

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIX
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXVI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIMÉ GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PENA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URÍA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

ANGEL CRISTÓRAL MONTES: <i>La administración de la Sociedad Anónima y sus problemas actuales</i> ...	645
VICENTE CUÑAT EDO: <i>La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de comercio y los derechos del tenedor de la letra perjudicada</i> ...	695

Estudios legislativos

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA: <i>Inversiones extranjeras en España</i> ...	725
---	-----

Vida Jurídica

Noticias ...	811
Cátedras de Derecho civil de Salamanca y Valladolid, jornadas italo-españolas de Derecho agrario, por Carlos Vattier Fuenzalida ...	811

NOTAS CRITICAS:

- JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: *El Derecho agrario, estado actual de la cuestión.* 823

Bibliografía

- Libros 835

Libros recibidos, por R.: *Notas bibliográficas sobre el Derecho civil polaco*, por Gabriel García Cantero.—A. BALLARIN, MARCIAL: *Estudio de Derecho agrario y política agraria*, por José Luis de los Mozos.—BREBBIA, ROBERTO: *La relación de causalidad en Derecho civil*, por R. E. D.—CADARSO PALAU, JUAN: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, por Francisco Rico Pérez.—CARRANZA, JORGE A.: *Los medios masivos de comunicación y el Derecho privado*, por R. E. D.—CORTEZO, JAIME: *Situación jurídica de la mujer casada*, por R. E. D.—RICO PEREZ, R.: *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contraprestación por Leasing en España*, por José Bonet Correa.—ROMAGNOLI, EMILIO: *Communione familiari montane*, por A. B. C.—SOTO NIETO, FRANCISCO: *Cuestiones jurídicas*, por Francisco Rico Pérez.

Revista de revistas

- A cargo de José Ramón Antón Riesco 866

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- A cargo de don José María Chico y Ortiz 877

Jurisprudencia**I Sentencias Comentadas**

1. *Nulidad de matrimonio civil celebrado en el extranjero por la condición de católico del contrayente español*, por Jesús Díez del Corral 915
2. *El sistema matrimonial español y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, por Luis Ignacio Arechederra Aranzadi 941

II Sentencias Anotadas

- La constitución tácita del Derecho de servidumbre en la partición hereditaria*, por José Bonet Correa 966

III Sentencias 969

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXIX
FASCICULO III

JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXVI



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

S E R I E 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La administración de la sociedad anónima y sus problemas actuales

ANGEL CRISTOBAL-MONTES

Catedrático de las Universidades Central de Venezuela
y Católica Andrés Bello (Caracas)

SUMARIO: 1. Planteamiento inicial.—2. Evolución histórica de la sociedad anónima.—3. Los nuevos hechos y la conformación conceptual de la sociedad anónima.—4. La evolución en la administración de la sociedad anónima.—5. La aparición de los órganos delegados en la administración de la sociedad anónima.

1. PLANTEAMIENTO INICIAL

Adentrarnos en el ámbito de la administración o gestión de las sociedades anónimas para decantarnos después, lo que constituye la medula de este trabajo, en el estudio del fenómeno de la aparición en el seno de los órganos administradores de nuevos centros de decisión que, aunque se nominen delegados, suponen una transformación estructural e importantísima desde el ángulo jurídico y una reorganización del poder interior de la empresa desde los ángulos económico y social, requiere, como paso previo y obligado, una panorámica por muy leve que sea del desarrollo histórico de esa especial forma societaria que es la anónima, de cómo las nuevas condiciones de varia índole, lo que se ha dado en llamar “los nuevos hechos”, han influido e influyen en la esfera del control y administración social y de la manera en que el Derecho comparado, a través de las más recientes regulaciones normativas, ha enfrentado el desafío que suponen las cambiantes condiciones de un mundo empresarial y societario en trance de profunda y constante renovación y las fórmulas que ha arbitrado tratando de encontrar cumplida respuesta a ese desafío. Y nada de extraño tiene que tales pasos previos se consideren como obligada singladura antes de atacar el problema concreto de la delegación del poder administrativo en la sociedad anónima, porque difícilmente será posible encontrar otro instituto jurídico en que los cambios y mutaciones estén tan a la orden del día y en que las tensiones, factores y características del entorno económico-político que le rodea sean tan influyentes, perentorios y decisivos, hasta el pun-

to de que, como ha escrito WIETHÖLTER, la historia de las sociedades anónimas es la historia de su reforma (1).

Como factor adicional a lo expuesto, debe señalarse la creciente interdependencia, conexión y similitud de las economías de los países del mundo occidental, que lleva de manera necesaria a la adopción de criterios y prácticas empresariales análogas y a la obligada búsqueda y plasmación de una normativa básica común para el más importante e influyente tipo social de nuestros días, como lo prueba los esfuerzos europeos en pro de la unificación del Derecho de sociedades que ha plasmado ya en un proyecto definitivo de Estatuto de la sociedad anónima europea, aprobado por el Consejo de Ministros de la Comunidad el 30 de junio de 1970 y publicado en el "Boletín Oficial de las Comunidades Europeas" el 10 de octubre del mismo año.

Hoy se puede afirmar sin riesgo de errar que el gran protagonista del mundo mercantil en los países de economía capitalista es el empresario social. "Desde hace un siglo —expresa en tal sentido ese sensible receptor de las grandes mutaciones de nuestro tiempo que es RIPERT— los hombres han dejado de detentar las grandes posiciones del comercio y de la industria. Han sido eliminados por las sociedades por acciones. Ningún hecho presenta mayor importancia que éste para la comprensión del régimen capitalista" (2). Cómo se ha producido tal acontecimiento y cuáles han sido los grandes hitos en el desarrollo de la sociedad anónima es lo que vamos a ver en el punto siguiente.

2. EVOLUCION HISTORICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Al igual que ocurría con el empresario individual, en las primitivas sociedades personalistas todo giraba en torno a unos miembros que eran al mismo tiempo propietarios, gestores y directores de la actividad comercial o industrial, porque la relación riesgo-poder emanada de la subyacente y previa propiedad-poder constituía la sustancia de la estructura societaria. Aunque el empresario individual había abandonado, apremiado por las nuevas exigencias, la realización aislada de su actuación y reclamado la participación de otros sujetos, estos nuevos colaboradores se diferenciaban poco de la figura clásica del titular individual de la empresa, porque respiraban su mismo espíritu emprendedor y su mismo sentido del riesgo (3).

Sin embargo, aunque en apariencia nada había cambiado, la sola circunstancia de la existencia de una administración plural y la posibilidad y realidad de que en ocasiones la incorporación a los entes sociales se hiciese depender no de la idea de la propiedad, sino de la

(1) WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft in amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1961, p. 35.

(2) RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Buenos Aires, 1950, p. 110.

(3) IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971, pp. 29-30.

del riesgo, que en el fondo entrañaban las sociedades colectivas y comanditaria, sembraba el germen de una mutación de consecuencias impredecibles y abría el cauce para la aparición de una nueva entidad societaria, en la que iba a ser indiferente la identidad personal de sus miembros y en la que se había de producir la absoluta escisión patrimonial entre la sociedad y los socios, generando la anhelada y preciosa responsabilidad limitada de éstos: se trataba de la sociedad anónima (4).

Tratando de buscar los más remotos antecedentes históricos de la figura se ha pretendido hallarlos en las *societates publicanorum* de los romanos, esto es, en aquellas sociedades en las que varias personas aportaban bienes y actividades con el objeto de, *animo lucri*, tomar en arriendo del Estado o del Municipio la recaudación de los impuestos o la realización de obras públicas o suministros (5); mas tratar de encontrar un nexo inmediato entre este tipo de *societas* y las modernas es algo que no ha sido todavía desarrollado ni es probable se dé, aunque, como dice BESTA, las nuevas instituciones aparezcan frecuentemente ligadas a operaciones financieras de empréstitos públicos y contratas (6).

En realidad, se trataba de entidades que por su formación colegial y por su función de Derecho público pertenecían a la categoría de las corporaciones y estaban dotadas de personalidad jurídica (7), lo que las diferenciaba en forma sensible de la tradicional *societas omnium bonorum*. Desde el ángulo interno eran, sin duda, *societas questuriae o unius negotiationis* (8), pero a causa de su función pública asumían caracteres y reglas que las distinguían sensiblemente de las otras sociedades privadas y, en particular, según apunta BERTOLINI, en materia de personalidad jurídica, ya que estaban investidas de la misma, contra lo que era regla general en el campo de las *societas* romanas (9).

En suma, pues, no hay parangón ni nexo de unión posible porque, además de lo apuntado, los órganos de la *societas publicanorum* (*magister, promagister, syndicus*, etc.) no tiene ninguna similitud con los de la moderna sociedad, la condición de *socius* no es equiparable a la de accionista y, en fin, el título de participación, al que se incorporaba la *pars*, no era nada similar a un título valor ni su transmisión revestía las características de las acciones (10).

(4) RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1964, página 4.

(5) ARIAS BONET, *Societas publicanorum*, en *Anuario de Historia del Derecho*, XIX, 1948-1949, pp. 218 y ss.

(6) BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, p. 354.

(7) D. 3, 4, 1, pr.

(8) D. 17, 2, 5.

(9) BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino, 1908, páginas 75 y ss.

(10) De todas maneras no falta algún autor que, contra el sentir general en este punto, advierta que no debe ser despreciada la contribución

Ante la imposibilidad de encontrar el precedente romano, los autores fijan la mirada en la Edad Media y aunque, según afirma LUZZATTO, no se encuentra en todo el Medioevo, sea en el campo del comercio sea en el de la industria, alguna forma de sociedad que pueda paragonarse a la anónima de los tiempos modernos (11), lo cierto es que los historiadores mercantiles suelen hallar los orígenes de la sociedad anónima en las relaciones especiales que en muchos municipios italianos medievales se establecían entre el gobierno y sus acreedores. La ciudades medievales para hacer frente a sus necesidades y empresas recibían fuertes empréstitos de los particulares y ante la imposibilidad de amortizarlos y pagar los intereses concedían a sus acreedores el derecho a cobrar los impuestos como garantía del crédito y sus réditos; el total del empréstito (*monti, masse o compere*) se dividía en partes iguales (*loca*) que eran consideradas como cosas muebles, enajenables y fructíferas (obsérvese su similitud con la moderna *acción*) y que daban derecho a una participación proporcional en los ingresos públicos. En algunos casos, los beneficiarios de esta distribución uniforme y anónima de los débitos del municipio se agruparon en organizaciones autónomas tal como ocurrió con el *Banco de San Jorge*, en Génova; con el *Banco de San Ambrosio*, en Milán, y con el *Monte dei Paschi*, en Siena; en el Banco de San Jorge, concretamente, se daban desde el principio dos notas típicas de la sociedad anónima: la responsabilidad limitada al importe del criterio del partícipe y la división del capital en partes iguales, representadas documentalmente y transmisibles (*loci compararum*), a las que vendrían a añadirse a comienzos del siglo xv el espíritu de lucro y el carácter corporativo de la asociación. Análogos a los anteriores organismos fueron las llamadas *maone* (palabra árabe que significa ayuda o socorro), en las que suele verse un precedente de las sociedades coloniales de los siglos XVII y XVIII. Las *maone* eran agrupaciones de ciudadanos que en interés y bajo la dirección del Estado emprendían una expedición naval para la conquista de alguna colonia y obtenían por un cierto número de años, en garantía y para la extinción de su crédito, la administración y el usufructo de las colonias y el monopolio en el comercio de algunos artículos coloniales. Igual que sucedía en los *monti o compere*, en las *maone* el crédito total estaba dividido en partes iguales que daban derecho a la participación correspondiente en las utilidades de la colonia, constituyendo todos los titulares de las cuotas, hasta tanto se extinguiese la

que esta figura societaria ha tenido en el concepto moderno de la sociedad por acciones, en razón de que la misma gozaba de personalidad jurídica, se distinguía en ella entre socio y partícipe (recuerda, al respecto, el pasaje de Asconio, según el cual *aliud est socius aliud particeps, nam particeps certam habet partem et non indivise agit ut socius*) y el título de participación prescindía de la condición de la persona, siendo transferible a terceros y sobreviviendo a la muerte del socio: Así, BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società, II (Società per azioni)*, Milano, 1948, p. 3.

(11) LUZZATO, *Storia del commercio*, I (*Dall'antichità al rinascimento*), Firenze, 1944, p. 377.

deuda pública, una sociedad anónima a la que correspondía la administración de la colonia usufructuada y tenía sus consejos, mayor y menor.

En este mismo terreno de los orígenes, suelen citarse también, a veces polémicamente por razón de orgullo nacionalista, como ha apuntado sagazmente el profesor RUBIO, las corporaciones mineras del antiguo derecho alemán (*Gewerkschaften*) y las organizaciones navales igualmente germánicas denominadas *Reederei*.

Pero habrá que esperar un hecho nuevo para que brote la verdadera sociedad anónima en sentido moderno: los descubrimientos geográficos. Las nuevas y lejanas latitudes exigían organizar expediciones navales de costo ingente para la época; su conquista, defensa, colonización y explotación precisaban de enormes recursos; los especiales poderes y atribuciones que se requerían para la organización administrativa y otros varios factores vinieron a mostrar prestamente que la empresa asociativa privada medieval no era instrumento apto para tan arduos y onerosos menesteres. Surgen así las compañías coloniales que vienen a entrañar los dos impulsos asociativos constantes, como ha escrito RUBIO: "Tanto sobre el fin de *organización* —esto es, la conveniencia de contar con un equipo de personas que cubran los diversos aspectos de la gestión de la empresa— como sobre el fin de la *financiación*: la necesidad de disponer de aquel capital que un solo patrimonio no está en condiciones de ofrecer". (12).

La lucha por las colonias y por la supremacía de los mares entre las grandes potencias marítimas tropezaba con un grave inconveniente inicial, cual era el de que las Tesorerías de los Estados no contaban con recursos suficientes para atender a los ingentes gastos implicados en tales empresas; había que acudir a la ayuda privada en vastísima escala, a la iniciativa de los capitales de los ciudadanos, para lo cual se precisaba ofrecer incentivos y ganancias sustanciosos e inmediatos. De esta suerte, surgen en los comienzos del siglo XVII las grandes compañías comerciales que tienen carácter corporativo, están investidas de prerrogativas soberanas y van a orientar su actividad a la conquista y administración de las colonias: la Compañía holandesa de las Indias Orientales, creada el 29 de marzo de 1602; la Compañía inglesa de las Indias Orientales, en 1612; la Compañía danesa de las Indias Orientales, en 1616; la Compañía holandesa de las Indias Occidentales, en 1621; la Compañía francesa de las Indias Orientales y Orientales, en 1664, etc. (13). España no quedó ajena a este proceso, aunque por las características de su comercio marítimo, organizado por la Corona, y la reticencia de los sectores acaudalados para financiar este tipo de empresas, la aparición de las compañías coloniales fue más tardía: en 1728 se crea la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas;

(12) RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 6.

(13) LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaft*, I, Kóln, 1964, p. 60; ESCARRA, *Les sociétés commerciales*, I, París, 1950, pp. 10 y ss.; BRUNETTI, *Trattato...*, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

en 1740, la Real Compañía de La Habana; la Real Compañía de Filipinas fue creada en Cádiz por Felipe V; la Compañía de San Fernando en 1747, etc. (14).

Aunque respondiendo a similares causas y exigencias, no por ello las compañías coloniales de los diversos países presentan la misma estructura y características, en buena medida porque reflejan, dados su promoción y origen, los rasgos políticos más peculiares de cada uno de los Estados, sobre todo en orden a un mayor o menor grado de intervencionismo gubernamental. Su creación, desde luego, era un acto público que tenía la naturaleza de privilegio, la personalidad jurídica la adquieran en cuanto emanación del Estado, a la manera de entidades con organización independiente incorporadas a él (los ingleses hablan de *incorporation* para la creación y de *corporation* para la entidad), y, precisamente por estas características, las compañías presentan acusados signos de individualidad en cuanto estaban dotadas cada una de régimen especial; de ahí que el tratamiento jurídico de tales compañías se lleve hasta el siglo XIX al margen de la legislación y de la doctrina mercantil. De todas maneras, y en particular en relación a su administración, debe intentarse alguna suerte de generalización.

La estabilidad del capital, capital que al principio se liquidaba al término de cada expedición, se logra mediante la intervención del Estado que asegura la existencia de un patrimonio permanente, y ya en un momento tan temprano como 1610 se utiliza el nombre de "acción" (del holandés *aktie*) para designar al título de participación del socio en la compañía, que le da derecho a una cuota sobre el patrimonio social y sobre las ganancias, tiene naturaleza mobiliaria, aunque el fondo social consista en inmuebles, es generalmente transferible y suele ser nominativo.

La asamblea de accionistas suele tener escasa importancia, se reúne esporádicamente (por ejemplo, la Asamblea de la Compañía Francesa de las Indias Occidentales no se celebró entre 1668 y 1675) (15), y, sin duda, como advierte GIRÓN TENA, no existe una soberanía de la Junta General, porque a los partícipes no se les reconocen derechos políticos y, a veces, se les amenaza con no pagarles beneficios (16).

(14) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1968, p. 336; RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 7-9. De todas formas, estas Compañías españolas no llegarán nunca a tener la importancia que alcanzaron las holandesas o inglesas, porque aunque algunas de ellas, como la Guipuzcoana de Caracas, participó en operaciones militares, tuvieron precaria participación comercial, ya que el tráfico con América se efectuaba en su mayor parte directamente por la Corona, y a su expansión y auge se opusieron la cerrada oposición de las Casas de Contratación de Sevilla y Cádiz, en defensa de sus privilegios, y la de los comerciantes individuales de los escasos puertos autorizados para el tráfico de ultramar.

(15) LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles*, París, 1938, p. 192.

(16) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Valladolid, 1952, p. 6. Como señala LEVY (*Private-*

La ausencia de poder real de la junta hace que la soberanía se decante hacia un Consejo reducido, de cuyo irrestricto e ilimitado poder puede dar idea el hecho de que no sólo se desconoce la rendición de cuentas, sino que, incluso, llegado el momento, sus decisiones se imponen a la gran masa de accionistas mediante chantajes, amenazas, coacciones y violencia física (17). Por lo que hace a la composición de estos Consejos, presenta evidente carácter oligárquico: entre el gran conjunto de asociados hay un grupo minoritario y selecto constituido por los partícipes de primer grado (*bewindhebbers*, en Holanda, *chiefs adventurers*, en Inglaterra), que frente a los restantes accionistas, de hecho auténticos obligacionistas extraños a la gestión de la compañía, va a conservar en su mano la dirección social en estrecho contacto con el poder público, sumamente interesado en la marcha de estas sociedades, amén de por razones económicas, dado su grado de participación en las mismas, por la circunstancia de las prerrogativas soberanas con que habían sido adornadas en orden a la conquista y colonización de las tierras descubiertas. Esta característica de la división y contraposición entre dos categorías de socios (los partícipes principales y los secundarios) va a tener significativa importancia, señala RUBIO, para comprender un dato importante de la sociedad anónima moderna: la separación entre propiedad en sentido amplio y control (18).

El acusado carácter oligárquico y público de las compañías coloniales explica en buena medida que la regimentación y tratamiento de las mismas resulten marginados de la legislación y de la doctrina mercantiles privadas, separándose su existencia de las otras formas sociales utilizadas por los profesionales del comercio. Así, la Ordenanza de Colbert de 1673 no dedica atención alguna a la sociedad por acciones, restringiéndose a la sociedad general de responsabilidad limitada y a la sociedad comanditaria, quizá debido a que, como apuntó SCIALOJA, en Francia la sociedad comanditaria había sido utilizada siempre a objeto de permitir a los nobles el ejercicio de la especulación mercantil (19) y, en España, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 contemplan sólo un único tipo de sociedad en el que pueden concurrir socios-gestores responsables ilimitadamente y socios no gestores con responsabilidad limitada.

Durante el siglo XVIII tiene lugar lo que la doctrina ha denominado la "privatización de la iniciativa económica", que, frente al mercantilismo anterior, supone extraer del campo económico el intervencionismo estatal. Este hecho ha de tener una significativa importancia

Corporations and their control, Londres, 1950, p. 40), aun en Inglaterra, donde las Juntas funcionaban con mayor independencia del poder público y donde el reparto del derecho de voto no era tan desigual, aquéllas aprobaron en definitiva lo que los directores proponían.

(17) HECKSCHER, *La época mercantilista*, México, 1943, p. 348.

(18) RUBIO, *Curso...*, op. cit., p. 8.

(19) SCIALOJA, *Sull'origine delle società commerciale*, en *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 249.

para que vayan apareciendo en la esfera privada numerosas compañías constituidas a imitación de las originarias compañías coloniales; el fenómeno comienza en Francia y se extiende pronto a Inglaterra, aunque en este último país, debido a los excesos que se cometieron, la *Bubble Act* de 1719 prohibió la creación de compañías sometidas tan sólo al *Common Law*, sin distinción de supuestos y lo suficientemente equívoca como para dar lugar a una gran incertidumbre e inseguridad en la materia (20).

De lo que se ha expuesto se deriva inconcusamente que la sociedad anónima es una creación del Derecho público cuya existencia emana de la voluntad del Estado, pero frente al originario sistema del privilegio y de la concesión (*Royal Charter*), que siguió operando en aquellas sociedades dedicadas a explotaciones de marcado interés general, se va llegando progresivamente a una nueva situación en que se aspira tan sólo a una regulación normativa general de la sociedad anónima, dejando a los partícipes en la misma una amplia autonomía en lo que respecta a su constitución y a la conformación de su estructura y funcionamiento.

La irrupción de la sociedad por acciones en el tráfico privado provoca una profunda commoción en su organización interna, notándose una clara tendencia a restringir los ilimitados poderes de los Consejos de las compañías coloniales y, como contrapartida lógica, a ampliar el grado de participación de la Junta general en la dirección social, proceso de democratización que alcanza cierta importancia en aquellas sociedades en que por el menguado número de socios y la coincidencia de intereses consentían la frecuente y operante celebración de la Asamblea (por ejemplo, la Junta general del Banco de Inglaterra podía reunirse siempre que estuviesen presentes nueve miembros). Sin embargo, no hay que llamarse a engaño. En la mayor parte de las compañías, como resalta RODRÍGUEZ ARTIGAS, la pérdida de la posición privilegiada de los grandes partícipes no se tradujo, al menos en la práctica, en un correlativo aumento de los derechos de los pequeños accionistas, sino que más bien dio lugar a un fortalecimiento de la posición de los administradores hasta entonces considerados como simples funcionarios de la sociedad; lo que le lleva a concluir, con el sentir doctrinario mayoritario, que durante el siglo XVIII, salvo en las pequeñas sociedades, se da un marcado carácter aristocrático, ya que el poder está en manos de un grupo reducido de personas del que formaban parte fundamentalmente los grandes accionistas (representantes del poder económico) y funcionarios del Estado o allegados a él (representantes del poder público); el resto de los accionistas quedaba relegado a un segundo plano, sin ninguna influencia, considerados prácticamente como simples obligacionistas (21).

(20) JENKS, *A short history of english Law*, Londres, 1934, pp. 294 y siguientes.

(21) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, 1971, pp. 58-59.

Como no podía ser de otra manera, el triunfo del liberalismo político y económico que supuso la Revolución Francesa habría de reflejarse con intensidad en ese sensible organismo económico-jurídico que es la sociedad anónima, si bien los primeros pasos fueron harto inciertos e inseguros, pues, curiosamente, la revolución triunfante veía en aquélla un residuo de los privilegios abolidos. Así, por Decreto del 26 germinal año II (1794), bajo el pretexto de que las acciones transferibles emitidas por las compañías podían hacer competencia al dinero estatal en cuanto fuesen utilizadas por los particulares como medio de cambio, se declararon disueltas todas las sociedades existentes y se prohibió su constitución en el futuro.

Las graves consecuencias económicas que la medida acarreó hicieron que, pendularmente, la nueva decisión se inclinara al extremo opuesto, hacia el régimen de absoluta libertad, instaurado por Decreto de 30 brumario año IV (1796), que a corto plazo se reveló tan pernicioso como el anterior prohibitorio en cuanto propició la práctica de numerosos abusos, fraudes y especulaciones, al igual que tiempo atrás había ocurrido en Inglaterra. Ante semejante experiencia no debe extrañar, pues, que el *Code de Commerce* de 1807, si bien recogía y reglaba la figura, porque las sociedades anónimas son un medio eficaz de favorecer las grandes empresas, atraer la riqueza extranjera, aumentando el crédito público y la masa en circulación en el comercio (según decía su Exposición de Motivos), se inclinase hacia el viejo sistema de la concesión, exigiendo en su artículo 37 la autorización del gobierno y la aprobación del acto constitutivo para la existencia de la sociedad, aprobación que debía ser dada en la forma establecida por los reglamentos de la Administración pública, porque "el orden público está interesado en toda sociedad que se forma por acciones, ya que en numerosas ocasiones estas empresas no son más que un engaño hecho a la credulidad de los ciudadanos" (Exposición de Motivos).

De todas maneras, ya no estamos aquí frente al precedente sistema del *octroi* en que el Estado crea la sociedad, la cual no pasa de ser otra cosa que una ramificación suya, sometida a constante vigilancia, intervención y tutela, y en que cada nuevo ente constituye una corporación singular dotada de su propia *lex specialis* o estatuto; ahora, hará falta la autorización gubernativa previa para su existencia, pero con un carácter de generalidad, abstracción y no participación que difícilmente hubiera sido concebible en el seno de las viejas compañías coloniales. Y es que, una vez más, la sociedad anónima refleja en su contextura el cambio de mentalidad operado y el distinto papel que las nuevas ideas asignan al Estado en el ámbito económico. Frente al Estado mercantilista (matriz de las compañías de los siglos XVII y XVIII), que busca internamente la unificación y compactación económica y de cara al exterior el empleo de las fuerzas financieras nacionales como instrumento de supremacía internacional, el nuevo Estado liberal concibe la riqueza no al servicio del Estado, sino en función del individuo, y, en consecuencia, la intervención pública en el campo so-

cietario ya no tiene por objetivo utilizar las compañías como instrumento del poder estatal (de ahí la delegación en las mismas de poderes de soberanía y privilegios, incompatibles, como dice GARRIGUES, con el concepto puro de la sociedad mercantil privada), sino tratar de velar por el interés general y la seguridad ciudadana previniendo eventuales fraudes y engaños. “La autorización se apoya —explica RUBIO— en razones de interés individual: garantizar para la sociedad anónima una administración seria y capaz y la realidad de un patrimonio responsable. Se concibe como una excepción al principio general de libertad de las sociedades privadas que aconsejan tanto la peculiaridad de la sociedad anónima como razones de solvencia y moralidad. La autorización no se concibe, pues, como un privilegio especial a la manera del *octroi*, sino como una exigencia derivada más que del contenido de la forma especial del nuevo tipo. Pueden autorizarse, en consecuencia, varias sociedades para un mismo género de industria” (22).

Sin embargo, la autorización gubernativa no era tan sólo un simple control de policía, sino un control de legitimidad y de mérito sobre la utilidad y conveniencia de las sociedades (23).

Los tiempos eran aptos para que el modelo francés alcanzase gran difusión porque, a la sazón, las regulaciones jurídicas galas gozaban de una indiscutible primacía y fuerza atractiva en toda Europa. Francia era la abanderada de las nuevas formas y sistemas y sus plasmaciones legales encontraban pronto y fácil recepción en otros ordenamientos que estaban potenciados por las mismas exigencias y presupuestos y aspiraban a iguales metas y realizaciones. Así, la fórmula francesa es recogida literalmente por el Código de Comercio Albertino de 1865, por diversas leyes particulares alemanas y por el ADHGB de 1861, y, en general, por los Códigos inspirados en el de Napoleón.

España no fue extraña en esta materia a la influencia francesa, pero con algunas variantes y matizaciones, explicables en buena medida por el propósito, constatado entre otros por SAINZ DE ANDINO, de revitalizar el adormecido espíritu empresarial del país y de favorecer el arribo de capitales foráneos.

El Código de Comercio de 1829 distinguió entre sociedades que hubieran de disfrutar de algún privilegio, que precisaban de la aprobación real de sus reglamentos, y todas las demás, para las que hacía falta, en un sistema de intervención menos riguroso que el francés, el examen y aprobación por los Tribunales de Comercio de su escritura y reglamentos (arts. 293 y 294). El régimen y la conquista liberal que el mismo entrañaba no fueron, sin embargo, definitivos, ya que por

(22) RUBIO, *Curso...*, op. cit., p. 14. Reconocimiento (*Oktroi*) y autorización (*Konzession*) son aparentemente semejantes, pero entre ellos se da la misma diferencia que existe entre un privilegio legislativo (*ius statutendi*) y un privilegio administrativo (*ius confirmandi*); LESCOEUR, *Essai historique et critico sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, París, 1877, pp. 16 y ss.

(23) BRUNETTI, *Trattato...*, op. cit., p. 19.

Ley de 28 de enero de 1844 se vuelve a exigir Ley o Real Decreto, según los casos, para la constitución de las sociedades y además que su objeto fuese de utilidad pública (24).

El sistema se va a cuartear a través de un elemento involucrado en él y que el legislador había previsto como medio de moderación y equilibrio. En efecto, en los nuevos tiempos liberales, el mecanismo de la autorización pública de las sociedades anónimas no deja de verse como un mal menor sólo aceptable en la medida que sirviese para evitar males mayores avizorables; pero había que paliar y neutralizar el atentado que implicaba contra la "sagrada" libertad, y el recurso fue incluir en el Código francés las sociedades comanditarias por acciones en régimen de irrestricta libertad, cuyo artículo 38, al disponer que el capital de las sociedades en comandita podrá estar dividido en acciones sin ninguna otra derogación de las reglas establecidas para este género de sociedad, venía a aplicar la normativa accionaria tan sólo a las participaciones de los socios y explicitaba, en cambio, que tal tipo de sociedades no precisaba de la autorización gubernativa para su válida existencia.

Se pensó que el riesgo que ello entrañaba quedaría cubierto por la existencia en la comanditaria de unos socios responsables ilimitadamente por las deudas de la sociedad, pero esto no pasó de ser una ingenuidad porque, en definitiva, lo que la ley consagraba era una dualidad de clases de sociedad que, desempeñando y persiguiendo los mismos objetivos, estaban, empero, sometidas a distinto régimen de libertad, mientras que el supuesto freno de la responsabilidad quedaba burlado mediante la socorrida fórmula de nombrar "hombres de paja" para ostentar tal cualidad societaria.

En Derecho y, en especial, en el campo mercantil, las ingenuidades se pagan caras porque el comportamiento humano difícilmente suele responder a las utopías y anticipaciones gratuitas del legislador, y tal fue lo que ocurrió en el punto que estamos considerando. En Francia se desató la denominada "fiebre de las comanditas" que dejó una larga estela de abusos y escándalos, porque, como apuntará TROPLONG, los comerciantes, con increíble ligereza, recurrían a la forma de la comandita por acciones no por las ventajas que podía ofrecer frente a la anónima, sino para sustraerse a las dificultades de la autorización política y más aún para acometer operaciones equívocas en daño de accionistas y terceros (25).

Hubo que tomar medidas. La Ley de 17 de julio de 1856 introdujo sensibles restricciones en su constitución y funcionamiento, y la Ley de 24 de julio de 1867 cerró el ciclo contra la libertad irrestricta estableciendo, entre otros condicionamientos, que tras la constitución definitiva y antes de iniciar los negocios sociales la Asamblea General debía elegir un Consejo de Administración de cinco accionistas, responsables solidariamente con el gerente de toda irregularidad admi-

(24) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades...*, op. cit., p. 13.

(25) TROPLONG, *Du contrat de société*, Bruselas, 1843, *Préface*, p. 31.

nistrativa y contable, acarreando la violación de estas normas la nulidad de contrato y pena de cárcel hasta por seis meses (26).

De todas maneras, el proceso estaba ya en marcha desde años atrás incluso en el propio campo de las sociedades anónimas, porque ya por Ley de 23 de marzo de 1863 se había suprimido la autorización administrativa para aquellas sociedades anónimas cuyo capital no rebasase los 20 millones de francos; estas compañías, excluidas de la permisión oficial, se denominaron sociedades de responsabilidad limitada a objeto de que la ciudadanía no las confundiese con las anónimas autorizadas.

Pero la Ley de 24 de julio de 1867 no sólo supuso un mayor rigor y control para las sociedades en comandita, sino que en la historia de la legislación mercantil tiene otra relevancia mucho más sonada y digna de recuerdo: abolió la autorización gubernativa para todas las sociedades con indiferencia de cuál fuese su capital, sometiéndolas tan sólo, en cuanto a su constitución y funcionamiento, a limitaciones análogas a las reseñadas para las comandatarias por acciones. Un nuevo hito se establecía, una nueva era se iniciaba marcada por el signo de la libertad. Borradas por los nuevos tiempos, desaparecían las últimas ataduras de intervención estatal que, heredadas de viejas concepciones y prejuicios, habían dificultado la expansión y desarrollo de ese extraordinario instrumento de progreso y desarrollo que es la sociedad anónima. Como ha escrito un gran mercantilista, en esta Ley hay que buscar la verdadera carta de la libertad de la sociedad anónima. En adelante, el camino se hallaba franco y expedito, pero, ¿sabría aprovecharse y administrarse rectamente esta libertad?

A la nueva etapa que en el campo de la anónima inicia la Ley francesa de 1867, la suele denominar la doctrina sistema de reglamentación o de las disposiciones normativas, caracterizada porque en lugar de la autorización gubernativa el Estado establece un régimen de normas generales que asegure la recta conformación y funcionamiento de las sociedades anónimas, sobre una doble base, tal como advierte RUBIO: una serie de disposiciones rígidas que compensen la limitación de responsabilidad y un sistema de publicidad tanto para la constitución como para los más importantes actos de la vida social (27). Pues bien, esta nueva singladura de la anónima, tan rica y variada, tiene un punto de arranque claro y definitivo: la Ley gala de 24 de julio de 1867, respecto a la cual ha dicho el maestro GARRIGUES que "representa en su época un adelanto formidable y constituye un cuerpo de doctrina legislativa sobre la sociedad anónima que hasta hace poco conservó su vigor y su original fisonomía a través de los sucesivos retoques parciales de que fue objeto" (28).

(26) LYON CAEN y RENAULT, *Manuel de Droit commercial*, París, 1924, página 201.

(27) RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 15.

(28) GARRIGUES, *Curso...*, I, *op. cit.*, p. 338. Entre tales retoques deben mencionarse los realizados por las leyes de 16 de noviembre de 1903,

Igual que ocurrió con el prototipo consagrado por el *Code de Commerce* de 1807, la nueva formulación de la figura instaurada por la Ley de 1867 sirvió de ejemplo y modelo a otras legislaciones. Así, el régimen normativo y de publicidad se impone en Alemania mediante la *Aktiennovelle* de 11 de junio de 1871; en Italia el *Codice di Commercio* de 1882 suprimió la autorización preventiva, pero para sustituirla, como ha escrito algún autor, por el sistema, no menos oneroso e impaciente, de la vigilancia sucesiva del Gobierno (29); en Inglaterra, curiosamente, el nuevo sistema de las disposiciones normativas había arraigado con anterioridad, pues entre 1844 y 1845 se había creado para las compañías privadas el requisito del registro para su constitución y en la Ley refundidora de 1862 las compañías sometidas a las *Companies Acts* sujetas a registro comprenderán las sociedades anónimas en sus variantes de *limited by shares* y *by guarantee*, así como las *private companies*.

En España, como ya se ha señalado, la Ley de 1844 había restablecido el caduco sistema de la autorización por Ley o Decreto, pero esta situación no había de durar mucho, porque, bajo el influjo liberal de la Revolución del 68, la Ley de 19 de octubre de 1869 supuso la adscripción española al nuevo régimen de libertad instaurado por la Ley francesa de 1867 y la consiguiente proclamación de que era libre la creación de Bancos y sociedades que tuvieran por objeto cualquier empresa industrial o comercial. Entraba, así, el ordenamiento societario hispano en la nueva concepción de las disposiciones normativas en cuanto a constitución y funcionamiento de las compañías mercantiles. En esta misma línea se había de situar el Código de Comercio vigente de 1885, que dedica las secciones 4.^a y 5.^a del título I del libro II a regular las sociedades anónimas y sus acciones sin exigir para su constitución el requisito de la previa autorización gubernativa o judicial. Sin embargo, el modelo francés no se siguió a plenitud porque el codificador español, exagerando el principio liberal proclamado por la Ley de 1869, llegó a la conclusión de que la mejor manera de respetar la espontaneidad y libertad de las sociedades anónimas era abstenerse de su normación global o, a lo sumo, encuadrarlas dentro de unas pocas reglas de sustancia dispositiva, dando lugar a que el Código ofreciese tan sólo lo que, de manera gráfica y exacta, ha de-

12 de noviembre de 1913, 26 de abril de 1917 que establece un nuevo tipo de sociedad anónima "à participation ouvrière"), etc.

(29) Como diría Mancini en su Relación, el precedente sistema (el del Código de 1865) ha sido radicalmente cambiado al sustituirlo por la permanente vigilancia gubernativa, figura ya conocida en Inglaterra, por la que todas las sociedades comerciales e industriales, los institutos de créditos y las sociedades de seguros tienen la obligación de publicar las memorias y sus resultados mensuales y de remitirlos a los interesados en provocar especiales inspecciones sobre el ejercicio social en los casos de violación de los estatutos o de la ley o de incumplimiento de la prescrita publicidad: Castagnola, *Fonti e motivi del nuovo codice di commercio italiano*, Libro I, Torino, 1883, p. 330.

nominado un preclaro tratadista “el solar para una reglamentación de la sociedad”.

El sistema era inadecuado e impropio y en ello está de acuerdo la doctrina española que critica al Código de 1885 la escasez de las normas sobre sociedades anónimas y la pobreza reglamentadora de las mismas. Oigamos al maestro GARRIGUES: “Y así vemos cómo se intenta, desde el Código de Comercio de 1885, el milagro de ordenar las sociedades anónimas con sólo un puñado de artículos, regidos en su mayoría por el principio dispositivo que antepone la voluntad de los interesados al mandato de la Ley. Esta penuria de preceptos legales podía estar justificada en el Código francés de 1807 y en el Código español de 1829, porque uno y otro sometían la fundación de la sociedad anónima al examen y aprobación de una autoridad pública (el Consejo de Estado o los Tribunales de comercio), pero era inconcebible en un régimen de libertad para la fundación de este tipo de sociedad. La libertad sólo se concibe dentro de un orden, y el orden reclama un ordenamiento. Pero nuestro Código de comercio, a fuerza de querer ser liberal, terminó siendo inhibicionista, juzgando suficiente diecinueve artículos para regular la complejísima materia de la sociedad anónima (arts. 151-169). La escasez de preceptos coactivos demuestra, por otra parte, que nuestro Código de comercio olvida la diferencia entre la reglamentación positiva de las sociedades de responsabilidad ilimitada —en las que los socios pueden ordenar con mayor libertad sus recíprocos derechos y obligaciones— y la reglamentación coactiva de las sociedades en que la responsabilidad está limitada y en las que no puede haber distinción entre las relaciones internas y externas de la sociedad, quedando toda la esfera vital de ésta sometida a normas imperativas que impidan a los socios ordenar sus derechos y obligaciones de modo que pueda quedar reducida la garantía que los terceros tienen en el patrimonio social” (30).

La explicación es exacta. En el sistema precedente de la autorización generativa tenía justificación el hecho de que los textos legales se limitasen a ofrecer la regulación básica y elemental de la sociedad anónima, omitiendo todo detalle en cuanto a la normación de aspectos y situaciones concretas de la misma. Es lo que ocurría en el *Code de Commerce* francés de 1807, que se limitaba a establecer en su artículo 31 que la sociedad sería administrada por mandatarios cuya responsabilidad establecía el artículo 32, y era lo que sucedía también en los restantes ordenamientos comerciales de Europa y en el Código español de 1829; situación que no implicaba ninguna anomalía porque existía la necesidad de que la autoridad aprobase los estatutos de la sociedad y en tales estatutos se debía incluir, entre otros aspectos, lo relativo a la organización y los mismos, por evidentes razones pragmáticas y de conveniencia, solían reproducir las cláusulas establecidas por el Consejo de Estado (31), con lo que, en definitiva, lo que se

(30) GARRIGUES, *Curso...*, I, op. cit., p. 339.

(31) ESCARRA, *Les sociétés...*, IV, op. cit., París, 1959, p. 4.

hacia era sustituir la reglamentación legal por la reglamentación administrativa de la sociedad anónima.

