pasivo su valor efectivo pueda quedar balanceado con epígrafe especial que, impropriamente, a veces es denominado reserva.

En cuanto a la reducción de capital por pérdidas, como jamás puede tener lugar mientras existan reservas, debe tener como base el capital estatutario. Puede proceder de un balance de situación, infra-anual, pero con la misma estructura y criterios de valoración que el de ejercicio, o sea, conforme a las normas legales. El Derecho comparado, el continental, es unánime en esta apreciación.

* * *

PIERGAETANO MARCHETTI, Notario y Ordinario de la milanesa Universidad Bocconi, se ocupa de «Problemi in tema di aumento di capitale». Sus horizontes son muy dilatados. Su análisis cara a la vida diaria del jurista de aplicación del Derecho superlativiza su interés, lo propio que su contraste con las preciosas páginas de los *Estudios* de DE LA CÁMARA.

Se introduce en la materia con el examen del artículo 2.348 del Código Civil italiano, coincidente con el 98 de nuestra Ley de Sociedades Anóni-

mas en la prohibición de emisión de acciones nuevas hasta la total liberación de las emitidas. Sus enfoques son muy precisos, distinguiendo acuerdo y su ejecución y también los supuestos en que pueda existir un previo acuerdo de emisión totalmente inactuado. Para MARCHETTI este último no ha producido modificación estatutaria y puede prescindirse de él por ser aumento inexistente. Sólo cuando ha habido acuerdo, con subsiguiente suscripción y liberación parcial, puede hablarse de real aumento.

Las dificultades o las dudas respecto a la numeración se obvian efectuando los aumentos hasta la cantidad máxima que puede ser objeto de suscripción y adecuando posteriormente la numeración a la inscrita y la suscripción efectuada.

La *ratio* de las prohibiciones indicadas cree hallarla en la desconfianza hacia capitales sociales basados en simples aportaciones de créditos personales de los suscriptores.

Los problemas se hacen más complejos en el caso de existencia de varias series de acciones, de obligaciones convertibles y en conversión. En cambio, en los aumentos de capital llamados gratuitos, por proceder de reservas, en que los derechos pueden ser ejercitados inmediatamente (MARCHETTI no estudia la adquisición automática, sin aceptación del accionista ni las «caducidades» que implican pérdida del derecho con que se efectúan tales emisiones, ni otros problemas conexos) no hay desfase entre acuerdo y ejecución. Y para ello no juega la limitación o prohibición reseñada anteriormente.

Sobre el derecho de opción de los socios o suscripción preferente habla extensamente: su inexistencia en caso de aportaciones *in natura*, siempre que sean de interés social, no encubriendo fraudes, concretas en objeto y valor y sin perjuicio de los derechos de impugnación de los minoritarios; la invariabilidad del régimen de igualdad de los socios y los problemas resultantes de las varias categorías de acciones en su caso.

El negocio jurídico de suscripción, momento central de la fase ejecutiva de la emisión de acciones; el carácter no constitutivo de los asientos registrales y los conflictos dimanantes del desembolso parcial, en caso de no haber sido previsto, con las polémicas entre GALGANO y DI SABATO y la segunda Directiva de la CEE que parece concluir con la inescindibilidad de la aportación.

La temática es amplísima y sólo nos limitamos a leves apuntes.

* * *

RAFFAELE NOBILI aborda los «Problemi in tema di riduzione di capitale», sea por exuberancia, pérdidas u otras causas.

Exuberante puede ser el capital en relación con el objeto social, pero en muchas ocasiones el último es dilatadísimo, un *fabisogno*, por lo que la reducción hay que plantearla siempre en relación al objeto efectivo. Si el patrimonio, no capital, puede entregarse a los socios distribuyendo reservas, en garantía de los acreedores para la distribución del capital se establecen estrictos requisitos. Pero así y todo es posible distribuir capital, reducirlo, aun existiendo reservas. El título tiene considerable importancia a efectos fiscales.

La reducción requiere siempre una causa idónea, que es apreciada en Italia en el proceso de homologación, admitiéndose reducción de actividades, exceso de liquidez, capital insuficientemente remunerado, emisión de acciones de goce u otras, que interesan igualmente a minoritarios y acreedores.

La Ley no tutela lo que podría llamarse interés general o social. Por ello el Juez calificador actúa más en representación de minoritarios y acreedores y no puede juzgar a fondo, como tampoco ha podido relacionar, en su momento, la proporción entre capital y objeto.

La reducción mediante adquisición de acciones propias, aparte los requisitos previos, está integrado por los momentos de adquisición, anulación y reducción. Pero no está dispensada del cumplimiento de las exigencias establecidas para los casos de reducción por exuberancia. El importe del valor de las acciones pasa a reservas y éstas son disponibles.

En cambio, las reducciones de capital para redondeo y subsiguiente ampliación parecen dispensadas de dichas garantías, siempre que la parte aumentada, inmediatamente suscrita y desembolsada, supere el importe de la reducción.

En caso de pérdidas hay que tener en cuenta que jamás es posible la reducción del capital mientras existen reservas. No hay obligación de reducir por la totalidad de las pérdidas, sino aquellas que no alcancen el tercio del capital. En este sentido amplio hay que entender la frase «acuerdos oportunos» del artículo 2.446 del Código Civil.

Las operaciones *coup d'accordeon*, en caso de capital bajo el mínimo legal, pueden tener lugar dejando el capital social en términos positivos o a cero. En el primer caso no hay problemas: los accionistas pueden acordar reducción y subsiguiente aumento y conservar los derechos de suscripción preferente. En el segundo, aunque formalmente parecería que han perdido su condición de socios, no obstante sustancialmente se les considera en igual posición: pueden pedir la liquidación de la sociedad, deliberar sobre reducción y aumento y hacer uso de los derechos de suscripción preferente. De no ser así se produciría la paralización de los órganos sociales.

La temática de NOBILI es también sumamente dilatada. Hay que remitirse al texto de su conferencia.

* * *

Al concluir estas notas es inevitable un contraste, una comparación. Mientras en Italia, aunque con menor intensidad que en Alemania, Inglaterra o Francia, se observa un deseo de mantener el valiosísimo instrumento societario en estado de constante perfección, adaptándose la normativa, rápidamente, a las directivas de la CEE, elaborando eficaces estructuras de control de las grandes sociedades y aún tratando de adaptar viejos institutos complementarios como el «Registro delle Imprese» a las necesidades actuales, extrayéndolo de su posición de simple complicación rutinaria, lenta, cara e ineficaz, en España se observa una degradación en el uso de tales instrumentos y una apatía en el desarrollo, casi una inapetencia absoluta de ponerse «a la page».

Hace pocos años dábamos cuenta de una convención italiana para la reforma del indicado Registro y actualmente, en la «R. delle Società»,

en 1984, un destacado especialista, ERMANNO BOCCHINI, publica *Relazione* y texto articulado del proyecto de reforma de tal Registro para su examen por los órganos legislativos.

En él lo de menos es que el instituto quede a cargo de las Cámaras de Comercio. Lo importante es su centralización y la adopción de técnicas que han de permitir extender su campo a datos del mayor interés para el comercio y la industria y le dotaran de agilidad, rapidez, economía en grado sumo. Una red de terminales permitirá la captación y el suministro de datos. La telemática consentirá la recepción en televisores normales de los datos memorizados y la integración de la informática con la tecnología de la microfilmación, posibilitará obtener, en tiempo real, certificaciones o copias de los datos deseados. Cualquier operador desde su propio despacho podrá consultar el Registro, manejando botones o teclado.

El Registro habrá dejado de ser la *balena arenata*, como era calificado por los estudiosos del tema.

Mientras, en España, el proyecto de Reforma de las Sociedades Anónimas sigue durmiendo dulcemente. Sólo se proyectan instrumentos de menor cuantía en el orden empresarial. Y los estudios para la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, marcados por una visión muy limitada, quedan archivados uno tras otro. Y aún la jurisprudencia, administrativa o judicial, adopta unos peligrosos rumbos: una resolución de 1982, al considerar válida la revisión efectuada en el mismo momento de realizarse una aportación *in natura*, deja reducido a una mera cláusula de estilo un sistema de revisión, no efectivo, pero adecuadamente enfocado; otra posterior reputaba órganos sociales Juntas celebradas sin hallarse inscrita la sociedad, o sea, sin hallarse constituida; otra consideraba simples anagramas, adiciones intrascendentes, reales dobles denominaciones sociales de las que puede constatarse un abundante número en la obra de CARRERAS GIRALT sobre jurisprudencia de sociedades anónimas; otra sentencia estima transmitido un inmueble, a una sociedad anónima pendiente de inscripción constitutiva, estimándolas provisionalmente civil...