Pero el signo de los nuevos tiempos va a dejar su impronta no sólo en el campo, relativamente formal, de libertad o no en cuanto a la constitución de las compañías, sino en el más hondo y sociológicamente más importante de las relaciones de poder en el seno de las mismas, de su real y efectiva estructuración y de la primacía y gradación de sus órganos. Como antes se advirtió, la irrupción de las sociedades por acciones en el tráfico privado, hecho que tiene lugar en el siglo XVIII, supuso una clara tendencia a restringir los poderes de los Consejos administradores en favor de una mayor influencia de la Junta General de accionistas, circunstancia que si bien no supuso, de momento, la desaparición del marcado carácter aristocrático y oligárquico de las grandes compañías, anunciaaba un incipiente proceso de democratización que no ha dejado de ser observado por los más agudos mercantilistas.

Pues bien, en el siglo XIX ese proceso de democratización cobra nuevo empuje y vigor al calor de las nuevas ideas políticas. El hecho político que todo lo preside, la nueva manera de concebir el Estado y los entes públicos, la lucha social en pro de una mayor igualación entre los distintos estratos y la presión indetenible de sectores que hasta entonces habían observado una actitud meramente pasiva se va a reflejar en la estructura de un ente, como la sociedad anónima, que es de manera extraordinaria sensible al entorno socio-político y que en buena medida constituye un reflejo del mismo, ya que por su través se persiguen y alcanzan los objetivos económicos de aquél. Con una peculiaridad adicional, consistente en que el influjo es en cierto modo dual y recíproco, porque si la organización de la sociedad anónima se modela bajo la influencia de la nueva estructura del Estado, ésta se obtiene, a su vez y en gran medida, recurriendo a categorías, principios e instituciones traídos del Derecho privado en general y del campo asociativo en particular. Basta recordar en tal sentido la importancia en la conformación del Estado demo-liberal del "contrato social" de ROUSSEAU y de la figura del *trust* utilizada por LOCKE para legitimar el poder político, hechos que llevan a RUBIO a constatar que la tajante distinción del plano sociológico y del plano jurídico hace del Estado una corporación más, sujeto de derecho equiparable a las restantes corporaciones de la vida jurídica, aspecto que culmina en la teoría del Estado liberal de GERBER, LABAND y JELLINEK (32).

Ahora, de los dos órganos normales en toda sociedad (la Junta General y el Consejo), en el plano teórico al menos, la Junta General, como asamblea de todos los accionistas, se coloca en situación descolgante, como "órgano primario" en el que reside la soberanía y por cuyo través los socios ejercitan sus derechos; ella elige al "órgano secundario" de gobierno constituido por el Consejo de Administración,

(32) RUBIO, *Curso...*, op. cit., p. 16.

cuyos miembros son simples mandatarios esencialmente revocables. Esta situación se enmarca en unos estatutos que vienen a ser, *servata distantia*, una suerte de “constitución política” y se desarrolla concediendo a los miembros de la sociedad un *status* a similitud de la ciudadanía y reconociendo a los mismos un conjunto de “derechos individuales”.

La semejanza con el Estado liberal y parlamentario es evidente: la Junta nombra y derriba Consejos a la manera que se eligen y caen los Gobiernos parlamentarios. La Junta recibe las explicaciones de sus mandatarios, aprueba o rechaza las cuentas, examina los balances, ordena el reparto de los beneficios e impone su voluntad a los administradores en cualquier acto de gestión; además, en cuanto funcione como Junta extraordinaria, puede modificar los estatutos, esto es, la “constitución política”.

Se intenta, pues, la democratización de la sociedad anónima, pero una cosa eran los propósitos y Derecho legislado y otra la realidad o Derecho vivo. En el sistema de autorización gubernativa, todo lo relativo a la regulación de la Junta General, derecho de voto de los accionistas y nombramiento de los administradores, estaba carente de adecuación normativa, por lo que había de ser previsto en los estatutos, y en éstos, no obstante la preceptiva autorización pública, era frecuente, si no constante, la inclusión de cláusulas y mecanismos discriminatorios y oligárquicos, tal como ha hecho notar WIETHÖLTER (33).

Lo cierto es que la realidad nos muestra a unas sociedades anónimas regidas a través de las manipulaciones, en cuanto al ejercicio del derecho de voto, por un número restringido de socios que integrados en Consejo detentan la plenitud efectiva de poderes: nombran, vigilan, controlan y revocan a los administradores y directores encargados de la gestión social, imparten instrucciones y aprueban los actos más importantes para la vida de la sociedad, e incluso, en algún país, como Alemania, se permite designar un *Aufsichtsrat* o Consejo de Vigilancia que ostenta el poder supremo dentro de la sociedad.

El paso del sistema de autorización gubernativa al de disposiciones normativas, dentro de las mismas coordenadas socio-políticas y de la constatación de las deficiencias observadas en la realidad, va a llevar al legislador a insistir y profundizar en su intento de modelar las sociedades anónimas como un ente democrático. En consecuencia, en las nuevas Leyes y Códigos mercantiles (a partir de la Ley francesa de 1867) la Junta General sigue apareciendo como el órgano soberano de la sociedad, y se intenta garantizar su posición rectora ampliando el abanico de sus atribuciones y regulando el ejercicio del derecho de voto mediante la adecuada traslación del principio político del sufragio universal; los administradores se conciben como mandatarios que, organizados en Consejo, llevan a la práctica las decisiones de la Junta y

(33) WIETHÖLTER, *Interessen...*, op. cit., p. 74.

realizan por sí y por otros, cuya actuación controlan y vigilan, la gestión normal y diaria de la sociedad; suelen, incluso, los ordenamientos mercantiles del momento prever la existencia de un tercer órgano, como órgano de control, que o bien vigila la actividad de gestión en general, como ocurre con el *Aufsichtsrat* alemán o bien reduce su inspección al sector contable de la sociedad, cual sucede con los Comisarios o Censores de Cuentas de las legislaciones latinas.

Se trata, en suma, y en consonancia con la mentalidad de la época, de concentrar el poder supremo dentro de la sociedad en la Junta General en base al criterio de la democracia capitalista de que el poder emana del capital poseído (propiedad-poder) y es ajeno a toda circunstancia de tipo personal, algo que llevaría a exclamar sarcásticamente a BOUCART que las Junta Generales en las anónimas están constituidas por sacos de dinero que deliberan. “Pero, una vez más —escribe RODRÍGUEZ ARTIGAS—, la idea no pasó de ser una utopía al manifestarse la Junta incapaz de desarrollar el poder que las Leyes la conferían, en razón de los múltiples defectos que adolecía. La ya vieja distinción entre dos grandes grupos de socios (socios obligacionistas y socios interesados) subsiste y se ve reforzada por la participación de los Bancos a través de los depósitos de acciones. Ello dio lugar en la práctica a una inversión de la jerarquía social, trasladándose el poder al Consejo y a la Dirección —a la Administración, en suma— que estaba en manos, en razón de su activa participación en las Juntas, del grupo de accionistas interesados, incluidos en él las instituciones bancarias” (34).

Y así las cosas, llegamos al siglo xx, en el que muchas de las ideas rectoras del precedente entran en crisis y se produce su reacomodo y aun desaparición. En general, se observa una sostenida tendencia en pro de recortar los poderes de la Junta a favor del órgano de administración; es decir, se pone fin al viejo y nunca cumplido sueño democrático en la sociedad anónima y en su lugar, con unas u otras variantes, se instaura el denominado *Führerprinzip*, cuyo nombre indica que el factor de influencia en este campo se ha desplazado de Francia a Alemania y que encuentra su más acabada formulación en la Ley alemana de 1937, según la cual el *Vorstand* u órgano administrativo dirige la sociedad bajo su responsabilidad y la representa con un poder ilimitado.

El fenómeno es mundial y se manifiesta igual en Europa que en América en una clara tendencia a poner límites a la voluntad de las mayorías, tras haberse observado que las viejas concepciones democráticas habían conducido de hecho a situaciones oligárquicas, que ahora se tratarán de combatir mediante la concepción del interés de la “empresa en sí”, que si, por un lado, amplía y refuerza los poderes de los administradores, al darles una plataforma de apoyo suficientemente elástica y ambigua, por el otro, va a suponer una facultad de ingerencia y control, real y efectiva, del socio que realmente se preocupe por

(34) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., pp. 65-66.

la marcha de la sociedad. Retorno, pues, en buena medida y tras la fallida experimentación anterior, a la concepción aristocrática de la sociedad anónima, con primacía de los grandes accionistas que ostentan la administración social y restricción de derechos al pequeño accionista, pero en unas coordenadas políticas en que el Estado ha dejado ya de ser neutral y reivindica la dirección y responsabilidad de la vida económica, por lo que, desde otro ángulo, la sociedad anónima, la gran sociedad anónima en particular, va perdiendo acentuadamente su viejo cuño de entidad privada de lucro para conformarse de manera progresiva en un órgano más de la economía nacional, lo cual supone de manera fatal e irreversible la creciente socialización de la sociedad por acciones en nuestros días. “Así —señala Polo—, mientras en el orden interno de la sociedad anónima, más por exigencias de orden económico que político, se acentúa cada vez más la tendencia hacia un retorno a su inicial configuración aristocrática y oligárquica, frente al exterior y en sus relaciones con el Estado la sociedad va perdiendo nuevamente su significación jurídico-privada, al ofrecerse como la forma de organización más apta para la gran empresa y para la atracción y canalización del ahorro público, hasta convertirse en órgano de la economía nacional” (35).

Bajo estas influencias y tensiones el presente siglo va conociendo la promulgación de una serie de leyes especiales sobre sociedades anónimas que intentan plasmar la nueva concepción y el nuevo papel que se reserva a las mismas. Así, Suiza en 1936, Italia en 1942, Inglaterra en 1948, Alemania en 1937 y 1965, Francia en 1940, 1943 y 1966, etc., van incorporando a sus ordenamientos una regulación de la sociedad anónima que refleja con relativa claridad el peculiar campo conflictivo en que la misma se desarrolla actualmente.

En España, desde comienzos del siglo, se advierte en la opinión ilustrada un claro rechazo al sistema de inhibición instaurado por el Código de 1885 y el anhelo de su reforma. Surge así, preparado por la Comisión de Codificación, el Proyecto de Reforma de 19 de agosto de 1926, que aspira a llenar los vacíos del Código de Comercio y a someter a las sociedades anónimas en su organización y funcionamiento “a las reglas que con carácter preceptivo y obligatorio se establecen” (como reza su Exposición de Motivos). El Proyecto fracasó porque el ambiente no estaba suficientemente preparado y porque determinados grupos bancarios, que veían en el mismo un potencial peligro, lo combatieron sin cuartel.

Tras la guerra, el Gobierno encomienda al Instituto de Estudios Políticos la redacción de un Anteproyecto de Reforma que se publica en 1947, se somete a información pública en 1949, es aprobado por las Cortes en el Pleno de 14 de julio de 1951 y aparece en el “Boletín Oficial del Estado” el 17 del mismo mes y año: Se trata de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de

(35) POLO, *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*, Barcelona, 1965, p. 32.

1951, en vigor desde el 1.^o de enero de 1952, que, como dice GARRIGUES, en un “estilo claro, preciso y directo, evita, en lo posible, las autocitas, intentando ofrecer en toda su pureza la figura clásica de la sociedad anónima en un sistema cerrado y armónico, que cubra los vacíos de la legislación anterior” (36).

Los redactores del Anteproyecto tuvieron clara visión del particular momento histórico que se atravesaba y de los cambios operados en el campo de las sociedades anónimas. En el Estudio Preliminar del Anteproyecto se pueden leer señalamientos y juicios tan interesantes como los que a continuación se transcriben: “Fracasado el principio democrático puro, tampoco podía ser sustituido enteramente por el principio opuesto, que pone en manos de una sola persona la dirección de la empresa: El legislador liberal se había dejado llevar con exceso por la influencia del régimen parlamentario, elevando la junta general de los socios a la categoría de órgano supremo, del cual no solamente dependen los restantes órganos, sino que depende también la vida misma de la sociedad... Pero el capital que los accionistas aportan no debe serlo todo ni puede dejar de ser un instrumento esencial en este tipo de empresa. No puede serlo por sí solo porque, en primer término, el capital ha de ser administrado por alguien, y en segundo lugar, porque lo que da valor a las aportaciones de capital es justamente la organización colectiva, sin la cual nada representaría... La sociedad anónima no es un conglomerado informe de elementos materiales y espirituales (hombres, interés, acciones, máquinas, etc.), sino que es un organismo regido por una idea que vivifica aquel conjunto y lo transforma de simple conglomerado en empresa viva. De ahí se desprende que el capital ha de subordinarse a la organización; el dinero a la idea organizadora. Y a esta razón de ética y de economía se une el hecho de la experiencia, que demuestra no ser posible el funcionamiento de una sociedad anónima en la que el capital, representado en la junta de accionistas, pretenda llevar la gestión o inmiscuirse constantemente en ella. A la idea del capital se sobrepone la de la corporación. La solución prudente, por tanto, consiste en contrapesar los poderes de la dirección y el poder de la junta general, reduciendo considerablemente la competencia de ésta y excluyendo de tal competencia todos los asuntos propios de la gestión ordinaria social”.

Supo captar, pues, el proyectista español la nueva conformación que al ente societario exigían las cambiantes circunstancias políticasociales; supo diagnosticar con certeza los males que aquejaban a la vieja estructura de la sociedad anónima, y supo adivinar y apuntar los derroteros por donde ha de moverse la compañía por acciones y en tal dirección enrumbó la normativa legal.

Después de este obligado repaso histórico, preciso para fijar los hitos y para contrastar los cambios, estamos ya en condiciones de afrontar el estudio de las fuerzas que inciden sobre el régimen de la sociedad anónima y sobre las transformaciones estructurales que la misma

(36) GARRIGUES, *Curso..., I, op. cit.*, p. 341.

está experimentando, particularmente en el campo de la administración social, y sobre el influjo de los factores económicos y empresariales.

3. LOS NUEVOS HECHOS Y LA CONFORMACION CONCEPTUAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA

En 1933, el maestro GARRIGUES publicaba un sustanciosos librito (37) en el que hacía mención de una serie de circunstancias que estaban provocando en forma creciente e indetenible en el campo de las sociedades anónimas el divorcio entre la esfera del ser (hechos) y la esfera del deber ser (Derecho), produciendo la contraposición y antinomia de lo que él, recordando las expresiones de WALTER RATHENAU, denominaba "Derecho de acciones legislado" y "Derecho de acciones vivo".

Estos nuevos hecho "revolucionarios" ya los conocemos y a ellos nos hemos referido sucintamente al final del apartado anterior. Trátase de la sustitución en la práctica del principio democrático de la proporcionalidad entre la aportación de capital y los derechos en la sociedad, por un régimen de desigualdad que comienza en los derechos patrimoniales mediante la creación de las acciones de preferencia y termina en los derechos de cooperación social mediante la creación de las acciones de voto múltiple; de la quiebra del principio liberal y democrático en los nuevos hechos del Derecho vivo de las sociedades anónimas; de la penetración del Estado no sólo en las empresas concesionarias de obras públicas, sino en todas las sociedades anónimas, y no ya para proteger los derechos privados de los accionistas como punto de transacción entre el liberalismo y el intervencionismo, sino para incorporar la sociedad por acciones al organismo total en la economía pública (estatificación o socialización de la sociedad anónima); de la tendencia de la sociedad anónima, cuando ha alcanzado cierta duración e importancia económica, a aproximarse más al estatuto de una corporación jurídica pública que al de una empresa privada, por lo que las grandes empresas tienden a socializarse por sí mismas y en tal desarrollo llega un momento en que los accionistas están completamente desligados de la administración; de la separación cada día más firme entre la propiedad del capital y la gestión de la sociedad; de que el accionista deviene poco a poco obligacionista y la dirección de la empresa se convierte en fiduciaria no sólo respecto del capital que se le confía, sino también de los otros sectores de personas participantes en el proceso de la producción, especialmente de los trabajadores y de los consumidores, etc. (38).

Pues bien, ¿tiene algo de raro que, bajo el influjo de esta formidable presión, de este alud de acontecimientos transformadores, se ha-

(37) GARRIGUES, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1933.

(38) *Ibid*, pp. 28 y ss.

yan resentido también las bases conceptuales de que se sirven los ordenamientos vigentes a la hora de formular jurídicamente las sociedades anónimas? Desde luego que no; antes bien, lo realmente raro e increíble habría sido que a semejante "revolución" fáctica no siguiese un paralelo cataclismo teórico y conceptual.

En sus comienzos, la sociedad anónima se enfoca casi exclusivamente desde el ángulo contractual, una simple variante del llamado contrato de compañía, que es aquel, según el artículo 116 de nuestro Código de Comercio, "por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industrias o alguna de estas cosas, para obtener lucro". Ha nacido, señalará la doctrina, del antiguo contrato de sociedad, por el juego de unas cláusulas que autorizan la cesión de las partes sociales y la limitación de la responsabilidad; regida por el principio de la autonomía de la voluntad, los accionistas no son sino "contratantes que son dueños de sus estipulaciones" (39).

El recurso se reveló pronto insuficiente porque la concepción contractual de la sociedad anónima no servía para explicar de manera satisfactoria las peculiaridades que la figura presentaba, tales como la pérdida creciente y aun la desaparición de la *affectio societatis*, esencial al contrato de sociedad, entre los accionistas y la acentuada y siempre en aumento separación y diferenciación entre la personalidad del ente societario y la personalidad individual de los socios. Como escribe IGLESIAS PRADA, la sociedad anónima había llegado a ser en la realidad algo que no podía circunscribirse bajo la figura de un contrato con más o menos especialidades y con una convergencia de intereses, por lo que la doctrina emprendería otros caminos en busca de una explicación más adecuada del fenómeno (40).

La afirmación y admisión de que por encima de los intereses particulares de los socios existe un interés social superior, que aparece como general y permanente, había de influir por necesidad en la conformación jurídica de la figura, propiciando, bajo el influjo de la dogmática *iustiticia publicista*, la denominada concepción institucional de la sociedad anónima. La sociedad por acciones es una institución por la que mediante el engarce y coordinación de distintos elementos se persigue y alcanza un fin común de interés colectivo; el contrato puede generar la sociedad, pero, surgida ésta, estamos ante una institución en la que lo determinante no es la mera concurrencia y yuxtaposición de los intereses individuales de los socios, sino la presencia de un interés social superior que va a condicionar y presidir la marcha general de la sociedad.

Aunque surgida en Francia, al calor de la doctrina publicista gala, la teoría cobró pronto vigor y difusión en otros países, sobre todo después que supo aprovechar la idea de GIERKE sobre la organización corporativa. Se habla de organización corporativa cuando el grupo es constituido por la ley en asambleas y los miembros concurren a la

(39) RIPERT, *Aspectos...*, op. cit., p. 92.

(40) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, op. cit., p. 33.

formación de la voluntad del grupo según las reglas del método colegial (41); pues bien, sobre esta base, la sociedad anónima se concibe como una institución-corporación o asamblea de elementos diversos, a menudo jerarquizados y siempre ordenados a la obtención de un fin común de interés colectivo. HAURIOT apreciará en los accionistas la misma condición jurídica que la de los órganos de una administración pública o que la de los ciudadanos de un Estado. Lo cierto es que la concepción institucional de la sociedad anónima resultó acogida por un vasto sector de las doctrinas gala y germánica y llegó a inspirar directamente la redacción del artículo 70 de la Ley alemana de sociedades por acciones de 1937.

La tesis ha sido combatida de manera particular por la doctrina italiana desde los ángulos de la esfera de intereses comprendidos en la noción de interés social y de las formas de organización interna de la sociedad. Bajo el primer aspecto se ha observado que la construcción conduce a una irreal armonización de los conflictos de intereses existentes en el interior y en el exterior del conjunto social (se trata, dirá MIGNOLI, de una visión idílica de la sociedad, en la que los intereses del empresario, de los trabajadores y de los terceros se funden en una superior armonía, con soluciones, sobre el plano político, de solidaridad corporativa). Bajo el segundo, se atribuye a la teoría institucional un reforzamiento de las posiciones de poder, en cuanto tiende a superar toda valoración de los conflictos de intereses en la sociedad y a identificar el interés de la empresa con aquel perseguido por el órgano directivo, poniendo así a los accionistas en una posición de subordinación respecto a los grupos de mando. De este modo esta teoría termina por legitimar la situación de hecho existente en las grandes sociedades anónimas, en las cuales el control se ejerce por unos pocos accionistas, constituidos en grupo de mando, e impide una satisfactoria solución del problema de la relación entre poder de gestión y propiedad de los medios de producción (42).

De todas maneras, los propios autores franceses han advertido que la noción de institución, profundamente analizada desde el punto de vista sociológico, no ha sido estudiada de manera suficiente desde el ángulo jurídico y, además, su empleo indiscriminado tiende a producir confusión entre sociedad y empresa (43).

El progresivo desmantelamiento y abandono de la concepción institucionalista de la sociedad anónima ha propiciado la aparición de otras teorías que tratan de encuadrar jurídicamente dichas variedades societarias; particular relieve ha adquirido en nuestros días aquella que ve en la sociedad "la organización jurídica de la empresa". Nacida

(41) GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, en *Rivista di diritto civile*, 1965, p. 620; y *Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, en *Rivista di diritto civile*, 1964, I, pp. 205 y ss.

(42) POLO, *Ante una nueva reforma...*, op. cit., p. 39.

(43) RENARD, *La théorie de l'institution*, París, 1930, p. 224; DESPAX, *L'entreprise et le droit*, París, 1956, p. 367, etc.

al calor de los trabajos de PAILLUSEAU y TROCHU (44) la nueva tesis sostiene que frente a la concepción tradicional que ve en la sociedad la personificación de una agrupación de personas, la realidad nos muestra que aquélla no es sino una técnica jurídica de organización de la empresa.

La empresa es una organización que agrupa diferentes factores, humanos y materiales, y tiene por objeto la producción y distribución de bienes y servicios; en ella encontramos tres elementos importantes: el capital, el trabajo y aquellos que dirigen y gobiernan. Pues bien, la sociedad se nos presenta sobre todo como la organización jurídica de la empresa o como el conjunto de técnicas que organizan una parte de los aspectos especiales de la empresa sobre el plano jurídico, ella no es la única organización posible, pero es la más perfeccionada; por su través, la empresa se transforma de organismo económico en organismo jurídico. La sociedad es la técnica que permite la acumulación del potencial económico necesario a la empresa, es la técnica que posibilita el gobierno de la misma, organiza los derechos de las personas que han aportado o prestado los capitales a ella y permite la concentración de las empresas: la empresa, en tanto que organismo económico, encuentra así la estructura jurídica necesaria a su afirmación, expresión y desarrollo.

Para satisfacer las exigencias económicas de las empresas, los mecanismos jurídicos se van transformando paulatinamente a través de una evolución que presenta dos características importantes: a) La sustitución progresiva de la agrupación de personas asociadas por la empresa como objeto de la organización realizada por el Derecho de sociedades, y b) La sustitución continua de los asociados por el legislador para organizar la sociedad en forma tal que una organización de origen legal ha reemplazado poco a poco a una organización de origen convencional. El aspecto más resaltante de esta evolución se muestra en el campo de la organización del poder en la sociedad, el cual aparece estructurado en razón de la actividad particular de la empresa, en virtud de que nace de la necesidad de acometer y proseguir esta actividad, la cual constituye a la vez su razón de ser y su límite.

Después de una larga evolución, los imperativos económicos se han impuesto netamente. La organización del poder en la sociedad ya no aparece basado en la necesidad de permitir la expresión y la representación de una colectividad de asociados, sino sobre la necesidad de gobernar la empresa en adecuación a los imperativos económicos. En consecuencia, nuevas nociones se van imponiendo como elementos fundamentales, tales como la del objeto social, cuya realización exige que todos los poderes precisos al respecto sean atribuidos a los órganos de gobierno de la sociedad, la del interés social, cuya satisfacción es la línea de conducta que se deben imponer los dirigentes de la sociedad

(44) PAILLUSSEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, París, 1967; Trochu, *L'entreprise: Antagonisme ou collaboration du capital et du travail*, en *Revue trimestrielle du Droit commercial*, 1969, pp. 697 y ss.

en el ejercicio de sus poderes, y, finalmente, la del lazo estrecho que debe darse entre los poderes de los directores de la sociedad y su responsabilidad civil y penal, responsabilidad que constituye para terceros y accionistas la garantía de que los administradores ejercitarán sus poderes en conformidad al interés social.

Sobre estas bases, resulta cómodo que los propugnadores de la nueva teoría rechacen la concepción tradicional de que al igual que el empresario individual es propietario de su empresa y por este título la gobierna, la sociedad es propietaria de los bienes de la empresa y la dirige como empresario colectivo. Esta manera de ver la sociedad procede de una cierta concepción de la personalidad moral y resulta igualmente en Derecho comercial del hecho de que sean analizadas de la misma manera la empresa explotada por una persona física y la dirigida bajo la forma de sociedad. Frente a esta tesis y al calor de una solución de la sociedad que pone al descubierto su verdadera naturaleza, se considera que la sociedad es la técnica jurídica destinada a proporcionar a la empresa una existencia y una organización sobre el plano jurídico. En lugar de considerar la sociedad como un empresario, esto es, como un propietario que explota una empresa bajo el mismo título que una persona física (cuando, como ha dicho RIPERT, el Derecho civil no conoce al empresario sino al propietario), se estima que la sociedad es un conjunto de reglas jurídicas, técnicas y mecanismos destinados a permitir la organización jurídica y la vida de una forma de producción o de distribución, de un organismo económico: la empresa (PAILLUSSEAU). (45).

A poco que se observe se constatará que la construcción que se comenta tiende en el fondo a personificar la empresa y se enlaza con las concepciones modernas que niegan o discuten la atribución de personalidad jurídica a la sociedad anónima, ya que, como es sabido, un importante sector doctrinario actual considera carente totalmente de sentido el concepto de persona jurídica que se atribuye a la sociedad anónima o pone en entredicho el significado que se asigna al mismo, y reclama la superación o el levantamiento del velo de la personalidad, operaciones que conducen de manera inexorable a la personalidad física y patrimonios individuales que permanecen tras la sociedad (46).

No es este el lugar adecuado para adentrarnos en semejantes disquisiciones, pero sí cabe al menos significar que, concebida la persona jurídica como un simple sistema de unificación y concentración de relaciones, el atribuir la personalidad a las sociedades anónimas no im-

(45) PAILLUSEAU, *La société...*, op. cit., pp. 4 y ss.

(46) VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*, Milano, 1964; ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967; PAVONNE LA ROSA, *Personalità giuridica e tecniche interpretative*, en *Rivista delle società*, 1969, V, pp. 825 y ss.; DE CASTRO, *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 1397 y ss., y *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. 3.^a, I, Madrid, 1964, pp. 11 y ss., etc.

plica trastornar su auténtico concepto, sino tan sólo hacer uso de algunas de las posibilidades que brinda su indiscutible elasticidad. Aparte de que continúa existiendo el hecho de que la mayoría de los ordenamientos atribuyen personalidad jurídica a la sociedad anónima y basan en la misma la estructura y el sistema de responsabilidades operantes en el ente social; hecho que no cabe desconocer ni marginar en base a disquisiciones meramente conceptuales. Como advierte IGLESIAS PRADA, la consideración de la sociedad anónima como una técnica de organización de la empresa, además de un estimable intento de aportar una nueva vía en la búsqueda de formas jurídicas de titularidad empresarial, es útil para explicar la evolución a que continuamos asistiendo, pero no explica suficientemente la realidad de muchos ordenamientos vigentes inspirados en el dogma de la personalidad jurídica (47).

Pero hay otro aspecto que debe observarse: Si se atribuye a la empresa la condición de persona jurídica habrá que mantener esta concepción no sólo cuando estemos frente a una sociedad anónima, sino también cuando nos hallemos frente a un empresario individual, y, en tal caso, ¿dónde se sitúa la innegable personalidad jurídica de este último? El símil del empresario individual y el empresario social colectivo, con todos los inconvenientes e inexactitudes que pueda comprender, resulta más lógico, consecuente y armónico que atribuir personalidad jurídica a la empresa cuando la regente una sociedad y negársela cuando a su frente se halle una persona física. Sin duda que la empresa en cuanto actividad económica organizada u organismo económico, dada la peculiaridad de su conformación y estructura, tendrá que ser siempre una y esencialmente la misma, so pena de destruir la categoría, tanto cuando se halle vinculada a una persona natural como cuando lo esté a una sociedad, pero resulta que de aceptarse la construcción expuesta su contextura y papel a jugar cambian por completo en uno y otro supuesto, ya que en el primero vendrá a ser, en definitiva, punto de referencia y objeto de una titularidad, mientras que en el segundo vendrá, aunque no se afirme explícitamente, sujeto de esa titularidad, situación paradójica que no encuentra explicación en el simple y anodino, desde el punto de vista jurídico, hecho de que el empresario sea individual o social y conduce, como antes se apuntaba, a tener que es- cindir el concepto de empresa en uno y otro supuesto, ya que lo que es igual no puede asumir tan disímiles y aun contrapuestos papeles.

Aparte de que la doctrina señalada, para afirmar que la sociedad anónima es tan sólo una técnica de organización de la empresa, parte del hecho gratuito e indemostrable de que la misma no es persona jurídica, tesis que, además de hallarse en colisión con la mayoría de las legislaciones vigentes, espera todavía una adecuada comprobación doctrinal y sigue siendo minoritaria y anómala entre los más destacados mercantilistas.

Concebida la persona jurídica al modo que lo hace FERRARA, como ente ideal que sirve como forma jurídica de unificación y concentración

(47) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 36.

de derechos, obligaciones y facultades para la posible obtención de fines humanos (48), parece que no surgen problemas para atribuir la personalidad jurídica a las sociedades anónimas, porque es indudable que en las mismas se dan estas notas caracterizadoras de las personas morales que el ilustre jurista italiano subraya, ya que, como advierte RUBIO, la personalidad jurídica cuando se trata de organizaciones con fin lucrativo nacidas de un "contrato" de sociedad, no es otra cosa sino una manera de designar un tratamiento jurídico más o menos unitario a través del cual el ordenamiento ha estimado preferible disciplinar las relaciones jurídicas (determinadas relaciones jurídicas) de las personas físicas que le sirven de soporte humano (49). Trátase, en suma, de una facilidad legal, de un mecanismo jurídico, previsto para la más fácil y cónsena realización de determinadas finalidades que se juzgan deseable, que puede tener cumplida elaboración conceptual sin atentar contra la adecuada conformación de la idea del sujeto de derecho, centrada, y así debe continuar, en la persona física.

Otra cosa es, y a ello se debe en buena medida los fuertes ataques formulados por los detractores, que en el campo de la sociedad anónima como en ningún otro se hayan cometido abusos y fraudes, a través de la constitución de compañías con un solo hombre (*one man company*), o para disminuir la garantía patrimonial propia frente a los acreedores, o para permitir el incumplimiento de un contrato que personalmente nos vincula. Pero, en tales casos, se trata de anomalías a corregir, que resultan posibles, según señala GARRIGUES, gracias al carácter instrumental que tiene la atribución de la personalidad jurídica, como aparato técnico ofrecido por la ley para el logro de finalidades lícitas que los individuos por sí solos no podrían conseguir (50); pero por el simple hecho de constatar unas deformaciones o una utilización incorrecta no cabe prescindir de una concepción, cual la de la atribución de la personalidad jurídica a las sociedades anónimas, que funciona con rectitud en la mayoría determinante de supuestos y que se ha revelado prácticamente como fórmula útil, conveniente y real.

Además, las apuntadas anomalías pueden encontrar tratamiento adecuado a objeto de eliminar o neutralizar sus más perniciosas consecuencias sin necesidad de marginar la noción de persona jurídica, pues ello equivaldría a vencer la enfermedad matando al enfermo. Así, para el supuesto de accionista único, el artículo 2.362 del *Codice civile* dispone que "en caso de insolvencia de la sociedad por las obligaciones sociales surgidas en el periodo en que las acciones resultan haber pertenecido a una sola persona, ésta responde ilimitadamente"; y para aquellos otros en que bajo la apariencia de la persona jurídica se trata en realidad de burlar la ley, las obligaciones contraídas o perjudicar dolosamente a terceros, aunque la norma legal suele permanecer silenciosa,

(48) FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1956, p. 39.

(49) RUBIO, *Curso..., op. cit.*, p. 134.

(50) GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho mercantil*, Madrid, 1971, página 168.

ha sido la jurisprudencia, en particular la alemana y la norteamericana, la que ha arbitrado soluciones al respecto: han surgido de esta manera las fórmulas de "desconocimiento de la entidad legal" y de "alzamiento del velo de la personalidad jurídica", por cuyo tráves se persigue la postergación y apartamiento de la persona jurídica a objeto de, penetrando hacia el interior, encontrar e identificar las personas físicas que se ocultan tras la cortina de la sociedad. Cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, nos dice en tal sentido SERICK, el juez podrá prescindir de ella y, en consecuencia, de la radical separación entre la sociedad y los socios.

Quizá, en realidad, la circunstancia desencadenante del proceso de revisión y cambio de las bases conceptuales de la sociedad anónima se deba, como tantas veces ha apuntado el maestro GARRIGUES, a la confusión entre empresa y sociedad anónima, que, originada en el campo económico, ha alcanzado ya al jurídico, hasta el punto de que en la actualidad, consciente o inconscientemente, se intente la reforma de la empresa a través de una reforma subrepticia de la sociedad anónima, "que en España sólo ha conseguido adulterar la tradicional estructura capitalista de este tipo social sin avanzar ni un paso en la reforma de la empresa".

La sociedad anónima es la forma de una corporación jurídica en la que lo decisivo, a diferencia de la empresa que constituye una comunidad de trabajo, es el capital: es un capital con personalidad jurídica. La empresa es un organismo económico, un conjunto de actividades que se vierten sobre cosas y derechos. La sociedad es un organismo jurídico, un mecanismo colector de capitales, formado exclusivamente por capitalistas. La empresa está dominada por la idea de la actividad, mientras que la sociedad anónima está dominada por la idea contraria, ya que los asociados no trabajan en la consecución de los fines sociales, sino que hacen trabajar a otros. Los contratos en que se desenvuelve la explotación de la empresa no son contratos de la empresa, que no es sujeto jurídico, son contratos del empresario para la empresa (51). Por este sendero se mueve nuestro pensamiento. Creemos que lo correcto es deslindar con nitidez la sociedad de la empresa como entes dotados de diversa estructura, función y finalidad, por más que entre ellos exista relación y engarce. La sociedad anónima será titular de la empresa que explota, pero nunca la empresa misma, porque, aparte de que ello conduciría al absurdo de que al frente de toda empresa debe haber siempre una sociedad anónima, en todo caso será preciso distinguir, tal como luminosamente apunta la Exposición de Motivos de la vigente Ley española de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, entre "la empresa como organización económica, caracterizada por la comunidad de trabajo y la sociedad mercantil como persona jurídica titular de la empresa".

Esto es lo que creemos. La sociedad anónima es una persona jurídica que ostenta la titularidad de la empresa, sin que bajo ningún espec-

(51) GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho...*, op. cit., pp. 301-302.

to, expresa o encubiertamente, quepa atribuir a esta última personalidad jurídica, que es lo que, en definitiva, sucede con las fórmulas, como la de PAILLUSSEAU, que ven en la sociedad anónima la organización jurídica de la empresa. Fórmulas que, amén de inexactas, resultan incompletas e incapaces de abordar la propia realidad que pretenden cobijar, ya que sus propios defensores admiten, por ejemplo, que semejante organización jurídica no comprende el campo del personal, por lo que el Derecho del Trabajo ha de acudir en ayuda del Derecho de Sociedades, anómala situación que, al reconocer que el elemento laboral está fuera de la sociedad anónima, lleva, con toda justicia, a preguntarse a GARRIGUES sobre ¿cómo es posible afirmar, en consecuencia, que aquélla sea la técnica jurídica de la organización de la empresa? (52).

Ahora bien, el hecho de que pensemos que debe conservarse la noción tradicional de la sociedad anónima como persona jurídica en el marco de las instituciones jurídico-privadas como forma de organización social de Derecho privado, no nos impide percarnos de que la confusa situación conceptual de nuestros días sólo podrá superarse mediante el nacimiento de un Derecho unitario de la empresa que permita el tratamiento total y armónico del fenómeno empresarial en todas sus vertientes y facetas, algo que los juristas actuales no han acertado a formular en sus bases existenciales mínimas y precisas.

4. LA EVOLUCION EN LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Ya se ha apuntado anteriormente al hablar del desarrollo histórico de la sociedad anónima cómo se observa en la misma una clara tendencia a volver a su primogenia conformación, esto es, habiendo partido de una situación aristocrática con las compañías coloniales, tras el proceso de democratización intentado en los siglos XVIII y XIX, la sociedad anónima retorna nuevamente a una configuración oligárquica. Se ha producido la que VISENTINI denomina la mutación cualitativa del tipo de accionista, porque con el gran fraccionamiento del accionariado, el accionista no participa ya en la gestión de la sociedad (53).

La gestión y control de la sociedad a través de la Junta general, panacea de la concepción societaria democrática, ha fracasado porque este organismo se ha revelado inoperante e incapaz de asumir tales poderes y responsabilidades. La estampa democrática, que se traducía en la concesión de derechos para que los ejerciten los accionistas, es opuesta a la realidad de la vida social, por la sencilla razón de que los accionistas favorecidos se desentienden de la marcha de la sociedad. La Junta de accionistas es una comedia bien representada, pero que goza

(52) GARRIGUES, *Sociedad anónima y reforma de la empresa*, La Coruña, 1969, p. 12.

(53) VISENTINI, *Evoluzione e problemi della società per azioni e lineamenti generali della riforma*, en *Rivista delle società*, 1967, I-II, p. 16.

de escaso público. Las propuestas de los Consejos de Administración se aprueban sin debate y por aclamación que excusa la votación; no se lee la Memoria, ni el Balance, no se interesa nadie por las Cuentas (54). Las grandes sociedades se han vuelto multitudinarias (la *General Motors*, en Estados Unidos tiene más de 1.500.000 accionistas y en España la Compañía Telefónica pasa de los 500.000), miles y miles de socios que no es pensable puedan reunirse en alguna ocasión. Además, entre esa marea de accionistas preponderan los pequeños poseedores que ni están interesados en seguir la marcha de la gestión social ni están en condiciones de enfrentar las dificultades de todo tipo que plantea en la actualidad la administración de las empresas. Los derechos sociales en relación a la administración, el voto, la impugnación de las deliberaciones y demás les son indiferentes porque no tienen suficiente elementos de juicio, porque no están dispuestos a molestarse para ejercitálos y porque se percatan de que no existe posibilidad de ejercer una influencia efectiva, en cuanto en la gran y compleja organización empresarial moderna el poder no está ya en la Asamblea ni necesariamente en el Consejo de Administración, sino en algunos pocos administradores investidos de los cargos sociales y en los dirigentes mayores (55).

(54) GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho...*, op. cit., p. 141.

(55) VISENTINI, *Evoluzione...*, loc. cit., pp. 16-17. Como precedente y aun antípico curioso de esta situación cabe recordar, tal como hace Garrigues, un singular libro publicado en castellano en Amsterdam el año de 1688 y debido a la pluma de un judío portugués oriundo de Córdoba: José de la Vega. En este libro, intitulado *Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un philosopho agudo, un mercader discreto y un accionista eruditio, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su etimología, su realidad, su juego y su enredo*, se formula la siguiente clasificación de los accionistas:

"Para mejor inteligencia deste assombro, deveis advertir que tratan en este negocio, tres clases de personas, unos como Príncipes, otros como Mercaderes, y los últimos como jugadores.

Los primeros viven como Príncipes de renta; gozando cada año la repartición de las acciones que tienen en su cuenta, y dexadas por sus antecesores, o ya compradas con sus caudales: a estos importa poco que valgan más o menos, por juegos o por nuebas, por que como su intento no es venderlas, sino ir cogiendo el fruto, solo les sirve el valor mucho, de gusto imaginario, considerando (como es en realidad) que a querer venderlas, pueden sacar dellas tan gran precio.

Los segundos como Mercaderes, o compran una partida (Que son 500 libras), y mandandola transportar a su cuenta (por tener opinión de que valdrán más, mediante el retorno que se espera de la India, o paz que se logra en la Europa) buelven a venderla en valiendo más el efecto, con el acierto que les pintó la idea; o la compran con dinero de contado, y con el recelo de las novedades, o mudanzas, la buelven a vender en el propio instante a tiempo largo en que se usa dar más por ella) conteniéndose con el interés que les grangea el desembolso, sin querer contraponer el mayor avanso al mayor peligro, sino ganar poco y ganar seguro, sin otro riesgo que el de las Ditas, o otro temor que el de las fatalidades.