No es preciso reiterar que estos valiosos y delicados instrumentos, que tanto han contribuido al moderno desarrollo, no pueden utilizarse sino con el estilo y la pulcritud que su excelsa estructura dogmática requiere. Sólo el deterioro puede ser la consecuencia de un deficiente uso.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADE

CLAVERO, BARTOLOMÉ: *Autonomía regional y reforma agraria*. Fundación Universitaria de Jerez. Un tomo de 167 págs. Jerez de la Frontera, 1984.

No sería aventurado imaginar que, probablemente, las discusiones entre Caín y Abel inicialmente estuvieran motivadas por el reparto de los espacios que ambos querían ocupar para la ganadería y la agricultura

respectivas. Por ello, podríamos decir que el problema de la distribución de la tierra y su llevanza es tan viejo como la misma humanidad; son ya muchos los siglos que los hombres andamos discutiendo sobre el dichoso tema, sin que hasta ahora hayamos encontrado la mejor entre las varias soluciones apuntadas. Entre las dos tesis extremas, de la propiedad individual intangible, y la opuesta concepción comunitaria, hay todo un cúmulo de posturas intermedias y distintas, según sea el prisma o prejuicio con que se estudien estas palpitantes cuestiones.

Ya es equívoca la propia expresión «reforma agraria», pues para unos es un simple reparto de tierras en favor de quienes las trabajan, mientras que otros opinan que esa visión simplista ha quedado desfasada por la aparición de otros problemas más complejos. No se trata tan sólo de trocear grandes fincas y repartirlas, hasta el punto de que se ha dicho que eso es repartir pobreza. También es reformar la recomposición de explotaciones integradas por minifundios, dotarlas de capital y técnica, realizar obras de infraestructura y llevar a cabo transformaciones que mejoren la producción; hay que promocionar socialmente a los agricultores y dar nuevos enfoques a la empresa agraria. La reforma agraria no es elemental, es complicadísima, para que pueda conseguir un auténtico desarrollo que eleve el nivel de vida de los campesinos.

Entre los diversos enfoques posibles de estos intentos de «cuadrar el círculo» que es la cuestión agraria, nos llama ahora la atención este libro cuyo autor intenta relacionar el concepto viejísimo de las reformas rurales con el más reciente de las autonomías, defendiendo la tesis de que no se puede conseguir un reformismo aceptable sin que se lleve a cabo, precisamente, por unos organismos regionales dotados de las más amplias competencias normativas y ejecutivas.

La idea no es del todo nueva y ya la hemos visto en otros sitios. Concretamente ya se expuso por el llamado Grupo ERA, en un libro titulado *Las agriculturas andaluzas*, editado hace pocos años por el Ministerio de Agricultura y que comentamos oportunamente en esta Revista.

Lo que hace falta saber, primero, es si realmente existe esa supuesta correlación de causa a efecto entre ambos factores, regionalismo y reforma agraria, y, además, si está claro que el Estado no ha podido intentar ni conseguir unas aceptables reformas de ámbito nacional, incluso admitiendo las precisas peculiaridades que cada región pueda presentar.

En el prólogo del libro se cita a DÍAZ DEL MORAL, el antiguo Notario de Bujalance, quien decía que por las reformas agrarias se traslada coactivamente la propiedad del suelo de unas manos a otras, obedeciendo siempre a motivos políticos, aunque a veces se disfrazan con pretextos económicos, sociales o financieros. CLAVERO, el autor, sintetiza la idea diciendo que la reforma agraria es un mecanismo normativo de «expropiaciones e impropiedades» de la tierra y que la «*impropiación*» (el subrayado es suyo) es la figura jurídica principal de las reformas agrarias. Por cierto, permítanme el inciso, debo decir que me ha llamado la atención este término, impropiar, que me resulta nuevo y que el autor recalca, considerándolo como complemento de una expropiación previa, y por ello he curioseado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: En su página 761, de la edición de 1984, se encuentra que *impropiar* tan sólo es «usar las palabras con impropiedad»; no hay ninguna

otra acepción. Como anécdota basta, pues la cosa no tiene mayor importancia.

Por ello, sigamos con el contenido del libro. Bajo el título de *Trasfondo histórico*, estudia la reforma agraria republicana enfocándola desde el punto de vista de la tesis particular que pretende demostrar y contempla los supuestos de Galicia, como región sin autonomía ni reforma; de Cataluña, con autonomía y reforma, y, por último, Andalucía, que tuvo reforma pero no autonomía. La Ley de Bases de 1932 no tuvo en cuenta los necesarios planteamientos regionales, según nos dice el autor, limitándose tan sólo a sentar algún principio para el caso gallego, sin prevenir su desarrollo por instituciones regionales. Contempla a continuación la normativa del Estatuto catalán y las competencias que se atribuyeron a la Generalidad, frenadas por el Tribunal Constitucional en el caso de la célebre Ley de Cultivos, con lo que sus órganos regionales no pudieron realizar reformas apreciables. En Andalucía, nos dice, la reforma agraria se prefirió a la autonomía o hubo una sin la otra.

En el capítulo referido al sustrato jurídico del Franquismo, dice el libro que las regiones más diferenciadas en cuanto a su Derecho agrario, como Galicia o Cataluña, vieron modificarse su situación en la línea de la consolidación de un derecho de propiedad territorial sin divisiones internas, propiciando la redención de cargas y, de contratos pecuniarios con disposiciones que permitieron la consolidación del dominio en manos del llevador de las fincas y con la posibilidad también de que el rentista se hiciera con la plena propiedad; igualmente debe señalarse la publicación y ordenación de las compilaciones de Derecho civil foral. Andalucía no ha sido nunca región foral, pero no por ello deja de producirse en esta época alguna legislación general que particularmente le interesase, así como algunas medidas agrarias de reforma.

Nos dice el autor que el conjunto de estas medidas agrarias se refundieron el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, que es casi un código de Derecho Administrativo Agrario, de las posibilidades y medios de actuación de la Administración pública en la propiedad y en el aprovechamiento de la tierra; reúne disposiciones sobre colonización y repoblación, zonas regables, comarcas y fincas mejorables, unidades mínimas de cultivo, patrimonios familiares agrarios, expropiación, permuta forzosa de fincas rústicas, concentración parcelaria y ordenación rural.

El capítulo «Marco constitucional» lo inicia el autor con la pregunta ¿qué reforma agraria? y nos dice que no deben ser los economistas, ni los juristas o técnicos agrarios, ni los historiadores o antropólogos quienes la puedan responder. Dice que ellos sólo deben prestar su asistencia profesional, pero la definición y la defensa de sus programas no les compete. Según él, una Constitución habrá ante todo de disponer los procedimientos de formación de decisiones políticas y primordialmente la legislación; como también, caso de que se opte por un sistema de autonomías, un Estatuto habrá de determinar lo propio para la respectiva región.

Como vemos, lleva el agua a su molino y, con esas bases, examina las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades Autónomas según los textos constitucionales, que no están nada claros, y resalta las dificultades prácticas que se plantearon en la aplicación de las leyes de

fincas manifiestamente mejorables y de arrendamientos rústicos, de 1979 y 1980, en el intervalo hasta que se transfirieron a los órganos regionales las competencias en materia agraria.

Entrando ya concretamente en Andalucía y bajo este marco constituyente, el autor se pregunta cómo puede su Estatuto establecer como uno de sus objetivos básicos la reforma agraria. Su artículo 18 se esfuerza por atribuirse tales competencias, diciendo que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...

«4.º Agricultura y gandería y competencias relativas a la reforma y desarrollo del sector agrario y a la mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales». Sin embargo, como hace notar el autor, la Constitución reserva al Estado sustanciosas competencias en conceptos que interesan a esta materia; sería, nos dice, una contradicción demasiado flagrante unir ambas competencias con la calificación de exclusividad entendida en la forma más primaria.

Entiende que la cuestión no se resuelve por la simple exégesis de Constitución y Estatuto y cree que también dependerá de la circunspección del Estado al ejercer sus competencias, que, aún siendo exclusivas, no deben ser excluyentes.

El punto concreto de mayor roce, a efectos de la reforma agraria andaluza, es el de la expropiación, que ha dado lugar a uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad interpuesto; aunque los artículos 29 a 33 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario podrían traerse a colación para servir de base, atribuyendo efectos legislativos y ejecutivos a las esferas autonómicas, debe recordarse que la Constitución reserva al Estado, en materia de expropiación, la competencia exclusiva para legislar, sin más, y no sólo en las líneas de carácter básico; por ello, la posibilidad normativa de la economía regional en este capítulo de la expropiación queda a expensas de la forma en que el Estado renueve su legislación, ya que ésta es la que ha de prevalecer en todo caso.