Los terceros como jugadores han procurado hazerse terderos de sus aumentos inventando unas ruedas; en que han solicitado establecer las de sus Fortunas. O que terceros ¡ó que Orden! y ó que orden de vida,

Y es que, por otra parte, la mentalidad de la mayoría de las personas que adquieren participaciones en la sociedad anónima ha cambiado de manera profunda. No se trata ya de accionistas que aspiran a ser empresarios y a desarrollar una determinante actividad mercantil, sino *hailleurs de fonds* o ahorradores que tratan de dar rentable inversión a sus economías y que *a priori* se marginan de toda idea de participar de manera activa en la administración de la sociedad. A ello ha llevado la irrefrenable voracidad y ansia de dinero de las grandes compañías, que al no poder encontrar en sí mismas la financiación de su desarrollo y expansión tienen que recurrir al ahorro de los ciudadanos, convirtiéndose en una poderosa fuente de succión de capitales y provocando lo que se ha dado en llamar en nuestros días *capitalismo popular*. El fenómeno es tan real y tan determinante que empieza ya a tener reflejo en los proyectos que se adelantan para la reforma de la sociedad anónima, una reforma que impone el cambio alucinante de las circunstancias y que deviene obsoleta al poco tiempo de consumarse (piénsese en la realizada por nuestra Ley de 1951); así, en el Proyecto de Reforma italiano de 1962 se han tenido en cuenta las diversas finalidades y exigencias de las distintas clases de accionistas, a objeto de distinguir entre los que acuden a la sociedad buscando una inversión para sus ahorros y los que se interesan en la marcha de la sociedad, negando a los primeros el derecho de voto, tendencia que ha cuajado ya en la Ley alemana de Sociedades de 1965 y en la reciente Ley italiana denominada "Disposiciones relativas al mercado mobiliario y al tratamiento fiscal de las acciones", de 7 de junio de 1974 (55 bis). Consecuencia de estos hechos es que en las grandes sociedades la mayoría del accionariado renuncia al ejercicio de los derechos que legalmente le correspondería y provoca un vacío de poder que se decanta naturalmente hacia la minoría interesada y activa, dando lugar a que, como ha reseñado AULETTA, el poder acabe concentrándose en una minoría inversamente proporcional al volumen de la sociedad (56).

La minoría gobierna con una apariencia democrática, recabando y obteniendo las delegaciones de voto de la mayoría inhibida, delegaciones prácticamente en blanco que le permitan votar con arreglo a su personal y libérmino criterio. De lo que resulta que la Junta ha dejado de ser una Junta de socios para convertirse en una reunión de representantes de socios, con la anómala particularidad de que el representante no actúa ni siguiendo instrucciones de su representado, ni interpretando

han introducido estos terceros! No fue más intricado el leberintho de Creta que el de sus designios, porque de aquel aun salió un Theseo con el hilo de Ariadna y deste hay muchos que no han podido salir sino con el hilo de la vida: no es más delicado un hilo que sus trazas, y no hay cabello por sutil que sea que no lo sepan cortar en el ayre con sus agudezas."

(55 bis) ALBORCH BATALLER, *Las acciones sin voto*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1974, pp. 645 y ss.

(56) AULETTA, *L'ordinamento della società per azioni*, en *Rivista delle società*, 1961, p. 8.

un criterio del que el representante carece, ni siquiera sintiéndose ligado a un deber de protección a los intereses de aquél (57).

A lo que hay que añadir la ingerencia de los Bancos depositarios, que suma un dato más a la creciente oligarquización de las modernas sociedades anónimas, pues la Banca privada guarda en depósito los títulos de los pequeños accionistas y bajo esa condición interviene en las Juntas generales en una situación de preeminencia, dando lugar a un incremento sensible de su grado de influencia, de por sí ya muy alto en virtud de su carteras de valores, en la marcha del gran mundo societario. Se produce así lo que GARRIGUES ha denominado gran paradoja del Derecho de la sociedad anónima, pues si el legislador del siglo XIX quiso que los destinos del ente social estuviesen en manos de los accionistas, la realidad nos muestra que aquéllos en las grandes sociedades están en manos de quienes no son accionistas, sino simplemente Bancos depositarios de las acciones. Contra esta anomalía que incide en pro de la instauración de los oligopolios, la ley reacciona unas veces tratando de impedir que la representación de los accionistas se delegue en los Bancos (cual ocurre en España, aunque sin éxito), y otros exigiendo previos requisitos a la delegación de la representación del accionista a objeto de que el Banco no actúe en la Junta en interés propio, sino en interés de los accionistas representados (es el sistema de la Ley alemana de 1965, que tampoco parece estar dando resultados aceptables).

Todo ello ha determinado la separación entre la participación económica en la sociedad y el poder sobre ésta, la ruptura de la originaria y básica relación propiedad-poder, reduciendo la posición del propietario a lo que BERLE y MEANS denominan "la titularidad de un complejo de intereses de hecho y de derecho en la empresa" (58). La propiedad se ha despersonalizado y la empresa se nos presenta dotada de una autonomía tal que parece como si no fuese propiedad de nadie, debido a que el binomio poder-riesgo, eje esencial del mecanismo básico capitalista, se ha quebrado: "La sociedad por acciones —asevera MENGONI— ha sido el instrumento del triunfo capitalista, pero a la larga ha operado como principio de ruptura de este anillo en cuanto implica que una persona gestiona la propiedad de otra" (59).

La propiedad ya no se corresponde con el poder en la sociedad, ni a éste va ligado al oportuno riesgo empresarial. Se tiene el poder sin ser propietario, o sin serlo en la medida adecuada, y se ejerce ese poder sin sometimiento al riesgo. No cabe mayor quiebra de la concepción tradicional ni mayor distanciamiento de lo que estuvo en la base

(57) PEDROL, *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Madrid, 1968, pp. 62-63.

(58) BERLE Y MEANS, *Società per azione e proprietà privata*, Torino, 1966, p. 113.

(59) MENGONI *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, en *Rivista delle società*, 1958, pp. 692 y ss. La propiedad de los recursos productivos de la sociedad no implica el control efectivo de dichos recursos, a menos que consista en derechos de disfrute que ejercen realmente los propietarios; el actual accionista en los Estados Unidos, por

y justificación de un organismo como la sociedad anónima, creada a imagen y semejanza del derecho de propiedad. Se asiste así, advierte GERMAIN, a una disociación cada vez más acentuada entre la propiedad jurídica de los medios de producción y el ejercicio de los poderes reales que implica esta propiedad; mientras que la propiedad jurídica tiende a dispersarse, el poder tiende a concentrarse, fenómeno que da lugar a la aparición de un nuevo tipo de poder, todavía no consagrado por el Derecho, que es el poder sobre la propiedad ajena (60).

En las grandes sociedades este proceso es ya irreversible; las Juntas generales han quedado definitivamente marginadas y todos los intentos para revitalizar su papel y acabar con el absentismo de los accionistas han fracasado de manera estrepitosa. La propiedad se ha separado de la gestión y, en consecuencia, como escribe GIRÓN TENA, el fundamento, la legitimidad del poder apoyada en el arriesgar los propios bienes tiende a desaparecer porque en las grandes empresas no son los propietarios los que mandan; la masa de pequeños accionistas se desinteresa, y esto y la autofinanciación da el mando a dirigentes no propietarios, a dirigentes con bienes ajenos (61). La nueva realidad que viene progresivamente plasmándose por efecto del desarrollo técnico tiende a reservar el poder no a los interesados, sino a los competentes. Y es que, advierte GAMBINO, en la actividad de la empresa, el técnico tiene necesidad imprescindible del poder para realizar rápidamente y con eficiencia una acción que indica gran variedad de relaciones: el poder tiende a devenir el instrumento propio de las personas a las que compete la dirección del proceso productivo. Así, a causa de la imprevisibilidad de las situaciones concretas en las que el poder deberá ser ejercitado, no puede ser limitado con vínculos jurídicos predeterminados. La definición de límites preconstituidos al ejercicio del poder se revela ilusoria, allí donde se requiere la previsión de exigencias y posibilidades futuras, más que la experiencia de una realidad pasada. No se podría rechazar tal consecuencia sin refutar la misma realidad tecnológica que para su existencia reclama poderes amplios y no preventivamente determinados en el contenido y en los objetivos (62).

Tan profunda y sustancial es esta mutación que lleva a producir por un curioso fenómeno de reacción el cambio de carácter del mismo derecho de propiedad social. Esto es, sucede que no sólo gestionan o administran los no propietarios, sino que incluso el derecho de propiedad de los accionistas deja de ser un auténtico dominio sobre los com-

ejemplo, puede disponer de sus títulos en cuanto que certificados que le dan derecho a unas rentas, pero, por supuesto, no puede disponer de los activos físicos de la empresa cuyas acciones posee, su papel se limita al de rentista, al de propietario de beneficios, ya que el control estratégico de los recursos productivos ha pasado a manos de la élite directiva de la empresa (Papandreu).

(60) GERMAIN, *Proceso al capitalismo*, Barcelona, 1963, p. 169.

(61) GIRÓN TENA, *Las grandes empresas*, Méjico-Valladolid, 1965, página 50.

(62) GAMBINO, *Il ruolo della giurisprudenza. Potere tecnologico e di-*

ponentes empresariales, porque en las grandes sociedades con acciones profusamente repartidas entre el público y cotizadas en Bolsa, el título accionario es únicamente un mecanismo de atribución de réditos, un medio para participar en las variaciones del curso de la Bolsa y un instrumento de liquidez (63).

Estamos frente a lo que BERLE ha llamado la "propiedad pasiva" del accionista, en cuya virtud éste tiene tan sólo un *beneficial interest*: la expectativa de que una porción de los beneficios que se obtengan, deducidos los impuestos, sea declarada como dividendo y que, en la hipótesis muy improbable de una disolución, toda acción obtenga una cuota del patrimonio residual; en cuanto a la posición orgánica y administrativa del socio, se ha reducido en la práctica a bien poca cosa: el derecho de voto tiene tan sólo una importancia *quasi-political*, similar a la de una carta de un elector a su representante en el Parlamento; en fin, el característico derecho a actuar en nombre de la sociedad contra los administradores que resulten culpables de *thief, fraud or wrong-doing* conserva sólo una función *deterrent*, en cuanto es muy difícil su actuación (64).

Se ha llegado así a que realmente la empresa no sea propiedad de nadie, lo cual lleva insito la negación misma del sistema capitalista y de los afanes y objetivos que propiciaron su aparición, y permite avizorar, tal como hace SCHUMPETER, el tránsito del capitalismo al socialismo por abandono y pérdida de las esencias del primero, proceso al que en forma suicida contribuyen los propios empresarios capitalistas aumentando el volumen de sus empresas, fomentando la fusión y concentración y burocratizando la sociedad anónima, hasta el punto de que, como señala el autor citado, los pioneros del socialismo no son los partidos de ese nombre, sino los Morgan, los Rockefeller, etc., porque ellos están sentando las bases para que en un momento dado el Estado reemplace en la dirección de la empresa al gerente por el funcionario.

Ante el fracaso de la Junta general y el cambio de carácter de la participación del accionista en la sociedad anónima, que en muchos casos no invierte en la empresa, sino que juega en la Bolsa (65), se explica la ruptura del principio tradicional de proporción entre el riesgo corrido por el capital incorporado a la sociedad y el poder ejercitado en el gobierno y administración de la misma. Se explica también que hayan surgido las nociones, ya comentadas del "interés de la empresa

ritto dell'impresa, en *Rivista del diritto commerciale*, julio-agosto de 1967, página 260.

(63) VISENTINI, *Evoluzione...*, loc. cit., p. 19.

(64) BERLE, *Property, Production and Revolution*, en *Columbia Law Review*, 1965, pp. 1 y ss.

(65) A los nuevos accionistas ya no les interesa la sociedad, sino la cotización de sus títulos, lo que da lugar a la transformación de la propiedad en su simple derecho de crédito y a la que Garrigues ha denominado inevitable subversión psicológica del sentido del disfrute de la riqueza.

en sí" y del "interés social", a cuyo calor el presidente del Lloyd alemán ha podido afirmar que esta compañía no está para repartir dividendos, sino para hacer que los buques naveguen, y KEYNES ha podido escribir que el Gobernador del Banco de Inglaterra, al tomar sus decisiones de gobierno, en ningún otro grupo de personas piensa menos que en sus accionistas, preludio de la socialización de la sociedad anónima, ya que se estima que los directores de una sociedad no tienen como objetivo el máximo provecho de los socios, sino que son de hecho y de derecho administradores de un organismo orientado hacia fines que interesan a toda la sociedad y que al mismo tiempo encuentran en la opinión pública el control efectivo de su labor, pues el interés social se forma por la reunión de intereses diversos que dan lugar a un interés superior y encuentran satisfacción en la actividad social (BERLE).

Se explica, finalmente, que otros órganos sociales, en especial el Consejo de Administración, hayan asumido posición cimera en el gobierno y gestión y que se haya quebrado la secular exigencia de que el administrador ostentase la condición de socio, ruptura que se inicia en la Ley alemana de 1937, ha sido acogida por el artículo 116 de la Ley brasileña de 1940, el artículo 2.380 del Código civil italiano de 1942, el artículo 71 de la Ley española, y continúa su progresiva expansión en todas las ordenaciones actuales de la sociedad anónima (66).

Pero el proceso de relegación del accionista, de disminución en la influencia de la propiedad sobre el control y la gestión no se ha detenido ahí, sino que ha seguido y sigue hacia adelante a través de nuevas formas de organización y dirección que cambian todavía más la originaria estructura de la sociedad anónima y hacen incierto y dudoso su futuro inmediato.

El desarrollo de la gran empresa está poniendo en entredicho al Derecho de sociedades porque éste se revela incapaz de proporcionar a aquélla la satisfacción de sus crecientes necesidades y porque, como contrapartida lógica, la empresa comienza a exigir una estructura jurídica autónoma, distinta de la que proporciona el marco de la sociedad anónima, e, incluso, como antes se apuntaba al hablar de las recientes orientaciones en la esfera de la conformación conceptual de la sociedad, a reclamar su entrada en la categoría de los sujetos de derecho, como "persona moral naciente" (67). Esta influencia y presión en aumento de la empresa sobre el ente societario produce, entre otras, la consecuencia de que los cuerpos técnicos directivos de aquélla vayan teniendo cada vez mayor importancia y poder en el seno de la estructura de mando de la sociedad.

A semejante promoción de la directiva empresarial coadyuva también el desmoronamiento actual del Consejo de Administración como

(66) En Norteamérica tan sólo en dieciocho Estados y en el Distrito Federal de Washington se exige la cualidad de socio para ser administrador en una sociedad anónima.

(67) DESPAX, *L'entreprise...*, op. cit., pp. 15 y ss.

órgano de la gestión social. El fenómeno que traspasó el poder real de la Junta general al Consejo de Administración no se ha detenido en éste, sino que ha proseguido adelante en su tarea de continuar reduciendo cada vez más el número de los sujetos participantes en la gestión social, hasta el punto de que si antes se hablaba del cambio de un talante democrático por otro oligárquico, hoy quizás cabe comenzar a hablar de la dirección autoritaria o dictatorial de la sociedad en virtud de la creciente concentración del poder en unas pocas manos.

La gestión colegiada del Consejo de Administración se está revelando inadecuada e ineficaz como antaño se manifestó la de la Junta general. Emergen, como fuerza presente y activa, los dirigentes en sus diversas calificaciones de presidentes, administradores delegados, de directores generales, que determinan el interés social, guían la gestión, disponen las inversiones, ordenan la producción y tienen el pleno control de la empresa social (68).

Igual que tiempo atrás, ante unas circunstancias cambiantes, la Asamblea del accionariado se mostró torpe, lenta e incapaz de afrontar las nuevas responsabilidades, ahora, ante otras circunstancias todavía más vertiginosas y acuciantes, el propio Consejo de Administración ha resultado un organismo incapaz de tomar el pulso de una gestión social que exige la máxima concentración y el emitir decisiones importantes sin tiempo para una discusión reposada. La creciente tecnificación de la administración de la sociedad ha incidido en el mismo sentido al demostrar que los Consejos de Administración, aun estando integrados por las minorías activas y preocupadas de los accionistas, no poseen la cualificación técnica ni el grado de preparación adecuado como para enfrentarse, en cuanto órganos de gestión colegiada, a las complejas exigencias de nuestros días, y, en consecuencia, la realidad nos muestra cómo aquéllos van siendo progresivamente reemplazados por su presidente, por un órgano delegado o por un director general que posee mejor conocimiento de los mecanismos financieros y mayor y más ágil capacidad decisoria, hasta el punto de que en la actualidad resulta rara la gran sociedad anónima sin un Consejero delegado o una Comisión ejecutiva que constituya el verdadero centro de poder: "La mayor parte de los Consejos de Administración —nos dice en tal sentido BLOCH-LAINE— son cámaras de registro; el acuerdo previo o bien es una formalidad inútil, o bien sería solicitado, de todos modos, por los directores, sin que estuvieran obligados a ello, por simple preocupación, con miras a recibir un consejo útil o a evitar *a posteriori* una desautorización desagradable" (69).

Pues bien, como antes se decía, sobre esta realidad de los órganos

(68) VISENTINI, *Evoluzione...*, loc. cit., p. 47.

(69) BLOCH-LAINE, *Pour une réforme de l'entreprise*, París, 1963, página 69. En los Estados Unidos es frecuente distinguir entre *outside directors* e *inside directors* para hacer referencia al distinto papel e importancia que juegan los diversos consejeros en el seno del Consejo de Administración.

de administración personalizados o en trance de personalizarse vienen a incidir los propios cuerpos de la empresa, los directores técnicos cuya influencia y actuación está provocando un cambio radical en la estructura y conformación del poder en la sociedad anónima. Se trata de expertos en organización, dotados de conocimientos técnicos altamente especializados que constituirán una tecnocracia imparcial (así la ha denominado BERLE), que valora los intereses de los distintos grupos de la comunidad y que, como ha advertido MAÜRER, tiene el hábito de tomar decisiones sobre la base de aquello que es bueno para la compañía y no teniendo en cuanto aquello que produzca los mayores dividendos inmediatos o la más elevada alza de las acciones (70). Trátase de los famosos y conocidos directores.

En el seno de las grandes empresas la relevancia de estos últimos adquiere cada día más altas cotas y su presencia, su actividad en equipo, resulta ya imprescindible. De ellos se espera la más racional y técnica organización, las mejores iniciativas, la publicidad adecuada, el aumento de las ventas y hasta las orientaciones y aun decisiones en el aspecto financiero. Los administradores no pueden marginarlos ni siquiera circunscribirlos a un campo concreto y determinado porque, como una marea indetenible, en base a sus conocimientos y experiencias, van invadiendo una tras otra las áreas que antes parecían reservadas en exclusiva a la más alta gestión societaria; su influencia se extiende por todos los sectores del ámbito industrial, se siente a través de cada una de las etapas del proceso de producción y alcanza a entrar, incluso, en el sacroso reducto de las decisiones económicas. Según dice CHAMPAUD, con la fuerza de sus conocimientos, conscientes de su importancia, armados con su vocabulario, los técnicos saben hacerse indispensables (71).

Vemos, pues, que, por un lado, los órganos de administración van derivando cada vez más hacia estructuras reducidas de poder e incluso unipersonales, mientras que, por el otro, los grupos directivos de la empresa aumentan en número e importancia y presionan con fuerza creciente sobre aquéllos. En el momento actual estas dos fuerzas que convergen y aun se oponen en el seno de la gran sociedad anónima podríamos decir que mantienen un difícil equilibrio, una inestable y cambiante situación en la que los administradores todavía conservan

(70) MAÜRER, *La gran empresa. Su desarrollo y funcionamiento*, Buenos Aires, 1958, p. 66.

(71) CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, París, 1962, p. 87. Las sociedades anónimas, dice Garrigues, no están dirigidas por los Consejos de Administración elegidos por mayoría en la Junta general de accionistas, sino por gestores individuales de personalidad fuertemente acusada, quizás desconocidos de los accionistas, cuyas dotes de energía, competencia y habilidad son la única prenda de éxito en la gestión de los asuntos sociales, aunque, a veces, la concentración de poderes en una sola persona ponga en riesgo el bienestar de la empresa si su director, convertido en dictador, traspasa los límites que separan la audacia de la imprudencia (*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 1953, p. 11).

La primacía en base a que también se han tecnificado, reducido el número y compactado de manera tal que puedan ofrecer firme defensa ante el ataque al último reducto del poder social, aunque, sin duda, como señala la más perspicaz doctrina, su autonomía disminuye a medida que crecen las limitaciones impuestas por los informes, estudios, planes de expansión, etc., de los diferentes grupos de directores. La lucha en el seno de la sociedad está hoy planteada no entre el accionista y el administrador, sino entre éste y el director técnico que aspira a alcanzar el verdadero núcleo del poder antaño reservado al capital o, al menos, a los órganos de administración social. Del resultado de esta lucha depende el que se pase o no de la denominada por BERLE cuarta fase de la evolución de la moderna sociedad por acciones, o fase del control por parte de los accionistas activos minoritarios, a la por él anticipada como quinta y última de esa evolución: la fase del control de la sociedad puramente dirigencial o *managerial* (72).

De todas maneras, esta posible decantación del poder en el seno de la sociedad anónima fue profetizada hace ya algunos años por BURNHAM en un libro (73) que todavía hoy sigue produciendo un fuerte impacto. Dicho autor constata que ha nacido una nueva casta dirigente, la de los directores, entendiendo por tales los hombres que en la sociedad contemporánea dirigen realmente, desde el punto de vista técnico, el trabajo de la producción, importando poco la forma jurídica o financiera del negocio, sea ésta individual, en sociedad o gubernamental.

El director no aspira a reemplazar al capitalista, por lo que no está específicamente interesado en adquirir acciones ni en dominar la sociedad a través del voto, sino que trata de alcanzar el poder mediante el juego de una serie de factores que coadyuvan a su favor: En primer

(72) Si quisieramos un cuadro aproximado de la gestión social en nuestros días, podríamos servirnos del siguiente que traza Garrigues: "En la gestión efectiva de los negocios de la sociedad intervienen en grado muy diverso cuatro grupos de personas: en primer término, los directores, a quienes incumbe la organización técnica de la empresa y que, en definitiva, son los que aseguran la producción de las mercancías o los servicios que aquélla suministra. En segundo término están los administradores, cuya misión característica es de índole financiera y consiste en asegurar que el negocio produzca beneficios. Su actividad es predominantemente contractual. En tercer lugar están los grandes financieros, con los cuales suelen hallarse estrechamente ligados los administradores. Este otro grupo de personas no se ocupa directamente ni de la técnica de la fabricación ni de la gestión contractual. Valiéndose principalmente del instrumento de las *holdings*, manejan diversas sociedades, coordinando los negocios de todas ellas o subordinando una a otras. Esta situación de dominio requiere casi siempre la colaboración de algún Banco, representado sea en dinero, sea en acciones de sociedades anónimas. En último término están los accionistas, a quienes las legislaciones modernas, inspiradas en las ideas del capitalismo liberal, les permiten hacerse la ilusión de que son los dueños de la sociedad y los árbitros de su administración por el hecho de que pueden fiscalizar la gestión de los administradores y revocarles de su cargo (*Comentario...*, op. cit., II, páginas 11-12).

(73) BURNHAM, *The managerial revolution*, London, 1942.

termino, la creciente complejidad de las grandes empresas exige en los más altos niveles de gestión un grado de conocimiento, información, experiencia y competencia tal que haga posible la coordinación y engarce entre las distintas fases del ciclo productivo; pues bien, el director, al ofrecer esta cualificación, deja de ser meramente un técnico para convertirse en hombre de mando que toma decisiones.

En segundo lugar, la misma estructura jerárquica de la empresa ayuda al director en su propósito en cuanto constituye un factor de interdependencia, en el que él devendrá pieza clave e insustituible, más que una organización escalonada del poder.

Finalmente, como a nivel de la Administración pública, el poder real está en manos también de hombres pertenecientes a la misma "casta", se simplifica y hace más rápido y fructífero el diálogo entre el director-público y el director-privado, circunstancia de gran interés en una época como la nuestra de creciente intervención estatal en el seno de la economía. En base a estos factores, BURHAM, contra lo que piensa SCHUMPFETER, estima que el capitalismo no va a ser sustituido por el socialismo, sino por la que él denomina "era de los directores". Está en marcha un proceso a escala mundial por cuya virtud la dirección efectiva de los instrumentos de producción se está escapando de las manos de los capitalistas en beneficio de los directores, que van crecer de manera constante e ininterrumpida su esfera de atribuciones y competencias; al final de este proceso, que en algunos países se encuentra ya muy avanzado, los directores constituirán la auténtica clase dirigente y habrán desplazado de ese lugar a los capitalistas (73 bis).

Se puede dudar o no de que esta evolución llegue a materializarse a plenitud, pero de lo que no cabe duda es que la ingerencia de los cuerpos directivos de la empresa, por la mecánica misma del desarollo

(73 bis) Galbraith, por su parte, en una obra más reciente, aunque constata que en los últimos treinta años se ha acentuado en la gran compañía el paso del poder de los propietarios (accionistas) a los administradores del capital, advierte también que éstos no constituyen, sin embargo, la única fuerza de control en la empresa moderna, ya que dicho control se halla en buena medida en manos de lo que él denomina la "tecnico-estructura", a la que define como el conjunto de técnicos, ingenieros, ejecutivos de ventas, científicos, diseñadores y demás especialistas que aportan conocimiento especializado o experiencia a la elaboración de las decisiones por el grupo. Vaticina que, de acuerdo a la experiencia del pasado, es dable esperar un nuevo traspaso del poder en la empresa industrial, esta vez desde el capital a la información organizada, traspaso que se reflejará en la distribución del poder dentro de la sociedad, e, incluso, llega a afirmar que el poder ha pasado ya, en realidad, a algo que el deseo de encontrar novedades podría llamar justificadamente nuevo factor de producción, constituido por la asociación de hombres de diversos conocimientos técnicos, experiencia y otras facultades requeridas por la tecnología industrial y la planificación moderna, y que incluye desde los directores de la moderna empresa industrial hasta el umbral mismo de la nueva fuerza de trabajo, ya que la tecno-estructura no suministra capital, sino capacidad personal especializada y organización (GALBRAITH, *El nuevo Estado industrial*, Barcelona, 1970, páginas 61 y ss.).

de los acontecimientos y de la creciente racionalización productiva, en el ámbito de la gestión social es algo de extraordinaria importancia, de innegable efectividad y de repercusiones modificativas inevitables. Aunque no faltan voces autorizadas, como las de BARAN y SWEETZ, que tratan de rebajar la importancia y consecuencias del fenómeno, al señalar que normalmente los directores o ejecutivos suelen pertenecer al grupo dominante de accionistas hasta el punto de que no son sino los grandes propietarios que, en virtud de la posición estratégica que ocupan, actúan de portavoces y protectores de toda la gran masa de propiedad; en su opinión, la burocracia gerencial o directiva en lugar de constituir una clase social separada, independiente o neutral es la parte más activa y de mayor influencia de la clase propietaria, en realidad constituye el eslabón dirigente de la clase propietaria (74).

(74) BARAN y SWEETZ, *Il capitale monopolistico*, Torino, 1968, páginas 30 y ss. También el profesor y notorio luchador democrático griego Papandreou aienta parecidas dudas sobre el futuro papel de la clase gerencial; en su opinión, cabe obtener provisionalmente un consenso general sobre la relativa independencia de los administradores de la empresa moderna respecto a los accionistas de la misma, siempre que se interprete correctamente lo que se entiende por independencia, ya que para él la élite directiva es independiente de los accionistas únicamente en el sentido de que elabora y ejecuta las estrategias de la compañía sin tomar como base de referencia los puntos de vista de equéllos, porque tales estrategias se desenvuelven en el contexto de normas que reflejan la estructura básica del poder en la sociedad capitalista. En este tipo de sociedad la élite directiva no es otra cosa que el primer peldaño del *establishment*, de un *establishment* que, hablando en términos generales, se identifica a sí mismo con el orden capitalista y, necesariamente, por tanto, con los intereses generales de la clase propietaria. Partiendo del supuesto de que los accionistas han dejado de ejercer el control sobre el funcionamiento de la empresa, la élite directiva capitalista pasa a ser la fuente central de control, llegando casi a identificarse, en la práctica, con dicho control; sin embargo, el intento de Galbraith de sustituir la élite directiva capitalista por la tecno-estructura como centro del poder sobre la empresa industrial es sumamente discutible. Sin duda, al *establishment* empresarial, que no es, ni más ni menos, que la coalición que controla las compañías, pueden pertenecer otros grupos además de equipo-directivo; el papel que desempeñarán y su importancia dependen de la escasez relativa de grupos semejantes, de la facilidad con que puedan ser reemplazados, de su capacidad —en razón de su posición en el proceso— para interferir sobre el mismo o interrumpirlo. Así, pues, la tecno-estructura posee potencialmente capacidad de negociación, una capacidad virtualmente superior a la de los sindicatos obreros, pero para que dicha capacidad sea algo más que una mera posibilidad, han de desarrollar una cohesión organizativa, un espíritu de cuerpo; sin tales condiciones, los miembros de la tecno-estructura tendrán acceso al *establishment* en términos susceptibles de ser aceptados por el poder dominante de dicho *establishment*, es decir, por la élite directiva: se verán domesticados y asimilados por el *establishment* de las empresas, no ya como una nueva fuerza dirigente, sino como un mero instrumento de la élite directiva, algo parecido a lo que ha ocurrido con los sindicatos obreros. Para Papandreou, los miembros de la tecno-estructura no consiguen poder alguno en cuanto grupo, a diferencia de los directores de las compañías, pero sus valores y métodos constituyen el combustible que alimenta el poder que los directivos se han reservado para sí. Orientados, como están, hacia

Dentro de este punto de las transformaciones en la administración social es forzoso hacer referencia, por más que sea somera, a un reciente fenómeno que está incidiendo también en el complejo de causas que agitan hoy el panorama de las sociedades. Trátase, como la anteriormente considerada, de una situación que aflora de la empresa y que en primer término, por tanto, incide sobre la dirección y control de la misma, pero que de manera inevitable tiene que repercutir también en las estructuras de gobierno de la sociedad anónima: nos estamos refiriendo a la participación de los representantes del personal de la empresa en la gestión social. Fenómeno de innegable trascendencia en el campo societario, que puede dar lugar a lo que un autor ha denominado el salto de la idea de la sociedad como colectividad titular de la empresa a la idea de la empresa como comunidad de trabajo y capital, aparte de las repercusiones económicas y políticas que es susceptible de generar.

El movimiento de la participación del personal de la empresa ha atravesado por distintas fases. En una primera etapa se concreta a la participación en los beneficios, que, en una u otra medida, es ya hoy una constante en los ordenamientos laborales de todos los países industrialmente avanzados. En su segundo momento, se centra en la participación en la política del trabajo, que se consuma en Francia en 1945 con los *Comités d'entreprise*, en España en 1947 con los Jurados de empresa y en Alemania en 1952 con los Consejos de explotación; organismos éstos que asumen la defensa de los derechos de los trabajadores y que junto a los empresarios se encargan de formular y mejorar las políticas de empleo y trabajo, pero cuya influencia afectiva en el plano de las teareas gestoras, de la empresa es mínimo ya que, como expresa el artículo 2.^º de la Ley española sobre los Jurados de empresa, "en ningún caso podrán actuar en menoscabo de las funciones de dirección que corresponden al jefe de la empresa, responsable ante el Estado".

Pero el proceso no se ha detenido ahí, sino que, dando un nuevo paso hacia adelante, se ha llegado a que el personal de la empresa se haya incorporado a los propios órganos de administración social, los Consejos de Administración. El movimiento se inicia en Alemania con ocasión de una grave crisis laboral en la Cuenca del Ruhr y como medio de satisfacer las perentorias reclamaciones obreras en pro de un mayor grado de ingerencia en el plano de la dirección empresarial; el 11 de marzo de 1951 se promulga en aquel país la primera Ley sobre "codescisión" (*Mitbestirlung*), relativa a las industrias de hierro, carbón y acero, a cuyo tenor se acepta la participación paritaria de los representantes de los trabajadores en los Consejos de vigilancia de las sociedades anónimas, los cuales en adelante se integrarán por cinco representantes de los accionistas, cinco representantes del personal y un

una concepción tecnocrática, carentes de valores y acostumbrados a dar importancia a las técnicas destinadas a resolver problemas, vienen a ser, más o menos, servidores complacientes de la élite directiva (PAPANDREOU, *El capitalismo paternalista*, Madrid, 1973, pp. 80-81).

undécimo miembro independiente que permita resolver los empates. La reforma se inició quizá con demasiado brío, al calor de unas concretas condiciones de hecho conflictivas, por lo que la Ley de ordenación de la empresa, de 11 de octubre de 1952, reduce la participación de los asalariados en los Consejos de vigilancia a un tercio y además restringe la codicción al ámbito escueto de los asuntos sociales y de personal (75).

En Francia, el tema de la participación fue un recurso político particularmente grato al general DE GAULLE, que pretendió convertirlo en el instrumento idóneo para la transformación de la empresa a través de un proceso que se desarrollaría en tres fases: Una primera, por la que se establecerían los derechos de los trabajadores sobre los incrementos del activo resultantes de la autofinanciación (consumada en los Decretos-leyes de 1967); la segunda consistente en la amplia información del mundo laboral en todo lo correspondiente al desarrollo y marcha de la empresa, y la tercera relativa a la posibilidad de que los trabajadores pudiesen formular propuestas en torno al gobierno y dirección de la empresa. Tras la desaparición de DE GAULLE, todo lo referente a la *participation* ha perdido considerable importancia, fundamentalmente porque semejante concepción nunca logró causar impacto de importancia en el mundo laboral y sindical.

Todavía en Alemania se vuelve a insistir en el punto y la información especializada nos hace saber que en el momento actual la coalición gobernante en la República Federal va a presentar al *Bundestag* un proyecto de ley, que se desearía entrase en vigor el 1.º de enero de 1976, por cuya virtud las empresas que tengan más de dos mil obreros deberán conceder a los representantes de éstos una participación igual a las de los accionistas en los Consejos de vigilancia (se vuelve al criterio de la Ley de 1951), estando dotados los delegados obreros de los mismos derechos que los representantes del capital a la hora de tomar decisiones. Se calcula que la reforma afectará a unas setecientas empresas alemanas, algunas tan conocidas como la Daimler-Benz, Gründing, Siemens, Bayer, etc.

En España existen sobre la materia la Ley de 21 de julio de 1962 y su Reglamento de 15 de julio de 1965, expresándose en el preámbulo de la primera que se persigue con ella "otorgar a la representación del trabajo una participación restringida en los órganos de gestión de las empresas que adopten forma de sociedades en las que se concede tal participación a la pura representación del capital". De acuerdo a tales pautas, se establece que la representación laboral será de un miembro por cada seis o fracción superior a tres representantes del capital y que en el ejercicio de sus funciones los representantes del personal tendrán las mismas facultades y deberes que los del capital. Como se observará, la influencia de la *Mitbestimmung* alemana es evidente en esta Ley española sobre "cogestión".

(75) GARRALDA, *La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania*, Oviedo, 1957.

En honor a la verdad debe decirse que, aunque bien intencionado y progresista, el régimen de participación obrera ha producido escasos resultados tanto porque ha encontrado repulsa y resistencia entre los empresarios y asociaciones patronales como porque, curiosamente, los destinatarios de sus beneficios, los asalariados, no han mostrado excesivo entusiasmo, hasta el punto de que los sindicatos han objetado el sistema alegando que preferían el diálogo con los capitalistas a través de sus propias organizaciones y no la confrontación en el seno de un organismo en el que están en minoría y en inferioridad de condiciones.

Desde el ángulo teórico tampoco ha tenido buena acogida la innovación. Se alega que mediante ella se produce la deformación de la estructura capitalista de la sociedad anónima sin lograr resolver el problema de la ordenación jurídica total de la empresa, en razón de que se ha olvidado que la entrada de los obreros en el marco jurídico de la empresa es un problema que afecta a la empresa y no a las sociedades mercantiles titulares de la misma, por lo que la objeción fundamental que cabe hacer al sistema de la cogestión desde el ángulo del Derecho mercantil es el haber injertado en una corporación esencialmente capitalista, como la sociedad por acciones, una pieza discordante que rompe la armonía del sistema sin ventaja para nadie (76). Igualmente, que el régimen se desvía de los cauces naturales, por los que venía discurriendo la participación de los trabajadores en la gestión y dirección de la empresa, para entrar de manera abierta en el cauce de estructura de la sociedad, como titular jurídico de aquélla, con lo cual, además de las dificultades de funcionamiento que ello puede entrañar en el seno de la sociedad, desnaturaliza y altera profundamente el fundamento y la justificación de tal intervención. Si la sociedad anónima es un capital con personalidad jurídica, es decir, un capital organizado, son los accionistas, dueños y aportantes del capital, quienes deben vigilar el funcionamiento de la sociedad. El personal de la empresa, cuya actividad se proyecta sobre la explotación como unidad técnica de producción, soporte del centro del trabajo, es en ella donde tiene su puesto, y puesto ciertamente preeminente, pero no en la sociedad, en la que nada tiene porque el capital no es suyo ni ha sido aportado por él (77).

En fin, con relación a la Ley española de 1962 se advierte que la misma incurre en el doble error de hablar de órganos de gestión de las empresas, cuando las empresas no tienen órganos al no ser personas jurídicas, y de añadir que se aplica sólo a aquellas empresas que adopten forma de sociedad capitalista, haciendo caso omiso de que las empresas no tienen forma jurídica porque son simples organismos económicos de producción, por lo que provoca una lamentable confusión entre empresa y sociedad anónima, y al no haber sido armonizada (la Ley de 1962) con la Ley de sociedades anónimas se plantea una grave disparidad entre ambos dispositivos, que sólo cabe resolver a costa de la estructura tradicional de la sociedad por acciones.

(76) GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho...*, op. cit., pp. 265 y ss.

(77) POLO, *Ante una nueva reforma...*, op. cit., pp. 49 y ss.

Ciertamente, las objeciones parecen fundadas. La incorporación del personal de la empresa a las estructuras de gobierno, mientras no se cambie el esquema capitalista que preside la conformación de la sociedad anónima, sólo cabe realizarla en el seno de las relaciones entre los elementos de la producción, esto es, en la esfera de la empresa y de su Derecho, porque se trata de un problema de organización de la empresa y no del ente titular de la misma; y así, de la misma manera que al trabajador no le corresponde inmiscuirse en la organización y funcionamiento de la sociedad, los accionistas particulares tampoco deben intervenir en la organización de la empresa porque su cometido no llega más allá de formular la voluntad social y controlar la administración. Claro que quizás no había otra solución que la de incidir en el Derecho de la sociedad anónima, ya que en la actualidad todavía no ha sido conformado el Derecho de la empresa, y es obvio que debía buscarse un cuadro legal y conceptual sólido para situar una reforma tan innovadora y aun revolucionaria como la que se comenta.

De cualquier forma, el fenómeno reviste intrínseca importancia y se engarza con el antes considerado del ascenso de los cuerpos de dirección de la empresa, ya que en ambos casos, con razón teórica o sin ella, nos encontramos realmente ante una sensible deformación de la tradicional estructura del poder en el plano de la sociedad anónima. "Los dos supuestos —subraya en este sentido IGLESIAS PRADA— conducen a una configuración funcional de este último (el poder): el poder como corolario de la función asumida por las técnicas de gobierno en el seno de las estructuras directivas, y una facultad semejante como correspondiente a la función que desempeña el trabajo en la empresa. Por el momento, sin embargo, los hechos muestran la posición influyente de la nueva clase dirigente frente a las reivindicaciones del sector laboral. Es probable, no obstante, que estas reivindicaciones terminen por conducir a un ejercicio más comunitario de los poderes en el seno de la empresa" (78). Trátase del reflejo a nivel de la administración social de una presión originada en el interior de la empresa, que pugna por rebasar ésta para alcanzar los órganos del ente titular, y ya no tanto porque se aspira a asaltar el último reducto capitalista, pues en el fondo ni al director ni al trabajador le interesa la organización societaria, sino porque la empresa ya no se encuentra suficiente y adecuadamente representada y gestionada por la sociedad anónima. En definitiva, quizás estemos presenciando con las actuales tensiones y ansiedades no sólo la desviación y mixtificación de las clásicas estructuras de gobierno de la sociedad anónima, sino incluso el anuncio de su desaparición por el abandono progresivo de los esquemas capitalistas propios de aquel tipo social, es decir, lo que MENÉNDEZ ha llamado "la crisis del criterio capitalista de elección de los puestos directivos de la sociedad por los accionistas".

(78) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 49.