El tercer capítulo del libro se dedica a exponer las discusiones y elaboración del proyecto que luego se convirtió, con pocas variaciones, en la Ley andaluza de reforma agraria. El primer condicionamiento fue la espera de las transferencias de competencia desde la Administración central o la regional, de tal modo que el debate hubo de demorarse hasta que se publicaron los correspondientes Decretos. El de 4 de febrero de 1984, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 16 de junio, se hizo esperar, hasta el punto de que salió a la luz después del propio proyecto legislativo; este Real Decreto contiene una relación de competencias transferidas, pero el autor entiende que no tiene valor normativo alguno, como no sea en cuanto reitera lo dispuesto en la Constitución y el Estatuto y en la medida en que así efectivamente lo hagan, pues, fuera de esto, no se le debe reconocer ni siquiera un valor interpretativo.

Con todas estas premisas, el autor nos dice que el debate de la Ley de reforma agraria andaluza fue ante todo un debate de competencias más que de fondo; no se estudió realmente el contenido, sino las facultades de la Autonomía, con opiniones diversas y absolutamente dispares. Precisamente el punto de las facultades normativas en materia de expropiación es no sólo un mero flanco débil, según nos dice CLAVERO, sino

el puro corazón de la cuestión que compromete a la reforma agraria andaluza tal y como se ha planteado. Ya en la misma Exposición de Motivos de la Ley se deslizaba en más de una ocasión y nada inocentemente la expresión de «legislación básica» al hacerse referencia a este punto de la expropiación; y es esta fundamental premisa, a juicio del autor, la que falla precisamente: al Estado le otorga la Constitución una competencia que implica su prevalencia en todo caso sobre el Derecho regional.

Como epílogo del libro y bajo el rótulo «Reforma y heteronomía», el autor nos dice que la lectura de la propia Ley puede resultar engañosa, dando una falsa impresión de autonomía: se legisla sobre la función social de la propiedad y la eventualidad de expropiación o desposesión si se incumple; se regulan planes comarcales de actuación; se crea un Instituto Andaluz de Reforma Agraria; se implanta un impuesto por infrautilización de las tierras..., pero en realidad nos encontramos con una verdadera reiteración de normas ya vigentes con carácter general emanadas del Estado, como la de Reforma y Desarrollo Agrario y la de Fincas Manifiestamente Mejorables. Y CLAVERO reconoce que se copia porque otra cosa no puede hacerse, o no se quiere tampoco hacer desde que se ha renunciado a las posibilidades de conseguir un cambio previo de dicha legislación nacional que, entre otras virtudes, tuviera la de facilitar el mismo juego de la autonomía. La redundancia, dice, no es inocente.

Termina diciendo que las normas de esta Ley contienen pronunciamientos que exceden de su competencia e introducen la sensación de que poseen una capacidad superior de la que realmente les corresponde. En buena parte, en la más sustanciosa, la Ley andaluza no es propiamente tal, pues su disposición no ha nacido realmente del Parlamento regional; tampoco lo oculta, con las referencias a la Constitución y las remisiones a la legislación general, pero realmente disimula el alcance superior de esta misma dependencia. En consecuencia, dice CLAVERO, podía haberse reducido a un reglamento de legislación superior, sin necesidad de afectar que los principios e instituciones creados se transmutan en normas de determinación regional por la simple operación de reitearlas en forma de ley andaluza.

Como apéndice del libro se inserta el texto de la Ley andaluza de reforma agraria que lo ha motivado. Ahora, a esperar lo que decida el Tribunal Constitucional.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DEL ESTAL, JUAN MANUEL: *Documentos inéditos de Alfonso X el Sabio y del infante, su hijo don Sancho*. Estudio, transcripción y facsímiles. Alicante, 1984, 257 págs.

No hace mucho que el Profesor JUAN MANUEL DEL ESTAL publicaba, en colaboración con MARÍA LUISA CABANES y FRANCISCO GIMENO MENÉNDEZ, *El libro de los primitivos privilegios de Alicante de Alfonso X el Sabio*,

Alicante-Madrid, 1984, con que se ponía e manos de los estudiosos un espléndido instrumento de trabajo sobre Alicante en la época alfonsí. Su bibliografía gira en torno a esta zona y a estos años y prepara un magno *corpus* documental del reino de Murcia bajo la soberanía de Jaime II, 1296-1304. Ahora esta colección documental completa su obra anterior y nos brinda un buen número de documentos inéditos, junto a otros en que mejora la edición...

Voy a empezar por señalar la importancia de la publicación de los documentos, con cuidado y rigor, tal como se hace. Pero indicaré también que su forma de ordenarlos me parece innecesariamente complicada para el lector. Tras un prólogo de JOAQUÍN CERDÁ, una sencilla introducción del autor *al lector* para describir cuáles son los materiales que va a traer a luz; a continuación una sucinta bibliografía y empieza el núcleo central distribuido en tres partes:

- I. Descripción y estructura del cartulario alfonsí alicantino.
- II. Marco histórico y contexto institucional de los documentos contenidos en el mismo.
- III. Regesta, transcripción documental y facsímiles.

Esta tercera parte, en la que se contiene los documentos, es la que considero mal ordenada —al menos poco fácil de ser manejada—. Empieza por una regesta de privilegios de Alfonso X a Alicante, números 2 a 42, que han sido ya editados en la publicación citada al inicio de esta reseña, como también el 1, 79 y 80, concedidos por Jaime II a Orihuela (aquí debió mantener su numeración 44 y 45 de la mencionada publicación). No entiendo por qué no coloca en la regesta el que reproduce en páginas 22 y siguientes. También hace regesta con otra numeración, que después no podrá adaptar a la que se utilizó en el *Libro de los privilegios*, números 43 a 78 de la continuación del código alicantino —parte no editada en aquel facsímil—. Muchos de ellos están editados, pero tan sólo indica los que están inéditos —la mayoría de los publicados se deben a TORRES FONTES—. Después, continuando el código alicantino, hace regesta de los privilegios y fueros de Jaime I y sus sucesores, que se encuentran en el *Aureum opus*, los de Jaime I, números XXXIX, XLII, XLVI y LIX; Pedro I —o III de Aragón—, números V a XX y XXIII; Alfonso I —o III de Aragón—, números I, VI; mientras los de Jaime I son fueros, no privilegios, que se pueden ver en sus Cortes de 1301, en la edición de Palmart, Valencia, 1482, páginas 228-230 de la edición facsímil de 1976, rúbricas IV a VII, IX a XX, o mejor, la edición del propio autor en RIDEA, 40 (1983), 25-68. En suma, creo que en las regestas se debió mantener la numeración de su propia edición del *Libro de los privilegios* e indicar las ediciones antiguas o modernas de los documentos. No se acaba de entender por qué trae una numeración nueva, que si se añade a la existente en cartulario y la que dio él, puede llegar a complicar la designación de los documentos. Después, en los anexos documentales atribuye otra nueva numeración a los documentos. ¿No supone cierta complicación innecesaria para la designación de los documentos del código alicantino?

En la IV parte se da la regesta de los documentos que se editan como una tabla preliminar, que después se repite en el encabezamiento de cada

documento, en la parte V —quizá no sobra—. En cambio, la ordenación por inéditos, o documentos fragmentaria o incorrectamente editados podría haberse suprimido, ya que complica sin necesidad la consulta. Sobre todo, dada la circunstancia de que, mientras estaba este libro en pruebas, aparece *El libro de los primitivos privilegios* en que se publicaron tres de los inéditos, páginas 129-140 de la obra que estoy reseñando, y los fragmentarios o incorrectamente editados, de las páginas 150-154, 174-176, 176-178, 178-184, 184-187, 187-189, 203-205. Con todo, lo nuevo que trae es sustancial y tampoco hay por qué no republicar documentación, si existe una idea delimitadora, que en este caso parece ser el código alicantino, con sus tres partes, más algún otro de Alfonso X o de Sancho IV. Personalmente, estoy trabajando sobre los Fueros y privilegios de Alicante, por lo que este libro supone una gran ayuda de materiales y unas hipótesis a discutir.