5. LA APARICION DE LOS ORGANOS DELEGADOS EN LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Con ligeras variantes según la fórmula utilizada, la doctrina mercantil suele estar de acuerdo en que por gestión *lato sensu* o administración de una sociedad se entiende el conjunto de actos y operaciones que, incidentes sobre el patrimonio del ente, se orientan a la realización del objeto social, o, en formulación todavía más amplia, el cumplimiento de cualquier tipo de actividad económica y jurídica en relación con el patrimonio de la sociedad (79).

Los autores también suelen coincidir en que la actividad administrativa constituye un proceso unitario, ya que todos los particulares actos inciden sobre el mismo patrimonio y se encuadran en base a una misma finalidad ordenadora, constituido por una variada gama de etapas o secuencias y orientado a la consecución de un ciclo productivo permanente y constante (80); entre esas fases o etapas es corriente incluir las de programación o planificación, dirección, ejecución y control o vigilancia.

Si se prescinde de la fase de ejecución que normalmente se entiende como verificación de actuaciones materiales que no implican decisiones sino que, antes bien, las presuponen, puede aceptarse el esquema que propone LEARNED y a cuyo tenor la actividad de gestión se descompone en los tres elementos siguientes: 1) La formulación de la estrategia y de los objetivos de la sociedad en base a las propias posibilidades y las circunstancias externas; 2) la elaboración de un conjunto de planes generales orientados a la realización de la estrategia planteada y al mismo tiempo al establecimiento de una organización que permita la puesta en marcha y ejecución de dichos planes, y 3) la dirección y control de la organización de acuerdo a la programación formulada (81). Este planteamiento esquemático del proceso de gestión se convierte en la práctica en una variada gama de actividades cuyo número, carácter técnico y complejidad van en aumento a medida que crecen la importancia y dimensiones de la sociedad, dando lugar a un rico y diversificado campo de actuación que va desde la toma de decisiones en relación a las operaciones a efectuarse en el futuro hasta la previsión y puesta a punto de los recursos materiales e inmateriales necesarios para la práctica de la programación proyectada. Así, por ejemplo, se señala que la formulación de la estrategia supone, entre otras cosas, el análisis de las tendencias interiores y exteriores de la empresa, de carácter técnico, económico, político y social, a objeto de permitir un mejor cálculo de los riesgos y de las posibilidades que se ofrecen y, en

(79) SUÁREZ LLANOS, *Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles*, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 85, 1962, p. 61.

(80) SCIARELLI, *Il processo decisorio nell'impresa*, Padova, 1967, páginas 86 y ss.

(81) LEARNED, *Le rôle de la direction générale*, en *L'entreprise et l'économie du XX siècle*, II, París, 1966, pp. 513 y ss.

consecuencia, definir de una manera rigurosa los objetivos a lograr, unido todo ello al examen y valoración de los recursos materiales, financieros y humanos de que se dispone o se puede disponer para alcanzar dichos objetivos (82).

A su vez, el análisis de las tendencias antes enunciadas debe versar sobre todo lo que afecte a la oferta de los productos, métodos de producción y venta, técnicas financieras y contables (tendencias técnicas); planes gubernamentales que puedan incidir en los sectores en que se mueve la empresa (tendencias políticas), y problemas relativos al interior de la empresa y a la función de la misma con relación a las otras sociedades (83).

El simple enunciado, en apretada síntesis, del complejo y multiforme campo en que se desenvuelve la actividad de gestión social en nuestros días, amén de otros factores de varia índole que en su momento se expusieron, revela que la conformación tradicional de los órganos de administración de la sociedad anónima tiene que experimentar profundas mutaciones para adaptarse a las nuevas exigencias y para poder enfrentarse con éxito a un mundo empresarial cada vez más tecnificado, riguroso y preciso. La actuación del Consejo de Administración, como órgano de gestión colegiado, que se enfrenta al proceso directivo y administrativo general, tomando decisiones tanto en la esfera de la gestión patrimonial como en la de la dirección técnica de la empresa, resulta hoy desbordada porque la experiencia nos muestra que los miembros del Consejo no están en condiciones de cumplir tan altos menesteres por falta de adecuada formación técnica y financiera, carencia de dedicación a la marcha de la empresa e insuficiente conocimiento de la organización y funcionamiento de la misma. Por ello, la realidad revela que aunque teóricamente los Consejos de Administración permanecen aferrados a sus viejas prerrogativas y facultades, de hecho van convirtiéndose de manera progresiva en administradores pasivos y órganos de vigilancia y control. Como dice PAILLUSSEAU, la ausencia, en el seno del Consejo de Administración, de hombres competentes que conozcan bien su empresa, reduce necesariamente la función del Consejo a ratificar las decisiones del presidente-director general y de los directores, sin poder para juzgar ni para apreciar su oportunidad o alcance, por lo que la existencia del Consejo de Administración se torna formal y se reduce a un marco jurídico desprovisto de sustancia (84).

El mundo de la sociedad anónima nos patentiza en nuestros días que en aras de una mayor eficacia, agilidad y flexibilidad los órganos de administración social tienden a conformarse de manera dual: por un lado, un órgano pluripersonal normalmente numeroso y representativo al que se reserva la adopción de muy pocas e importantísimas decisiones, aparte del control y vigilancia de la gestión, y, por el otro, uno o varios órganos unipersonales o colegiados de reducida composición.

(82) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., p. 79.

(83) LEARNED, *Le rôle...*, loc. cit., pp. 517 y ss.

(84) PAILLUSEAU, *La société...*, op. cit., pp. 218-219.

a los que corresponde la emisión de las decisiones ordinarias y el impulso del tráfico cotidiano de la empresa. Semejante fraccionamiento de los mecanismos de administración social aparece impuesto de manera imperativa en determinados ordenamientos jurídicos actuales, mientras que en otros, más moderados y prudentes, se permite tan sólo su instauración y funcionamiento, de acuerdo a las circunstancias del momento, mediante las denominadas delegaciones de facultades o funciones. Los inversores de capital, señala IGLESIAS PRADA, carentes de auténtico espíritu de empresa acuden cada vez menos a estos órganos de reducidas proporciones que asumen la gestión y representación ordinaria de los asuntos sociales; los titulares de estos puestos de administración responden cada vez más, en efecto, a los estímulos propios de los nuevos directivos de empresa (85). Todo ello nos muestra que las estructuras de gobierno están experimentando profundas mutaciones en el seno de la moderna sociedad anónima para responder a la creciente complejidad del mundo empresarial y para poder enfrentarse con éxito al reto que supone el desenvolverse en un mercado cada vez más competitivo y técnico. Se observa con claridad una decidida tendencia hacia la concentración y unificación del poder, porque la gran complejidad de los procesos de decisión impide que el establecimiento de las directrices fundamentales pueda quedar en manos de un grupo anodino de personas que no tienen ni la competencia ni la capacidad de esquematizar y resolver precisas en la moderna gestión empresarial, hasta el punto de que BERLE afirma que hoy día ninguna gran empresa podría progresar si no se somete a un sistema de dirección unificada y concentrada (86).

Este es el signo de nuestros tiempos. La necesidad de asegurar la coherencia de las decisiones de gestión, por un lado, y la complejidad de la administración de la empresa por el otro, conducen a la concentración del poder de decisión en manos de un grupo muy reducido de personas que tienen los conocimientos y la competencia necesarios para el gobierno de las empresas (87). Pero estas circunstancias exigen al mismo tiempo que se produzca un adecuado grado de especialización, porque sólo de esta manera cabe acometer con garantía de éxito el impulso y dirección de los particulares y tecnificados campos en que se descompone la actividad administradora, lo cual obliga, aunque pueda parecer un tanto paradójico frente a lo anterior, a una descentralización de las tareas de gestión.

Se produce, así, una cierta tensión en la moderna empresa entre la concentración creciente del poder, impuesta por las circunstancias, y la precisa descentralización de algunas funciones, exigida por la especialidad de las mismas. El engarce y armonía de estas dos fuerzas en alguna forma contrapuestas sólo puede lograrse mediante su adecuada interrelación en base a una organización jerárquica, que permita situar en el vértice del mecanismo de gobierno el poder preciso para establecer

(85) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, op. cit., p. 50.

(86) BERLE, *Le capital américain et la conscience du roi*, París 1957.

la política general de la empresa y a partir de ahí desciendan en escalonada jerarquía una serie de poderes sectoriales que de manera coordinada y armónica atienden al cumplimiento de tareas altamente especializadas (88). En esto consiste, en definitiva, el proceso de organización empresarial que, según SCIARELLI, se realiza mediante la atribución a los distintos órganos de gobierno de la empresa de poderes y responsabilidades de decisión, disposición, mando y control y la fijación del esquema de relaciones para un ejercicio coordinado del mecanismo directivo a todos los niveles (89).

Pues bien, para este cometido de la descentralización dentro de la unificación del poder y de la especialización en función de la organización jerárquica que mantenga la concentración del mando supremo, se recurre cada vez con mayor frecuencia a la delegación de funciones, que permite distribuir sin fraccionar y especializar sin disolver, en aras de una mejor adaptación de las estructuras de gobierno a las exigencias de cada momento. El Consejo de Administración delega en su seno, lo que hace posible, por una parte, atender en forma rápida y concentrada a los requerimientos de la gestión con la precisa diversificación de cometidos mediante la especialización de funciones, y, por la otra, lo que reviste particular interés, mantener vinculado el poder el propio Consejo de Administración sin derivaciones hacia otros órganos.

La delegación en la gestión supone la atribución a personas o grupos de personas de determinados sectores de competencia, atribución que, aunque pueda variar cuantitativa y cualitativamente, supone siempre, por las propias exigencias de la figura, la delegación de funciones, la delegación de instrucciones y órdenes, la delegación de decisiones y la delegación de responsabilidades (FISCHER), por lo que el delegado viene a constituir, en cierta medida, aunque siempre subordinado y en obligada dependencia al órgano delegante, un centro autónomo de poder, al menos funcionalmente hablando. Como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, por medio de la delegación y como respuesta a las exigencias planteadas por la creciente complejidad de las tareas de gestión, es posible crear una serie de centros de decisión dotados de una esfera de competencia que comprende no sólo la ejecución material de determinadas funciones, sino un margen de autoridad, así como la correspondiente responsabilidad (90).

Claro está que se trata de una organización y distribución de la estructura de poder en la sociedad que requiere de gran delicadeza y precisión porque sin duda hay un peligro latente en todo lo que suponga creación de centros de decisión relativamente autónomos y no sólo en base a que se puede dificultar la imprescindible coordinación de competencias, sino sobre todo porque en ningún caso es factible propiciar

(87) PAILLUSEAU, *La société...*, op. cit., p. 231.

(88) BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París, 1961, pp. 84 y ss.

(89) SCIARELLI, *Il proceso...*, op. cit., p. 289.

(90) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., p. 82.

una completa autonomía de decisión en los órganos delegados, ya que tal situación llevaría de manera ineluctable a la confusión y al desorden. Nuevamente aquí la idea de jerarquía, enfatizada por la más moderna doctrina, se nos revela imprescindible, pues en base a ella se puede conservar la unidad dentro de la diversidad y la subordinación a un poder último de una serie de poderes intermedios que si se quiere que sean eficientes, y ahí radica el riesgo que entraña, deben estar dotados, de una u otra dosis de capacidad de actuación autónoma. Sólo mediante un cuidadoso y sutil entramado en que la dependencia no coarte ni limite la iniciativa, tan precisa y preciosa en la gestión empresarial de nuestros días, pero al mismo tiempo suponga una invisible aunque real y, en caso necesario, efectiva subordinación puede lograrse la espontaneidad y el dinamismo en la administración social, sin peligro de estar instaurando una situación o esquema potencialmente anárquico y disolvente del poder. Según ha resaltado con certeza agudeza SCIARELLI, en los niveles supremos de la organización deben mantenerse en todo momento los poderes de control e intervención necesarios para coordinar e imprimir rumbo a toda la actividad de la sociedad (91).

Consecuencia obligada de lo que se acaba de exponer es que si se quiere conservar una racional y segura estructura de poder en el seno de la sociedad tiene que establecerse un determinado sector de la gestión social que sea indelegable, porque en otro caso se estaría privado de punto de referencia y criterio de jerarquización, y al mismo tiempo concretar el contenido obligado y mínimo del mismo, a objeto de no entorpecer en forma innecesaria un proceso de descentralización que la experiencia nos revela preciso y rico en consecuencia. El problema no es de fácil solución porque implica el matizar y diferenciar qué es lo verdaderamente nuclear e incedible en la esfera de la actividad de gestión, en base a su propia textura y función, y qué es lo secundario, accidental, complementario o simple vehículo de realización y actuación en dicha esfera.

De todas maneras, hay un cierto consenso doctrinal en el sentido de entender que la función de determinar la política general constituye la auténtica esencia del proceso de gestión, hasta el punto de que a ella hay que referir en forma necesaria el básico poder de decisión que es la nota caracterizadora fundamental del empresario. Por ello, frente a las restantes funciones, que son delegables, la función de establecer la política general resulta, por su propia naturaleza y cometido, indelegable, ya que al órgano máximo de gestión debe corresponderle en todo momento y como mínimo, so pena de acabar con la unificación y jerarquización de la actividad directora, la función de diseñar y programar la estrategia y objetivos de la empresa, función que lleva implícitas, según apunta RODRÍGUEZ ARTIGAS, las tareas de aprobar los planes generales de aplicación de la estrategia formulada, elegir los principa-

(91) SCIARELLI, *Il proceso...*, op. cit., p. 297.

les cuadros de dirección, orientar los planes a largo plazo y examinar y valorar los resultados de las operaciones (92).

Anteriormente se ha señalado cómo por la complejidad de la gestión social, el carácter profesional de la misma y la necesaria concentración de las decisiones de administración patrimonial se han ido acrecentando de manera constante los poderes del Consejo de Administración, hasta el punto de que hoy aparece atribuida a este órgano social la función de establecer la política general de gestión, con lo que viene a ser el órgano administrador por excelencia. De él surgen, en consecuencia, las delegaciones y en él encuentran el punto de referencia y engarce los distintos centros de decisión creados para atender a las exigencias de la especialización, pero en él, asimismo, debe residir, sin posibilidad de dejación o delegación, la función suprema de determinar la política general de la sociedad, que constituye, como sabemos, la medula o núcleo del poder de gestión, mientras no hay inconveniente en que la ejecución material de esa política se encomiende a otras personas, así como la realización de aquella actividad administradora que consiste en atender al desenvolvimiento ordinario de la empresa o "gestión diaria" de la misma.

El poder de gestión se encuentra concentrado y unificado en los Consejos de Administración a los que corresponde, por tanto, la formulación y señalamiento de los objetivos y de la política general de la sociedad, función esencial ésta que por naturaleza es indelegable si se quiere asegurar la unidad de proceso de gestión, pero, de todas maneras, no debe olvidarse, y en este sentido se ha insistido suficientemente en las páginas anteriores, que la gran complejidad de la gestión social moderna y la creciente tecnificación y profesionalización de la misma llevan a operar en ella cada vez con mayor intensidad los criterios y decisiones del personal directivo o ejecutivo. Por tanto, aunque la aprobación de la estrategia general de la sociedad continúe vinculada al máximo órgano administrador de la misma, normalmente la preparación de los programas generales y su desarrollo futuro en el seno de la empresa se encuentran en manos de personal técnico y profesional, lo que determina que a escala de los hechos se introduzcan matizaciones y condicionamientos que en alguna manera oscurecen o difuminan aquella delimitación precisa que se establece en la estructura del poder, aunque también es cierto, según han hecho notar BARAN y SWEEZE, que, en definitiva, los intereses de los "ejecutivos", miembros activos de la organización, no difieren gran cosa de los intereses de los miembros del grupo de control (93).

(92) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, *op. cit.*, p. 85.

(93) BARAN y SWEEZE, *Il capitale...*, *op. cit.*, p. 31.

La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de comercio y los derechos del tenedor de la letra perjudicada

VICENTE CUNAT EDO

Profesor Adjunto de la Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Origen histórico del artículo 460 del Código de Comercio.—3. La interpretación del artículo 460 del Código de Comercio.—4. La responsabilidad del librador y el régimen previsto en el artículo 460.—5. Carácteres de la responsabilidad del librador.—6. Requisitos y contenido de la acción contra el librador.—7. La extinción de la responsabilidad del librador: La prueba de la provisión.—8. La determinación de quien aparece en descubierto del reembolso de la letra.—9. La acción contra el librado en descubierto de la letra: sus caracteres.—10. La prescripción de la acción contra el librado.—11. La retirada de la provisión por el librador o endosante, y el artículo 525 del Código de Comercio.—12. La interpretación del artículo 525.—13. La eficacia del artículo 525.

INTRODUCCION

El tema objeto de nuestro estudio, comenzó a interesarnos por la rotundidad de los términos en que se expresa el artículo 525 del Código de comercio, y las dificultades de hacerla compatible con el régimen de la letra perjudicada, tal como es habitualmente expuesto por la doctrina.

También son abundantes las dudas que suscita el artículo 460 y precisamente ocupándose del mismo presupuesto fáctico, la letra perjudicada, esta coincidencia nos impulsó a iniciar su consideración conjunta, pretendiendo, no tanto establecer el régimen de la letra perjudicada y su regulación en nuestro Código, sino interpretar estos preceptos con arreglo a su origen y su posible función, en el sistema cambiario español, y contrastar si la interpretación obtenida es coherente, desde el punto de vista sistemático, y eficaz, como instrumento para componer los intereses en juego.

Tal propósito nos ha obligado a una consideración primordial de los textos legales y en torno a ellos y de su interpretación se ha dispuesto todo el trabajo.

ORIGEN HISTORICO DEL ARTICULO 460 DEL CODIGO DE COMERCIO

Para la adecuada comprensión del precepto, que constituye el eje de este trabajo, es importante que comencemos por señalar cuáles son los precedentes del mismo. El actual artículo 460, tiene su origen en la fusión del contenido de los preceptos 453 y 454 del Código de 1829, si bien, como veremos, con algunas alteraciones de cuya importancia daremos cuenta posteriormente.

El artículo 453 del Código de 1829, decía: «Cesa la responsabilidad del librador cuando el tenedor de la letra no la hubiere presentado, o hubiere omitido protestarla en tiempo y forma, con tal que pruebe que al vencimiento de la letra tenía hecha provisión de fondos para su pago en poder de la persona a cuyo cargo está girada».

Por su parte el artículo 454 del mismo Código, decía: «En defecto de probarse la provisión de fondos, como previene el artículo anterior, está obligado el librador al reembolso de la letra no pagada mientras ésta no esté prescrita, aunque el protesto se saque fuera del tiempo marcado por la ley» (1).

Como puede apreciarse, el actual precepto reproduce, casi a la letra, el tenor de los artículos citados, si bien se añaden dos nuevos elementos al precepto: 1.^º Tras la reproducción casi idéntica del artículo 453, en el primer párrafo del artículo 460, se determina en qué casos se estima existente la provisión, a los efectos del precepto, ciñéndose el legislador a lo dispuesto en los artículos 456 y 457, y no siendo suficiente, la existencia de la autorización para librar, contenida en el artículo 458, para entender realizada la provisión de fondos a los efectos del párrafo primero (2).

2.^º La otra novedad del artículo 460, es la comprendida en la parte final de su segundo párrafo cuando dice: «Caso de hacer dicha prueba, pasará la responsabilidad del reembolso a aquel que aparezca en descubierto de él en tanto que la letra no esté prescrita».

Si bien en el proyecto presentado al Congreso, el artículo 460 actual, que entonces llevaba el número 462, presentaba un tenor lite-

(1) El artículo 453 provenía del 170 del Código de comercio francés, y si bien el 454 era consecuente con el anterior no tenía una correlación textual en el texto francés.

Faltaba sin embargo en el Código de 1829 la referencia contenida en el último párrafo del 170 francés «El portador en este caso (probada la provisión) no conserva acción más que contra el librado».

(2) Véase sobre la importancia de esta precisión del legislador en cuanto al tipo de provisión de fondos, la opinión del profesor Girón Tena en «Una forma de interpretar los artículos del Código de comercio sobre la provisión» en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, págs. 370 y 384.

ral en su párrafo primero idéntico al que actualmente posee, no ocurría lo mismo con su segundo párrafo, pues en el texto del proyecto se decía simplemente: «si no hiciere esta prueba, reembolsará la letra no pagada, aunque el protesto se hubiera sacado fuera del tiempo mientras la letra no haya prescrito».

Sin embargo, tras el dictamen de la Comisión, el texto del primitivo artículo 462, ahora ya reseñado con el número 460, aparece con su actual redacción, lo que muestra que el último apartado del segundo párrafo del artículo 460, parece que fue añadido por la Comisión, al menos según la documentación que hemos podido manejar (3).

En la breve exposición, con que la Comisión encabeza su dictamen, no se hace ninguna referencia expresa a la razón por la cual se ha modificado el tenor literal del artículo 460, no sabemos, pues, si cabría incluirlo bajo lo que la Comisión denomina, «reformas que han tenido por objeto aclarar el sentido de algunos artículos», pero en todo caso creemos que los datos aportados nos señalan, con evidencia, una disparidad de origen inmediato del último apartado del segundo párrafo del artículo 460, con respecto al resto del contenido del precepto.

Sin perjuicio de estudiar en su momento cuál es la interpretación que ha de darse a la totalidad del artículo, es ya interesante resaltar, que si bien en el artículo 170 del Código francés hallamos la base del actual 460, sin embargo, en su origen inmediato se produce una disparidad que nos muestra la posibilidad, de que coexistan en el precepto, normas que obedecen a causas distintas, pues la ausencia de la última parte del actual precepto, en el régimen de 1829, nos muestra una situación de independencia en el funcionamiento de la responsabilidad del librador, y la de quién se halla en descubierto del importe de la letra, que puede ser ya un síntoma de la posible desconexión en cuanto a su naturaleza.

LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 460 DEL CODIGO DE COMERCIO

En el primer párrafo del artículo que interpretamos, se hace referencia, literalmente, al supuesto en que «cesará la responsabilidad del librador» y en él se especifica la prueba que habrá de realizar para que se produzca su exoneración. En el segundo, comienza especificando las consecuencias de no realizar la prueba prevista y puntualiza la obligación de reembolsar el importe de la letra por parte del librador. Pero

(3) Para ver el texto del primitivo artículo 462 y el del actual 460 tras el dictamen de la Comisión, puede consultarse el diario de Sesiones del Congreso año 1882, tomo IV, pág. 2269, núm. 85, apéndice 38 para conocer el primer texto y la misma obra en el año 1882 en el tomo X, pág. 4470, núm. 154 para ver el segundo. En realidad vienen a reincorporar el párrafo final del artículo 170 del Código francés que faltaba en nuestro Código como señalábamos en la nota 1, pero el cambio producido parece sustancial, pues viene a imponer expresamente una nueva responsabilidad.

en su parte final se determina un nuevo efecto de la prueba a que hace referencia en el primer párrafo del artículo, y atribuye la responsabilidad por el reembolso de la letra a quien se halla en descubierto del importe de la misma. Aparece, pues, en esta parte final del párrafo segundo, un posible nuevo obligado al pago de la letra perjudicada, distinto del librador que no pruebe la provisión, y de su determinación nos ocuparemos posteriormente.

Para iniciar el examen del precepto, destacaremos que, mientras el párrafo primero y la primera parte del segundo, están refiriéndose a la obligación que, perjudicada la letra, pesa sobre quien ostenta la condición de obligado cambiario, el librador, y señala a qué requisitos está sujeta su posible exoneración, en la última parte del párrafo segundo, se está imponiendo la obligación de reembolsar la letra a una persona indeterminada e incluso, por la naturaleza del hecho que determina esta nueva obligación, que es hallarse en descubierto del importe de la letra, puede perfectamente estar imponiéndose la obligación de reembolsar el importe de la misma a quien no es obligado cambiario, o sea, al librado que ha recibido la provisión de fondos, pero no ha pagado la letra y no es tampoco aceptante.

Esta dualidad nos manifiesta, que puede estar obligado a satisfacer el importe de la letra perjudicada, quien ostentaba la condición de obligado cambiario en ella, el librador, pero también, quien no ha estado ligado nunca por una obligación cambiaria nacida de la letra, el librado, y creemos que la disparidad permite, sin que ello sea prejuzgar sobre posibles naturalezas distintas de una u otra acción, estudiar por separado, la posibilidad que corresponde al tenedor de la letra perjudicada de dirigirse contra el librador, y la de tener que hacerlo contra quien se halle en descubierto del importe de la letra.

La separación en el tratamiento de ambas posibilidades del tenedor de la letra perjudicada, creemos que además está avalada por la disparidad de origen histórico, resaltada anteriormente y que se corresponde exactamente con la disparidad de sujetos, por cuanto en la primitiva redacción del artículo en el proyecto del Código de comercio, tan solo se recogía la acción contra el librador, pero no la acción contra quien se halle en descubierto del importe de la letra, tal como aparece ahora en la parte final del párrafo segundo.

LA RESPONSABILIDAD DEL LIBRADOR Y EL REGIMEN PREVISTO EN EL ARTICULO 460

El tenor literal del artículo 460 comienza expresando que: «cesará la responsabilidad del librador...», lo que parece dar a entender, pues así se desprende del tenor literal del precepto, que en él se está exponiendo una causa de exoneración de la responsabilidad, que puede usar quien se halla vinculado en virtud de un precepto distinto y precedente.

Cabría pensar en contra de la interpretación apuntada, que la ex-

presión, «cesará la responsabilidad...» empleada por el legislador, si bien normalmente servirá para fijar las circunstancias en que dejará de surtir efecto el precepto, en que se ha impuesto previamente dicha responsabilidad, no es, en este caso, sino una expresión defectuosa. Ello se podría apoyar afirmando, que la responsabilidad del librador se impone realmente en el párrafo segundo del mismo artículo cuando se dice que si no se prueba la existencia de la provisión, el librador reembolsará el importe de la letra, y que es sólo dicho párrafo el que impone al librador la referida obligación de reembolsar el importe de la letra perjudicada. Creemos, sin embargo, que dicha interpretación puede discutirse, y que se aprecia su inexactitud si leemos ordenadamente los artículos 459 y 460 y profundizamos en su relación.

En efecto, el artículo 459 del Código de comercio, dice: «El librador responderá civilmente las resultas de su letra a todas las personas que la vayan sucesivamente adquiriendo y cediendo.

Los efectos de esta responsabilidad se especifican en los artículos 456 y 458 y en el siguiente».

Esta expresa referencia del precepto al artículo 460, configurándole como una especificación del modo en que el librador responde de las resultas de su letra, creemos que permite afirmar que, la redacción del 460 es correcta, por cuanto en su primer párrafo, se establece una excepción a la responsabilidad del librador, establecida con carácter general en el artículo 459, y por tanto, la responsabilidad del librador no se impone en el segundo párrafo del precepto, pues la función de éste es de mera especificación de aquélla (4).

Esta excepción a la responsabilidad general se somete a una doble condición, la de que la letra estuviera perjudicada y además que se pruebe la provisión de fondos en el momento previsto en el primer párrafo de dicho artículo; el segundo párrafo, entonces, tan solo cobra interés en cuanto señala que, en defecto de la existencia de esta excepción, se pagará el importe aunque el protesto se hubiera sacado fuera del tiempo mientras la letra no haya prescrito.

Entendido así el artículo 460, su segundo párrafo no es sino, una especificación innecesaria, en cuanto a la existencia de la obligación del librador, y sin embargo, útil en cuanto determina que no será obstáculo, para la subsistencia de la responsabilidad del artículo 459, que el protesto estuviera sacado fuera del tiempo, con tal de que la letra como título no haya prescrito; y también delimita el ámbito de dicha responsabilidad, que a diferencia de lo establecido en los artículos 456 y 458 será estrictamente el importe de la letra, puesto que impone el reembolso de ésta, sin hacer referencia alguna a los gastos, que en consecuencia los soportará el tenedor (5).

(4) Delimitando en su primera parte el ámbito de la responsabilidad. En la segunda, en donde reaparece con distinta fórmula la parte final del artículo 170 del Código francés se incorpora un nuevo responsable a las resultas de la letra, en base exclusivamente al precepto, pero a diferencia de lo que ocurría en el precedente artículo 170 se emplea una fórmula amplia «quien se halle en descuberto...».

(5) Dado el tenor del artículo 458, podría plantearse la duda de si lo coherente sería también atribuir los gastos al librador, pero creemos que este precepto se está ocupando de la relación librador-librado, para ver cuál de los dos soporta

Creemos con ello exacto afirmar, que el artículo 460 no crea ninguna acción contra el librador, sino que es precisamente el artículo 459, quien establece la responsabilidad del librador y el 460 tan solo describe una excepción. Esto nos parece suficientemente probado, tanto por la dicción del párrafo primero del artículo 459, como especialmente por la del párrafo segundo de dicho precepto, que expresamente manifiesta cómo el artículo 460, no es sino una de las formas que asume la responsabilidad que se impone en el artículo 459.

CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD DEL LIBRADOR

Señalada la relación existente entre los artículos reseñados, y dado el carácter de excepción que posee el contenido del artículo 460, respecto de la responsabilidad del librador que viene impuesta por el artículo 459, para averiguar el carácter cambiario o no de la responsabilidad de éste en el supuesto de la letra perjudicada, bastará determinar la naturaleza de la responsabilidad que se impone en el artículo 459.

A nuestro juicio, dicho artículo viene a definir, con carácter general, la posición del librador como obligado cambiario frente a los distintos tenedores de la letra. Este parecer creemos que no encuentra obstáculo en el hecho de que se diga en el precepto, que el librador responderá «civilmente», pues no estimamos que este adjetivo venga a significar una contraposición de la responsabilidad civil respecto de la cambiaria y reduciendo la del librador a la primera (6).

La razón por la cual estimamos que dicho precepto viene a definir la posición general del librador frente a los distintos tenedores cambiarios, estriba, en principio, en su tenor literal y muy específicamente en su párrafo final, por cuanto en él se dice que los efectos de la responsabilidad, contenidos en el artículo 459, «se especifican en los artículos 456 y 458 y en el siguiente». Dejando aparte a este último artículo 460, pues se ha discutido la naturaleza cambiaria de la acción cuyo contenido se especifica en él (7), nos parece sin embargo muy difícil que pueda mantenerse que las obligaciones que los preceptos anteriormente reseñados 456 y 458, imponen al librador, puedan calificarse de obligaciones no cambiarias, puesto que parece existir unanimidad en la doctrina, a la hora de atribuir carácter cambiario a la acción del tenedor de la letra no perjudicada para exigir su importe, y los gastos del protesto del librador, y éste es uno de los efectos específicos de la responsabilidad establecida en el artículo 459, lo que parece apoyar la calificación cambiaria de la misma.

los gastos, pero que el derecho del tenedor a reclamarlos del librador, se halla en el 516 en relación con el 459 y en nuestro caso específico en el 460.

(6) Opinión distinta es la que manifiesta el profesor Garrigues en su Tratado de Derecho Mercantil, tomo II, pág. 220.

(7) A nuestro juicio uno de los factores que más han influido en estas dudas sobre el carácter de la responsabilidad contenida en el artículo 460, es el de no distinguir la posición del librador, y la de quien pueda hallarse en «descubierto del importe de la misma» a los efectos del apartado final.

Pero hay además otra razón, de carácter sistemático que nos inclina a atribuir al artículo 459, la función de norma que impone, con carácter general, la responsabilidad cambiaria del librador; consiste en que, salvo este precepto, en toda la sección tercera referida a las obligaciones del librador, no existe ninguno otro en que se establezca la obligación de responder, por parte del librador, frente a los distintos tenedores de la letra, y si estimásemos que dicho artículo 459 no cumple la función reseñada, nos encontraríamos con una extraña disparidad sistemática, pues en la sección cuarta referida al endoso, existe un precepto en donde se determina, con carácter general, la responsabilidad del endosante, el artículo 467, e idéntica función cumple el artículo 480 respecto del aceptante, e incluso también en la sección sexta, el artículo 487 respecto del avalista.

Creemos, pues, que si respecto de todos y cada uno de los distintos obligados cambiarios, aparte de la referencia conjunta expresada en el artículo 516 del Código de comercio, existe en cada una de las secciones que se ocupan de su régimen particular un precepto, que con carácter general, determina su responsabilidad cambiaria, es lógico que encontremos uno con idéntica función en la sección de las obligaciones del librador. El artículo 459 parece cumplir esta finalidad y en él el único obstáculo para estimar que responde a dicha función, es la existencia del calificativo, «civilmente», referido a la responsabilidad en él establecida. Por ello no es demasiado aventurado pensar, que el artículo 459, no obstante esta expresión, es precisamente el que establece, con carácter general, la responsabilidad del librador respecto de la letra de cambio, pues la distinción entre responsabilidad cambiaria y civil, es ajena al Código, por lo que no creemos que quepa atribuir un significado distinto a la expresión «civilmente» en el referido artículo (8).

La configuración del artículo 459 como norma que establece con carácter general la responsabilidad del librador a las resultas de la letra, viene confirmada por el precepto de donde trae su origen, que es concretamente el artículo 452 del Código de 1829. En él se decía «El librador es responsable de las resultas de su letra a todas las personas que la fueran sucesivamente adquiriendo y cediendo hasta el último tenedor. Los efectos de esta responsabilidad en los respectivos casos de falta de aceptación o de pago se establecen en los artículos 456, 465 y 534».

La única disparidad entre el precepto citado y el actual 459, aparte de la inclusión del calificativo civilmente, estriba en que mientras en el precepto del Código de 1829 la especificación de la responsabilidad se hacía con la cita de los preceptos equivalentes a nuestros actuales 481 y 516, en la actualidad se hace respecto de los artículos 456, 458 y 460.

Sin entrar ahora en las posibles diferencias sistemáticas, que pueden comportar la distinta función de los preceptos a que se remite (9),

(8) En contra GARRIGUES, ob. cit., tomo II, pág. 220, a pesar de lo cual estimamos que el conjunto de razones aducidas permiten mantener nuestra opinión.

(9) El precepto actual en lugar de remitirse a los supuestos en que surge

creemos que continúa subsistiendo la indudable naturaleza cambiaria de la responsabilidad directa del librador respecto al tomador o tenedor de la letra, que se impone en el artículo 456 de nuestro actual Código de comercio, expresamente citado por el artículo 459, y que posee idéntico carácter cambiario, que poseía la responsabilidad contenida en los artículos citados en el Código de 1829, como especificación de la responsabilidad.

Fijémonos además, cómo, a continuación de este artículo 452, que es precedente del artículo 459, se encontraban los artículos 453 y 454, precedentes a su vez del actual 460, salvo en la última parte de este último que ya vimos cómo fue añadido. Ello nos muestra la existencia de un traslado en bloque del sistema de responsabilidad del librador desde el Código del 29 hasta el de 1885 (10).

No resulta pues aventurado afirmar: 1.^º, que en el artículo 460 no se reconoce ninguna nueva acción contra el librador, en el supuesto de que éste no pueda hacer la prueba de la provisión de fondos y la letra se halle perjudicada, sino que, simplemente, señala el modo en que se libera el librador frente a quien es titular de la letra perjudicada, imponiendo para ello la prueba de que ha realizado la provisión de fondos. Excepción que podrá oponer cuando, en base al artículo 459, se dirija contra él el tenedor de la letra y que no es sino la de caducidad de la letra, cuya oponibilidad por el librador parece estar supeditada a la prueba de la provisión.

2.^º Que la acción que nace del artículo 459 posee carácter cambiario, por cuanto, en dicho precepto, lo que se establece, es la responsabilidad cambiaria general del librador frente a las distintas personas que sucesivamente vayan adquiriendo y cediendo la letra de cambio que él ha emitido.

Señalemos, por último, que incidentalmente también confirma el carácter cambiario de la acción que subsiste contra el librador aun después perjudicada la letra y en tanto no haga la prueba de la provisión, el tenor del artículo 483 de nuestro Código actual, en relación con su precedente, artículo 490 del Código del 29, ambos referidos a los efectos del perjuicio de la letra. En nuestro actual artículo 483 se dice: «Si el poseedor de la letra no la presentase al cobro el día de su vencimiento, o en defecto de pago, no la hiciere protestar al siguiente, perderá el derecho a reintegrarse de los endosantes; y en cuanto al librador se observará lo dispuesto en los artículos 458 y 460». Como se ve respecto del librador se cuida mucho de no señalar la pérdida del derecho a reintegrarse por parte del titular, sino que se remite a lo que dispone el artículo 460, que precisamente determinará en qué circunstancias cesa la responsabilidad del librador (11).

la responsabilidad, se remite a las formas que reviste la responsabilidad que el precepto impone.

(10) Esta subsistencia de idéntico sistema podría tener su posible reflejo, en la ausencia de referencia a cambios en esta materia, dentro de la enumeración de novedades que se hace en la Exposición de Motivos del Código.

(11) Podría discutirse si la remisión al artículo 458 implica la posibilidad de reclamar también los gastos del librador, por estimar que dicho precepto es

Tal vez todavía más claro era el artículo 490 del Código del 29, que en su segundo párrafo decía: «En cuanto al derecho que pueda conservar el portador de una letra perjudicada contra el librador se observará lo dispuesto en los artículos 453 y 454». Como vemos, la remisión era a idéntico precepto, puesto que el actual 460 es recopilación de aquellos dos del Código del 29, pero en el artículo 490 todavía se recalca con mayor claridad el hecho de la «conservación» de la responsabilidad del librador (12).

Parece evidente, que si bien el tenor literal del artículo 483 en su redacción actual, no utiliza la expresión «conservará», su remisión posee el mismo carácter que poseía su precedente en el Código del 29.

Como consecuencia de todo lo expuesto, creemos que puede afirmarse que el artículo 459 de nuestro actual Código de comercio, establece la responsabilidad cambiaria del librador y la especificación de la misma a través de lo dispuesto en los artículos 456, 458 y 460, y por ello no cabe dudar que la responsabilidad del librador subsiste en tanto no se haga prueba de la excepción recogida en el artículo 460, esto es, que se ha perjudicado la letra y que además el librador ha hecho provisión de fondos. Según esta interpretación, la acción del tenedor de la letra perjudicada para dirigirse contra el librador, será precisamente la acción cambiaria, lo único que establece el artículo 460 es la posibilidad de que el librador, perjudicada la letra y probado que ha realizado la provisión de fondos, oponga al tenedor de la misma la excepción de caducidad por perjuicio cuya oponibilidad se halla supeditada a la prueba referida.

La interpretación recogida, que lleva consigo la calificación como cambiaria, de la responsabilidad del librador frente al tenedor de la letra perjudicada, no es compartida por la generalidad de la doctrina española, que se halla dividida entre quienes niegan el carácter cambiario a la responsabilidad del librador, en el supuesto de que la letra se halle perjudicada (13) y quienes con mayor o menos rotundidad, parecen atribuir carácter cambiario a la responsabilidad aunque normalmente no se extienden en su fundamentación (14).

aplicable aun en el caso de la letra perjudicada, lo que nos conduciría a imponer el reembolso. Ya hemos manifestado nuestra opinión en contrario, pero evidentemente la remisión del 483 permite fundadamente discutirla.

(12) El hecho de que en la redacción de este precepto no existiera remisión al artículo 451 precedente al actual 458, evitaba las dudas que respecto de la posibilidad de reclamar los gastos provoca la actual remisión.

(13) En contra de la interpretación por nosotros defendida puede verse de modo expreso: GARRIGUES, en «Tratado de Derecho Mercantil», tomo II, pág. 220 y ss.; BROSETA, «Manual de Derecho Mercantil», 2.^a edición, pág. 595 y ss.; LANGLE, «Manual de Derecho Mercantil», tomo II, Barcelona 1954, pág. 189; VICENTE Y GELLA, en «Curso de Derecho Mercantil», 3.^a edición, pág. 409 y asimismo en los «Títulos de Crédito en la doctrina y en el Derecho Positivo», 2.^a edición, Zaragoza 1942, págs. 320-321.

(14) En este sentido puede verse GIRÓN TENA, que atribuye carácter cambiario a la acción que nace del 459, pero no a la del 460 que a nuestro juicio es la misma respecto del librador, ob. cit., pág. 382; R. URÍA, en «Derecho Mercantil», Madrid 1974, pág. 776, que no califica la acción para dirigirse contra el librador como extracambiaria y parece implícitamente admitir su carácter cam-

No falta tampoco en nuestra doctrina quien expone de forma rotunda el carácter cambiario de esta responsabilidad (15).

Creemos, no obstante la disparidad de las opiniones señaladas, que la fundamentación expuesta, basada en nuestro actual régimen legal es consecuencia de la transmisión a nuestro Código de comercio de todo el sistema cambiario del Código de 1829, donde todavía era más evidente, y autoriza a mantener la interpretación reseñada.