Veré un ejemplo que revela la importancia de esta documentación: en concreto la transcripción de las páginas 164 y siguientes, de un ejemplar de fuero de Alicante que se conservaba en la encuadernación de un libro de la catedral de Orihuela. Aunque está muy deteriorado, el autor lo reconstruye y observa que en su última parte hay algunas líneas que no corresponden al texto del fuero de Alicante que lleva el número 3 de su edición del *Libro de los privilegios*. Aunque no se ha dado cuenta, pertenecen al número 4, en que se reproduce el fuero de Cartagena y confirma mi hipótesis —que expuse en mi colaboración al homenaje a MARTÍNEZ MORELLÁ, en prensa— de que las tres piezas con que se iniciaba el primitivo cartulario, los citados 3, 4 y 2 (éste son las confirmaciones) forman un solo diploma, publicado en 25 de octubre de 1252. La prueba de mi hipótesis la juzgo definitiva: en esta copia se termina algo después la continuidad de los dos textos.

Creo que es acertada esta colección documental, muy rica en datos, tanto en la publicación de nuevos textos como en su presentación, en su estudio preliminar, contenido en las partes I y II. No puedo, en unas páginas, entrar en todos sus contenidos: la conquista de Alicante, la delimitación de su término municipal, segregaciones, planos, etc. Incluso un esquema —no le llama *stemma*— de los diversos manuscritos, que coloca entre los documentos editados, páginas 162 y siguientes. Disiento en algunos puntos, pero no es momento de entrar en análisis tan concretos, tiempo habrá de hacerlo. Ahora es momento de felicitarnos por esta publicación, que tantas perspectiva abre...

Al conocer mejor el código alicantino, sus diversas partes, cada vez estoy más convencido de que se trata de los distintos materiales que en 1308 se requieren para tratar, con el monarca aragonés Jaime II del paso de la legislación castellana a la valenciana; que es un código de procedencia oriolana, que, por lo que fuere, ha llegado, en fecha no precisable, al archivo de Alicante. Pero son cuestiones que requieren más espacio y un tiempo para su estudio...

MARIANO PESET

FRENETTE, FRANÇOIS: *De L'Emphytéose*. Ed. Wilson-Lafleur. Montréal, 1983.

Parcialmente, o sea, el Libro II relativo a la Familia, único publicado, rige desde 1981 el nuevo Código Civil de Québec. Es la parte ya revisada del antiguo Código del Bas-Canadá, en vigor desde 1866. El resto navega todavía entre las brumas de estudios y anteproyectos. Estimando que los esquemas que trazan estos últimos, incluso en su versión de proyectos, no sólo son superficiales, sino que adolecen de una deficiente técnica-jurídica, MAÎTRE F. FRENETTE, Notario y Profesor de la Universidad Laval, nos ofrece esta obra sumamente atractiva por su procedencia y su profundidad.

Esta última se aprecia inmediatamente con la excelente revisión genealógica que realiza del instituto y que el prologuista de la obra, ANDRÉ-MARC DAUTH, directivo de los Notarios de Québec y Profesor de la Universidad de Montreal, califica de magistral estudio histórico. La enfiteusis, viene a decir ME. FRENETTE, no es un profundo generado espontáneamente en la mente legislativa, sino que como otros muchos institutos jurídicos constituyen el término actual, no definitivo, de un proceso de evolución constante que procura adaptarse a las necesidades sociales también en eterno movimiento.

Tal vez los antecedentes más remotos de la enfiteusis haya que buscarlos en las cesiones mediante canon, tipo arrendaticio a largo plazo, que aparecen en casi todas las civilizaciones de Oriente Medio y singularmente en Egipto, de donde no sería raro la hubiera importado Roma. Estas cesiones cuando son de terrenos en producción acostumbran a ser temporales, pero cuando se trata de tierras vírgenes o abandonadas no es raro aparezca obligación de mejorar, bajo pena de caducidad, y el plazo indefinido corone esfuerzos de generaciones. Las variadas circunstancias producen también reglas normativas que se plasman en fisonomías con muy específicas particularidades.

Roma, que acumuló *ager publicus* y patrimonio inmobiliario imperial, bien como *res privata* del Príncipe bien como *res publica* que el Príncipe administra, distinciones que con el tiempo pierden relieve y hasta se convierten en especulativas dentro de lo difuso y amorfo, realizó constantemente distribuciones de tierras cuya expresión más perfecta se concreta en las colonizaciones, bien como recompensa a milites veteranos, bien para eliminar de las urbes el proletariado díscolo o para arraigar al terruño a campesinos empobrecidos, a los que, de hecho o derecho, facilitaba el acceso a la propiedad. Las leyes agrarias de Sila, César, Lépidio, Octavio y muchos otros, las constantes colonizaciones, en especial las de Sicilia y Cerdeña, son buenos ejemplos de ello. Las conquistas o las incautaciones de bienes a los enemigos políticos cubrían ampliamente las bajas producidas en el patrimonio inmobiliario por las causas indicadas.

FRENETTE señala cómo en la zona tunecina se producen, probablemente, a partir de la destrucción de Cartago. A juzgar por el nombre deben ser de la época republicana las patrocinadas por la «Lex Manciana» a la

que hacen referencia diversos cipos cuadrangulares hallados en aquel territorio a últimos del pasado siglo y primeros decenios del presente y las llamadas Tablillas Albertini, descubiertas en 1928. En el más antiguo de los primeros cipos, el de Henschir-Mettich, los Procuradores del Emperador Trajano fijan los derechos y deberes de los colonos de cierta «villa» refiriéndose «ad exemplum legis manicianae», mientras otros aluden a la «Lex adriana» que completó aquélla. Algunas de las expresadas Tablillas, concretamente 23 de las 56 descubiertas, contienen contratos de «particellae agrorum ex culturiis maniciani Titii in fundo Tuletianense». Los otorgan bereberes romanizados y en ninguno de ellos se hace referencia ni interviene el «dominus». Y varias estelas funerarias proclaman la condición de «manicianus cultor» del difunto.

Se ignora, con exactitud, la posición jurídica de estos colonos, pero a través de la «Lex Hadriana» se les reputa titulares de un «ius occupandi» que comprendía el «usus proprius, ius colendi, possidendi, fruendi, hereditique sui relinquendi» a cambio de un canon parciario «in natura» cuyo inicio podía retrasarse varios años, según el fundo se dedicara a higos, olivares u otras especies de frutos de tardía producción.

FRENETTE analiza un posible esquema que podría comprender la evolución de los cultivadores del «ager» en «ager romanus», «ager publicus», «occupatorius arcifinius», «Lex Manciana», «Lex Hadriana» y enfiteusis. Ciertamente que los «agrivectigales» para superficies en cultivo eran temporales, aunque se prorrogaban normalmente, pero los territorios yermos, los «subcesiva» o «superficies», los abandonados o similares, eran más adecuados para el «ius perpetuum salvo canone», los «agri occupatorii arcifinii» y otros, verdaderas ventas que se encubrían como locaciones por imposibilidad de darles la real denominación, dada la carencia de facultades de los Príncipes para ello. Naturalmente siempre aparecía el comiso en los casos de incultura o abandono.

La imposibilidad de vender se basaba en antiguas normas que hacían el «ager publicus» imprescriptible e inalienable. El estadio de desarrollo del Derecho romano todavía no había alcanzado el concepto general de contrato, sino diversos tipos o modalidades del mismo, como la «emptio-venditio» y la «locatio-conductio», entre ellos, los más próximos para las finalidades propuestas. La inclinación fue por la última, dada la imposibilidad de acudir al primero de los indicados tipos, aunque su esquema se alteró con diversos aditivos que quedó casi desnaturalizado. Ciertamente el Erario o el Príncipe continuaban siendo el «dominus», pero este título quedaba reducido a casi un solo canon: un «nudum ius quiritium».

A ello hay que añadir que el Pretor reconoció a estos «poseedores» una «actio in rem utilis» paralela a la reivindicatoria, interdictos, derecho de dar en garantía el inmueble y otros que alejarán mucho al titular de la simple detención.

El Imperio pasa por una crisis agrícola de profunda intensidad; los campesinos abandonan la tierra que, vacante, pasa al Estado que la cede a precios irrisorios a latifundistas o arrendatarios de impuestos quienes en muchos casos la subarrendaban a nuevos colonos. Para fijar la sustancia humana y la producción agrícola en fuga y decadencia, se producen préstamos a bajo interés (Trajano), devaluaciones monetarias (Marco Aurelio y Septimio Severo) hasta llegar a decretarse la especializa-

ción de cultivos por regiones (Domiciano) y se observa que los particulares utilizan con profusión la cesión de tierras a largo plazo y mediante canon parciario o no y con condiciones adecuadas a las necesidades vigentes.