Es interesante destacar, dada la inspiración de nuestro sistema cambiario en el francés, que en la doctrina francesa existe una gran coordinación en la interpretación de la naturaleza de la acción contra el librador, y que precisamente viene a coincidir con lo que hemos manifestado respecto de nuestro Derecho, y así se manifiesta respecto del artículo 153 del Código de comercio actual, que responde al antiguo artículo 170 del Código de comercio, que es antecedente común del referido precepto y de nuestros artículos 453 y 454 del Código de comercio de 1829, de donde a su vez precede nuestro actual artículo 460.

Como consecuencia de esta opinión concordante de la doctrina francesa, se puede reproducir la opinión de Lescot-Roblot (16) que señalan, citando a Lyon Caen y Renault que: «La posición del librador difiere según haya realizado o no la provisión. Cuando ha hecho la provisión, él ha provisto de un equivalente de lo que él ha recibido del tomador en la creación de la letra; esto no impide ser obligado frente al portador diligente, puesto que él ha garantizado el pago, pero le permite oponer la caducidad al portador negligente, puesto que éste ha cometido una falta y el librador no se ha enriquecido con sus gastos. Es distinto

biario; en este mismo sentido de admitir implícitamente carácter cambiario puede citarse GONZÁLEZ HUEBRA, «Curso de Derecho Mercantil», 3.^a edición, Madrid 1867, tomo I en donde dice en pág. 364: «Por falta de protesto válido y eficaz queda la letra perjudicada. El perjuicio consiste en que cesa la responsabilidad de los endosantes y del librador que tenga hecha provisión de fondos y queda reducido el derecho del tenedor a repetir mientras no esté prescrita contra el librador que no pruebe que la hizo contra el pagador que haya aceptado».

Y congruentemente en la página 373 se plantea el problema de si es utilizable la vía ejecutiva o sólo la ordinaria, inclinándose por esta última por razones procesales. MARTÍ DE EIXALÁ, «Instituciones de Derecho Mercantil en España», 7.^a edición, Madrid 1875, pág. 245, parece plantearse el mismo tipo de reflexiones en torno a la posibilidad de ejercicio de la acción ordinaria o la ejecutiva.

LORENZO BENITO, «Manual de Derecho Mercantil», Madrid 1924, tomo II, pág. 721.

(15) En este sentido se manifiesta el profesor CARLON en un trabajo mecanografiado, que he tenido la oportunidad de consultar, donde mantiene la opinión del carácter cambiario de la responsabilidad del librador, en el supuesto de la letra perjudicada, utilizando dicho autor, para llegar a esta conclusión, fundamentalmente la vía del examen de nuestro sistema cambiario, en relación con el sistema cambiario francés, de donde trae su origen, así como la doctrina francesa en torno a los preceptos que constituyen el precedente de nuestro artículo 460, y también la italiana en cuanto se ocupa de los preceptos establecidos en el Código de 1865 que participan de la identidad de su origen respecto del nuestro.

También parece otorgar naturaleza cambiaria a esta responsabilidad J. RUBIO, «Derecho cambiario», Madrid 1972, pág. 202.

(16) «Les effets de commerce», París 1953, tomo II, págs. 147 y 148.

si el librador no ha hecho la provisión puesto que él nada ha entregado en contrapartida de la letra; es entonces equitativo que él quede obligado hacia el portador incluso negligente». Así se explica la expresión del artículo 156 párrafo tercero: No obstante la caducidad no tendría lugar respecto del librador, más que si se justifica el que él ha hecho provisión al vencimiento».

«La fórmula misma de la ley, extraída de una larga tradición disipa la duda que se podría experimentar en afirmar el carácter cambiario del derecho que subsiste en provecho del portador, bajo el pretexto de que la garantía debida por el librador y los endosantes se ha extinguido por el hecho de la negligencia. En verdad no hay negligencia respecto del librador que no ha realizado la provisión; la ley le trata del mismo modo que a un deudor principal, y como el librador aceptante, él continúa siendo obligado en virtud del título». Creemos que el párrafo es suficientemente expresivo.

REQUISITOS Y CONTENIDO DE LA ACCION CONTRA EL LIBRADOR

Antes de tratar algunas de las consecuencias del referido carácter cambiario de la responsabilidad del librador, en el supuesto que nos ocupa, podemos contrastar en qué modo la acción que corresponde al tenedor de la letra perjudicada, reúne los caracteres que la doctrina atribuye a la acción cambiaria (17).

Para realizar dicho contraste, expondremos, de forma sintética, los caracteres que se consideran típicos de la acción cambiaria haciendo referencia a los que posee la acción que el titular de la letra perjudicada puede dirigir contra el librador, para ver en qué medida se dan en ella.

Nos parece que se produce la adecuada coincidencia por cuanto la acción cambiaria requiere:

1.^º Que tenga como base un título cambiario que reúna todos los requisitos formales que nuestro Código de comercio exige. La letra los reúne aun estando perjudicada, puesto que continúa conservando su carácter cambiario, como muestra la subsistencia de la acción directa.

2.^º Que se haya dado alguno de los supuestos en los que el Código de comercio reconoce al acreedor cambiario el derecho a exigir el pago o reembolso de la letra. El supuesto, en nuestro caso, parece estar previsto en el artículo 459, que hace responsable al librador de las resultas de la letra frente a quienes sucesivamente vayan adquiriendo la misma, si bien con las especificaciones contenidas en el párrafo segundo del mismo artículo, que han sido ya objeto de nuestro estudio.

3.^º Que se hayan cumplido los requisitos que el Derecho español exige so pena de decadencia, caducidad o perjuicio del derecho que se

(17) Véase al respecto como expresión del estado actual de la doctrina expresado por M. OLIVENCIA, «La acción cambiaria ordinaria», en «Estudios Homenaje a don Joaquín Garrigues», tomo I, pág. 392 y ss.

trate de ejercitar. Precisamente sería éste, el elemento más polémico para entender si se da o no, pero creemos que en torno de él resuelve las dudas, la interpretación hasta ahora por nosotros recogida, en cuanto que el artículo 460 señala en qué condiciones se puede oponer la decadencia o caducidad por el librador frente al tenedor de la letra, pues creemos que sólo cuando aquél pruebe el perjuicio y la provisión, podrá aducir los efectos de la caducidad frente al tenedor, siendo insuficiente el perjuicio por sí mismo, para liberar al librador.

Como consecuencia de su carácter cambiario, bastará como base fundamental de la acción contra el librador, que el tenedor legítimo aduzca la letra perjudicada y la prueba de que no ha sido satisfecha, para exigir el importe de la misma, puesto que según nuestra interpretación el tenedor, en el supuesto que nos ocupa, conserva el derecho que poseía anteriormente contra el librador, para exigir el importe de la misma, y no será necesario que el tenedor alegue el perjuicio de la letra, sino que tan sólo será indispensable, que pruebe la falta de pago de la misma.

A nuestro juicio, el carácter cambiario de la acción hace estrictamente necesario el protesto, aun fuera de plazo, para acreditar la falta de pago. Consideramos aplicable también en este supuesto el artículo 509 del Código de comercio, puesto que dice «ningún acto ni documento podrá suplir la omisión y falta de protesto para la conservación de las acciones que competen al portador contra las personas responsables a las resultas de la letra». Creemos que si hemos defendido que el librador está obligado de un solo modo, tal como describe el artículo 459 y que sólo puede excepcionar en la medida en que está previsto en el artículo 460, el perjuicio de la letra, esta acción cambiaria tan solo se conservará en el supuesto en que, efectivamente, se realice el protesto.

La exigencia parece confirmada por la propia dicción del artículo 460 en su segundo párrafo, cuando reafirma la obligación de reembolsar la letra «aunque el protesto se hubiera sacado fuera del tiempo», frase que no nos parece que sea simplemente la enunciación de una posibilidad, sino que, por el contrario, estimamos absolutamente concordante con lo dispuesto en el artículo 509, con lo que implícitamente parece exigirse el protesto, y en consecuencia podemos afirmar que sin él no cabrá dirigirse contra el librador, ni siquiera cuando se haya producido el perjuicio de la letra.

Esta necesidad creemos que puede mantenerse aún después de la reforma del protesto, pues si bien, como señala el profesor Bercovitz (18), en su forma actual el protesto no sirve para cumplir la función que le asignaba el Código de comercio para probar la presentación y falta de pago, no obstante a los efectos del artículo 460 en relación con el 459, basta que con el protesto acredite el hecho de que la letra no está satisfecha, sea cual sea la causa de su situación y este hecho creemos que todavía puede afirmarse que lo prueba el protesto.

Creemos además que el artículo 509 no es demasiado rigurosamente interpretado, si, como nosotros afirmamos, se entiende que impone en

(18) En «La reforma del protesto», Madrid 1970, pág. 152 y ss.

todo caso la presencia o existencia del protesto, aun sacado fuera del plazo, como dice el 460, para ejercitar las acciones de pago de una letra de cambio (19).

Pero queremos recordar que el protesto, aun en su régimen anterior, no hacía sino ofrecer una presunción «Iuris Tantum» de que la letra no ha sido satisfecha, pues en trance de juicio ejecutivo era posible oponer la excepción de pago del artículo 1.464 y 1.465 de la ley de enjuiciamiento civil, pero, a los efectos establecer esta carga de la prueba al demandado, consideramos suficiente el actual régimen de protesto, por lo que se refiere a la acción que estamos estudiando, y al mismo tiempo necesario en virtud del carácter cambiario de la acción y del tenor literal del artículo 509.

También cabría plantearse respecto de la acción estudiada si puede ejercitarse en vía ejecutiva o tan solo en vía ordinaria. Al respecto pensamos que el artículo 521 del Código de comercio, en su tenor literal actual, en cuanto establece como requisito para despachar la ejecución que se haga «en vista de la letra y del protesto, levantado y notificado con arreglo a este Código», parece que impide utilizar la vía ejecutiva. Ello es cierto aunque se haya cumplido el requisito del protesto, pues evidentemente, dado que partimos del presupuesto de la letra perjudicada, éste no se habrá levantado y notificado en los plazos determinados por el Código, y por consiguiente no concurrirán los requisitos exigidos en el artículo 521 para usar de la vía ejecutiva (20).

Por el contrario, según el anterior tenor literal del artículo 521 parecía posible distinta solución, por cuanto entonces tan solo se exigía la vista de la letra y del protesto, sin más requisitos, lo que aparentemente sí permitía la posibilidad de la vía ejecutiva para esta acción de la que estamos ocupándonos (21).

Podría argumentarse para rechazar la interpretación señalada que, la reforma del protesto no poseía como finalidad aumentar el rigor en la diligencia del portador, y de otra parte, que, aún en su tenor literal actual, bastaría entender que la referencia del precepto es para exigir que el protesto se realice con los plazos y formas determinados, pero

(19) No pretendemos prejuzgar con el reconocimiento de su necesidad legal, el problema de si es o no oportuno mantener en la actualidad esta exigencia del protesto, en su régimen actual como requisito indispensable para dirigirse «contra las personas responsables a las resultas de la letra».

Hemos de señalar que su necesidad es á implícita, con la posibilidad de existencia de distintos ejemplares de la letra y además con el hecho de que, el que nos ocupa, es uno de los supuestos en que se pretende cobrar la letra de persona distinta de la que en principio parecía estar obligada a pagarla, y cuya falta de pago, precisamente, es presupuesto de la reclamación contra los que se hallan «a las resultas de la letra», lo que parece abogar por la necesidad de una forma fechante y uniforme como medio probatorio imprescindible.

(20) La única posible excepción aparente se produciría en el perjuicio por omisión de la presentación, porque en su regulación actual el protesto ya no prueba la oportuna presentación de la letra y por ello cabría haberse levantado el protesto, y notificado oportunamente, y no obstante estar perjudicada la letra.

(21) Esse es también el parecer del profesor CARLON en el trabajo que hemos citado anteriormente.

sin que esta exigencia del plazo se extienda también al levantamiento del mismo, en el tiempo previsto respecto del momento de la presentación de la letra, para que pudiera admitirse la posibilidad de que el protesto fuera del plazo, pero realizado con todas las formalidades y requisitos establecidos en el actual régimen de protesto, era suficiente para servir de base, en la medida que es necesario, para la vía ejecutiva.

Comprendemos sin embargo las dificultades, especialmente de orden procesal, que aparentemente se oponen a esta interpretación y por ello creemos que cabe mantener la solución negativa (22).

Veamos finalmente cuál es la responsabilidad exigible al librador, en el supuesto de que se dirija contra él el tenedor de una letra perjudicada. A nuestro juicio, de la interpretación de los artículos 459 en relación con el 460 cabe señalar que, en el supuesto de que el tenedor de la letra perjudicada se dirija contra el librador y el librador no pueda probar la realización de la provisión de fondos, el librador tan solo estará obligado a pagar, como señala el segundo párrafo de dicho artículo, el importe de la letra; no estará por tanto obligado a pagar los gastos producidos con ocasión del perjuicio de la letra, y ello lo creemos perfectamente concordante con el hecho de que el artículo 459 en su segundo párrafo, especifica que la responsabilidad en él establecida se regirá por los artículos 456, 458 y 460; si en los primeros se hace atribución del importe de los gastos al librador de la letra cuando ésta no esté perjudicada, en el último por el contrario y en su segundo párrafo, se habla tan solo de reembolsar el importe de la misma (23).

LA EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL LIBRADOR: LA PRUEBA DE LA PROVISION

Como hemos venido señalando dos serán los elementos a probar por el librador, para que se produzca su exoneración de responsabilidad; de una parte el perjuicio de la letra y de otra la existencia de la provisión. Vamos a ocuparnos por separado de cada una de ellas (24).

La prueba del perjuicio no presentará ninguna dificultad cuando se intente ejercitar la responsabilidad contra el librador sin acreditar que

(22) La reconsideración del carácter probatorio del protesto y su función, como elemento necesario para la iniciación del juicio ejecutivo con base en la letra de cambio, tal vez nos condujera a entender, hasta qué punto, dado el régimen actual, subsiste una excesiva formalización en la exigencia del protesto dentro de plazo, respecto del momento de la presentación, siendo tal vez más importante, por el contrario, su carácter de documento fehaciente de la falta de pago, pues hoy ya no lo es de la presentación en su momento oportuno. En este sentido véase BERCOVITZ, ob. cit., pág. 156.

(23) Sobre la función del artículo 458 en materia de atribución de los gastos véase lo expuesto en nota 11 y en la 5.

(24) También cabrá añadir, a este medio de exoneración del librador, integrado por la prueba de los dos elementos señalados la posibilidad de que el librador oponga las excepciones cambiarias recogidas en nuestra ley de enjuiciamiento civil, pero ello no constituye una novedad de esta situación y de ahí que no nos ocupemos de ellas.

la letra ha sido protestada, en el supuesto de que se admite que el artículo 460 lo permite, lo cual no nos parece posible mantener en nuestro Derecho, dado el tenor literal del artículo 509 y la referencia del 460 al protesto.

Tampoco habrá ninguna dificultad en demostrar el perjuicio cuando el protesto que acompaña a la letra, se haya sacado fuera del plazo, pues el mismo documento nos demostrará el perjuicio.

Sin embargo, sí que presentará graves dificultades la prueba del perjuicio cuando, teniendo en cuenta el régimen actual del protesto y su defectuosa función probatoria de la presentación de la letra, no obstante el protesto levantado en tiempo y forma, la realidad sea que la letra se halla perjudicada por su defectuosa presentación al pago (25). En este caso, si bien será difícil probar la omisión de la presentación por el librador, en cuanto parece imprescindible el auxilio del librado y se trata además de una prueba negativa, cabe sin embargo recordar que el actual régimen de presentación por parte de las Entidades Bancarias, está habitualmente en contradicción con lo establecido en nuestro Código de comercio y tal vez proporcione medios suficientes para probar la defectuosa presentación en el momento del vencimiento o simplemente su omisión (26).

Esta posibilidad que era muy discutible en el supuesto del régimen anterior del protesto, pues aquél podría entenderse que venía a probar la presentación de la letra, posee gran interés en nuestro Derecho actual y proporciona una nueva variante al supuesto del artículo 460, impensada seguramente por su creador, pero subsumible por la coherencia del artículo 459 y 460 con todo el sistema cambiario.

Probado el perjuicio de la letra, el librador, aun en el supuesto de que no pueda hacer la prueba de la provisión, se habrá exonerado de la satisfacción de los gastos tal como hemos manifestado anteriormente, en función de lo previsto en el artículo 460 párrafo segundo (27), pero si además realiza la prueba de la provisión, se producirá la exoneración de que estamos hablando. Los caracteres de dicha prueba, los recoge el precepto, cuando señala «tan sólo surtirá efectos la prueba de la provisión, cuando revista alguna de las formas de los artículos

(25) Sobre el régimen del protesto véase A. BERCOVITZ, ob. cit., pág. 152 y ss., que incluso afirma que en base a este régimen el tenedor de la letra deberá probar la presentación oportuna. Esta posición resolverá las dificultades apuntadas, pero parece difícil de mantener en la práctica, donde el protesto creemos que parece susceptible de aportar, al menos, una presunción de que la letra no está perjudicada, salvo que otra cosa resulte del propio protesto. El supuesto de la letra perjudicada por defecto de presentación, y protesto aparentemente regular, hace posible que el tenedor acuda con la letra perjudicada a la vía ejecutiva dada la apariencia regular, y estimamos que el librador para exonerarse no bastará que pruebe el perjuicio, sino también la provisión, pues sólo entonces «cesará su responsabilidad» según el artículo 460.

(26) El uso habitual de fotocopias como sustitución de la presentación, si bien puede explicarse por la magnitud de títulos habitualmente manejados por los Bancos, no cumple en absoluto con el deber de presentación de la letra, y a él nos referimos como posible medio que, accidentalmente, proporciona la prueba del perjuicio.

(27) Véase al respecto pág. 5.

456 y 457», pero no estima suficiente que se pruebe el pacto de autorización para girar (28).

Según el mismo precepto, la prueba de la provisión está referida a un momento concreto, pues ha de probarse que estaba realizada «al tiempo del vencimiento». Esta determinación temporal es perfectamente concordante con lo establecido en el artículo 457 respecto del mismo tema, y estimamos que, consecuentemente, para que se produzca la exoneración es suficiente la existencia de la provisión al tiempo del vencimiento, sin que sea necesario la demostración, además, de su subsistencia, pues el precepto es radical en su dicción.

Las dudas que pueda suscitar esta interpretación textual, esperamos poder disiparlas a continuación, pues si probada la existencia al vencimiento, hubiese desaparecido después de la provisión, el precepto que se ocuparía de dicha situación sería concretamente el artículo 525 del Código de comercio, que será objeto de nuestro estudio.

Por todo lo expuesto se puede concluir que, probado por el librador el perjuicio de la letra, se producirá como efecto del artículo 460, la exoneración del pago de los gastos a que se refiere el artículo 458, en virtud de lo que dispone el párrafo 460 (29), y si prueba además la existencia de la provisión al tiempo del vencimiento, se producirá la exoneración del librador en los términos del referido artículo.

No obstante no es este el único efecto de dicha prueba, pues en su redacción actual, el artículo 460 añade a la exoneración un nuevo efecto, el referido en la parte final del segundo párrafo cuando afirma «caso de hacer dicha prueba (la de la provisión) pasará la responsabilidad del reembolso aquel que aparezca en descubierto de él, en tanto que la letra no esté prescrita».

Perjudicada la letra y exonerado el librador, cabrá determinar contra quién puede dirigirse la reclamación del reembolso de la letra, por hallarse en descubierto del importe de la misma.

LA DETERMINACION DE QUIEN APARECE EN DESCUBIERTO DEL REEMBOLSO DE LA LETRA

Probada la provisión por el librador, el último apartado del artículo 460 abre la posibilidad de que el tenedor de una letra perjudicada, exonerado el librador, pueda dirigirse contra quien aparezca en descubierto de la letra.

Como ya señalamos, este último párrafo fue añadido a la redacción original del artículo 462 del proyecto del Código de comercio, por obra de la Comisión del Congreso, que dictaminó el Proyecto (30). Sin que podamos examinar, por carecer de documentación precisa, las razones

(28) Sobre las dificultades que encierra la prueba, dado que se trata de un hecho que afecta al librado, que en principio no es parte de la reclamación judicial que el tenedor dirige contra el librador, nos ocuparemos posteriormente, pág. 18.

(29) Véase al respecto nuestra interpretación en pág. 5.

(30) Véase página 2.

por las cuales se incluyó dicho párrafo, sí que cabe resaltar que con él, surge en nuestro Derecho, una acción que parece responder con fidelidad a la redacción del artículo 170 del Código francés. Esta nueva acción no nace de la dicción del artículo 459, sino del propio precepto 460, y no se dirige contra quien posee la condición de obligado cambiario, como la anterior, sino contra quien puede no poseerla.

La primera cuestión al interpretar el último párrafo del artículo 460, es determinar quién puede ser la persona que aparezca en descubierto del reembolso de la letra. De acuerdo con su posible precedente, el artículo 170 del Código francés, hemos de entender que se trata del librado.

Si la aparición del nuevo responsable se produce tras probar el librador que «al vencimiento de la letra tenía hecha provisión de fondos para su pago en los términos prescritos en los artículos 456 y 457», parece posible afirmar que la responsabilidad de pagar la letra no atendida y perjudicada pasará normalmente al librado, que habiendo recibido la provisión de fondos, no ha satisfecho la letra y en consecuencia se halla en descubierto de su importe.

En principio la determinación del librado como persona que se halla en descubierto del importe de la letra, parece consecuencia inmediata de la prueba de la provisión, pero no cabe atribuirle tal condición con carácter definitivo e indudable, pues puede haber existido la provisión al tiempo del vencimiento, pero ello no implica necesariamente que subsista en manos del librado y si ha desaparecido, por alguna causa que no le sea imputable, no será ya exacto que el librado se halla en descubierto de la letra.

Cabe preguntarse si es posible que probada la existencia de la provisión al vencimiento de la letra, no subsista ésta en manos del librado, cuando posteriormente se dirija la acción contra él (31).

La contestación ha de ser afirmativa y debemos distinguir dos supuestos que puede probar el librado: 1.º Que no es cierta la prueba de la provisión realizada por el librador. 2.º Que siendo cierta la prueba de la provisión al vencimiento, ésta ha desaparecido ya de su patrimonio en el momento de la reclamación.

La posibilidad de que la prueba de la provisión realizada por el librador no responda sino a una realidad formal, pero no efectiva, no debería existir, pero puede darse en función de como se entienda que debe realizarse la misma.

La prueba de la provisión consistirá, a nuestros efectos, en la existencia de la remisión de fondos oportuna, o en la prueba de que el librador era acreedor del librado en el momento del vencimiento de la letra, por una cantidad igual o mayor a su importe. Es perfectamente

(31) En cuanto a la posibilidad de que el librador se halle exonerado, aun no estando subsistente la provisión, recordemos que el artículo 460 requiere, exclusivamente, que se pruebe la existencia de la provisión, al vencimiento, pero no su permanencia en el momento que intente hacerse efectiva la responsabilidad, y por tanto, se produce la exoneración, sin perjuicio de las consecuencias a que haya lugar, cuando ha desaparecido la provisión, incluso por haberla recuperado el librador.

posible, sobre todo en el segundo supuesto, que pueda el librador demostrar documentalmente la existencia de un crédito a su favor sin que ello sea cierto, por existir pruebas en manos del deudor que demuestran su inexistencia (32).

Ante esta posibilidad, para permitir la exoneración del librador con la prueba de la existencia del crédito, o tendremos que estimar suficiente la documentación, en cuyo caso cabe que posteriormente el librado demuestre que tal crédito no existía, y en realidad habríamos otorgado la exoneración sin que concurriera el presupuesto de la existencia de la provisión de fondos, o tendremos que requerir la manifestación del librado, a quien se dice que se ha hecho la provisión, en torno a la existencia o no de ésta.

Parece pues que salvo si existe una suficiencia indudable en las pruebas aportadas por el librador, que hace inútil el reconocimiento de la existencia de la provisión por el librado, será necesaria la colaboración de éste en la prueba.

El reconocimiento por el librado de la existencia de la provisión, en el momento del vencimiento de la letra será suficiente para la exoneración del librador y llevará implícita la prueba de que aparece el librado en descubierto del importe de la letra, al menos, en el momento del vencimiento. Cuando no exista este reconocimiento parece que será necesario constituir un litis consorcio pasivo entre el librador y el librado, para que, de la prueba contradictoria que ambos propongan, resulte la existencia o no de la provisión.

Sólo cuando se practique esta prueba de la provisión con las seguridades a que hacemos referencia, desaparecerá la posible inexactitud que señalábamos y será suficiente, ella misma, para señalar al librado como persona que se halla en descubierto del importe de la letra, salvo que pruebe que le ha sido retirada la provisión con posterioridad al vencimiento (33).

La posibilidad de que se retire tras el vencimiento la provisión de fondos que existía en manos del librado parece que debe admitirse, pues el librador de una letra no satisfecha puede ejercitar sus derechos como acreedor causal, en sus relaciones con el librado no aceptante, y recuperar la provisión a través del ejercicio de la correspondiente acción dimanante del negocio que les une. Del mismo modo el endosante a quien el librador haya hecho cesión de la propiedad de la provisión, puede haber recuperado aquella ejercitando igualmente una acción causal (34).

(32) Piénsese por ejemplo, en que el librador acredite la existencia de una comprobante, y la recepción de la mercancía por el comprador, pero omita la posterior acción del comprador (librado en la letra) dirigida a rescindir el contrato.

(33) Como ya apuntábamos en la nota 31, lo que ha de probarse es la existencia de la provisión al vencimiento, y la suficiencia de la prueba de este hecho, no se altera porque requiramos la presencia del librado, de tal modo que si éste admite que existió la provisión en tiempo oportuno, se producirá la exoneración, sin perjuicio de que si ha desaparecido con posterioridad, se producirán los oportunos efectos que después veremos.

(34) No dudamos que a través de la cesión del crédito que constituía la

Ambas conductas son posibles, pues la acción causal nacida en las relaciones extracambiarías entre el librador y el librado no aceptante, no queda en suspenso por aplicación del artículo 1.170 del C. c., puesto que en dicha situación no se dan los presupuestos de la aplicación de dicho artículo y del mismo modo que el acreedor original, podrá el endosante que haya recibido la propiedad de la provisión ejercer la acción causal nacida de ella (35).

En ambos casos partimos del supuesto de que se había probado que al vencimiento de la letra existió la provisión en poder del librado, y el reembolso de la misma a favor del librador o endosante se habrá producido, normalmente, a continuación del perjuicio de la letra. Con ello tendremos delimitado, incluso temporalmente, el presupuesto de aplicación del artículo 525 del Código de comercio (36).

Si con la retirada de la provisión de manos del librado se produce el presupuesto de aplicación del 525, parece permitido afirmar, que respecto de las posibles personas en descubierto del reembolso de la letra, el artículo 460 en su párrafo final, será especialmente aplicable para dirigirse contra el librado, por cuanto para dirigirse contra el librador o endosante, existe un precepto expreso, el 525, cuyo significado estudiaremos a continuación.

Creemos pues que el párrafo final del artículo 460, que se añadía al texto del proyecto, en el que se hallaba ya el actual 525, con idéntica redacción que en la actualidad, no hizo, sino añadir una nueva acción contra el librado no aceptante que estaba en posesión de la provisión de fondos.

provisión, es posible que quien no tiene ninguna relación con la letra, resulte acreedor del librado, y le retire la provisión, a través del ejercicio de la acción causal a que nos referimos en el texto, pero en este caso la determinación de quien se halla en descubierto de la letra, estará en función del negocio de cesión y sus consecuencias en el caso concreto.

(35) Véase al respecto nuestro trabajo sobre dicho tema en «Revista de Derecho Mercantil», 1973, pág. 107.

(36) La exactitud de esta afirmación, creemos que se mantiene aún en el supuesto de que para reclamar al librador se constituya un litis consorcio pasivo con el librado, pues si no obstante probar el librador la existencia de la provisión al tiempo del vencimiento, el librado demuestra que ello es cierto, pero que la provisión, ha sido con posterioridad retirada por el mismo librador, esta prueba no conduciría a estimar que no se produce la oponibilidad por el librador de la excepción de caducidad prevista en el artículo 460 del Código de comercio, y consecuentemente la aplicación del párrafo segundo del mismo, sino que por el contrario estimamos que cabría entender, que si bien se había producido dicha exoneración, por la conducta posterior del librador se había incurrido en el supuesto de aplicación del 525, con la consiguiente sumisión a su régimen.

La diferencia no es meramente doctrinal, puesto que si a nuestro parecer el artículo 460 tan solo obliga a pagar el importe de la letra, la sumisión al supuesto previsto del artículo 525 le implicará como veremos a continuación, la obligación de pagar, no sólo el importe, sino también los gastos de la misma.

LA ACCION CONTRA EL LIBRADO EN DESCUBIERTO DE LA LETRA; SUS CARACTERES

De acuerdo con la doctrina más generalizada, a esta acción cabe atribuirle carácter extracambiario, pues el tenedor de la letra perjudicada puede dirigirse contra quien no es firmante de la letra (librado no aceptante), y por tanto, no es obligado cambiario, porque el precepto fija como responsable a quien se halle en descubierto del importe de la letra, y esta condición se le puede atribuir al librado no aceptante a través de la prueba de la provisión hecha por el librador.

La base que suministra al tenedor la prueba de la provisión para demostrar que el librado se halla en descubierto de la letra, normalmente, la obtendrá éste con ocasión de la reclamación que haya dirigido contra el librador, cuando, éste último haya probado, como causa de exoneración de su responsabilidad, la existencia de la provisión. Si bien esta prueba no presentará más problemas que los ya referidos, cabe también plantear si es posible que el propio tenedor se dirija directamente contra el librado y pruebe la existencia de la provisión como medio de demostrar que se halla en descubierto del importe de la letra, y en consecuencia responde de ella.

A nuestro juicio es posible esta segunda vía, si bien comporta una serie de dificultades, al tener que probar el tenedor el cumplimiento de una obligación de la que generalmente, no ha sido parte. Sin embargo, puede haber existido una cesión de la provisión del librador al tenedor de la letra y en estas circunstancias la prueba podría facilitarse.

Reseñar esta posibilidad es importante, pues si exigimos que la prueba de la provisión la haya efectuado el librador en un procedimiento previo, estamos obligando al tenedor a que, incluso con la certeza de que la reclamación contra el librador será infructuosa, se dirija contra él y soporte los gastos de un litigio que de antemano sabe inútil. Sin embargo, a través de esta segunda oportunidad y con la colaboración del librador, puede verse abreviada la vía para cobrar.

No obstante la prueba de la provisión, el librado podrá exonerarse de responsabilidad, demostrando que no se halla ya en descubierto del importe de la letra, por la devolución de la provisión de fondos al librador, o la retirada de la misma por un endosante. En virtud en ambos casos, del posible ejercicio de la acción causal por parte del librador, o por el endosante que haya recibido por cesión la propiedad de la provisión.

Respecto del contenido de la responsabilidad que el artículo 460 establece, hemos de recordar que, al modo en que lo afirmamos en el caso del librador, tan solo deberá el librado reembolsar el importe de la letra, pues esta es la responsabilidad que creemos que impone exclusivamente el artículo (37).

(37) Véase al efecto pág. 5.

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION CONTRA EL LIBRADO

Hemos de hacer referencia brevemente al tema de la prescripción en relación con esta acción nacida del 460 contra el librado no aceptante y fundamentalmente, para decidir si le es aplicable la prescripción del artículo 950 del Código de comercio, por entender que se trata de una acción que nace de la letra (38).

Creemos que ha de tenerse en cuenta para plantearse adecuadamente el problema:

A) El origen de la parte final del segundo párrafo del artículo 460, que es completamente independiente del sistema cambiario respecto del que el artículo 950 determina la prescripción.

B) El hecho de que la letra sirve especialmente para determinar quién es el titular del derecho al reembolso de su importe, pues el fundamento de la responsabilidad del librado no descansa en la propia letra, sino en el hecho de haber recibido la provisión de fondos, y en consecuencia, hallarse en descubierto del importe de la misma.

Estos dos hechos nos hacen dudar sobre la oportunidad de, siendo congruentes con la calificación de acción extracambiaria, estimar aplicable a la misma el régimen general de la prescripción y excluirla del artículo 950.

Hay que tener presente que si entendemos aplicable a la acción la prescripción del artículo 950 del Código de comercio, no por ello el librado queda totalmente liberado transcurrido el plazo previsto, puesto que continuará sujeto a la acción causal según el régimen de ésta, pues el precepto citado sólo afectará a las relaciones del librado con el tenedor de la letra perjudicada, pero no a las del librado con su primitivo acreedor.

La calificación de extracambiaria parece que nos llevaría congruentemente a no someter esta acción a la prescripción del artículo 950 y de otra parte, esta interpretación no produciría una situación ni exageradamente gravosa para el librado, ni tampoco extraordinaria dentro de nuestro sistema de Derecho privado, puesto que en definitiva someteríamos al librado frente al tenedor de la letra perjudicada, con los mismos caracteres que le corresponderían en una relación causal-ordinaria.

LA RETIRADA DE LA PROVISION POR EL LIBRADOR O ENDOSANTE, Y EL ARTICULO 525 DEL CODIGO DE COMERCIO

Una de las posibles causas de exoneración del librado, a quien se presume en descubierto de la letra por haber recibido la provisión de

(38) La opinión general es la aplicación a dicha acción del régimen del artículo 950, incluso entre quienes le atribuyen la naturaleza de extracambiaria como puede ser el profesor GARRIGUES, ob. cit., pág. 220 y ss.

fondos, es la demostración de que se le ha retirado dicha provisión; pero la exoneración del librado puede no ser el único efecto de este hecho (39).

Parece que la retirada de la provisión de manos del librado, nos coloca en presencia del supuesto a que se refiere el artículo 525 del Código de comercio, cuando dice: «No tendrá efecto la caducidad de la letra perjudicada por falta de presentación protesto y su notificación en los plazos que van determinados, respecto del librador o endosante, que después de transcurridos dichos plazos, se hubiere saldado del valor de la letra en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia». Creemos que este reembolso a que se refiere el artículo, puede ser la retirada de la provisión que poseía el librado.

Tal precepto reproduce sustancialmente lo dispuesto en el artículo 541 del Código de comercio de 1829, radicando la principal diferencia entre ambos, en la determinación del momento en que se presta relevancia, al hecho sustantivo de haberse reembolsado «el librador o los endosantes del valor de la letra en sus cuentas con el deudor». En el precepto actual se establece como presupuesto que «después de transcurridos dichos plazos se hubiere saldado...», en el texto del artículo 541 se exigía simplemente como presupuesto de hecho que «se halle cubierto el valor de la letra...». Parece que si en el Código de comercio 1829 bastaba el hecho de que se hubiera producido el reembolso o satisfacción, en la actualidad se requiere, además, que éste se haya producido tras la caducidad de la letra.

El precepto del Código de 1829 era reproducción casi literal del artículo 171 del Código de comercio francés, que a su vez, procedía del artículo 17 de la Ordenanza francesa de 1673. Su existencia estaba vinculada aparentemente, a la obligación de probar la provisión de fondos, que el artículo 16 de la Ordenanza imponía al librador y endosante como requisito para exonerarse de responsabilidad en el supuesto de que la letra se hallase perjudicada.

En el Código de comercio francés, se suprime, respecto de los endosantes, la necesidad de que prueben la provisión para exonerarse en el caso de perjuicio de la letra, pero se conserva en el artículo 171, la falta de exoneración de los endosantes que se hubieren reintegrado del importe de la letra en sus cuentas con el deudor.

El precepto, en opinión de Lescot-Roblot (40), resulta incomprensible, si no es examinando desde la perspectiva histórica y fue posteriormente suprimido en la reforma del Derecho cambiario francés en 1935.

No creemos sin embargo, en la absoluta incongruencia del precepto con el sistema cambiario, cuando es suprimida la necesidad de probar los endosantes la provisión de fondos. Aunque aparezcan históricamen-

(39) Queremos puntualizar, que aunque utilizamos la expresión de «exoneración del librado», somos conscientes de que no se trata de una verdadera exoneración, sino de la falta de presupuesto para que nazca la responsabilidad, puesto que ésta sólo surge «si se halla en descubierto del importe de la letra».

(40) Ob. cit., tomo II, pág. 152.

te ligados, nos parecen dos supuestos distintos: 1.º La necesidad de probar la provisión como requisito para que surta efectos la exoneración. 2.º La posibilidad de que, con posterioridad al perjuicio se haya retirado la provisión y que este hecho pueda ser alegado por el tenedor de la letra perjudicada, para impedir que le sea opuesta la excepción de caducidad (41).

A nuestro juicio, lejos de ser incongruente o inoperante, el artículo 525 viene a completar la gama de derechos del tenedor de la letra perjudicada y para su adecuada comprensión ha de ponerse en relación con el artículo 460, con el cual posee una cierta comunidad de origen (42).

En el artículo 460, cabe la posibilidad de que la responsabilidad por el pago de la letra se desplace desde el librador al librado, a través de la prueba de la provisión de fondos, que permite al librador oponer la excepción de caducidad y atribuye presuntivamente al librado la condición de hallarse en descubierto del importe de la letra. Sin embargo, probada la existencia de la provisión en los términos del 456 y 457 no está ya demostrado indudable y definitivamente, que el librado es el único que puede hallarse en descubierto del valor de la letra, sino que, dados los términos de la prueba exigida (43) puede existir la provisión de fondos en el momento del vencimiento, y haber desaparecido con posterioridad al perjuicio, porque el librador o un endosante se han «saldado el valor de la letra en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia».

La posibilidad de este reembolso se acredita, como ya hemos referido, porque el librador y en su caso el endosante o quien se ha cedido la titularidad de la provisión, pueden reclamar del librado no aceptante el importe aquéllas, cuando la letra está perjudicada, ejercitando una acción causal, que en principio no puede hallarse en suspenso por haberse librado una letra de cambio simplemente.

La coexistencia de la norma contenida en ambos preceptos se produce ya en los artículos 16 y 17 de la Ordenanza francesa de 1673 (44).

(41) Sobre la función del artículo 525 y de la posibilidad de su aplicación puede consultarse el artículo de GAYOSO ARIAS en la «Revista de Derecho Privado», año 1924, pág. 168 y ss. «Cuestiones de Derecho Mercantil», si bien nuestros planteamientos son dispares en bastantes ocasiones.

(42) Recuérdese que ambos hallan su precedente en el sistema cambiario de la Ordenanza.

(43) Véase al respecto de la prueba de la provisión la pág. 18.

La posibilidad de que se produzca el supuesto de hecho del artículo 525 respecto de los endosantes es a veces puesta en duda (véase GARRIGUES, ob. cit., pág. 216, y RUBIO, ob. cit., pág. 208) pero creemos haber señalado lo contrario. GAYOSO, en ob. cit., pág. 173, si bien defiende la posibilidad de modo terminante, creemos que le concede una extensión excesiva.

Disentimos de los planteamientos anteriores, porque creemos que el reembolso de la letra, en el 525, no ha de ponerse en relación con los efectos de la cláusula valor, sino que hay que examinar, simplemente, si cabe que el endosante obtenga del librado el reembolso de la provisión y ello nos parece posible.

(44) Sobre el paso de estos precedentes al artículo 170 y 171 y la subsistencia de sus efectos véase I. ALAUZET, «Comentario du Code de commerce», París, 1879, tomo IV, pág. 372 y ss., y sobre el régimen francés actual véase LESCOT-ROBLOT, ob. y loc. cit., y J. HAMEL, G. LAGARDE y A. JUAFFRET, «Traité de droit commercial», París 1966, tomo II, pág. 572 y ss.

Creemos que ello era posible, porque no se trata de una repetición del supuesto, pues el 460 determina lo que ha de probar el librador para exonerarse, la provisión en un momento concreto (al vencimiento de la letra) mientras que el artículo 525 que proviene del artículo 17 de la Ordenanza, nos muestra la posibilidad de que el tenedor de la letra pruebe un hecho, que el librador o endosante se ha reembolsado del importe de la letra tras el perjuicio, para impedir que le sea opuesta por éste la excepción de caducidad por perjuicio.

Si como vemos, la base de los preceptos se apoya en supuestos distintos, se comprende la coexistencia de ellos, y también que la desaparición de la necesidad de probar la provisión, como requisito para oponer la excepción de caducidad por parte de los endosantes, no arrastre la supresión del precepto, que establece, que el tenedor de la letra perjudicada pueda probar que no surte efectos la excepción de caducidad de la letra, en favor del endosante que, a través de sus actos tras el perjuicio de la letra, se ha reembolsado de su importe en sus cuentas con el deudor (45).