Nos hallamos en el atrio del bautismo de un instituto vivo y viable, con forma jurídica todavía no *sui generis*. Pero es cuando Ulpiano habla ya del Derecho enfiteútico que queda regulado y reconocido por los Edictos de Zenón y Justiniano o Constantino. Pero nada se innova, salvo el nombre. La institución tiene vida propia y movimiento en auge.

Al dividirse el Imperio el Derecho romano es recibido en la zona bárbara occidental a través del Código Teodosiano, principalmente, y la enfiteusis tiene amplia aplicación en las Galias sobre todo en los bienes del Fisco y de la Iglesia. Con los glosadores se produce la conocida confusión: la «*actio in rem directa*» y la «*actio in rem utilis*» pasan a constituir los dominios directo y útil. Y como ello no era bastante se entremezclan las instituciones feudales, con su sociedad piramidal que, supliendo la ineffectividad del poder central, consiguió para parte de Europa un cierto período de paz y prosperidad. Investiduras y vasallajes se mezclan con los dominios que ya habían enrarecido el instituto enfiteútico y por ello Dumoulin puede decir «*Verbum emphyteusis est aequivocum*».

Entre 1534 y 1542 Jacques Cartier anexiona a la Corona francesa y con el nombre de Nueva Francia gran parte del actual Canadá, subsistiendo tal incorporación, salvo un leve lapso, hasta tiempos muy modernos. Se importan las leyes francesas con sus feudos, censos y enfiteusis, se conceden monopolios y en un batiborrillo que la Revolución francesa intentará eliminar en forma simple considerándolo una sola unidad, aunque se proceda rápidamente con posterioridad a las oportunas rectificaciones, se envuelven aquellos inmensos territorios en el marco de unas estructuras jurídicas decadentes, cuya renovación no tarda.

Pero las instituciones feudales no han arraigado en Nueva Francia donde no es posible prestar al Rey otros servicios que los de índole militar. Tampoco las compañías concesionarias de explotación, salvo excepciones, consiguen el nacimiento de grandes colonias: su objetivo es la caza, el comercio de pieles. Pero si arraiga en tierras vírgenes y desoladas el instituto enfiteútico que recoge el Código de 1866, libre ya de su sabor feudal, aunque es de advertir que a diferencia de Francia, en Canadá los derechos señoriales se abolieron con indemnización, en términos generales.

La enfiteusis que recoge dicho Código es la estructura inversa de la francesa del siglo XIV. Si en estas remotas fechas el concedente es el señor, con sus derechos de canon, reconocimiento, preemción, mutación y comiso, en cambio en el Derecho canadiense todo lo más es titular de derecho real en cosa ajena, y aún el carácter de real es discutible. El enfiteuta se considera prácticamente el dueño y el instituto se extendió a gran número de bienes alodiales, que eran casi todos los canadienses, por los motivos indicados. Por ello no aparecen los conceptos de dueño directo o útil, y el instituto se considera una sabia conjugación de dosis interesantes para los cultivadores y los ahorradores, enmarcándose en las características adecuadas, según conveniencias y extendiéndose a los solares edificables.

En cambio sí aparece la temporalidad del derecho del enfiteuta, de nueve a noventa y nueve años, y no, preceptivamente, los de preemción o mutación, más adecuados a las concesiones perpetuas en las que juega su papel la esperanza de recuperar el pleno dominio. El enfiteuta es denominado «preneur», «bailleur», el instituto «Bail Emphytéotique». No usa expresiones tan absolutas como las que posteriormente empleará el Código Rural francés, pero pese a la técnica jurídica deficiente su titularidad abarca los derechos correspondientes normalmente al propietario. Se excluye el de abusar y, aunque se ha discutido, se le reconoce el de accesión.

El proyecto de Código, comenta FRENETTE, pese a su deficiencia técnica, presenta a la enfiteusis como un derecho real inmobiliario, sin duda un considerable progreso, pero sugiere sustituir el nombre de «enfiteusis» por el de propiedad temporal, contra lo que se revuelve nuestro autor: la propiedad «ad tempus» no existe. Se trataba, posiblemente, de intentar asimilar la institución enfiteútica, en tal caso siempre temporal, a otras propias del «common law» que se ofrecen como sumamente interesantes y prácticas.

Otra cosa ha ocurrido a lo largo de la historia al instituto enfiteútico y de ello podemos dar fe los que hemos ejercido el notariado en zonas en que hasta tiempos recientes ha sido practicada tanto en la esfera rural como en la urbana. Ciertamente la enfiteusis quedaba alejada del feudo en el que el incumplimiento de juramentos implicaba declaración de felonía y comiso. Pero estos contratos, perpetuos o a largo plazo, como han comentado muchos autores y últimamente MARCEL FONTAINE y BRIGITTE y GEORGES BERLIOZ, tanto en el orden interno como internacional, donde se producen frecuentemente, no aparecen encuadrables en las normas clásicas dictadas teniendo *in mente* contratos de inmediata ejecución o de escasa duración.

En los contratos de ejecución dilatada, suministros, servicios o prestaciones en general, conceptos como los de fuerza mayor, variación de las condiciones de materias primas u otros elementos y, sobre todo, devaluaciones monetarias, juegan un papel importantísimo. Y aunque las lagunas legales se intentan suplir con arbitrajes, revisiones y otros procedimientos, no siempre resultan estos eficaces en contratos de dilatada duración o perpetuos.

Las enfiteusis temporales, como la canadiense, pueden tener cierto éxito, dado que al cabo de un tiempo se recupera, por el titular del canon, la plena propiedad del inmueble con sus mejoras. Pero cuando es un «ius perpetuum» la historia ofrece una amarga relación de calvarios dimanantes de enfiteusis estipuladas en metálico, sin laudemios ni derechos de preemción, en los que el canon pasa a ser una renta parasitaria, simbólica y objeto de agresión por todos los políticos y demagogos que, en merma de la justicia, proclaman un derecho de clases que siempre es el que comprende mayor número de votantes.

Recientemente, con motivo de la publicación de la obra del Magistrado italiano ANTONIO IANELLI, *La nuova enfiteusi*, de 1975, en esta misma revista ofrecimos los correspondientes comentarios: la nueva enfiteusis es una mera caricatura trágica de un derecho que, en su día, permitió coordinar intereses para poder tierras en cultivo, mejorarlas o permitir

la adquisición de solares edificables con facilidad. Pero el transcurso del tiempo convierte en irrisorios los derechos en efectivo del concedente. El mejor ejemplo de ello son las cesiones arrendaticias, de momento casi institutos enfiteúticos o ex arrendamientos en expresión de NART, en las que la propiedad efectiva radica en el arrendatario. Ciertamente que se intentan reavivar los contratos arrendaticios, cuya desaparición tanto coste y tantos sacrificios ocasiona a Estado y a particulares, pero se tiene, ante nuevas y atractivas disposiciones, la sensación de penetrar en una ratonera, la misma que deben sentir los posibles candidatos a inversores en las Bolsas de Lisboa o de España.

Ciertamente que ello no ocurre en todos los países. Cuando reina la estabilidad política y económica, los contratos, aun de ejecución dilatada, dejan de ser aleatorios y arriesgados. Los futuros congresistas notariales de Montreal tendrán ocasión de comprobar cómo muchas familias, antes de proceder al repintado del piso del que son arrendatarias, prefieren trasladarse a otro, evitándose grandes inconvenientes, lo que demuestra la fluidez del mercado, imposible en países donde se practica el expolio o el acogotamiento de los ahorradores.

Digamos, para terminar, que la obra se lee con sumo agrado; que al final de ella figura un meticuloso y estudiado esquema de contrato enfiteútico; una amplia relación de las resoluciones judiciales dictadas en la materia no sólo en Québec, sino en todo el Canadá y muchas francesas; una amplísima bibliografía, singularmente francesa, y hasta un léxico de términos o conceptos poco conocidos en los países en los que el «common law» tiene considerable predominio.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MONTANOS FERRÍN, EMMA: *La familia en la Alta Edad Media*. Pamplona, 1980, 368 págs.

En recensiones anteriores he comentado algunas monografías de la canonística española que se relacionaban con la dogmática jurídico civil de la familia, voy a detenerme ahora en este importante trabajo de historia del Derecho, que estimo también una brillante y novedosa aportación para el estudio del Derecho de familia.