Que no se trata de una simple repetición, se confirma por el carácter general del 525, ya que éste es de aplicación en el supuesto de falta de pago, y de aceptación pues a él se remite el artículo 482; por ello, junto al supuesto ya descrito y regulado en el artículo 460, también se aplicará el artículo 525 cuando el librador o endosante, tras el perjuicio de la letra, en trance de aceptación, se hubiere saldado del valor de la misma en sus cuentas con el deudor.

Puntualicemos finalmente, que tampoco respecto de los derechos que confiere, el 525 es idéntico al 460, ni siquiera en los casos en que comparte el supuesto de hecho, pues a nuestro juicio cuando el 525 afirma que «no tendrá efecto la caducidad de la letra perjudicada» no cabe sino entender que, frente al sujeto en que concurren los presupuestos oportunos, permanece inalterable su responsabilidad cambiaria por el importe de la letra y de sus gastos, pues difícilmente encontraremos otro sentido a la rigurosa expresión de que «no tendrá efecto la caducidad...», por el contrario el 460 ya veíamos que respecto del librador tan sólo imponía la obligación de reembolsar el importe de la letra, pero no los gastos.

LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 525

La rotundidad con que se expresa el artículo 525 al afirmar «no tendrá efecto la caducidad...» nos ha de conducir, en una interpretación directa a que subsiste la responsabilidad cambiaria del endosante o librador en quien concurren las circunstancias del 525, y ello implicaría la existencia de una acción cambiaria. Estas consecuencias, pueden parecer contradictorias con el sistema cambiario español, pero creemos

(45) A nuestro parecer el deudor sólo puede ser el del valor de la letra en función de la provisión, y por tanto será en todo caso el librado, en contra GAYOSO, ob. cit., pág. 174.

que son fácilmente explicables, posibles y congruentes con él, si realizamos un planteamiento explícito y suficiente de las circunstancias a través de las cuales se podría producir la aplicación del artículo 525.

Antes de exponer las razones, que a nuestro juicio permiten defender esta interpretación, recordemos que en la doctrina moderna la calificación de esta acción como enriquecimiento y de naturaleza extracambiaria es la dominante (46).

Sin embargo parece más dispuesto a aceptar la naturaleza cambiaria de esta acción, la doctrina inmediatamente posterior a nuestro Código de comercio, y entre quienes estudiaban el artículo 541 del Código de 1829 parecía más difundida la posibilidad de configurar subsistente la responsabilidad cambiaria del librador o los endosantes en quienes concurría el requisito del artículo 541 (47).

(46) Véase al respecto GARRIGUES, ob. cit., pág. 220 y ss. URÍA, ob. cit., pág. 776; BROSETA, ob. cit., pág. 696; LANGLE, ob. cit., págs. 189 y 190, donde reconoce la dificultad de atribuirle esta naturaleza dado el tenor del texto; VICENTE Y GELLA, ob. cit., pág. 409 y también en la pág. 377 de la cuarta edición, y en los Títulos de Crédito..., pág. 336 y ss.

(47) En la doctrina posterior a nuestro Código de comercio puede verse ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA Y MIÑANA, en «Tratado de Derecho Mercantil Español comparado con el extranjero», Madrid 1916, tomo II, págs. 129 y 148.

BLANCO CONSTANS, «Estudios Elementales de Derecho Mercantil», Madrid 1950, IV edición, pág. 404.

GAY DE MONTELLÁ, «Comentario al Código de comercio», tomo III, 2, pág. 526.

Recogiendo las opiniones de quienes comentan el Código de 1829, es interesante consultar el planteamiento que existe en GONZÁLEZ ECHEVARRI, «Comentario al Código de comercio», Valladolid 1930, tomo IV, pág. 340 y ss.

Y en la doctrina precedente a nuestro Código y referida al Código de 1829 puede constatarse fundamentalmente:

MARTÍ EIXALÁ, «Instituciones...», ob. cit., pág. 245, en que refiriéndose al régimen establecido en los artículos 453, 454, 541 del Código decía: «La acción de que se trata no parece que pueda ser ejecutiva, ni contra el librador, ni contra el endosante o endosantes. Respecto del primero porque se lo permite probar la provisión, cuya prueba con dificultad podría caber dentro de los estrechos límites del juicio ejecutivo. Respecto de los endosantes, porque debe probárseles previamente que se hallan cubiertos del valor de la letra. Véase la nota a) de la pág. 239. Además, hállase de acuerdo con estas deducciones, el colocarse sin distinción la caducidad de la letra entre las excepciones que pueden oponerse a la acción ejecutiva. C. 545». Es interesante constatar cómo se plantean obstáculos procesales, para el ejercicio de la acción ejecutiva, pero no de otra índole.

En el mismo sentido GONZÁLEZ HUEBRA, ob. cit., pág. 374, en nota, donde dice: «Ni la facultad de reclamar contra el librador que no hizo provisión de fondos, ni la de repetir contra éste y los endosantes que se hallan cubiertos del valor de la letra, pueden a nuestro juicio utilizarse por medio de una ejecución, porque una y otra están fundadas en pruebas que no se podrán practicar muchas veces en el corto término de los diez días que se conceden con este fin, en el juicio ejecutivo; y una vez alegada la caducidad de la letra, no habrá más remedio que suspender este procedimiento, sólo en el caso de que el librador o los endosantes confesaran desde luego que se hallaban cubiertos del valor de la letra, o que no estaba hecha la provisión, y se negaran sin embargo, a pagarla, sería en el que se pudiera muy bien proceder ejecutivamente contra ellos, no en virtud de la letra, sino de su confesión».

El párrafo lo creemos demostrativo de la opinión del autor.

GÓMEZ DE LA SERNA Y REUS, «Código de Comercio anotado y concordado», 4.^a edición, Madrid 1863, pág. 169, se limita a referir la finalidad de evitar el enriquecimiento del librador y endosante.

Sin que con esto pretendamos restar autoridad a la moderna doctrina, nos parece sin embargo significativo el que los autores más próximos al origen del precepto, sean los más dispuestos a admitir la naturaleza cambiaria de la responsabilidad que subsiste en contra del librador y endosante, en base al artículo 525, y quienes comentan el artículo 541 del Código del 29, examinan un precepto que tan solo difiere de nuestro actual 525, en la determinación del momento en que debe haberse producido la retirada de la provisión de fondos.

Esta diferencia entre ambos preceptos no creemos que sea tan sustancial como para alterar la naturaleza de la responsabilidad, en este supuesto del endosante y del librador, ni que permita interpretar el Código de comercio en contradicción con sus propios términos de que «no surte efectos la caducidad», y en consecuencia creemos que la letra continua conservando contra aquel en quien concurren los presupuestos adecuados, la misma eficacia que si no se hubiese producido el perjuicio.

La única novedad del sistema cambiario de 1885, en materia de responsabilidad exigible por el tenedor de la letra perjudicada, sería la introducción de la segunda parte del párrafo último del artículo 460, pero ya hemos visto las circunstancias de su origen, y que viene a añadir un nuevo responsable del importe de la letra, el librado que no siendo obligado cambiario, se encuentra en descuberto de la misma, pero no creemos que intente sustituir el ámbito y la eficacia del artículo 525, y que por el contrario está referido a quienes en su momento ostentaban la condición de obligados cambiarios, y que se ocupa de negarles, en determinadas circunstancias, la oponibilidad de la excepción cambiaria de caducidad (48).

Aunque reconocemos la posible validez de la argumentación que propugna la naturaleza extracambiaria de la acción contenida en el artículo 525, insistimos en que nos parece de difícil fundamento, pues no conocemos datos suficientes que permitan desvirtuar, como hemos dicho anteriormente, la dicción del Código de comercio (49).

Esta nos parece lo suficientemente clara como para afirmar, que si quienes se hallan en la situación descrita en el precepto, no pueden prevalecerse de la excepción de caducidad provocada por el perjuicio de la letra, su responsabilidad respecto del tenedor de la misma permanecerá del mismo modo y en la misma medida, que si el perjuicio no se hubiese producido.

No nos parece excesiva esta afirmación ni tampoco la carga que con ella se hace soportar al librador, o endosante, en su caso, pues hemos de recordar que el supuesto de hecho consiste en haberse reem-

(48) Es significativo que en el régimen del Código de 1829, que no recogía el último párrafo del 460, GONZÁLEZ HUEBRA, ob. cit., pág. 373, ya citaba al librado que ha recibido la provisión como uno de los que podían soportar la reclamación del importe de la letra. Incorporaba con ello la última parte del art. 171 del Código de comercio francés que se omitía en el Código de 1829. Véase ALAUZET, ob. cit., pág. 375.

(49) Véase sobre esta dificultad las propias palabras del profesor LANGLE en la obra y lugar citados.

bolsado el librador o endosante del importe de la letra cuando ya se había producido el perjuicio, por tanto ello implica, que hallándose cambiariamente liberados, han incurrido con su conducta en los presupuestos de aplicación de un precepto que, a nuestro juicio, les impide oponer la excepción de caducidad.

LA EFICACIA DEL ARTICULO 525

Problema distinto sería, aun admitiendo el carácter cambiario de la responsabilidad del endosante y del librador, decidir si es posible ejercitar esta acción por la vía ejecutiva.

El problema se suscitaba incluso a quienes, comentando el artículo 541 del Código de 1829, parecían entender que subsistía la responsabilidad del librador y endosantes en este supuesto, pero dudaban de que fuera susceptible de hacerse efectivo por vía ejecutiva, así decía el profesor Martí de Eixalá «La acción de que se trata no parece que pueda ser ejecutiva ni contra el librador ni contra el endosante o endosantes» (50).

En semejantes términos se manifestaba González Huebra (51) que tras referir la posibilidad de dirigirse con la letra perjudicada contra el librador y endosantes en los supuestos del artículo 541 decía: «estas son las únicas personas contra las que podrá remitir el tenedor de la letra, pero no por medios que hemos manifestado, sino en juicio ordinario, porque la resaca no está permitida más que cuando ha sido protestada en tiempo y forma; y la caducidad es una de las excepciones admisibles contra la acción ejecutiva de la letra de cambio, por lo que sólo podrá entablarse útilmente contra el pagador aceptante, que reconozca su firma para quien nunca queda perjudicada».

Es interesante que tanto el uno como el otro niegan la posibilidad del juicio ejecutivo, bien por dificultades de prueba en un caso, bien porque entender que la caducidad será siempre oponible, lo cual es contradictorio con el texto del artículo interpretado. Las razones sin embargo, pueden no estimarse suficientes, pensemos que producido el perjuicio de la letra, sería posible que el tenedor de la misma intentase dirigirse contra el endosante, incluso por la vía ejecutiva con la letra y el protesto aun cuando éste mostrase por sí mismo que la letra se halla perjudicada, y en este supuesto, cabría entender que el endosante podría oponer la excepción de caducidad pero sería en este trance, cuando a su vez, el portador de la letra, podría replicar probando que dicha excepción no le es oponible por el endosante en quien concurren los requisitos del artículo 525.

El supuesto descrito creemos que es posible y no es contradictorio con el régimen del juicio ejecutivo, pues si en éste se hallan tasadas

(50) Véase al respecto la ob. cit., pág. 224 y 225, y la reproducción de parte de su opinión en la nota 47 de este trabajo.

(51) Véase también las objeciones del mismo autor recogidas por nosotros en la nota 47 de este mismo trabajo.

las excepciones, no lo están los medios de prueba, y la actividad descrita del tenedor de la letra sería, no tendente a oponer una nueva excepción sino a probar que no lo era oponible por el endosante la excepción de caducidad.

No podemos sin embargo silenciar la dificultad de que el juez diera lugar al juicio ejecutivo cuando la letra presentada, aun acompañada del protesto, resultase perjudicada, y ello porque normalmente en el examen que impone el artículo 1.440 de la ley de Enjuiciamiento Civil el juez posiblemente no daría lugar al juicio, atendiendo a que la letra está perjudicada, pero creemos que ello tal vez no sería correcto, si tenemos en cuenta que la caducidad del título no está comprendida en los números 1 y 2 del artículo 1.467 de la ley de Enjuiciamiento Civil, que son los supuestos en los cuales el juez debería de negar el juicio ejecutivo, sino que por el contrario la caducidad es una excepción de las recogidas en los artículos 1.464 y 1.465, que son oponibles por el demandado.

La posibilidad de la acción ejecutiva en el supuesto estudiado no sería contradictoria con el sistema de ejecución, aunque reconocemos que esta interpretación, que deja exclusivamente a la actividad del demandado la oponibilidad de la excepción de caducidad, encontraría dificultades en nuestra práctica; sobre todo tras la imposición del artículo 521 en su redacción actual de que debe «despacharse la ejecución en vista de la letra y del protesto, levantado y notificado con arreglo a este Código»... requisitos cuyo cumplimiento no excluyen de hecho que la letra esté perjudicada por el defectuoso régimen actual del protesto, pero que añaden obstáculos a nuestra interpretación (52).

Si bien reconocemos los obstáculos actuales, hemos apuntado la posibilidad, para mostrar con su planteamiento, que no resulta contradictorio con ninguno de los principios generales en materia cambiaria, la posibilidad de estimar subsistente la responsabilidad cambiaria del librador y endosantes en el supuesto de que concurren los requisitos del artículo 525, y congruentemente con ello la posibilidad de utilizar la vía ordinaria y la ejecutiva para hacer efectiva dicha responsabilidad, aunque esta última sea hoy prácticamente inviable por modificaciones legales que sin tener por objeto inmediato suprimirla, han producido tal efecto de un modo casi accidental (53).

(52) Sobre la posibilidad de protesto en tiempo y forma y perjuicio de la letra, dado nuestro actual régimen de protesto véase, A. BERCOVITZ, ob. y loc. cit. en nota 22. Hemos de reconocer no obstante, que la actual redacción del artículo 521 a cuyos efectos hicimos referencia en págs. 13 y 14, añade un nuevo y tal vez insalvable obstáculo, a la admisión de la vía ejecutiva, pero ello no altera el interés del razonamiento expuesto en el texto, pues el obstáculo, aunque efectivo, no surgió para prohibir el camino descrito, sino seguramente para otros fines.

(53) Al concluir la exposición de nuestra interpretación, queremos justificar la ausencia de la utilización del concepto de enriquecimiento referido a estas acciones, ello ha sido deliberado, porque, si bien entendemos que todas ellas tienen por objeto evitar el empobrecimiento del tenedor de la letra perjudicada, creemos que no cabe construirlas como «acciones de enriquecimiento», no sólo por los obstáculos que plantea (señalados entre otros por RUBIO, ob. cit., pág. 202, GARRIGUES, ob. cit., pág. 217; BROSETA, ob. y loc. cit.), sino sobre todo porque

Quisiéramos concluir recordando que, como afirmábamos en la Introducción, nuestra interpretación ha pretendido observar la máxima fidelidad a los preceptos y examinar a través de esta vía si se llegaba a conclusiones congruentes con el sistema cambiario español, y eficaces para la protección de los intereses en juego. Creemos que en la interpretación expuesta se dan ambas circunstancias, pero hemos de puntualizar que aun entendiéndola correcta, ello no excluye la oportunidad de mejorar y reformar el sistema y con él los medios para proteger los intereses concurrentes.

creemos, como hemos pretendido demostrar, que existe en el Código de comercio suficiente base para desarrollar sus regímenes jurídicos.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Inversiones extranjeras en España (*)

ALFREDO GARCIA-BERNARDO LANDETA

SUMARIO: I. CUESTIONES.—II. PLAN.—III. LAS RESERVAS ECONOMICAS. DEL ORO A LAS DIVISAS.—IV. LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES JURIDICAS DE INVERSIONES EXTRANJERAS.—A) SOCIEDADES ESPAÑOLAS CON PARTICIPACIÓN EXTRANJERA.—a) *La nacionalidad de la persona jurídica*.—b) *Teoría del control. La filial*.—c) *Sociedades españolas con participación extranjera*.—B) PERSONAS JURÍDICAS

(*) En este trabajo se estudian solamente las cuestiones de inversiones y sus inseparables conexiones, como son las aportaciones dinerarias exteriores o interiores, transferencias al exterior, Registro de Inversiones Extranjeras, etc. Su estudio se hace desde la promulgación del Texto Refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España, aprobado por el Decreto 3021 de 31 de octubre de 1974 (en adelante se citará L.) y del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, aprobado por el Decreto 3022 de 31 de octubre de 1974 (en adelante R.).

Las largas y numerosas circulares dictadas sobre esta materia se citan única y exclusivamente para confirmar la práctica en alguna cuestión, mas su valor no es vinculante para el jurista que aplica la legislación; por otra parte, no puede oscurecerse un estudio con instrucciones que tienen un valor interpretativo jerárquico e interno, pero que no obligan a Jueces, Notarios, Registradores, Abogados..., a quienes incumbe interpretar las disposiciones legales o aquellas destinadas a ejecutarlas. Hasta el año 1975, estas circulares pueden leerse en la obra de ALVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU, *Control de cambios*. Editorial "Rev. D. Priv.". Madrid 1975, Apéndice III.

No se estudian las demás transacciones con el extranjero, tales como las importaciones, exportaciones, las transacciones llamadas invisibles, etc., que pueden leerse en PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.* y tampoco se estudian las inversiones españolas en el extranjero.

Además de las abreviaturas citadas emplearemos las siguientes:

CB = Circular del Banco de España.

CD = Circular de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

CI = Circular del Instituto Español de Moneda Extranjera.

D = Decreto.

DGTE = Dirección General de Trasacciones Exteriores.

IEME = Instituto Español de Moneda Extranjera.

O = Orden Ministerial.

RIE = Registro de Inversiones Extranjeras del Ministerio de Comercio.

Res. = Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

EXTRANJERAS Y PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS O ESPAÑOLAS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO CON ESTABLECIMIENTOS SECUNDARIOS EN ESPAÑA. MULTINACIONALES.—C) PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS.—D) ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.—E) EXTRANJEROS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.—F) EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA.—V) CUENTAS QUE REFLEJAN DIVISAS Y CUENTAS DE PESETAS.—A) APORTACIÓN DINERARIA EXTERIOR.—B) CUENTAS EXTRANJERAS DE PESETAS INTERIORES.—C) NORMAS COMUNES A LAS CUENTAS EXTRANJERAS.—D) PESETAS ORDINARIAS.—a) *Extranjeros residentes en España.*—b) *Establecimientos secundarios en España de personas residentes en el extranjero.*—c) *Emigrantes.*—VI. INVERSIONES EN EMPRESAS.—A) INVERSIONES EN EMPRESAS DE EMPRESARIO SOCIAL.—a) *Inversiones directas y de cartera.*—b) *Modalidades de las inversiones directas.*—a') *Aportaciones en especie de origen extranjero.*—b') *Aportación en especie de origen nacional.*—c) *Normas comunes a las inversiones directas y de cartera en el capital de las sociedades. Topes.*—B) INVERSIONES EN EMPRESAS DE UN SOLO DUEÑO: ACTIVIDAD EMPRESARIAL.—a) *Actividad empresarial de los no residentes.*—b) *Actividades empresariales de los extranjeros residentes.*—C) INVERSIONES A TRAVÉS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y OTRAS FORMAS DE INVERSIÓN EN EMPRESAS.—a) *Cuentas de participación.*—b) *Otras formas de inversión en empresas.*—VII. LAS INVERSIONES EN INMUEBLES.—A) CLASIFICACIÓN DE LAS FINCAS.—B) INVERSIONES EN FINCAS RÚSTICAS.—a) *Españoles residentes fuera de España.*—b) *Las personas jurídicas españolas controladas por extranjeros.*—c) *Las personas jurídicas extranjeras.*—d) *Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero.*—e) *Extranjeros residentes en España.*—C) FINCAS URBANAS.—a) *Españoles residentes en el extranjero.*—b) *Extranjeros residentes en España.*—c) *Personas jurídicas extranjeras.*—d) *Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero.*—D) FINCAS CON DESTINO INDUSTRIAL.—E) CUESTIONES COMUNES.—a) *El precio.*—b) *La constancia o reflejo en la escritura pública.*—VIII. PRESTAMOS.—IX. CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRA.—X. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS.—XI.—DECLARACION DE LAS INVERSIONES.—XII. TRANSFERENCIA AL EXTERIOR DE LOS BENEFICIOS DE LA INVERSIÓN O DEL PRODUCTO DE SU LIQUIDACION.—A) INVERSIONES DIRECTAS.—B) INVERSIONES DE CARTERA.—a) *Inversiones efectuadas con aportación dineraria exterior.*—b) *Inversiones efectuadas con aportación dineraria interior.*—a') *Pesetas interiores.*—b') *Pesetas ordinarias.*—C) INVERSIONES EN EMPRESAS O ACTIVIDAD EMPRESARIAL.—D) CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y OTRAS INVERSIONES EN EMPRESAS DE EMPRESARIO SOCIAL O INDIVIDUAL.—E) INVERSIONES EN INMUEBLES.—a) *Adquisición con aportación dineraria exterior.*—a') *Fincas urbanas.*—b') *Fincas rústicas.*—b) *Adquisición con pesetas interiores.*—F) EMIGRANTES.—XIII. ACTOS CONTRARIOS A LA LEGISLACION DE INVERSIONES O EN FRAUDE DE ELLA.—A) LA SUPREMACÍA DE LA LEY.—B) CONTENIDO DE LAS LEYES QUE SANCIIONAN CON LA NULIDAD SU CONTRAVENCIÓN.—a) *Libertad de contratación y divisas.*—b) *Derecho de asociación de los extranjeros.*—c) *Establecimiento de extranjeros en España.*—d) *Inversiones en cuentas*

de participación y otras formas de inversión en empresas.—e) Inversión en inmuebles.—a') Fincas rústicas.—1. Actos contrarios a la Ley de 28 de octubre de 1935.—2. Actos contrarios a la Ley 8 de 12 de marzo de 1975.—3. Actos contrarios al artículo 18-2 de la Ley de Inversiones extranjeras.—b') Fincas urbanas.—c') Fincas industriales.—C) LOS ACTOS EN FRAUDE DE LA LEY.

I. CUESTIONES

Desde el punto de vista de las inversiones, las cuestiones fundamentales son dos: divisas e independencia nacional. La última en sus dos vertientes de defensa nacional o independencia militar e independencia económica. La Política y la Economía juegan sustancialmente. En las divisas predomina la Economía, ya que son los recursos o reservas de la nación, en la independencia, la Política, aunque la defensa nacional no se anda con contemplaciones económicas para salvar la independencia militar.

Las divisas cuando se materializan en inversiones de empresas o en adquisiciones de fincas por extranjeros, provocan un conflicto, pues la adquisición de las divisas por el Estado es tan sana como tener recursos o reservas y la posesión por extranjeros tanto de empresas como de fincas implica un control extranjero que es nocivo, porque no contempla el interés nacional, sino el del extranjero, de ahí lo delicado de esta cuestión.

Para transparentar la realidad social, que pretende encauzar la legislación de inversiones extranjeras, tenemos que escudriñar el substrato económico y político normativizado; en otro caso, no podemos usar de la interpretación teleológica, que es también histórica, además de ser primordialmente lógica.

Las inversiones extranjeras inciden en interesantes problemas jurídico sustantivos, algunos de los cuales chocan con las categorías vigentes y otros presentan matices especiales para nuestro derecho tradicional, así: la nacionalidad de las personas jurídicas referida especialmente a los hombres que están detrás de ellas; las sociedades controladas, incluso en su versión tipificada de las filiales; las sociedades multinacionales con establecimientos secundarios en España, en sus variantes de sucursales, agencias, delegaciones y centros materiales de explotación; el problema de la ruptura del encasillamiento de los inmuebles en rústicos y urbanos por otra clase de inmuebles como los ferrocarriles, canales, canteras, minas, escombreras, que llamaremos industriales y que desintegran esa polaridad tradicional de las fincas; la actividad empresarial como objeto social, etc.

II. PLAN

Las peculiaridades derivadas de las inversiones que afectan a las divisas, serán objeto de una mera introducción económica y en epígrafes posteriores desarrollaremos los problemas de Derecho sustantivo.

Principiaremos con una introducción referida a las divisas en su aspecto de reservas dinerarias económico-nacionales y a las inversiones, en cuanto dependencia del extranjero. Seguiremos con los capítulos destinados a las diversas clases de sujetos; a las aportaciones dinerarias exteriores o de pesetas convertibles, aunque esta última denominación no sea hoy una expresión técnica depurada, aportaciones dinerarias interiores o de pesetas interiores, todas ellas de no residentes y ambas con sus respectivas cuentas corrientes acreditativas del manejo de las dos clases de pesetas y a las aportaciones dinerarias interiores en pesetas ordinarias de los extranjeros residentes en España o de los establecimientos secundarios de sociedades extranjeras o de personas físicas no residentes en España. A continuación estudiaremos las inversiones hechas en empresas con empresario social o de sociedades y en empresas de empresario individual y en bienes inmuebles. Mencionaremos los préstamos. Por último, aludiremos a las autorizaciones administrativas, RIE, transferencias al exterior de capitales o beneficios y a los actos contraventores de la legislación de inversiones.

III. LAS RESERVAS ECONOMICAS DEL ORO A LAS DIVISAS

La interdependencia económica de los pueblos se desarrolla notoriamente con los avances técnicos en transportes, información, conocimientos, descubrimientos..., lo que se evidencia en el ascenso constante de las cifras del comercio internacional.

El patrón oro implicaba la definición por los Estados de su unidad monetaria en oro, como acto de poder. Cuando varios países adoptan el patrón oro, la relación entre sus monedas se llama paridad (1), cosa distinta de la cotización, que no es acto rígido de poder, sino fluctuación del mercado o precio de las divisas. El patrón oro obligaba al país que lo aceptaba a convertir sus billetes o moneda fiduciaria en oro. Cuando había que hacer un pago en el extranjero, se hacía en la moneda del país del súbdito acreedor, comprando las divisas previamente. Si la peseta sufría una baja en la cotización, el importador español convertía en oro sus pesetas y pagaba en oro (2).

El patrón oro no pudieron sostenerlo la mayoría de los Estados después de la primera guerra mundial. Solamente Estados Unidos e Inglaterra conservaron la convertibilidad en oro de sus monedas, los demás ligaron su unidad monetaria a paridades fijas del dólar o de la libra esterlina que, como eran convertibles, equivalían a divisas oro (3).

La convertibilidad en oro y más tarde en oro, dólares o libras ester-

(1) La O. de 25 de agosto de 1959 sobre el funcionamiento del mercado de divisas, en su norma 4.^a dice: "El IEEME en funciones de organismo estabilizador, señalará los cambios límites compradores y vendedores teniendo en cuenta la paridad oficial de la peseta con el dólar de U.S.A. y la de éste con cada una de las monedas del mercado".

(2) PÉREZ DE ARMIÑÁN, *Economía para Juristas*. Colegio Universitario de San Pablo. Madrid 1972, pp. 352 y ss.

(3) PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. y loc. cits.*

linas y después y ahora en divisas, no implica en el fondo grandes diferencias, porque las reservas sean de oro, de dólares o de otras divisas, se agotan, si las corrientes de ingresos y salidas de un país están varios años consecutivos en desequilibrio fuerte, superando éstas a aquéllas, lo que no ocurre es que se vuelvan inconvertibles por insolvencia del país deudor de las divisas. Oro, dólares o divisas cumplen idéntica función, la de reservas económicas. Con ellas se corrige un desequilibrio en la Balanza de Pagos, pero si el desequilibrio persiste, hay debilitamiento en la economía del país, que puede ser grave, si las reservas, sean de oro o de divisas, se agotan, pues ya no se puede corregir el déficit de la Balanza de Pagos, ya que no hay reservas y hay que acudir a correctores político-económicos, v. g., restricción de las importaciones o aumento de las exportaciones.

La convertibilidad absoluta se tiene, cuando cualquiera persona puede tener sobre la valuta nacional divisas de otro país para operaciones financieras o comerciales y se contrapone a la convertibilidad limitada: 1) Sólo para operaciones comerciales. 2) Sólo se puede obtener de determinados países, no de otros. 3) Convertibilidad exterior o en relación con los sujetos, es decir, limitada a los no residentes sean españoles o extranjeros, que es el sistema actual de España (4).

Por divisas hay que entender las letras de cambio, cheques, transferencias, cupones vencidos, saldos de cuentas corrientes, siempre que sean pagaderos en moneda extranjera. Los billetes representativos de moneda extranjera son también divisas (5), aunque rechazadas por el legislador español para muchas operaciones, porque no pueden controlarse. La divisa es cualquier medio de pago con moneda extranjera, según Ascarelli (6).

La cotización de las divisas se fija en el mercado internacional, que puede ser libre o intervenido. Las fuerzas que fijan el precio o cotización, aparte del poder político en los mercados intervenidos, son: la oferta, constituida por la moneda extranjera, cheques, saldos de cuentas corrientes con los cuales se pagan las exportaciones, turismo extranjero, transferencias de emigrantes, dividendos, intereses y amortizaciones de capitales invertidos fuera del país, y capitales extranjeros importados; y la demanda, formada por las peticiones de dinero extranjero, por importaciones de mercancías, turismo al extranjero, exportadores de capital nacional, intereses, dividendos y amortizaciones de capitales extranjeros, etc. (7). Todo esto es el objeto de la Balanza de Pagos.

«La oferta de divisas está constituida por las cedidas por todos

(4) PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, p. 350.

(5) Véase la núm. 13 de la O. de 25-VIII-1959, ya citada, que está destinada a los billetes de banco extranjeros. Con anterioridad el D. de 18 de enero de 1930 decía: Por divisas se entenderán los billetes de banco, letras de cambio, cheques, haberes de bancos extranjeros, y cualquier otro documento de giro o crédito sobre el extranjero.

(6) *Studi giuridici sulla moneta*. Milán. Giuffré. 1952, pp. 40 y ss. y 59 y ss.

(7) Véase PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, p. 347 y las normas 6.^a, 8.^a, 9.^a y 13 de la O. citada de 25-VIII-1959.

aquellos residentes que las han obtenido del exterior como consecuencia de la exportación de mercancías, los servicios prestados al extranjero (transporte, turismo, asistencia técnica...), las remesas de emigrantes, las transferencias recibidas del extranjero, los rendimientos de las inversiones españolas en el exterior, la repatriación de las inversiones y, finalmente, la inversión extranjera en España. La demanda de divisas está formada a su vez a partir de las transacciones análogas en dirección inversa, y la sustentan todos aquellos residentes que necesitan hacer pagos al extranjero, por cualquier concepto, más aquellos que realizan inversiones en el exterior» (8).

Es interesante destacar la intermediación de la Banca (9) en los mercados de divisas para poner en contacto a los compradores con los vendedores, ya que el contacto directo entre exportadores e importadores, por ejemplo, sería muy difícil. Los Bancos relacionan a unos y otros y compensan sus peticiones primeramente dentro de cada Banco y con cada país, después se ponen en contacto los Bancos entre sí y también con cada país y el saldo que resta con un país es el que se cobra o se paga (10).

Las operaciones de divisas hay que centralizarlas, no sólo para las compensaciones referidas, sino también para que el Estado pueda conocer sus reservas y formular su Balanza de Pagos (11).

Desde que fracasó el intento de Calvo Sotelo, siendo Ministro de Hacienda a finales de la década de los años veinte, para restablecer el patrón oro, se disolvió el Comité Interventor de los Cambios, creado por el Decreto-ley de 25 de julio de 1928 con las finalidades de estabilizar el tipo de los cambios y con vistas a la implantación del patrón oro. Ante la nueva baja de nuestra valuta, de nuestra peseta, se crea en 1930 por Argüelles, Ministro de Hacienda, el Centro Regulador de Operaciones de Cambio como sucesor del Comité referido y al efecto de intervenir en los cambios, procurando la estabilidad, lo cual fue insuficiente. Wais, nuevo Ministro de Hacienda, defendía la necesidad de monopolizar estatalmente el mercado de divisas y centralizar todas las operaciones de compra y venta con el extranjero, para lo cual los únicos comitentes debían ser los Bancos y banqueros establecidos en España; a estos fines y por Decreto de 30 de agosto de 1930 creó el Centro Oficial de Contratación de Moneda, cuyo Centro, por Orden de 21 de mayo de 1931, absorbió el Centro Regulador de Operaciones de Cambio. Estos organismos y el Comité de Moneda Extranjera creado en 1937, fueron el antecedente del IEME, creado por Ley de 25 de

(8) PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, p. 185.

(9) Así se desprende de las normas 1.^a, 5.^a y 13 de la cit. O. de 25-VIII-1959.

(10) PÉREZ DE ARMIÑÁN, *ob. cit.*, pág. 349 y s.

(11) La citada O. de 25 de agosto de 1959 impone en su norma 10.^a a la Banca delegada la obligación de comunicar diariamente al IEME, a efectos estadísticos y de comprobación, las divisas compradas y vendidas el día anterior; la norma 11.^a obliga a las oficinas de cambio reguladas por O. de 28-VII-62, que adquieran divisas por cuenta del IEME, a comunicar a dicho Instituto las adquiridas durante la semana.

agosto de 1939, cuyas misiones fueron controlar las operaciones de divisas en el mercado internacional, autorizar las operaciones necesarias para la economía nacional, impidiendo las operaciones especulativas y prohibiendo la evasión de capitales y administrar nuestras divisas (12).

Extinguido el IEME, por el D.-L. 6 de 27 de julio de 1973, se atribuyeron sus funciones al Ministerio de Comercio y al Banco de España (13). El artículo 2.^º del D. de 26 de julio de 1973 asignó al Banco de España las funciones enumeradas en los apartados a) a h) que por D. de 24 de noviembre de 1939 tenía el IEME, entre las que destacan: «Centralizar de modo exclusivo la compra y venta de divisas en España» (14), comprar y vender oro, plata, títulos extranjeros o españoles de cotización internacional, constituir depósitos de ellos o de divisas, intervenir como prestatario o prestamista de divisas, abrir cuentas corrientes en moneda extranjera y todas las operaciones necesarias para realizar lo anterior, además la publicación de los cambios y, especialmente, «la centralización de las reservas metálicas y de divisas, el movimiento de los pagos exteriores» y la autorización de créditos financieros.

Esta vigilancia, control (15) y administración de las divisas son importantísimos para la economía nacional en su dependencia internacional y comprende todas las corrientes de entrada y salida de divisas, importancia que se acentúa en las épocas de crisis natural o provocada. La trascendencia económica de las divisas exige a los correlativos resor tes del Poder o del Gobierno, su vigilancia, control y administración y que están reflejados claramente en la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 (16), en la justificación de la salida de divisas por la necesidad de la operación, que habrá de ser comercial y no especulativa; en el control de las divisas (17), y en la información de la Balanza de Pagos (18).

(12) Véase TAMAMES, *Estructura económica de España*. Guadiana de Publicaciones, S. A. Madrid 1972, págs. 541 y ss.

(13) Sobre organización administrativa, véanse PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 79 y ss.

(14) Lo cual tenía su precedente en la centralización consagrada en las RR. OO. de 14 de junio y 6 de septiembre de 1930 y en el R. D. de 31 de agosto de 1930.

(15) La norma 10 de la Res. de 19 de julio de 1961 dice: "A efectos de que pueda ser ejercido el oportuno control y obtener la imprescindible información estadística sobre el movimiento reflejado en las cuentas extranjeras en sus diversas categorías, el Instituto dictará, mediante circular a la banca delegada, las instrucciones pertinentes".

(16) Antecedentes de la misma son la L. 17-XII-32 y el D.-L. 14-III-37 y complementarias de ella la L. de 4-5-48 y el D.-L. de 21-7-59.

(17) Instrumentos para esa vigilancia y control que aludimos en el texto, son las comunicaciones que deben darse por la Banca delegada a la DGTE de las inversiones directas y de las desinversiones de la misma clase (modelos T.E.1 y T.E.2), de las globales de entrada y salida de las inversiones de cartera (modelos T.E.9 y T.E.10), de los traspasos de títulos entre entidades delegadas (modelo T.E.3), de exportación de títulos mobiliarios al extranjero (modelo T.E.4) de las actividades empresariales e inversiones en fincas (modelo T.E.7) y sus desinversiones (modelo T.E.8) también a estos fines interesan los modelos T.E.11, que resume pe-

Expuesto a grandes rasgos el movimiento de las divisas desde un punto de vista predominantemente económico, vamos a esbozar aquellos bienes en que se materializan de un modo permanente y que llamamos inversiones.

Por inversiones entendemos las adquisiciones de empresas integradas en la economía española hechas por extranjeros residentes en España y por residentes en el extranjero, sean personas físicas españolas o no, sean personas jurídicas extranjeras, bien se haga la adquisición a título de empresario individual, bien a título de empresario social o ac-

riódicamente los modelos de inversiones directas y de cartera, y principalmente el modelo T.E. 12, que refleja semanalmente las diferencias de los saldos de las inversiones directas y de cartera y de los traspasos a otras entidades delegadas, véase para esto las normas 6.^a a 26.^a de la Res. de la DGTE de 25 de enero de 1975 y la Circular del Banco de España a la Banca privada de 14 de enero de 1975, especialmente en sus instrucciones 60 a 63 para los modelos T.E.11 y T.E.12.

(18) La Balanza de Pagos, es un registro sistemático de todas las transacciones económicas durante un año y en un país entre sus residentes y los de países extranjeros (TAMAMES, *ob. cit.*, pág. 599 y PÉREZ DE ARMIÁN, *ob. cit.*, p. 365).

Esta balanza se descompone en las siguientes (TAMAMES, *ob. cit.*, páginas 562 y ss. a quien sigo en la exposición de esta nota):

Balanza comercial, donde se contienen las exportaciones que implican ingresos de divisas y las importaciones que suponen salidas de ellas. En esta partida se incluyen las inversiones por aportaciones de equipo-capital, que son inversiones directas.

Balanza de servicios, cuyas partidas más relevantes son: fletes, seguros, transportes de mercancías y de viajeros, turismo y viajes, todas ellas desdobladas en partidas activas o de entrada de divisas y pasivas o de pagos o salidas, pero las que más nos interesan son, la renta de inversiones, que comprende la transferencia de los beneficios de las inversiones directas y de cartera e intereses de deudas o préstamos y unas y otros en ambas direcciones, de España al extranjero y del extranjero a España, las inversiones tecnológicas, de patentes y marcas y las de asistencia técnica también en sus dos vertientes de ingreso y salida, que estudiaremos en las inversiones. Estas últimas no implican ingreso directo de divisas, ya que se hacen directamente desde el extranjero, si bien se valoran, como veremos al estudiar esta clase de inversiones.

Balanza de transferencias, que comprende hoy como partida más interesante las remesas de los trabajadores españoles en Europa, antes estas remesas, procedían de los emigrantes españoles a América. Constituye un importante ingreso. Para esta partida se creó la cuenta de "Ahorro del Emigrante". Al pasivo de esta balanza irán los envíos a los emigrantes españoles, parte del salario de los trabajadores extranjeros fronterizos o estacionales, referidos en la Res. del IEME de 10 de agosto de 1968.

Balanza de movimiento de capital, cuyos ingresos proceden de los préstamos a empresas españolas por otras extranjeras y otros préstamos y las salidas de amortización de capitales y pago de intereses. En esta balanza se comprenden también las inversiones y desinversiones que más interesan, o sea, las inversiones directas y de cartera, en fincas rústicas y urbanas y también se comprenden los anticipos sobre buques en construcción y repatriación de capitales, el oro monetario, las reservas de libre utilización y las operaciones con el Fondo Monetario Internacional, etc.

La balanza de pagos es imprecisa como lo demuestra su última partida, la de equilibrio, que se salda con dos partidas una de superávit o déficit y otra llamada de errores u omisiones.

cionista de una S. A., socio de una S. R. L., socio de una sociedad colectiva o de una sociedad comanditaria o interesado en la empresa en virtud de un contrato de cuentas en participación u otro contrato atípico o innominado. También la inversión se materializa en fincas rústicas y urbanas sitas en territorio patrio e incluso en la cualidad de obligaciólista o de prestamista.

Estas adquisiciones de empresas o fincas tendrán por contraprestación, aportación dineraria exterior (divisas) o aportación de capitales interiores, bien en pesetas interiores, bien en pesetas ordinarias, según los casos; pero la inversión puede hacerse sin intermediación de divisas ni pesetas, aportando a la empresa «in natura» el bien «extranjero» sea equipo-capital, sea transferencia tecnológica (patentes, marcas, dibujos, licencias de fabricación extranjera) o, según la L. y el R., prestando asistencia técnica a la empresa.

No son inversiones extranjeras las derivadas del comercio internacional, turismo, emigrantes, etc., que no se materializan en fincas o empresas, aunque las divisas jueguen respecto de ellas y puedan originar abonos o ingresos en las cuentas de divisas e incluso cuentas especiales, como las de los emigrantes, que después justifican la inversión extranjera, o la transferencia al extranjero del capital en caso de desinversión o de los beneficios, intereses o renta, mientras dura la inversión en España.

IV. LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES JURIDICAS DE INVERSIONES EXTRANJERAS (19).

Los elementos personales de estas relaciones jurídicas son: personas jurídicas españolas con participación extranjera (20), personas jurídicas extranjeras con o sin establecimientos secundarios en España.

Españoles o extranjeros residentes en el extranjero con o sin establecimientos secundarios en España.

Extranjeros residentes en España.

De estas personas resaltaremos la manera de acreditar su situación y las relaciones que les afectan, sean las dinerarias con su proyección en la pertinente cuenta corriente (cuentas extranjeras A o B o de Ahorro del Emigrante) sean las de inversiones en empresas o fincas, la cuestión de la transferencia al exterior de capitales, beneficios rentas o intereses y la carga de declarar al RIE.

Previamente, sin embargo, voy a analizar algunas cuestiones que la doctrina pasa sobre aspas y que tienen un relevante interés, como son la nacionalidad de la sociedad española con socios extranjeros y el

(19) AVELLO ESTRADA en sus interesantes notas sobre *Inversiones Extranjeras en España*, publicadas en el "Boletín del Colegio Nacional de Registradores" de enero de 1975, págs. 5 y s. añade un supuesto real, el contemplado en el artículo 29-2 del R.

(20) Véase LUCAS FERNÁNDEZ, *Inversiones extranjeras en España*. Editorial "R. D. Priv.". Madrid 1975, págs. 14 y ss.

problema del control de la sociedad por sus socios extranjeros, que explica la normativa referente a las sociedades españolas con participación extranjera. Los establecimientos secundarios de personas jurídicas, manifestación plástica de las multinacionales y también los establecimientos secundarios de personas físicas (actividad empresarial), que justifican las precauciones del legislador español para salvar la economía nacional, frente a las inversiones de poderosas sociedades extranjeras. Por último, haremos una breve referencia al objeto social o empresa a que destina su capital la sociedad, porque su exacto conocimiento es inexcusable para evitar fraudes en los que se incurre cuando se toma como objeto social una empresa liberalizada y se cambia después su objeto por otras empresas no liberalizadas.

A) SOCIEDADES ESPAÑOLAS CON PARTICIPACIÓN EXTRANJERA.

a) *La nacionalidad de las personas jurídicas.*

Aunque no hubo unanimidad en la doctrina en cuanto al criterio básico para atribuir la nacionalidad (21), llegándose incluso a negarla, hoy la doctrina (22) más autorizada acepta que las personas jurídicas o morales deben tener una nacionalidad, la cual no es idéntica a la de las personas físicas para las cuales la ciudadanía se funda en la lealtad y en el amor a la patria, expresando el vínculo jurídico que las une a ella y determinando su «status»; mientras que para las personas jurídicas, la nacionalidad se funda, según Batiffol (23), en «que la mayor parte de los derechos concedidos a las sociedades como tales son económicos y (en) que una sociedad puede ser considerada legítimamente francesa, si ella pertenece a la economía francesa, lo que los tribunales admiten cuando la sede social está en Francia». La nacionalidad de las personas jurídicas no predetermina una ciudadanía, sino la constitución y el funcionamiento de las mismas, con lo cual tenemos resueltos los problemas de su existencia, domicilio, capacidad de obrar u órganos competentes o legitimación material y procesal, responsabilidad, funciones o fines, etc.

Como anticipamos al reproducir la frase de Batiffol, el criterio prevalente en la doctrina más autorizada para atribuir la nacionalidad, es el de la sede social.

Por ello se descarta el criterio de determinar la nacionalidad a través de los hombres que están detrás de las sociedades, o sea, de sus so-

(21) AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional*. Madrid 1973, enumera sucintamente en la pág. 164, hasta seis criterios.

(22) AGUILAR, *ob. y vol. cit.*, págs. 161 y ss. BATIFFOL, *Droit international privé*. París Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1970, vol. I, págs. 235 y s. SERICK, *Apariencia y realidad de las Sociedades Mercantiles*. Barcelona. Ariel 1958, págs. 155 y ss. VANHAECKE, *Les groupes de Sociétés*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1962, págs. 217 y ss.

(23) *Ob. y vol. cit.*, págs. 245 y ss.

cios (24), porque como dice BATIFFOL (25) sería impracticable si no hay mayoría, aunque sea relativa, por otra parte, si los títulos son al portador, los socios serían desconocidos, y, por último, la nacionalidad cambiaría con la cesión de los títulos, o sea, de las acciones o participaciones.

«La actividad social, continúa este autor, debe vincularse a un Estado en atención a sus caracteres intrínsecos, que la localicen en un país determinado», y estos caracteres nos los da la sede social, o «punto central de su administración» (26), o sea, donde residen la dirección, la representación de la sociedad, que es el órgano que decide la marcha de la misma. Ahora bien, la sede social, punto central de la administración, o domicilio de la sociedad, ha de ser real, no ficticia (27).

En el Derecho español creemos que son españolas las sociedades constituidas con arreglo a la legislación civil o mercantil española, o sea, que tengan «el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código civil» (Art. 28). Si la sociedad está domiciliada en el extranjero, el propio art. 28 la considera extranjera, por tanto, el domicilio en España es un requisito para la constitución de una sociedad española, conforme a nuestro C. c. Este domicilio habrá de ser real y no ficticio, porque la ficción sería fraudulenta e impugnable por vía del art. 6.^º4 del C. c.

El domicilio como lugar de localización de las sociedades, como lugar para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, habrá de ser el punto donde esté la representación de la sociedad, el órgano que celebra sus contratos, la administra y dirige, y ese punto, ese lugar, habrá de estar en territorio español, como exige el art. 28 del C. c. y confirma el art. 4.^º1 de la L. de S. R. L. de 17-VII-1953 que dice: «La sociedad de nacionalidad española tendrá *necesariamente* su domicilio en territorio español» enmendando la desafortunada dicción del art. 5.^º de la L. S. A. de 17-VII-1951 (28).

En síntesis las sociedades tendrán nacionalidad española, si se han constituido conforme a nuestra legislación, la cual exige que estén domiciliadas en España.

La nacionalidad de sus socios, de las personas físicas que están detrás de la sociedad o de las sociedades socios, aunque todos sean extran-

(24) Véase VANHAECKE, *ob. y vol. cit.*, p. 218, que resume la tesis negativa de DE VAREILLES-SOMMIERES y también SERICK, *ob. y vol. cit.*, p. 160.

(25) *Ob. y vol. cit.*, págs. 237 y ss. y también SERICK, *ob. y vol. cit.*, pág. 163.

(26) Como certamente le llama SERICK, *ob. cit.*, pág. 165.

(27) Así lo resaltan acertadamente VANHAECKE, *ob. cit.*, pág. 220 y BATIFFOL, *ob. cit.*, pág. 240.

(28) Para otros puntos de vista y otras cuestiones sobre la nacionalidad de las sociedades españolas véase CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*. Madrid. Centro de Estudios Tributarios. 1972, vol. I, pp. 484 y ss. y también BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas (Las acciones)*. Vol. I. Talleres Prensa Castellana. Madrid 1970, págs. 189 y ss. sobre todo la nota bibliográfica, GARRIGUES Y URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid. Imprenta Samarán. S. f. Prólogo de mayo de 1953, vol. I, págs. 129 y ss. y PUIG BRUTAU en sus notas a la *ob. cit.* de SERICK, págs. 345 y ss.

jeros, no altera la nacionalidad, mas puede llevar, en ciertos momentos o circunstancias, a un trato excepcional.

Francia y otras naciones beligerantes en la guerra de 1914-1918 se enfrentaron con sociedades cuyos socios controladores eran súbditos de naciones enemigas, las cuales fueron colocadas bajo secuestro durante el conflicto. Posteriormente se volvió a tener en cuenta la nacionalidad de las personas que estaban detrás de la sociedad para el pago de las indemnizaciones de guerra (29). En estos supuestos derivados de una situación como la guerra y del control de la sociedad por súbditos de países enemigos, sólo se justifican, como resalta Batiffol (30), medidas excepcionales, como el secuestro, que elimina el control extranjero, apoyándose la medida en la condición de los extranjeros, ya que «un extranjero establecido en Francia no goza de algunos de los derechos concedidos a los franceses y no debe gozar del derecho de asociarse con otros», más adelante dice: «parece preferible tratar como sociedades francesas las que están constituidas con arreglo al Derecho francés...». Por tanto el control extranjero no altera la nacionalidad de una persona jurídica y sólo justifica algunas medidas excepcionales como el secuestro.

Este parece el pensamiento de la doctrina dominante (31), digo parece, porque a excepción de Vanhaecke (32) y Serick (33), quienes niegan rotundamente que la nacionalidad de las personas que están detrás de la sociedad, afecte a la nacionalidad de ésta, los demás no son tan rotundos, aunque hay que descartar, que en casos excepcionales y sólo en ellos, admitan que la nacionalidad de la persona jurídica, sea la de los socios extranjeros.

El control de sociedades por socios de nacionalidad distinta de aquellas, o sea, el dominio por extranjeros de sociedades nacionales, aunque sean de potencias amigas, hará más difícil la coincidencia de los intereses de la sociedad dirigida por extranjeros, con los intereses de la economía nacional extraños a los extranjeros, lo cual encierra un peligro no sólo en materia económica, sino también militar. Esta cuestión, como es evidente, afecta de plano y en primer término, a las inversiones extranjeras y le afecta en un doble sentido en materia de personas jurídicas: uno relativo a la admisión o no de participación extranjera en el capital de una sociedad, y en caso afirmativo, cuantía o proporción, y otro, la participación de los extranjeros en una sociedad española mediante la interposición de una persona jurídica española, controlada por extranjeros. La participación de los extranjeros en el capital de una sociedad española, es objeto de estudio en el capítulo de las inversiones en empresas de sociedades con empresario social. Las inversiones de una sociedad española con participación de extranjeros,

(29) Véase especialmente SERICK, *ob. cit.*, págs. 169 y ss.; BATIFFOL, *ob. y vol. cit.*, págs. 242 y ss., y VANHAECKE, *ob. y vol. cit.*, págs. 225 y ss.

(30) *Ob. y vol. cits.*, págs. 245 y ss.

(31) BATIFFOL, *ob. y lug. ult. cit.*; AGUILAR, *ob. y vol. cit.*, pág. 171 y ss.; SERICK, *ob. cit.*, págs. 168 y ss.; VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 238 y ss., y CÁMARA ALVAREZ, *ob. y vol. cits.*, págs. 485 y ss.

(32) *Ob. y loc. ált. cits.*

(33) *Ob. y loc. ált. cits.*

si está controlada por extranjeros, vulneraría, como de hecho ha ocurrido, las limitaciones impuestas a los extranjeros, por la legislación de inversiones, lo que revela la importancia de esta cuestión, centrada fundamentalmente en el concepto y naturaleza del control de las sociedades, que nosotros aplicaremos al control por extranjeros de personas jurídicas españolas (siendo la persona jurídica, una persona española interpuesta, una máscara de nacionalidad) y también en los datos que nos indiquen el control.

b) *Teoría del control. La filial.*

Ha sido estudiado por internacionalistas (34) y, principalmente, por mercantilistas (35). En mi exposición seguiré fundamentalmente a Champaud, quien conoce y estudia críticamente la doctrina, incluida la obra de Vanhaecke, editada el mismo año que la suya.

Champaud (36) resalta que en los estudios hechos hasta ahora, el control ocupa un lugar importante, pero accesorio; el control es considerado como la base de nociones de la nacionalidad de las sociedades a cuya cuestión acabo de referirme, las filiales, los grupos de sociedades, etc., que son los fenómenos o las instituciones estudiadas a título principal.

Principia Champaud (37) anticipando con carácter provisional, la noción del control: «es el poder de dirigir la `actividad social», noción en la que insiste dos páginas adelante en estos términos: «el control es el poder efectivo de dirección de los negocios sociales».

El control puede ser orgánico, es decir, inserto en cláusulas estatutarias o en pactos escriturarios; v. g., designación de los administradores al constituirse la sociedad, acciones de voto plural; mas las leyes de los distintos países, prohíben o limitan la validez de estas estipulaciones, si bien en las sociedades personales pueden tener un amplio alcance, especialmente en las sociedades comanditarias por acciones.

Sin embargo, lo frecuente es el control inorgánico, o sea, el margen de la escritura social y procede de una participación en el capital social mayoritaria o minoritaria, que controla la sociedad ante la pasividad de la mayoría de los accionistas o en virtud de contratos parasociales; v. g., sindicatos de accionistas destinados a manipular los votos en las Juntas Generales, o mediante sociedades con participaciones recíprocas entre ellas o poseyendo una de ellas paquetes de acciones de otras sociedades, etc., también el control puede hacerse dominando el órgano ejecutivo de la sociedad.

El control puede ser directo, si el gerente es la misma persona que detenta una fuerte participación en el capital o el cargo de Admi-

(34) Véase BATIFFOL, *ob. y vol. cits.*, pág. 242 y ss., y AGUILAR, *ob. y vol. cit.*, págs. 171 y ss.

(35) VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 53 y ss.; CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration la société par actions*. Sirey. París 1962, págs. 150 y ss. y 259 y ss.

(36) *Ob. cit.*, pág. 158.

(37) *Ob. cit.*, pág. 105.

nistrador con carácter irrevocable (38) o indirecto, si se hace por medio de un testaferro.

Rechaza Champaud (39) tanto las definiciones formales o cuantitativas; v. g., las fundadas en una participación mayoritaria en el capital, como las sustanciales o cualitativas, ¿quién ha fundado la sociedad?, ¿quién detenta sus acciones?, ¿quién ocupa los puestos de la administración?, ¿quién financia las operaciones sociales?, porque se fundan más en las manifestaciones por las cuales se reconoce el control, que en los atributos esenciales de éste y es, como ya anticipamos, que para llegar a esas definiciones, estudian el control, no a título principal, sino accesorio, embebido en una cuestión de grupo de sociedades, de filiales, de nacionalidad de las personas jurídicas.

Más adelante (40) afirma que, la mayor parte de los autores y de los jueces, conciben el control como el dominio de una persona física o moral. Controlar es dominar una sociedad, mas esto es consecuencia de una concepción antropomórfica o exageradamente realista de la persona jurídica.

Lo que interesa al controlador o controlante no es dominar a la frágil persona jurídica, sino dominar su patrimonio. Esto es muy interesante, porque el control hay que situarlo en el derecho de bienes, en el derecho patrimonial, ya que «el control es un poder muy intenso sobre bienes ostentado por quienes no son ni sus poseedores ni sus propietarios» (41).

Examina Champaud (42) las tres condiciones para la existencia del control: 1.^a Un patrimonio cuyo titular se encuentre en la imposibilidad física de regir los bienes que lo componen y de los cuales es propietario, condición que se da cuando el patrimonio pertenece a una persona moral. Que se considere a la persona jurídica como la máscara de la propiedad colectiva o como una propiedad colectiva, no interesa aquí, lo importante es que los bienes de una persona jurídica están sustraídos a la propiedad individual, por eso habla el autor de propiedad colectiva.

El propietario de estos bienes tiene una existencia intelectual, todos los actos de propiedad deben ejecutarlos personas físicas. A diferencia de lo que sucede con los individuos, el recurso del titular del patrimonio a terceros encargados de la Administración, no es excepcional, accidental o temporal, sino natural, permanente y definitivo. La existencia de un patrimonio colectivo no entraña necesariamente la aparición del control, aunque crea una situación que facilita su establecimiento: «La disociación entre la propiedad y la administración de los bienes».

2.^a La necesidad de delegar los poderes es la consecuencia de la necesidad de confiar a personas físicas la gestión del patrimonio de las

(38) Caso del artículo 132 del C. de c.

(39) *Ob. cit.*, págs. 151 y ss.

(40) *Ob. cit.*, pág. 158.

(41) CHAMPAUD, *ob. cit.*, pág. 156.

(42) *Ob. cit.*, págs. 156 y ss.

personas jurídicas. Ahora bien, si la gestión fuese colectiva o por unanimidad, la persona jurídica no tendría interés, porque sería muy difícil avanzar con base en el consentimiento unánime de todos los socios, de ahí que la verdadera gestión de los bienes colectivos sólo pueda ser unitaria, a través del órgano o del representante según la teoría que se prefiera, quienes tendrán sus poderes por delegación de la voluntad colectiva. Esta necesaria delegación de poderes produce una concentración de la autoridad sobre los bienes sociales, que no es todavía control, pero que va a permitir revelarlo y establecerlo. Poderes excesivamente amplios son conferidos a los órganos o representantes y bastaría alterarlos para que estos poderes se conviertan en un imperio absoluto.

3.^a La otra condición consiste en la alteración de los poderes para la gestión de los bienes colectivos. Esto es fácil en las sociedades y particularmente en las anónimas, no tanto por regir el principio de mayoría, como por la formación de esta mayoría, que no es real, sino censataria o de lista, es decir, que esta mayoría no es de todas las acciones, sino de las acciones votantes y estas acciones encarnan la voluntad colectiva, lo cual conduce a concentrar en las manos de las mismas personas físicas, o sea los prebostes o representantes, las prerrogativas de mandante y mandatario, cuyas personas físicas se encuentran de hecho dispensadas de las obligaciones que el mandato impone al mandatario. El resultado es evidente, los prebostes o representantes de la sociedad, tienen las prerrogativas de la propiedad sobre los bienes sociales.

Control es una noción paralela a la de propiedad, sin embargo, no hay una plena identidad, porque el «ius abutendi» del propietario no tiene el límite del controlador, ya que los actos de disposición de éste no pueden tener por efecto hacer desaparecer el objeto social. Esta desaparición entrañaría la de la persona jurídica, cuyo patrimonio debería ser liquidado. El uso del control no puede consumir el objeto del control. Señala Champaud (43) que esta diferencia no debe exagerarse, de una parte, los estatutos definen ampliamente el objeto social, de suerte que no es imposible vender la empresa sin extinguir la sociedad; y de otra, la soberanía e irresponsabilidad de los propietarios han sido objeto de tales restricciones, que la diferencia puesta de relieve se esfuma en la realidad.

«El atributo esencial del control, es idéntico al elemento fundamental de la propiedad». El control realiza en beneficio de unos individuos el desmembramiento de una propiedad colectiva.

Dice Champaud: el control «es el derecho de disponer de los bienes ajenos como un propietario».

«Controlar una empresa es detentar el control de los bienes que le han sido afectados (derecho de disponer como un propietario) de tal suerte que dirija libremente su actividad económica.»

«Controlar una sociedad es detentar el control de los bienes que le han sido afectados (derecho de disponer como un propietario) de tal suerte que sea el dueño de la actividad económica de la empresa social».

(43) *Ob. cit.*, págs. 160 y s.

Estamos ante una definición de control, no ante criterios que nos lleven a presumir o probar su existencia, cosa frecuente en los conceptos elaborados por los juristas en materia de control.

La filial es una sociedad encasillada por la noción de control. Champaud (44) dice que la filial debe ser distinguida de la sociedad controlada. Una sociedad puede estar controlada por personas físicas y permanecer independiente de modo que la política económica de la empresa está elaborada en el seno mismo de la sociedad por sus controladores, mas, independientemente de toda autoridad exterior.

Por el contrario, una sociedad pierde su independencia cuando está controlada por una o más sociedades. En este caso estamos ante la filial, es decir, ante una sociedad controlada por otra sociedad o por otras sociedades. La política económica de la filial se forma fuera de su seno. La sociedad controladora se llama sociedad matriz, a la que hace referencia el concepto de filial. La filial es una sociedad con autonomía patrimonial como tal sociedad, pero subordinada económicamente a la matriz (45). La filial será frecuentemente una sociedad fundada por la sociedad matriz y desde este punto de vista no será más que un patrimonio desmembrado de la sociedad fundadora, pero un patrimonio autónomo; más también será filial aquella otra sociedad cuyas participaciones de su capital hayan sido adquiridas en su mayoría por otra sociedad.

¿Cuál será la cuantía de la participación en el capital reservado o adquirido para que se pueda hablar de filial? Creemos que no puede fijarse con carácter general un porcentaje, pues depende del «quorum» que se exija en la escritura para la constitución válida de la Junta «soberana» y de la mayoría absoluta o relativa exigida para aprobar el acuerdo, v. g., si se sigue el criterio de nuestra L.S.A., bastará un 67 por 100 de las acciones al portador pero si el «quorum» es de 4/5 partes del capital y la sociedad controladora no posee esa cuantía, el socio o socios que posean el resto pueden impedir que las decisiones sean adoptadas por la sociedad controlante, o sea, que puedan ser adoptadas fuera del seno de la sociedad matriz (46).

El estudio de los grupos de sociedades en sus diversas modalidades de radiales, circulares, piramidales, etc. (47), no tiene relevancia en materia de inversiones extranjeras después de la nueva legislación.

(44) *Ob. cit.*, págs. 259 y ss., donde contrapone la filial a la sociedad matriz. En otro lugar (págs. 96 y ss.) distingue la filial de la sucursal. Puede verse también sobre sociedades filiales SERICK, *ob. cit.*, pág. 114 y ss.; VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 53 y ss. y 207 y ss.

(45) Este último carácter la aproxima a la sucursal, pero la autonomía patrimonial la separa de ella, como resalta CHAMPAUD (*ob. cit.*, páginas 263 y 265).

(46) Cuando la filial está controlada por dos o más sociedades, se la denomina filial común, pero debe existir una entente entre esas sociedades de suerte que formen un grupo con unidad de dirección, en otro caso, no habrá control.

(47) Véase CHAMPAUD, *ob. cit.*, págs. 211 y ss.; VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 41 y ss.; CÁMARA, v. II cit., págs. 214 y ss.; PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 676 y ss.

c) *Las modificaciones estatutarias de las sociedades controladas por extranjeros*

La autorización administrativa para rebasar los porcentajes de participación extranjera en el capital de la sociedad habrá sido concedida en atención a la magnitud económica de la empresa, que reflejará su capital social, a la naturaleza de esta empresa, que consagrará el objeto social, a la constitución y funcionamiento de los órganos sociales, etcétera.

Esto implica que, a su vez, la autorización es un control de la sociedad, el cual sería inoperante si la sociedad pudiese aumentar su capital, ampliar o alterar su objeto social, sustituir el consejo de administración por un administrador único, al margen de la autorización administrativa, etc.

El objeto social es la modificación más interesante y que ya ha ocasionado fraudes en esta materia y puede seguir ocasionándolos.

El objeto social, como dice Zanelli (48), es el punto de contacto más penetrante entre la sociedad y la empresa.

La empresa es normalmente (49) la actividad económica que constituye el objeto social, y por empresa se entiende (50) una actividad económica organizada para la producción y distribución de bienes y servicios en las formas y según las leyes del mercado.

En nuestro derecho el objeto social es la traducción jurídica de la actividad económica que aúna a los socios en la sociedad; el objeto social se realiza, se hace realidad, en la empresa (51).

Una ampliación o un cambio de objeto lleva consigo un cambio de la empresa, y si la nueva empresa a la que va a dedicar ahora, después del cambio, el capital en todo o en parte la sociedad, es una empresa vital para la economía nacional, con el cambio de objeto se deja inoperante la autorización administrativa, concedida no en atención a la sociedad, sino a su empresa, cristalizada escriturariamente en el objeto social. La empresa a que destina su capital la sociedad, es la actividad considerada para autorizar la participación extranjera y su cauce jurídico es el objeto social que no puede cambiarse sin autorización.

Estas son las razones de la exigencia de nueva autorización administrativa para variar el objeto social, aumentar el capital o incrementar el porcentaje de participación extranjera, impuesto por los artículos 5-2 de la L. y del R.

(48) *La nozione di aggetto sociale*. Milan Giuffré 1962, págs. 39 y ss.

(49) Sobre actividades que pueden ser materia de objeto social como las agrupaciones de artesanos, profesionales liberales, artistas, etc., véase ZANELLI, *ob. cit.*, págs. 123 y ss.

(50) ZANELLI, *ob. cit.*, págs. 172 y s.

(51) Las operaciones a que destina su capital (arts. 122-2.^a y 151 derogado del C. de c.) las operaciones mercantiles (arts. 132, 135, 136, 137 y 148) son la actividad económica, la empresa de la sociedad a la que se refieren con meridiana claridad el artículo 122-3.^a del C. de c., hoy derogado, al decir "denominación apropiada al objeto o empresa a que destine sus fondos" y el artículo 76 de la L. S. A.

d) *Sociedades españolas con participación extranjera*

La teoría de la nacionalidad de las personas jurídicas, la teoría del control y el cambio de estatutos sociales que ocupan los epígrafes anteriores, han sido expuestas en atención a los artículos 1-3,5. 2 y 7 de la L. y de su R. a los artículos 4.^º y 16 y ss. de la L. 8 de 12-III-75, que regulan las inversiones de las sociedades españolas con participación extranjera.

La filial es la manifestación más intensa del control, que no interesa como figura para explicar la preocupación del legislador por las sociedades españolas con participación extranjera, pero que debe estudiarse en este epígrafe, ya que la filial es una modalidad tipificada de la sociedad controlada y que nos será útil para examinar las sucursales.

Nuestra legislación sigue la construcción doctrinal dominante de considerar o calificar de españolas a las sociedades constituidas con arreglo a legislación española siempre que estén domiciliadas en España. La circunstancia de que sean extranjeros los propietarios de todo o una parte del capital, no altera la nacionalidad de la sociedad, no influye en la nacionalidad de la persona jurídica; pero, si la participación extranjera es de una cuantía tal que haga fundadamente pensar en el control de la sociedad por extranjeros, o más exactamente en que son los extranjeros quienes de hecho administran y disponen del patrimonio social, entonces el legislador tiene en cuenta a las personas físicas que están detrás de esas personas jurídicas. Si esas personas físicas son extranjeras y controlan o disponen del patrimonio social como propietarios, teme racionalmente el legislador que, siendo la sociedad española por estar integrada en la economía nacional, los intereses económicos no coincidan con los nacionales y los sujeta al mismo control que a las inversiones de extranjeros. La nacionalidad de la sociedad no cambia por el hecho de ser sus socios extranjeros, pero justifica una disposición excepcional, en materia de inversiones extranjeras, o sea, la dictada en los arts. 7.^º de la L. y de su R., que trata como inversión extranjera la hecha por una persona jurídica española.

El legislador español sigue un criterio cuantitativo para fijar el control y le es indiferente que la participación la adquieran los extranjeros en el momento fundacional, mediante aportaciones dinerarias o «in natura», o posteriormente en una ampliación de capital o comprando acciones o participaciones (arts. 1.^º-3 de la L. y de su R.).

Si el porcentaje de la participación es superior al 50 por 100 del capital, la sociedad española se equipara a la extranjera, es decir, a este solo efecto se considera a la sociedad española sociedad extranjera, como dispone el art. 7.^º-2 del R. (52).

Si la cuantía es inferior al 50 por 100 y superior al 25 por 100, la inversión extranjera se computa en proporción al porcentaje del capital extranjero; v. g., si éste es de un 40 por 100 y adquiere mil acciones,

(52) La Res. de 17 de abril de 1975 enumera las sociedades españolas donde la participación extranjera excede de un 50 por 100 del capital.

se consideran 400 de pertenencia a extranjeros y 600 a españoles (art. 7.^º-3). En el caso de que los socios extranjeros tengan una influencia decisiva en la gestión de la sociedad; v. g., siendo extranjero el único administrador, se considera extranjera la sociedad y la total inversión extranjera (art. 7.^º-3-1).

En los casos de los párrafos anteriores se considera española la inversión siempre que el estado español, bien directamente, bien a través del Instituto Nacional de Industria o de otro Organismo Autónomo, participe en el capital (art. 7.^º-4-b).

Esta excepción puede fundarse en un control orgánico directo o indirecto del Estado sobre la administración de la sociedad.

En los casos en que la participación extranjera no exceda del 25 por 100 del capital, la sociedad se la considera española, incluso desde el prisma de las inversiones (art. 7.^º-4-a).

Estas restricciones afectan únicamente a las inversiones, incluso atípicas, en empresas sociales, o sea, pertenecientes a sociedades (arts. 7.^º-1 y 5), no a la creación, adquisición o ampliación de empresas, cuando pase a la sociedad española con participación extranjera su titularidad, ni a la adquisición de fincas urbanas no fronterizas, en cuyos supuestos no hay restricción alguna. Sin embargo, la adquisición de fincas urbanas fronterizas y rústicas sitas en las «zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros», zonas delimitadas por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado, están sujetas a restricciones dictadas para las personas jurídicas bajo control extranjero, conforme a los arts. 4.^º y 16 y ss. de la L. 8 de 12-III-1975 y a las que aludiré al estudiar las inversiones extranjeras en inmuebles.

La contraprestación de estas inversiones, en los casos de que no sean «in natura», se hará con pesetas ordinarias.

En materia de préstamo, si el porcentaje del capital de la sociedad perteneciente a extranjeros supera el 25 por 100, puede obtener en pesetas ordinarias créditos a medio o a largo plazo en el mercado interior hasta un 50 por 100 del capital desembolsado más las reservas, sin perjuicio de que el Ministerio de Hacienda, previo informe del Ministerio de Comercio, pueda señalar las condiciones en que puedan obtener crédito en cuantía superior (art. 8.^º del R.).

Para informar de las sociedades españolas con participación extranjera el art. 32 del R. ordena a la DGTE la publicación en el «B. O. del E.» de las Res. pertinentes conteniendo las listas de las mismas. La Res. de 17-IV-1975 publicó la lista de las sociedades españolas con participación extranjera mayoritaria, o sea, de más del 50 por 100 de participación extranjera en el capital.

B) PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS Y PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS O ESPAÑOLAS CON ESTABLECIMIENTOS SECUNDARIOS EN ESPAÑA. MULTINACIONALES.

La actividad empresarial de los no residentes, es otra novedad también certera de la nueva L., que exige un previo estudio de las difusas

figuras jurídicas con que se revisten algunas manifestaciones económicas de las empresas.

Son varias las aclaraciones o puntualizaciones que exige el epígrafe.

1.^a Los sujetos o personas afectados son: las personas físicas españolas o extranjeras no residentes que tengan en España comercios, explotaciones, industrias u otras actividades empresariales. Las personas jurídicas extranjeras que tengan sucursales, agencias o delegaciones con las cuales revistan jurídicamente a las empresas radicadas en España o que tengan también en España unidades de explotación económica sin revestirlas de su forma jurídica propia.

No afectan las limitaciones por actividad empresarial a las personas físicas españolas o extranjeras que residan en España, tampoco a las personas jurídicas españolas, aunque estén controladas por extranjeros ni a las personas jurídicas extranjeras que no sean titulares exclusivas de empresas radicadas en España.

2.^º Los substratos económicos de estas figuras jurídicas, es decir, la realidad que traducen estas formas jurídicas, que englobamos en la denominación de «establecimientos secundarios», no tienen una clara tipicidad en el Derecho mercantil. Sin pretensiones matemáticas podemos decir que la independencia económica no se refleja en una independencia jurídica y que la unidad real es una unidad económica, la empresa, unidad de producción, circulación o cambio de bienes. Esta unidad es un centro económico, que llamamos empresa, el cual tiene vida propia. Sin embargo, pueden estos centros económicos estar agrupados entre sí por conexiones entre ellos, que van desde la extracción de la materia prima, su industrialización, transporte y venta, originando nuevas unidades, e incluso otro tipo de unidad puede nacer de analogías entre los productos explotados, o entre los productos fabricados o vendidos, existiendo en ambos casos una unidad económica. La unidad del centro material de explotación es una unidad natural, mientras que las otras derivan de la identidad de la materia prima que se transforma y vende después o de la analogía entre los productos.

3.^º La comparación de estas unidades económicas harán de una parte surgir el concepto de establecimiento principal en contraposición a establecimientos secundarios, radicando en aquél la unidad económica más importante y en éstos las menos importantes y dentro de las unidades secundarias, habrá una jerarquía jurídica que repercutirá en las formas que revistan las empresas, reservando la forma jurídica de sucursal para el más importante establecimiento después del principal y la de agencia y delegación, para otras inferiores, incluso cabrá la explotación sin forma jurídica representativa para los terceros, la cual se limitará a enviar la producción a un establecimiento principal o secundario, que la representará jurídicamente frente al mundo exterior.

La contraposición entre establecimientos principales y secundarios es paralela a la existente entre una casa matriz y filial, la distinción es profunda en el campo jurídico y superficial en el ámbito económico. No es preciso advertir que establecimiento secundario puede tenerlo una persona física, mientras que la filial, sólo existe en materia de personas jurídicas.

En la realidad los establecimientos secundarios son frecuentísimos, una sociedad minera puede tener explotaciones en varios lugares y las distintas minas pueden encarnarse jurídicamente en una Sucursal, Agencia o Delegación o simplemente carecer de representación jurídica frente a terceros (clientes o proveedores) estando representados por la casa principal, o un establecimiento secundario y teniendo el centro material, no una representación, sino una administración restringida a asuntos internos, como son el pago de las nóminas, y otros pagos análogos. Esto es lo que los franceses llaman centro material de explotación. Lo mismo puede decirse de una sociedad destinada a la transformación de materias primas o fábricas, que puede tener en lugares distintos sus establecimientos, o de una sociedad que tenga dos o más comercios en una o dos poblaciones.

Esto puede ocurrir también respecto a las personas físicas y de hecho ocurre con frecuencia, aunque la sociedad es la evolución normal de la pluralidad de empresas, bien porque la herencia causada por el empresario individual lo impone, bien porque el control es en materia de negocios más idóneo que la propiedad, por ser más barato que ésta, pues no hay que comprar íntegramente la sociedad para controlarla o dominarla.

4.º El establecimiento secundario tiene como modalidad típica, más estudiada, la sucursal (53).

La sociedad tiene gran afinidad económica con la filial, como ha puesto de relieve Vanhaecke (54) afirmando, que «la diferencia entre la sucursal y la filial es pues de orden exclusivamente formal», lo que nos parece exacto (55), ya que el substrato real tanto de la filial como de la sucursal es una empresa desde el punto de vista económico, un centro de explotación material que Champaud (56) define así: «el establecimiento donde se efectúa materialmente la explotación del objeto social» y en la sucursal y en la filial los órganos decisarios de la vida social no están en ese centro de explotación material. En la filial y en la sucursal hay autonomía patrimonial, meramente económica en ésta y jurídica en aquélla, pero en ambas hay una subordinación al establecimiento principal encarnado jurídicamente en la sociedad matriz o en la casa matriz de la misma sociedad. Ahora bien, cuando la autonomía económica se convierte en jurídica, tenemos la filial, con la consecuencia de que la filial es un sujeto de derecho, es una persona jurídica dueña de su empresa, de su patrimonio; mientras que si esa autonomía no tiene traducción en la personalidad, tenemos la sucursal que cristaliza jurí-

(53) Véase VANHAECKE, *ob. cit.*, págs. 207 y ss. y 232 y ss. y 276 y ss.; CHAMPAUD, *ob. cit.*, págs. 89 y ss.; GARRIGUES en GARRIGUES Y URÍA, *ob. y vol. cits.*, págs. 137 y ss.; RUBIO GARCÍA-MINA, *Introducción al Derecho mercantil*, Ediciones Nauta. Barcelona 1969, págs. 537 y s. BÉRGAMO, *ob. y vol. cits.*, págs. 194 y ss.; CAMARA, *ob. y vol. cits.*, págs. 527 y ss.

(54) *Ob. cit.*, págs. 206 y ss. y 210.

(55) CHAMPAUD, *ob. cit.*, págs. 98 y ss. critica esta afirmación de VANHAECKE, pero las palabras están contradichas por el razonamiento, pues las diferencias que señala CHAMPAUD son también formales o jurídicas.

(56) *Ob. cit.*, pág. 94.

dicamente en unas facultades internas o de organización y externas, respecto de terceros, clientes y proveedores, es decir, una representación estable en cuanto al giro o tráfico de la empresa. La representación estable es propia de un establecimiento, pero en la sucursal esta representación excluye la autonomía jurídica, por esto la sucursal es un elemento patrimonial de la sociedad, es un objeto de derecho y es propiedad del mismo empresario que la casa principal, notas todas que la contrapone a la filial. En la sucursal hay subordinación jurídica a las decisiones de los órganos de la sociedad, que están en la casa matriz, donde se adoptan las decisiones; mientras que la filial tiene sus propios órganos jurídicos decisarios de la vida social, aunque de hecho las decisiones se adoptan al margen de ellos por la sociedad controladora o matriz. La autonomía y la subordinación, consideradas desde el punto de vista jurídico, son las notas que distinguen la filial de la sucursal. La localización geográfica de una y otra es otra nota de hecho que diferencia a la sucursal de la filial. Esta nota es, que la sucursal radica siempre en plaza distinta del establecimiento principal, mientras que la filial puede estar sita en la misma plaza que la sociedad matriz o en otra distinta.

5.º Diferenciadas filial y sucursal, debemos distinguir ahora ésta de los establecimientos secundarios y de los centros de explotación sin representación jurídica con terceros.

El substrato de todos ellos es un centro de explotación material o establecimiento donde se realizan las actividades materiales y económicas sean mineras, industriales o comerciales.

Es indudable que el Derecho cubre con su mandato jurídico la realidad social trascendente para el bien común y por tanto todo centro de explotación material tiene su traje jurídico o al menos un bolsillo de ese traje. Cuando el centro de explotación material constituye por sí solo una empresa, estará cubierto por el manto jurídico del empresario individual o social y ese manto se verá en los títulos adquisitivos del capital fijo de la empresa o que le dan derecho a utilizarlo, como un usufructo o un arriendo, en los contratos de adquisición con los proveedores de las materias primas o capital circulante, que alimentará al capital fijo, en los contratos de trabajo con el personal que manipulará ambos capitales con fines de producción, en los contratos con los terceros, porteadores, aseguradores y clientes, a quienes colocará la mercancía producida. El empresario, persona física o persona jurídica, como organizador de la empresa, polariza todos los actos jurídicos y en este sentido la personalidad es un centro de imputación de relaciones jurídicas.

Sin embargo, puede ocurrir que la sociedad tenga varios centros de explotación en lugares muy próximos y la representación jurídica pueda ser una, que baste una sola sede social, una sola oficina, o por el contrario, que esas unidades económicas estén distantes y las operaciones diarias sea necesario independizarlas de la sede social o lugar donde radica la administración, representación o dirección de la sociedad o del domicilio del empresario, descentralizando los pagos del per-

sonal, los pagos a los proveedores y las ventas a los clientes, surgiendo el establecimiento secundario frente al principal, que si sus operaciones son de la misma índole que las de éste, o sea, se extienden a todo el giro o tráfico del establecimiento principal, tenemos la sucursal (57). Si las operaciones son de menor entidad cuantitativa, en variedad, número o importancia, aparecen la Agencia o la Delegación. Aquella se caracteriza por estar radicada en la misma plaza que la sede principal o que una sucursal, lo que es patente en materia bancaria y difuso en materia comercial. La Delegación se establece en plazas nuevas para la sociedad (58).

Champaud (59) señala tres signos distintivos de la sucursal, que en nuestra opinión son aplicables a todos los establecimientos secundarios: estar gobernados por un director dotado de poderes que le permiten tratar con la clientela sin referirse ordinariamente al establecimiento principal; tienen una instalación y una organización materiales distintas de las del establecimiento principal; por último, poseen una clientela propia. Caracteres aplicables también a las Agencias y Delegaciones con la salvedad de que los poderes de sus directores suelen ser más restringidos y tienen que acudir con más frecuencia al establecimiento principal o a la sucursal.

6.º La clientela, entendida como expectativa y como expresión de las relaciones jurídicas externas o de mercado de la empresa, es la nota que distingue el establecimiento secundario del centro de explotación material, cuyas relaciones con los clientes no se llevan por el propio personal del centro, sino por medio del establecimiento principal o de una sucursal. El centro de explotación material carece de representación o de administrador con poderes para contratar con los clientes y no tiene establecimiento abierto al público. La representación la ostenta la sede central o una sucursal. El centro de explotación material en el caso de estar sito lejos o fuera de la plaza de la casa principal o de la sucursal, paga los sueldos a los empleados, los salarios de los obreros, las cuotas de la seguridad social, incluso los precios de las materias primas, de los portes, etc., por medio del director del centro, o sea, de la fábrica o de la explotación, de ahí que Champaud (60) contraponga la representación a la dirección técnica, con la consecuencia de que el centro de explotación material al carecer de representación no tiene

(57) En este sentido es interesante la explicación que da CÁMARA (*ob. cit.*, vol. I, págs. 532 y ss.) del administrador de la sucursal, como un factor, a quien se le aplicará el artículo 286 del C. de c. Lo que también explica la autonomía económica y no jurídica de la sucursal.