De entrada, el trabajo sorprende por la extensión de la investigación. Lejos de limitarse, como es habitual, a un territorio, tiempo y tema concreto, este estudio abarca la totalidad de la península, incluyendo Portugal, la totalidad de la Alta Edad Media, siglos VIII a XIII, y una visión universal de la familia. Tal extensión, aunque probablemente criticable, sólo ha sido posible tras un trabajo ímprobo, especialmente meritorio si se tiene en cuenta que las primeras fuentes normativas son de fines del siglo XII, y que, con anterioridad, la autora se ha visto obligada a desarrollar una investigación exclusivamente documental (que ha realizado preferentemente en cartularios de monasterios españoles). Por otra parte, el carácter local y consuetudinario del Derecho de la Alta Edad

Media no ha impedido que la autora nos presente a grandes trazos una estructura general del Derecho altomedieval, destacando en cada caso las especialidades locales.

El título del libro es, con todo, algo engañoso. En realidad, más que ilustrarnos sobre la familia en la Alta Edad Media, la autora nos presenta los resultados de una exhaustiva investigación original. Por eso, temas como el matrimonio, la filiación y sus clases, la patria potestad, la emancipación, el régimen económico del matrimonio, etc..., no aparecen desarrollados; tampoco, aparte de una introducción inicial de cortesía, nos presenta la autora las investigaciones paralelas que sobre temas análogos pudieron haberse realizado en España o en el extranjero. El tono general del libro es una recopilación y sistematización de fuentes documentales, normativas y literarias ciertamente impresionante. Además, también es característico y peculiar del libro que la autora elude expresamente cualquier tipo de construcción dogmática, y rara vez aventura una opinión; se limita a describir con precisión las situaciones y hechos, en un estilo algo seco, con algún defecto de puntuación, y evitando cualquier género de floritura.

El lector que sepa leer el libro con algo de imaginación, que sepa pintar algo de colorido, que pueda pasar más allá de la sucesión, en ocasiones algo farragosa, de datos, tiene garantizada la entrada a un mundo distinto: donde aún impera la justicia privada, y donde existen conceptos radicalmente distintos del honor, la sexualidad, la familia y el patrimonio. De todo esto trata el libro. El hilo conductor del mismo parte de la idea matriz de que el fraccionamiento y debilitamiento del poder político ha hecho de la solidaridad familiar el auténtico vínculo jurídico sobre el que se vertebra la sociedad altomedieval.

El concepto de familia en la Alta Edad Media es ambiguo, se emplea en una pluralidad de sentidos, y se aplica a realidades diversas. La autora nos subraya, desde las primeras páginas y a lo largo de todo el libro, el protagonismo de la gran familia, de la comunidad de parientes, donde los intereses familiares prevalecen sobre los personales (lo colectivo sobre lo individual). En esa parentela universalizadora, el grupo familiar nuclear matrimonial, y el individuo mismo, se encuentra inmerso indisolublemente, sin tener absoluta identidad subjetiva, y sometido, en todo caso, a una estricta dependencia, vigilancia y tutela.

El libro se divide en tres capítulos. En el primero se estudia *la renovación de la familia*, y trata, fundamentalmente, de la exigencia del consentimiento de los parientes para contraer matrimonio. La licencia matrimonial no está encaminada, como en el Derecho moderno, a tutelar la libertad del consentimiento matrimonial, sino a controlar el acceso de nuevos miembros a la parentela (pues, por medio del matrimonio, se produce una renovación de la familia); la licencia no es concedida por lo padres, sino por los parientes como órgano político. Por eso la licencia es necesaria tanto para el varón como para la mujer y también se necesita licencia para las uniones extramatrimoniales. La autora en este contexto nos recuerda la extensión del concubinato, y la distinta y ciertamente más laxa moral sexual de la Alta Edad Media.

En el capítulo II, y bajo el genérico título de solidaridad familiar (que podía ser con más propiedad el título del libro), se incluyen: *la*

tutela, la asistencia penal y la asistencia procesal. La tutela se inicia por la muerte de cualquiera de los padres, y desde entonces la parentela interviene en una doble vertiente: primero, fiscalizando el ejercicio de la tutela (tanto si la ejerce el cónyuge supérstite o un pariente); segundo, ejerciendo subsidiariamente la tutela. En general, los fueros sólo se preocupan de los aspectos patrimoniales de la tutela, y los parientes fiscalizadores son aquellos que tienen una cierta expectativa hereditaria. Puede deducirse, aunque la autora evita conclusiones dogmáticas, que el tutor es poseedor de los bienes del menor, hace suyos los frutos, cumple con restituir el patrimonio en el momento de extinción de la tutela, y es designado a la misma aquel que ofrece mayor renta por la posesión del patrimonio del menor, sin que haya, como en el Derecho moderno, un orden estricto de preferencia derivado de la cercanía del parentesco; la parentela participa en la designación del tutor, la gestión de su ejercicio y la rendición anual de cuentas. Respecto de la *asistencia penal*, los parientes ejercitan la venganza privada y son los receptores de desagrazos. En el libro se examina la *deshonra de la mujer*, en los supuestos de violación y rapto no consentido, que son delitos privados y van a ser vengados por los parientes. Consumado el delito, procede la declaración formal de enemistad, que implica que los parientes puedan dar muerte al culpable sin incurrir, claro está, en delito (otras consecuencias son el destierro y la pena pecuniaria). La deshonra afecta y alcanza a toda la parentela. En el caso de deshonra de mujer casada, la prioridad en la venganza corresponde al marido, y por el carácter público de la ofensa la pena de muerte es ejecutada por el alcalde y el concejo. El adulterio es también delito, y tanto el marido como los parientes pueden dar muerte a los dos adúlteros en vindicación del honor familiar. Con todo, la venganza privada, previa la declaración de enemistad, adquiere su más importante manifestación en los delitos de *homicidio y lesiones*; en ellos, la venganza es un derecho-deber de los parientes y su incumplimiento puede acarrear la desheredación. El homicidio efectuado por el sirviente presenta alguna característica específica, pues, igual que el parricidio, es considerado traición y por ello no se admite el perdón, los parientes pueden elegir la forma de la muerte (normalmente el homicida es quemado o apedreado) y la muerte se ejecuta públicamente. La autora destaca, por último, que en la Alta Edad Media no existe una *responsabilidad penal colectiva*, aunque excepcionalmente algún fuero, en caso de muerte del Rey, extiende la responsabilidad penal al homicida y todos los parientes (que serán quemados vivos).

En el capítulo III se estudia el *grupo familiar en el ámbito patrimonial*. La solidaridad familiar se asienta sobre la solidaridad patrimonial. La parentela, como grupo, ejerce una vigilancia patrimonial que la doctora piensa que se fundamenta en conservar las expectativas hereditarias y en conservar la identidad del patrimonio familiar inmobiliario. Por ejemplo, los parientes autorizan la partición hereditaria entre padres e hijos, las donaciones en favor del alma, las donaciones del marido a la mujer (pues significa la salida de bienes de la raíz familiar), etc..., y, sobre todo, tienen reconocido un retracto gentilicio, y unos complejos derechos de sucesión y retorno troncal. Junto con esta identidad político-patrimonial de la parentela, se estudia, tras una exhaustiva e impresio-

nante investigación documental, las distintas clases de *comunidades patrimoniales-familiares*; éstas, según la autora, se forman espontánea y naturalmente por la no partición de los bienes hereditarios. La comunidad patrimonial entre hermanos debió de ser la situación ordinaria en la Alta Edad Media y está favorecida por la ley con importantes beneficios fiscales (constituyen un solo censo); y, en caso de existir, se convierte en un orden sucesorio preferente detrás de la línea recta descendiente y excluyendo a la ascendente. Se estudia, finalmente, la condición del *cónyuge viudo miembro de una comunidad familiar*; lo normal es que por matrimonio tenga lugar el apartamiento de la comunidad patrimonial familiar, pero de no producirse la partición, la esposa, y luego los hijos, se integran en la comunidad; el cónyuge, sin embargo, no tiene la plenitud de derechos de un copartícipe; con los viudos la solidaridad familiar tiende a delimitarse y sus limitados derechos patrimoniales ceden en favor de la troncalidad; la nuera, por ejemplo, tras la muerte del marido, no participa en la partición más que si tiene hijos e incluso, si el hijo muere en la menor edad, la viuda tendrá que devolver los inmuebles al tronco originario.

En resumen, una extraordinaria investigación original sobre fuentes primarias, que se centra fundamentalmente en el examen de la influencia político-social de los vínculos de parentesco en la Alta Edad Media. Por la crisis en la época del poder político, el estudio trasciende del puro ámbito jurídico privado para convertirse en un observatorio privilegiado de las raíces antropológicas y jurídicas de nuestra identidad colectiva. El libro, aunque escrito en un tono rigurosamente científico, contiene, por la riqueza de su estilo, los suficientes elementos curiosos para poder hacer su lectura interesante a un no especialista. Para un civilista es de especial utilidad al presentar una visión del origen histórico de importantes categorías del Derecho privado.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

RODRÍGUEZ-ARIAS B., LINO: *De la propiedad privada a la propiedad comunitaria*. Monte Avila Editores, Caracas, 1 vol., 427 págs.

El autor, uno de las más prestigiosas figuras de la ciencia jurídica de Hispanoamérica, da en esta obra, en su tercera edición, una configuración definitiva a ideas sobre el mismo tema tratadas en publicaciones anteriores, algunas de ellas aparecidas en revistas españolas (así: «De la propiedad institucional a la propiedad comunitaria», *RGLJ*, Madrid, 1970.; «Jacques Maritain y la participación comunitaria», en la misma revista, junio 1979, págs. 493-544, y «¿Qué es el comunitarismo?» [Por una sociedad más humana, más justa y más libre], en la citada revista, noviembre de 1981, págs. 465-483).

La obra se abre con un Prólogo del Doctor ABDÓN VIVAS TERÁN, al que siguen las notas explicativas a la segunda y tercera edición, y se divide en cuatro capítulos. El primero es de introducción a las materias desen-

vueltras en los posteriores; contiene una apretada síntesis del pensamiento cristiano sobre la propiedad, tal como resulta del Nuevo Testamento, La Patrística, la Escolástica, Vitoria, Vives y Soto, en todos los cuales resalta el principio «de que los bienes sean usados en beneficio de todos los integrantes de la comunidad». Sigue una interesante consideración de la evolución histórica de la propiedad desde los tiempos prehistóricos, el Código de Hammurabí y la Ley de Manú, Roma, pueblos germánicos, feudalismo, Renacimiento, Revolución francesa y las nuevas doctrinas sobre la función social de la propiedad. Especial interés reviste la exposición de la doctrina social de la Iglesia, a través del magisterio de León XIII, Pío XI, Pío XII, Juan XXII y Pablo VI, que reconociendo legitimidad del derecho de propiedad, «pide que su disfrute alcance a todos los hombres de modo que éstos no queden alienados dentro de la sociedad, sirviéndoles de garantía a su persona y de apertura a sus semejantes, subrayando la función social de la propiedad como una característica intrínseca de la misma». A continuación estudia la orientación colectiva en los países comunistas (sus orígenes, URSS, Checoslovaquia, Hungría, Rumanía y China). Termina la introducción considerando el pensamiento cristiano contemporáneo, y una variedad suya: la introducción considerando el pensamiento cristiano contemporáneo, y una variedad suya: la propiedad institucional.

El capítulo II lleva por título «La propiedad comunitaria». Se exponen en él sus directrices. Entra de lleno en la economía de grupo, de antecedentes cristianos y corresponde a las formas de vida cooperativa, que fusionan en manos del socio los conceptos de capital y trabajo; pero es sólo su punto de arranque, pues la propiedad comunitaria trata de establecer un régimen de personas colectivas integradas por un individuo libre y responsable en su acción económica y coexiste con la propiedad personal, familiar, pública y mixta, siendo una modalidad de la propiedad colectiva en la que hay un patrimonio de afectación, integrado por bienes destinados a un fin social, con la característica de que pertenecen a los titulares y a la comunidad de trabajadores. En ella el capital lo proporcionan una institución intermedia, llamada Fondo, y los propios trabajadores; el equipo dirigente viene determinado por la combinación del máximo de democracia con el de eficiencia, por lo que las decisiones en principio se toman a nivel inferior y en los niveles superiores se toman las más complejas, siendo de escasa importancia el papel del sindicato, al desaparecer la oposición en el interior de la empresa. Los propietarios trabajadores no pueden disponer de su titularidad personal o título particular, habiendo una titularidad comunitaria, que recae sobre los bienes comunes de la empresa que les pertenece en común y de la que pueden disponer en forma total o parcial, lo que a mi juicio aproxima a esta propiedad a la comunidad *zur gesammtem Hand* o en mano común. Adoptada la propiedad comunitaria, el papel del Estado queda en un segundo plano, teniendo una función subsidiaria de control. La propiedad comunitaria supone una estructura social del mismo tipo, siendo expresión de la totalidad del pueblo institucionalizado, que no puede quedar a merced de que lo soliciten o no un grupo de trabajadores, sino que debe responder a una organización global de la sociedad.

En los capítulos tercero y cuarto hace el autor una exposición de los modelos históricos y vigentes en que se ha encarnado la propiedad comunitaria y un balance de lo que nuestra sociedad conseguiría con ella.

Es esta una apretada síntesis de las sugestivas ideas del autor, vertidas a lo largo de esta obra y que como él demuestra no son una simple utopía, sino que están teniendo impacto, entre otros, en los pueblos ibero-americanos.

RAFAEL ALVÁREZ VIGARAY

Práctica y Orde Judiciari de les causes civils de contenciosa jurisdicció.

Ed. crítica de TERESA CANET APARISI. Departamento de Historia Moderna, Facultad de Geografía e Historia de Valencia, en *Monografías y Fuentes*, núm. 11, Valencia, 1984, XV y 202 págs.

Sin duda es de interés el manuscrito que se transcribe, una vieja práctica judicial de Derecho foral de primeros años del siglo XVIII. Es frecuente este tipo de obras —en el Seminario de Historia del Derecho de la Facultad de Valencia hay otra de época análoga, núm. 1.636—, obras que sirvieron a Jueces y Escribanos de Tribunales, a Abogados, para orientarse en los procedimientos de la época. Algunas más ilustres merecieron numerosas ediciones impresas, como la *Praxis* de SUÁREZ DE PAZ o la misma *Curia philípica* de HEVIA DE BOLAÑOS, ambas referidas al ámbito castellano.

La *Práctica* valenciana que ahora se da a luz, más humilde, se limita a los juicios civiles, sin entrar en causas criminales ni eclesiásticas. Dentro de aquéllos omite los juicios posesorios, según explica en el capítulo 2, número 5, así como los actos de jurisdicción voluntaria, número 4, por considerar que están bien expuestos en el *Theatrum Iurisprudentiae* de BAS Y GALCERÁN. Su lectura es de gran interés para quienes estudien el Derecho procesal foral de Valencia, que, en verdad, apenas tiene bibliografía. A lo largo de sus páginas, tras unas advertencias sobre los Abogados y las citaciones y notificaciones, puede comprenderse bien la mecánica procedimental de los juicios sumarios —entendiendo por tales los plenarios rápidos de menos de 15 libras o por créditos derivados de compraventas, locaciones, causas de viudas o de restitución de dote—, los juicios ejecutivos, acciones reales o juicios ordinarios petitorios, remedios de nulidad, apelación, suplicación, ejecución de sentencias, etc... No es posible describir la enorme riqueza de sus datos pero sí caracterizar en sus grandes líneas su tratamiento.

El autor, un jurista práctico, va describiendo y analizando los problemas de procedimiento, autorizándolos con referencias a los fueros, a la doctrina valenciana y de Derecho común, con referencias a la costumbre del foro muchas veces —de ahí su mayor utilidad—. Trae fórmulas de los escritos, incluso avisos de los peligros que en cada momento acechan al Procurador o Abogado que no atienda a los trámites procesales. En alguna ocasión hace notar que el Derecho común sienta otra regla, pero los fueros, como *ius singulare*, tienen distinta solución. Véase, por ejemplo, el

capítulo 3, números 34 y 35, sobre la posibilidad de objetar los testimonios, que sólo por excepción cabe en el Derecho común.

¿Qué intención tiene esta obrita? A mí se me antoja que es un complemento de BAS Y GALCERÁN, pero de un nivel y sentido muy distinto. No trata de los actos de jurisdicción voluntaria ni de los juicios posesorios porque juzga que están bien allí. Pero la obra de BAS es más copiosa con un aparato más complicado —excesivo, como suele ocurrir en los jurisprudenciales ibéricos de la segunda mitad del XVII— y un casuismo realmente extensísimo. No se trata en esta pequeña obra —en la que hasta la lengua es distinta: el valenciano frente al latín— de completar lo que aquél dejó sin terminar. BAS se dirige a los principiantes en cuestiones de práctica, y pensaba escribir tres partes: la primera sobre el juicio sumario y la jurisdicción voluntaria, la segunda trataría de los juicios ordinarios y la tercera del ejecutivo —véase su prólogo *Ad lectorem*—. No lo hizo, y nuestro desconocido Abogado recoge, con brevedad y en un estilo menos recargado, más llano y sin tantas citas, la práctica usual de los Tribunales. Puede ayudarse de buenos libros, desde MATHEU Y SANZ a FRANCISCO JERÓNIMO DE LEÓN, junto a otros muchos. Se apoya en el derecho del *Corpus iuris*, como es lo usual, y en los fueros de Valencia. Sencilla, sin demasiadas pretensiones —dudo que pensase siquiera en que podía ser impresa—, es un instrumento particular para ayudarse en su trabajo de un Abogado o de un Escribano...

La edición de este original no me parece demasiado correcta. Un solo manuscrito no plantea demasiados problemas, pero a mi modo de ver presenta esta edición una serie de defectos que quiero poner de relieve. Conviene que se hagan mejor las ediciones; en especial en una época en que es tan costosa y difícil la edición, debe lograrse la mayor perfección posible. Los defectos que veo los agruparía en tres tipos: introducción o estudio introductorio, texto y aparato.

1. El estudio introductorio no debía llevar este nombre, es apenas una corta advertencia preliminar, sin notas, con algunos desatinos y una brevísima descripción del manuscrito. Lo fecha en el siglo XVII, aunque dice que la copia es del XVIII —parece que lo dice sólo de pasada—. Creo que debería haber analizado las cuestiones de autor y de fecha con mayor esfuerzo, pero este «estudio» es muy superficial; tan sólo dice: «Desde el punto de vista formal, bien parece una copia dieciochesca de un original que cronológicamente cabría situar en el siglo XVII. Y ello tanto por las fechas-tope de algunos documentos procesales aportados en el texto como por la naturaleza misma de la obra, aspecto este último del que nos ocuparemos más adelante». Con esta frase debe referirse a que hay fórmulas copiadas con fechas de 1700, lo que nos indica su redacción *coetánea* o *posterior* —es el término *a quo*— y no puede escribirse tras la abolición de 1707. La copia, porque el manuscrito es una copia, sin más tachaduras que las equivocaciones de un escribiente, puede ser posterior, aunque no tendría demasiado sentido...

Después, para caracterizar el texto, dice que el *mos italicus* surge en Francia a fines del XIII y arraiga en Italia —desatino que no puede decir ningún historiador del derecho como pretende—. Contrapone glosadores y postglosadores, con una enumeración de los géneros literario-científicos, y señala que se trata de una práctica o praxis... Su descripción del

contenido es pobre, con inexactitudes inadmisibles: por ejemplo, véase su idea de la jurisdicción voluntaria, como «actos jurídicos que se realizan voluntariamente, sin mediar las formalidades del proceso, ni el enfrentamiento entre partes». Todos sabemos a qué se refiere, pero dentro de esa caracterización cabe cualquier contrato o acto jurídico —se podía haber fijado en cómo nuestro autor no olvida decir que son *davant lo Jutge*; ante el Juez—. O poco después dice que los juicios sumarios «se sobreseen verbalmente y sin necesidad de mediar proceso escrito». ¿Qué entiende por sobreseer? Poco después hace dos contratos de la compraventa al designar como privilegiadas las demandas procedentes de contratos de compra, venta o arrendamiento. Es verdad que el texto, véase capítulo 3.º, número 1, le puede llevar a esa conclusión, porque el original tiene una lección en que duda entre la coma y una y griega tachada por una «o». En todo caso, no se puede separar compra, venta, como si fueran dos contratos.

2. Y paso al segundo punto: la transcripción —la he mirado tan sólo con celeridad— está mal hecha, porque no se ha puntuado bien, conservándose, en parte, la antigua e introduciendo cambios inaceptables. No se acentúa conforme a la actualidad, como es usual... No se pone el punto tras las abreviaciones de obras o de leyes, al menos no siempre... Lo que puede inducir a errores. Luego veré algún ejemplo.

En la parte que he visto para sopesar el valor de la transcripción, capítulos 1.º y 2.º, he hallado algunos errores, alguno grave, como son los saltos en las lecturas:

Cap. 1.9 L. nec caeterorum Cod. *de postuland.*; L. *iubemus sportulis*, L. *petitionis* Cod. de Advocat. diversor. Judic.

Cap. 2.12 dona comissió al Ministre, *sino que usa de la comissió general com a Ministre* del Tribunal.

Comete numerosos errores puntuales, algunos que se pueden suplir —admito que haya errores de imprenta—, pero otros complican; por poner unos ejemplos, en capítulo 2.10, «tot lo fet per aquell es *init* (quiere decir: irrit) y nullo», o sea irritó y nulo; capítulo 2.18. «Y quant en la citació es puixa considerar nulitat alguna es savra (en el manuscrito: sana) per la comparació de la part citada en juhy», quiere decir se sana o convalida. En capítulo 2.23 cambia totalmente el sentido, «La citació es tansolament (dice: tan totalment) necessaria pera la formació y llegalitació del juhy, que tot lo fet sens citació es nule...». O en capítulo 2.25: «tres dies après de la notificació constant (dice el texto: contant) aquellos en lo cas de averse despachat lletres desde el dia que tornà y entrà el Nuncio, o Ministre, en la dita ciutat...». Capítulo 2.27, «citació feta a la causa (a la casa)». En los capítulos siguientes he visto algunas faltas, más llamativas, capítulo 3.º, 2, 1, habla de «Pere vengano», cuando el texto dice «Pere v.g.», abreviatura que yo desarrollaría: *verbi gratia*. O en los inicios de los documentos la invocación. Jhs. a Cristo, la transcribe como *Ils*, en págs. 24, 29, 46, 47, 55 —aquí ya pone *Ills*, seguramente porque cree que debe decir ilustres o cosa semejante—; en pág. 94 transcribe correctamente núm. 1, e incorrectamente en el 9. Yo creo que el problema que tiene es que no entiende lo que transcribe, lo que suele ser

peligrosísimo... Otras veces, inexplicablemente, dice *contumancia* por *contumacia*, corrigiendo el manuscrito, en este sentido, una docena de veces.

3. En cuanto a la identificación de las citas que presenta es bastante defectuosa. No voy a recorrer todas sus páginas, pero en el capítulo 1.º, 1, nos identifica la de Santo Tomás; si lo hubiera hecho quizá hubiera advertido su error, pues la cita es a la parte *Secunda secundae* —como dice el manuscrito—, la que trata de la justicia y el derecho. Tampoco identifica o hace la referencia completa a Cicerón; vale como criterio, dejar estos autores tan conocidos. Pero ya no está claro por que olvida a BENIO, en el número 6 y 8, como también a QUESADA o a ROMÁN VALERON, *Liber singularis Animadversionum Juris Civilis*, Pinciae, s.a. Es posible que sean más difíciles, aunque no tanto como para no poder encontrar el título de la obra. Y además, sin ninguna explicación, y, los no identificados, en su mayoría son castigados a no figurar en el índice onomástico. Cuando la obra es un comentario que se cita por la ley comentada, ya no se preocupa de nada; así, en capítulo 2.º, 7, «Vald. in L. final...», parece un comentario de BALDO al Código; o en 2.9, BARTOLO DE SASOFERRATO, un comentario a una ley del Digesto, la *Quidam* (no *Ciudam*) *consulebant* del libro 42 no se identifica... Lo peor es lo que hace con las leyes romanas y canónicas, cita un *Corpus iuris* en dos volúmenes de GOTOFREDO, edición de París de 1628, en la nota 5, en alguna otra hace referencia y se olvida. Lo mismo con el Derecho canónico, en la nota 41. Debió pasar las citas al modo moderno de citar, con lo que se habría ahorrado algunas faltas. Por poner un ejemplo: en capítulo 1.º, 2, en que se arma un buen lío, hubiera podido transcribir bien:

... L. Petitiones et L. Iubemus § sportulis Cod. de Advocat. divers. Judic. [C. 2, 7, 24 y 2, 7, 22, 3]; L. et § Advocatus ff. de Var. et extraordinar. cognit. [D. 50, 13, 1, 10]...

Y no como lo hace:

... 1 petitiones G. L. iubemus. S. pro sportulis Cod. de Advocat. divers. Judic. 1 G.S. Advocatus, ff. de Var. et extraordinar. cognit...

O bien se hubiera percatado de la laguna que crea en el capítulo 1.º, 9. En fin, es evidente que el trabajo es pesado, sin duda; que hay muchas horas empleadas, pero no bastaban o se requerían conocimientos, usuales entre los editores de obras jurídicas... Naturalmente puede servir para un primer enfrentamiento con el texto que se edita, mas quien haya de trabajar sobre él habrá de volver al manuscrito. Una lástima... En estas cuestiones de edición no se puede improvisar...

MARIANO PESET