(58) La doctrina mercantilista se ocupa muy poco del estudio de estas figuras jurídicas, GARRIGUES en GARRIGUES Y URÍA, *ob. cit.*, vol. cit., páginas 226 y ss.; CÁMARA, *ob. cit.*, vol. I, pág. 535, este último, duda que pueda aplicarse al administrador de la Agencia o de la Delegación, que llama "semi sucursales", el artículo 286 del C. de c., pues entiende, que hay que concretar el giro o tráfico de estos establecimientos accesorios, a diferencia de la sucursal, que se extiende a todo el giro o tráfico.

(59) *Ob. cit.*, pág. 97.

(60) *Ob. cit.*, págs. 94 y ss.

clientela y no puede desligarse del establecimiento principal para constituir una sociedad independiente.

En resumen, los establecimientos secundarios tienen como substrato económico un centro de explotación material y su administrador está dotado de unos poderes aptos para vincular una clientela, poderes equivalentes al factor en la sucursal y más restringidos en la Agencia o Delegación; mientras que los centros de explotación, sean fábricas, u otros, constituyen ellos mismos su realidad económica y su administrador es un director técnico carente de poderes para vincular una clientela.

Las multinacionales (61).

Estas sociedades constituyen una forma compleja y peligrosa para la economía nacional, porque las decisiones sobre la empresa se adoptan desde el extranjero contemplando los intereses patrimoniales de sus dueños, estas sociedades actúan desde un establecimiento principal cabeza de todas las sucursales que crean y administran. El problema es idéntico al de la persona física extranjera y residente en el extranjero que crea o adquiere empresas en España y presenta alguna analogía con la persona física española que residiendo en el extranjero tiene empresas en España, porque la vida es intimidad y convivencia y la intimidad será española, pero la convivencia es extranjera. Vamos a describir el fenómeno desde el punto de vista de nuestro estudio.

Cuando el establecimiento secundario sito en España pertenece a una persona jurídica extranjera o a una persona física española o extranjera residente en el extranjero, se plantean problemas aún más graves que los examinados respecto de las sociedades españolas controladas por extranjeros, los intereses de la economía nacional no coincidirán con los del extranjero, dueño de la empresa radicada en España. La razón de la creación o adquisición del establecimiento en nuestra patria obedecerá a razones de mercado (no fabricarse el producto en España, evitar el pago de los derechos aduaneros) a la existencia del yacimiento en España y no en el país del establecimiento principal, a una mano de obra barata, etc., pero nunca actuará el extranjero, pensando en las necesidades de nuestra economía. La explotación del yacimiento será una explotación esquiladora, empobrecedora y agotadora; la mano de obra muchas veces contratada por aventureros no le planteará problemas, pero si llegara a plantearlos trasladará la empresa a otro país de mano de obra más barata; v. g., de España a Marruecos, y venderá la empresa, o la abandonará, el mercado ha de serle propicio y si hay otros países con mejores posibilidades de ganancia, procederá también a vender la

(61) TRIGO CHACÓN, *La empresa multinacional*. Editorial Nacional Madrid 1973, tiene o sostiene unas ideas, que no coinciden con las que aquí se definen, pues engloba en este concepto las empresas matrices que actúan en varios países por medio de sucursales, filiales o controlando incluso minoritariamente otras empresas, según se desprende de las páginas 69 y ss. La definición que da en la página 54 de las multinacionales, contradice esas ideas.

empresa. Todo esto llevará y lleva consigo el desmantelamiento o la paralización de la mina, taller o fábrica, con el consiguiente paro obrero, transferencia al exterior de capitales, es decir, con un grave trastorno para la economía nacional. Las inversiones extranjeras para la creación o funcionamiento del establecimiento en España han perjudicado en muchos casos la economía nacional.

Estas son las razones de la prevención contra las multinacionales, o sea, las sociedades extranjeras que tienen empresas o negocios en España (62) y que nuestra legislación de inversiones trata de controlar, exigiendo, como veremos, autorización administrativa, no sólo para que las multinacionales puedan establecer en España sucursales, sino también para que las personas físicas residentes en el extranjero puedan tener establecimiento secundario en España e incluso meros centros de explotación material.

Esta realidad social, que acabo de describir, tiene traducción normativa esporádica en nuestro ordenamiento. El art. 65 de la L.E.c., 212 del Estatuto de la Propiedad Industrial, art. 11-3.^a-e de la L.S.A., art. 7.^º-5.^a de la L.S.R., 21-4.^º del C. de c., art. 6.^º-2 del T. R. del impuesto de sociedades aprobado por el D. 3359 de 23-XII-1967 y 13 y ss. de la L. y de su R., que se limitan a nombrarlas, siendo más explícito el R.R.M. en sus arts. 71-4.^a en relación con el 74-4.^a relativos a la inscripción de las sucursales y agencias de los empresarios individuales, incluso extranjeros, y el 88 en relación con el 97 referente a la inscripción de las sucursales, agencias y delegaciones de las sociedades extranjeras.

Los centros de explotación material no investidos jurídicamente como establecimientos secundarios, no están aludidos, salvo en la legislación fiscal y en la de inversiones extranjeras, porque la relevancia jurídica mercantil o procesal queda absorbida por la casa principal.

Esta modalidad de las inversiones extranjeras, está contemplada como típica por la L. y R. en sus art. 3-3 que dice: «Las inversiones extranjeras podrán llevarse a efecto a través de las siguientes formas: ... Ejercicio de actividad empresarial en España de personas físicas no residentes o de personas jurídicas extranjeras, mediante la creación de sucursales o establecimientos».

La L. y su R. cuando se pretende realizar una actividad empre-

(62) En esta materia hay una gran discrepancia terminológica. AGUILAR NAVARRO, (*ob. y vol. cit.*, págs. 187 y ss.) habla de sociedades transnacionales, como sociedad nacional con ramificaciones internacionales, multinacionales, constelación de grupos empresariales implantados en diversos Estados, pero operando bajo el control de una única central o sociedad matriz y sociedad supranacional o sociedad con pretensiones de mundial. Seguidamente cita el concepto de MIGLIAZZA de la multinacional: constelación de sociedades filiales con una sociedad matriz de la cual emanen todas las decisiones y programas y niega que la multinacional sea una auténtica sociedad supranacional o internacional (por ésta entiende la nación de un acuerdo internacional). Para nosotros el concepto de multinacional como sociedad que tiene negocios o empresas en diversos Estados, es el que presuponemos en el texto: «Una sociedad que tiene en uno o más países extranjeros, establecimientos secundarios. En los casos de las filia-

sarial en España a través de establecimientos secundarios, imponen la autorización administrativa previa, como control de la inversión (63). En la autorización deberá medirse las divisas o capital extranjero que se vaya a traer a España, la parte que va a integrar el capital asignado a la sucursal y la destinada a las reservas (64), el capital que invertirá a fondo perdido, el capital que podrá transferirse a la casa matriz, el capital que recibe en concepto de préstamo de la misma, las cantidades con que habrá de contribuir a los gastos generales de la casa matriz y también los beneficios que podrá transferir al extranjero. Todas estas cuestiones están explícitamente reguladas para las sucursales en la Res. de la D.G.T.E. de 20 de enero de 1975, que desarrolla lo dispuesto en los arts. 13 de la L. y 13, 15 y 16 de su R. (65).

Los establecimientos secundarios de personas jurídicas extranjeras o de residentes en el extranjero no pueden hacer inversiones directas en sociedades, aunque sí inversiones de cartera (art. 14-2 del R.).

Necesitan autorización administrativa previa para acudir al crédito interior, lo mismo que para adquirir inmuebles rústicos o urbanos, con fines ajenos a su empresa, más si se trata de inmuebles para fines industriales, v. g., escombreras, instalación de naves para fábricas, talleres, etc., creemos que no es necesaria la autorización y es dudoso que la necesiten, si el fin es construir viviendas para sus obreros, pero de estos ocuparemos más adelante.

Las pesetas de estas empresas son ordinarias, pues sus productos se venderán en España, normalmente, cobrándose en pesetas ordinarias; las materias primas serán frecuentemente suministradas por empresas españolas y pagadas en pesetas ordinarias; los salarios y sueldos de sus obreros y empleados, que residirán en España, se pagarán también en pesetas ordinarias y lo mismo las cotizaciones a la seguridad social española. Por todo esto hay que entender que la exclusión de los establecimientos secundarios del art. 2-2-1 del R. obedece a que no utilizan pesetas interiores y es necesario incluirlos por analogía en el art. 2.º-2-2 de dicho R., no necesitando autorización administrativa para utilizar estas pesetas, como tampoco la necesitan los extranjeros residentes en España.

Estas pesetas, presentan una peculiaridad, que se lee en la Res. cita-

les radicadas en el extranjero no se trata de una sociedad única, sino de un grupo de sociedades, que una controla a las otras".

(63) MURO DE LA VEGA, *Examen general de las nuevas disposiciones, con consideración especial de las inversiones directas*. Conferencia pronunciada en diciembre de 1974 y publicada en libro "Inversiones extranjeras del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Barcelona", pág. 23, califica este control de "malquerencia desorbitada" a las sucursales, juicio que no compartimos.

(64) Este epígrafe es muy importante para enraizar la sucursal en la economía nacional y principalmente el plan de renovación, ampliación y modernización del capital.

(65) También desarrolla esta Res. a la Disposición Transitoria 2.^a de la L. y de su R. relativa a las empresas de sociedades extranjeras y de personas físicas residentes en el extranjero que ya estuviesen instaladas en España.

da de 20 de enero de 1975, ya que los beneficios, la parte que se les asigne en gastos generales y otras cantidades, pueden transferirlos al extranjero a la casa matriz, previa conversión de las pesetas ordinarias en la divisa correspondiente, lo cual es materia de explícita autorización administrativa previa a su establecimiento N.^a I-4) o durante su funcionamiento (N.^a II-1-b).

C) PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS.

Las personas jurídicas extranjeras han de ser de carácter privado, pues si se trata de Gobiernos o Entidades oficiales de soberanía extranjera necesitan autorización especial, conforme a la Dis. Adi. 3.^a y con la limitación establecida en esta Dis.

No plantean cuestión de identidad, que resultará de su escritura de constitución o de los poderes con que actúen sus representantes.

Les afectan los problemas derivados de aportaciones dinerarias de origen extranjero, de pesetas interiores, de equipo-capital, las aportaciones tecnológicas y la cuestión de la asistencia técnica.

No pueden adquirir sin autorización administrativa empresas mercantiles, industriales, comerciales, agrarias o inmobiliarias y si lo hacen, incurren en el supuesto de las sociedades extranjeras con establecimientos secundarios en España.

En caso de nacionalización caducan las autorizaciones concedidas a las personas jurídicas extranjeras privadas (Disp Ad. 2.^a de la L. y de su R.).

Tienen la carga de declarar su inversión al RIE.

Pueden transferir al extranjero capitales y beneficios.

D) ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.

Modos de acreditar su condición:

No necesitan acreditarlo, si la inversión se realiza mediante aportación dineraria exterior, con pesetas interiores o con autorización administrativa, porque ya está acreditado en esos actos previos (N.^a 3-2 de la Res. de 25-I-75).

En los demás casos, con certificación del cónsul de su residencia en el extranjero, pasaporte vigente, documento de identidad consular o poder autorizado por cónsul español, siempre que en dichos documentos conste su condición de residentes en el extranjero (N.^a 3-2 de la Res. últ. cit. y art. 1-1-1 del R.).

Les afectan los problemas derivados de las aportaciones dinerarias de origen extranjero o de pesetas interiores.

Las inversiones en sociedades, salvo de información, no les afectan, ni las inversiones en fincas rústicas ni urbanas, pero sí en materia de establecimientos secundarios y centros de explotación material, como vimos, pues es actividad empresarial.

Tienen la carga de declarar la inversión al RIE.

Pueden transferir al extranjero capitales y beneficios.

E) EXTRANJEROS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.

Acreditan su residencia fuera de España con certificación negativa expedida por la D. G. de S. (art. 1-1-2 del R.)

Les afectan las mismas cuestiones que a los españoles residentes en el extranjero y, además, las inversiones en sociedades y en fincas rústicas y urbanas.

F) EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA.

Acreditan su residencia con la tarjeta de residencia regulada en el D. 522 de 14-II-1974.

Su aportación dineraria, normalmente, es interior y de pesetas ordinarias, estando equiparados a los españoles residentes (art. 2.2.2 del R.).

En materia de inversiones les afectan las que hagan en sociedades, en fincas rústicas y urbanas por razones estratégicas, de defensa nacional o de costas y fronteras, pero no les afecta la actividad empresarial, si la empresa está liberalizada.

Como invierten en pesetas ordinarias, no tienen la carga de declarar al RIE cuando adquieran inmuebles o realicen actividad empresarial (N.^a 1-1-b del R. y Res. 25-I-75).

No gozan por la misma razón del beneficio de la transferibilidad al extranjero de sus capitales y beneficios.

V. CUENTAS QUE REFLEJAN DIVISAS Y CUENTAS DE PESETAS.

A) APORTACIÓN DINERARIA EXTERIOR.

Es el contravalor en pesetas de divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español, o de pesetas procedentes de saldos de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, según se expresa en el artículo 2.º-I-1-a) y b) del R. La aportación dineraria exterior, siendo normalmente de origen extranjero, o sea, teniendo allí su fuente generatriz, afecta a los residentes en el extranjero, sean españoles o extranjeros y éstos personas físicas o jurídicas. Los residentes en el extranjero son las únicas personas que pueden ser titulares de estas cuentas.

El control de las divisas exige que el manejo de las mismas por el residente en el extranjero, se haga mediante cuentas corrientes llevadas por la Banca y las Cajas de Ahorro (66).

(66) El turista, puede cambiar en las Oficinas de Cambio o en la Banca delegada, sus billetes extranjeros por pesetas o cobrar en pesetas sus cheques en divisas, siendo estos organismos de cambio intermediarios en las operaciones, no partes en ellas (así se lee en el D. de 29 de mayo de 1931, artículo 10 y mejor aún en la O. de 25-VIII-1959, que regula el funcionamiento del mercado de divisas), pero como no es inversor, no tiene interés en la transferencia al exterior, porque gasta consumiendo,

Aunque han sido derogados el D. L. de 27 de julio de 1959 y los D. de 30 de septiembre y 24 de diciembre de 1959, según el D. 1497 de 19 de junio de 1975, no lo ha sido el D. de 15 de julio de 1961 (67), que regula la convertibilidad de la peseta, disponiendo que los saldos en pesetas propiedad de personas jurídicas extranjeras o de españoles o extranjeros residentes habitualmente en el extranjero sean libremente convertibles en dólares u otras monedas convertibles y, por tanto, las pesetas convertibles son una realidad jurídica del ordenamiento español, aunque su alcance ha sufrido alguna variación. El D. últimamente citado facultó al IEIME para desarrollarlo, lo que hizo en Res. de 19 de julio de 1961, que fue modificada, pero no derogada, por la Res. de 20 de diciembre de 1974 y ésta derogada por la Res. de 30 de julio de 1975 (68).

Estas Res., las de 1961 y 1975, disponen las partidas que pueden sentarse en estas cuentas corrientes abiertas en la banca delegada.

La O. del Ministerio de Hacienda de 16 de marzo de 1973 (69) modificó el sistema de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, regulado por la Res. de 19-VI-61, desdoblándolas en dos clases de cuentas A y B. Modificación que tuvo por finalidad reprimir posibles especulaciones provocadas por la debilidad del dólar y que Pastor y Eguidazu (70) explican así: «Por una parte las cuentas B que se nutren de las pesetas recibidas por sus titulares en virtud de operaciones (corrientes o de capital) que gocen de derecho de transferibilidad (bien por estar liberalizadas por una disposición de carácter general, bien porque tal transferibilidad es concedida por la DGTE para el caso concreto). Tales cuentas B tienen carácter de convertibles, y pueden considerarse por tanto las herederas de las antiguas «cuentas extranjeras» en pesetas convertibles» creadas en 1961.

«Por otra parte las cuentas A, no tienen carácter de convertibles, y cuyo saldo debe ser forzosamente utilizado para pagos en España. Tales cuentas se nutren de conceptos que hasta entonces tenían el carácter de convertibles, concretamente el contravalor en pesetas de las divisas cedidas por el titular de la cuenta en el mercado de divisas».

De ahí las operaciones de cargo y abono de ambas clases de cuentas

no invirtiendo, y una vez cambiadas sus divisas por pesetas, éstas son ordinarias, hasta el punto, que puede abrir una cuenta corriente en esta clase de pesetas, conforme a la O. de 2-VI-60 y circular de 14 de julio de 1972 aclaratoria de la circular de IEIME 283, de 8-III-1972).

(67) Reconocida la vigencia de la Res. de 19-VII-1961 por el D. 1.497 de 1975, es evidente la vigencia del D. de 15 de julio de 1961.

(68) Como veremos, las normas 3.^a y 4.^a de la Res. de 19 de julio de 1961 están derogadas por la O. de 16 de marzo de 1973, que regula las cuentas extranjeras en pesetas no interiores.

(69) El D. 1.497 de 19 de junio de 1975 silencia la O. de 16 de marzo de 1973, no diciendo si está vigente, modificada o derogada. La práctica bancaria (véase la Instrucción 1.^a de la circular del Banco de España a la Banca privada de 14-I-75), la doctrina y la Res. de la DGTE de 25 de enero de 1975 (norma 4.^a), la de 20 de junio de 1975 (norma 2.^a implícitamente) y la de 30 de julio de 1975 norma 4.^a, párrafo 3) reconocen sin lugar a duda su vigencia.

(70) *Ob. cit.*, pág. 115 y s.

extranjeras, que son: Cuentas A. Abonos o ingresos: contravalor en pesetas de divisas convertibles cedidas en el mercado español; traspasos de otras cuentas A o B e intereses. Adeudos o débitos: Cualquier pago en pesetas a favor de personas jurídicas españolas o físicas españolas o extranjeras residentes habitualmente en España; y traspasos a otras cuentas.

Cuentas B. Operaciones de abono o ingreso son: cualquier cobro de pesetas generadas en España transferibles al exterior; transferencias de otras cuentas B, nunca de cuentas A; e intereses de estas cuentas. Operaciones de adeudo o al débito: contravalor en pesetas de divisas adquiridas en el mercado español; traspasos a cuentas A y a cuentas B (71).

Para realizar cualquiera de estas operaciones no se necesita autorización previa (núm. 2.^º y núm. 3.^º de la O. de 16 de marzo de 1973).

Esta regla es lógica e importante y supone una superación del sistema anterior consagrado en la R. de 19 de julio de 1961 en materia de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, derogando sus normas 3.^a y 4.^a, especialmente esta última, que exigía autorización especial para cualquier otra operación de adeudo o abono no enumerada en su N.^a 3.^a. La O. de 16-III-73, regula los cargos o adeudos de las cuentas A y B sin referirse para nada al destino de la operación, ya que habla de pagos o transferencias como algo abstracto, que se concretará al hacerlo. Si el titular de la cuenta puede hacer la inversión bien porque está liberalizada, bien porque hay una autorización general, no va a quedar paralizada la ejecución hasta que se le dé otra nueva autorización para disponer de las pesetas convertibles, basta que las tenga en la cuenta, lo que ya acredita su legítima procedencia. Como la peseta que representa una aportación dineraria exterior es la modalidad de pago de la inversión que el Estado fomenta y prefiere, porque supone un ingreso de divisas y estando legitimado el titular de la cuenta para hacer la inversión, lo está también lógica y naturalmente para pagarla con cargo a su cuenta A (72).

Por esto el sistema de la Res. de 19-VII-61 era algo confuso, pues en rigor lo que autorizaba en materia de cuentas extranjeras en pesetas convertibles era la inversión y no la disposición total o parcial del saldo de la cuenta. Por esta misma razón estimamos superfluo el inciso «mediante aportación dineraria exterior» del primer párrafo de la Res. de 30-7-75, porque lo que debe autorizar esa Res. a las personas físicas no residentes es la compra de los inmuebles, que enumera, no la disposición de las aportaciones dinerarias exteriores, que no necesitan autorización y por esta misma razón se expresaba correctamente el párrafo 1.^º de la Res. de 20-12-74, que derogó la Res. criticada.

(71) Las cuentas de pesetas convertibles pasan a tener la consideración de cuentas extranjeras en pesetas convertibles, cuentas B, sin perjuicio del derecho a traspasar a las cuentas A (según expone el núm. 4.^º de la O. últ. cit.).

(72) Cosa diversa ocurre con los cargos o adeudos de las cuentas de pesetas interiores, que por no ser producto directo de divisas, es lógico que se exija que la inversión esté autorizada o liberalizada y que se permita su pago en pesetas interiores, que no representen divisas.

La autorización para disponer del saldo de la cuenta debe darse, cuando se trata de cuentas extranjeras en pesetas interiores, que no tienen interés para el Estado. Esto resulta claro en el art. 2 del R., que no habla de la autorización administrativa al referirse a la aportación dineraria exterior y la exige cuando se refiere a la utilización de los saldos de las cuentas extranjeras de pesetas interiores.

Cuentas de «Ahorro del Emigrante».

Están reguladas por el D. 3259 de 29 de octubre de 1970, que las creó, la O. de 21 de diciembre del mismo año y la Res. de la DGTE de 20 de junio de 1975 (73).

Titulares de las cuentas de «Ahorro del Emigrante» pueden ser los españoles que residan y trabajen en el extranjero, incluso pueden solicitar la apertura de estas cuentas, los que tramiten su emigración a través del Instituto Español de Emigración, siempre que su salida tenga lugar dentro de los dos meses siguientes a la solicitud (art. 2.º del D. 3.259 de 20 de octubre de 1970). Estas cuentas se transforman en cuentas de ahorro ordinario por el transcurso de un año contado desde la repatriación del titular (ínciso final de este art. 2.º).

Los saldos existentes en cada momento tendrán la consideración de pesetas convertibles (art. 5.º del D.). Los abonos, ingresos o imposiciones de estas cuentas «se harán necesariamente en divisas, bien directamente en los Bancos o Cajas o mediante transferencia o giro postal» (Art. 4.º del D.), agregando el cheque del art. 3.º de la O. Los adeudos pueden obtenerse en las mismas divisas ingresadas o en cualquier divisa convertible, si las abonadas tuviesen esa condición, pudiendo disponer, además del emigrante, los parientes de éste hasta el segundo grado por consanguinidad a quienes hubiese autorizado (74) para disponer de la cuenta, si residen en el extranjero. Si dichos parientes no residen en el extranjero o transcurridos seis meses desde que resida en España el emigrante, sólo pueden obtener los saldos en pesetas no convertibles (artículos 3.º y 5.º del D.). Caso de que el emigrante se proponga invertir en España, bien en fincas rústicas o urbanas, bien en inversiones directas o en cartera o de otra forma, el núm. I de la Res. de 20 de junio de 1975 concede una autorización de carácter general para utilizar a estos fines los saldos.

Esta autorización, nos plantea este dilema: ¿autoriza la utilización de los saldos para el pago de cualquiera de las inversiones previstas en la L. y R.?; ¿o autoriza las inversiones? Si autoriza la disposición de los saldos, es absurdo, pues no va a encontrarse el emigrante con sus pesetas, que representan aportaciones dinerarias exteriores, en peor condición para pagar con ellas sus inversiones en España, que los demás españoles no residentes e incluso que los extranjeros. Si la autorización se refiere a las inversiones, es menos incongruente, pues en caso de actividad empresarial, puede el emigrante adquirir una pequeña industria

(73) El IEME dictó para estas cuentas la circular 273 de 18-I-1971.

(74) Esta autorización (poder) contraría abiertamente el artículo 1.280-5.º del C. c., por muy beneficiosa que sea.

o un local comercial de más de 200 metros cuadrados, etc. Este último sentido de la Res. es el único admisible; de lo contrario se sometería al emigrante a autorización administrativa por actividad empresarial, como si fuera un semejante a la poderosa multinacional.

B) CUENTAS EXTRANJERAS DE PESETAS INTERIORES.

Como anticipamos, de las pesetas de estas cuentas no se puede disponer sin autorización administrativa general o específica, porque son pesetas que no representan divisas, que no son esas importantes reservas económicas que al Estado le interesa poseer. Así lo dispone con carácter general el art. 2-2-1 del R.

La autorización general para los casos que se prefijan está contenida en las Res. de 19 de julio de 1961, normas 5.^a, 6.^a 7.^a, y de la 8.^a solamente los núms. 1 al 6, ya que los núms. 7 al 9 de esa misma norma 8.^a fueron derogados por la Res. de 23-I-75 (75).

Titulares de estas cuentas son las mismas personas que los de las de aportaciones dinerarias exteriores.

Estas pesetas son generadas en España y pertenecen a residentes en el extranjero, llevándose su control por la banca delegada a través de cuentas corrientes, llamadas «cuentas extranjeras de pesetas interiores».

El D. de 5 de julio de 1937 prohibió disponer de sus saldos sin autorización del Comité de Moneda Extranjera, «a cuyo efecto se consignará en la solicitud el destino que ha de darse a los recursos de referencia». La disposición sin dicha autorización fue tipificada como delito monetario por el núm. 17 del art. 1.^º de la Ley de 24 de noviembre de 1938. La apertura de estas cuentas requiere autorización de la DGTE (antes del IEME, conforme al art. 5.^º, apartado K del D. de 24 de noviembre de 1939, cuya función fue atribuida por el art. 1.^º del D. 1.791 de 26 de julio de 1973 al Ministerio de Comercio, no al Banco de España). Ambas autorizaciones para la apertura de la cuenta y para la disposición total o parcial de sus saldos son exigidas en las normas 5.^a y 6.^a de la Res. de 19 de julio de 1961 (76).

Las operaciones al crédito o de abono en estas cuentas extranjeras de pesetas interiores son: tratándose del titular de una cuenta ordinaria que traslada su residencia habitual al extranjero, como esta cuenta se convierte automáticamente en cuenta extranjera de pesetas interiores,

(75) La circular 283 de 8-III-72 se refiere a estas cuentas extranjeras de pesetas interiores y a otra variante de las mismas "las cuentas bancarias de pesetas de Andorra". Nosotros la invocaremos con el valor que tienen las circulares, interno, sólo para funcionarios dependientes del organismo que la dicta, pero que acreditan una práctica.

(76) Sin embargo, si la adquisición con pesetas interiores se hace para uso propio de la persona física residente en el extranjero, aunque tenga establecimientos secundarios o explotaciones en España, hay que entender que puede pagar con pesetas interiores, nunca con las pesetas ordinarias procedentes de la explotación o establecimiento secundario que tenga en España, porque la adquisición no se ha hecho para éste, sino para uso de una persona física residente en el extranjero.

su saldo constituye la primera partida de ingreso, exigiendo la N.^a 7.^a de la Res. de 1961 citada, que se comunique al IEME, hoy a la DGTE. Las partidas normales de abono son: importe de pensiones, sueldos y emolumentos, rentas, dividendos u otros ingresos, que no disfruten del carácter de transferibles, premios o reintegros, de la Lotería Nacional, sobre billetes adquiridos con cargo a la propia cuenta, e intereses (N.^a 8.^a 1 al 4). Las plusvalías en las ventas de valores, participaciones o inmuebles, que no sean transferibles al exterior, así como los precios de venta, dividendos, beneficios o intereses de valores o inmuebles que han sido adquiridos con pesetas interiores, traspasos de otras cuentas extranjeras de pesetas interiores (77). Plusvalías y transferencias son los «otros ingresos» a que se refiere la N.^a 8.^a-2 (78) no se precisa para sus abonos o ingresos en la cuenta autorización administrativa.

Las partidas de adeudo o al débito de estas cuentas son: gastos de estancia en España del titular o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad con el tope de 60.000 (79) pesetas mensuales o de personal directivo de personas jurídicas extranjeras hasta una cantidad máxima de 200.000 (79) pesetas mensuales, cualquiera que sea el número de beneficiarios (N. 8.^a-5 y 6); compra de billetes de Lotería Nacional (N. 8.^a-10); compra de acciones cotizables en bolsa, fondos públicos y títulos privados de renta fija, adquisición de fincas urbanas destinadas a propio uso o disfrute del titular, lo que excluye su alquiler (normas I y II de la Res. de la DGTE de 23 de enero de 1975, que, conforme a los arts. 16-2 de la L. 19-2 del R., debió autorizarse por O. del Ministerio de Comercio). Los españoles residentes en el extranjero, y solamente ellos, pueden adeudar en estas cuentas el precio de compra de fincas rústicas (N.^a II-3 de la Res. citada últimamente). Además, como es lógico, el traspaso a otras cuentas extranjeras de pesetas interiores, lo que reconoce en la práctica la circular 283 de 23 de marzo de 1972 en su N.^a 2.^a-B.

Los problemas que plantea la autorización general contenida en la Res. de 23 de enero de 1975 son, para mí, los siguientes: ¿Las adquisiciones por establecimientos secundarios de personas físicas residentes en el extranjero y radicados en España tieñen el mismo tratamiento jurídico que los establecimientos en España de las personas jurídicas extranjeras? Aunque la N.^a II-I no los excluye, hay que entenderlos excluidos de la autorización, porque tienen, como veremos, pesetas ordinarias y no interiores, que son las referidas en la autorización.

La adquisición de fincas urbanas para uso propio, comprende las viviendas, villas o chalets, ya construidos, sin duda alguna, pero no se

(77) En este sentido, AVELLO, *ob. cit.*, pág. 8. La norma 2.^a A-1 y A-4 de la circular 283 de 8-III-1972, nos confirma esta práctica en cuanto a considerar partidas de abono, las plusvalías en la venta de inmuebles y las procedentes del traspaso de otras cuentas.

(78) La vigencia de la Res. de 1961 se prueba en la derogación parcial que de ella hace la norma III de la Res. de 23-I-1975.

(79) Topes suprimidos por la instrucción 2.^a B-1 y B-2 de la circular 283 de 8-III-1972.

pueden adquirir con pesetas interiores inmuebles en construcción ni tampoco el solar para construirlos. Me fundo en lo específica que es la Res. de 30 de julio de 1975. Los españoles residentes en el extranjero pueden comprar con pesetas interiores fincas urbanas para uso propio, como dijimos, y también fincas rústicas N.^a II-3.^a Res. 23-I-1975).

C) NORMAS COMUNES A LAS CUENTAS EXTRANJERAS.¹

Están contenidas en el núm. 4 de la resolución de 25 de enero de 1975, invocada para las cuentas de «Ahorro del Emigrante» por el núm. 2 de la Res. de 20 de junio de 1975, destinadas a acreditar ante el fedadario el adeudo o pago contra la cuenta extranjera.

El pago se hará por medio de un cheque o de un talón conformados por la entidad bancaria delegada contra la cuenta A, o la cuenta de «Ahorro del Emigrante» o de pesetas interiores, especificándose en su reverso, además de la conformidad con la cuenta extranjera de que se trate, el concepto de pago, desembolso para la adquisición de valores, derechos, inmuebles, con los datos que identifiquen estos últimos. Si en el reverso no cupiesen estos datos, se continuarán en otro documento complementario que se encabezará con el número del talón o cheque. Este medio se usará para inversiones en cartera, compra de inmuebles, cuando el precio sea de presente, pues el art. 1.170 del C. c. no desvirtúa el precio de presente por la suspensión de la acción derivada de la obligación de pago u obligación primitiva.

El pago de las inversiones directas o de cartera y el pago del precio de bienes inmuebles se harán también disponiendo previamente con cargo a la cuenta extranjera y se acreditará con una certificación bancaria, donde constará el inversor, clase de cuenta, si ha sido por transferencia o entrega de divisas convertibles, especificando su clase y cambio aplicado, o sea, la cantidad de pesetas y el concepto, compra de valores, precio confesado del inmueble reseñado.

Al reseñarse el objeto de la inversión, se individualiza el pago y evitan fraudes.

En las inversiones en cartera, puede acreditarse con el adeudo o cargo en la cuenta extranjera de pesetas.

D) PESETAS ORDINARIAS.

Su denominación es suficientemente expresiva, no son divisas traducidas, sino dinero generado en España idéntico al de la generalidad de los españoles. No se controlan mediante cuentas corrientes y desempeñan idéntica función tanto si pertenecen a españoles residentes en España como a extranjeros también residentes o a establecimientos secundarios de personas físicas o jurídicas no residentes en España (80).

(80) Cuentas de pesetas ordinarias son también las de los turistas reguladas por la O. de 2-VI-60, núm. 14 de la circular 244 y la circular 283 de 14-VII-72. En esta circular se regulan también las cuentas en pesetas ordinarias para contratistas de obras. La O. de 1-III-1973, que aprueba el Reglamento del Servicio de Cuentas Postales de Ahorro (art. 9.^o y Dis. final 3.^a), admite que personas no residentes puedan ser titulares de cuentas en pesetas ordinarias.

Las pesetas ordinarias afectan a los extranjeros residentes en España y a los establecimientos secundarios que las personas jurídicas extranjeras y las personas físicas no residentes tienen en España. Su estudio lo haremos separando los extranjeros residentes de los establecimientos secundarios de no residentes.

a) *Extranjeros residentes en España.*

El art. 2.º.2.2 del R. dice: «Las personas físicas, residentes en España, podrán utilizar con el mismo fin (realizar inversiones mediante la aportación o utilización de capitales interiores), sus fondos en pesetas ordinarias», que son las pesetas que ganan o reciben los extranjeros residentes y no necesitan autorización administrativa para emplearlas, cosa distinta de que la autorización sea necesaria para la inversión que pretenden hacer, v. g., para comprar una finca rústica de más de cuatro hectáreas de regadío, mas no necesitan autorización para adquirir una finca rústica de menor extensión, ni para pagar su precio (81). Los extranjeros residentes en España no pueden invertir en empresas o materias no liberalizadas sin autorización administrativa general o especial, autorización, repito, para invertir, no para pagar la inversión.

Sería incongruente que un extranjero no pueda tener más de un 40 por 100 en el capital de una sociedad naviera y, sin embargo, pueda ser dueño de una naviera cuya empresa no revista la forma de sociedad, en otras palabras, sería absurdo que la hija de Onasis, si viniese a residir a España, pueda ser empresaria individual de una poderosa naviera y no pueda ser empresario social, asociada con españoles y participando en un 41 por 100 del capital solamente.

Desde otro punto de vista tenemos esta gradación: Los extranjeros, residan o no, pueden ser empresarios individuales o sociales en empresas liberalizadas, pueden ser empresarios sociales hasta cierto porcentaje del capital en empresas parcialmente liberalizadas, no pueden ser empresarios individuales ni sociales en empresas sin liberalizar ni pueden ser empresarios individuales en empresas no liberalizadas totalmente, salvo autorización administrativa. Los establecimientos secundarios de no residentes no pueden ser empresarios de ninguna clase de empresa, aunque esté totalmente liberalizada, salvo autorización administrativa (82). La explicación desde este punto de vista afecta a la inversión, no al pago, que se hará normalmente con pesetas ordinarias, si de extranjeros residentes se trata o con aportación dineraria exterior, si se trata de extranjeros no residentes.

(81) La autorización administrativa la exige el artículo 2.º-1 a los no residentes en España, sean españoles o extranjeros, y con exclusión de los establecimientos secundarios radicados en España, para pagar la inversión con pesetas interiores, porque estas personas no ganan, no adquieren, normalmente, pesetas, sino divisas, monedas del país de su residencia.

(82) Precisamente pensando en la multinacional y en su control por el Estado español, se impuso la autorización en los artículos 13 de la L. y del R., para evitar los abusos de la implantación de una nueva industria en España por esas sociedades sin entrañas nacionales y que tantos trastornos causan en épocas de crisis, como estamos viendo y viviendo.

En pesetas ordinarias pueden pagar los extranjeros residentes las inversiones de cartera (arts. 2.2.2 y arts. 10 y 11 en relación con el 12 todos del R.) y también las inversiones directas (art. 2.2.2 del R.) con las limitaciones del porcentaje de capital extranjero, si la empresa que constituye el objeto social no está totalmente liberalizada; con pesetas ordinarias pueden comprar sus empresas, si están liberalizadas y pagar el precio de sus fincas rústicas o urbanas.

Por todo lo anterior, no entendemos el alcance de la autorización dada por la Res. de 20 de diciembre de 1974 «a las personas físicas extranjeras residentes en España para destinar fondos interiores en pesetas ordinarias para el ejercicio en nombre propio de cualquier actividad empresarial, de acuerdo con la normativa vigente.» Menos aún entendemos el preámbulo que no invoca el art. 2.º.2.2 del R., sino el 17, que se refiere a las inversiones mediante cuentas de participación y a las inversiones innominadas y atípicas, para las cuales es necesaria la autorización administrativa, después alude el preámbulo a la actividad empresarial, para terminar diciendo, que si la inversión para realizar una actividad empresarial de los extranjeros residentes «se efectúa a través de pesetas ordinarias, no se exige un especial conocimiento, caso por caso, por la Administración, por lo que con el fin de facilitarla, parece conveniente otorgar con carácter general la autorización referida» o sea, la de utilizar las pesetas ordinarias. Pero, ¿qué tiene que ver el pago de la inversión con la forma y clase de inversión? y ¿por qué se concede una autorización para que los extranjeros residentes dispongan de sus pesetas ordinarias?, ¿por qué, si el R. en su art. 2.2.2 no lo exige? y no la exige, porque no tendría otra razón para exigirla que pretender que los extranjeros residentes pagasen con aportación dineraria exterior de la que, normalmente, carecen.

b) *Establecimientos secundarios en España de personas residentes en el extranjero.*

Estos establecimientos ingresan, gastan o pagan y ahorran pesetas ordinarias, de ahí que en principio nada tengan que ver con las divisas, no obstante su establecimiento en España implica una serie de inversiones, que aparte de necesitar autorización administrativa, se pagan con divisas, previamente convertidas en pesetas o con equipo-capital, patentes, etc., procedentes del extranjero.

El art. 2.º.2.1 del R. refiriéndose a la utilización de capitales interiores por personas jurídicas extranjeras, admite que puedan utilizar los saldos de sus cuentas extranjeras en pesetas interiores, excluyendo expresamente a «sus establecimientos en España» (83) y los excluye, porque, como hemos visto, estos establecimientos secundarios disponen sólo de pesetas ordinarias normales, en las cuales venden sus productos, pagan a sus proveedores, obreros y empleados, etc.

(83) También hay que comprender los establecimientos en España de las personas físicas residentes en el extranjero, ya que hay la misma razón para la exclusión y así lo hace el artículo 35-2 del R. y la norma I-I de la Res. 20-I-1975.

Los establecimientos secundarios, una vez que estén autorizados y funcionen en España, dispondrán de pesetas ordinarias para los pagos y cobros propios de su actividad empresarial y para las inversiones que puedan hacer sin necesidad de autorización, como son, las inversiones de cartera (art. 14-2 del R.) pero no para inversiones directas, que no pueden hacer, ni la DGTE está facultada para autorizarlas (art. 14-2 del R.).

Cuando se trata de pesetas ordinarias, su control es superfluo, de ahí que no sea necesario canalizarlos en cuentas corrientes que acrediten el destino que tuvieron.

c) *Emigrantes.*

Ya hemos dicho que las cuentas de «Ahorro del Emigrante» se transforman en cuentas de Ahorro ordinario por el transcurso de un año, contando desde la repatriación del titular, o sea, que sus pesetas serán desde esa fecha, pesetas ordinarias.

VI. INVERSIONES EN EMPRESAS (84).

A) INVERSIONES EN EMPRESAS DE EMPRESARIO SOCIAL.

Estas inversiones plantean dos cuestiones, una, referente a sus clases, inversiones directas y de cartera, y otra, relativa a las modalidades de las inversiones directas.

a) *Inversiones directas y de cartera.*

Los países que mantienen esta distinción, dicen Pastor y Eguidazu (85), aplican la teoría del control para fijar los límites entre una y otra modalidad. Consideran inversión directa la que da al titular de la misma la posibilidad de controlar o ejercer influencia efectiva en la gestión social, en tanto que consideran inversión de cartera, la que únicamente persigue una rentabilidad del capital invertido, lo que suele ocurrir corrientemente en las inversiones realizadas en Bolsa. El D. 487 de 1 de marzo de 1973, que regula las inversiones españolas en el extranjero, considera inversiones directas, las que con carácter permanente se destinan a la creación o adquisición de empresas domiciliadas en el extranjero o a la participación que da al inversor influencia efectiva en la gestión de dichas empresas. Afirman que la nueva legislación de inversiones extranjeras en España únicamente formula esta distinción para dar nombre a los Cap. II y III de la L. y del R., mas su regulación concreta se fija en un criterio accesorio, como es que la inversión se

(84) PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, p. 654, afirman que la legislación nacida al amparo del D. legislativo 3.021 de 31-X-1974 prescinde del concepto de empresa. Nosotros creemos que no puede prescindir el legislador de esta realidad económica y social, y que para la aplicación de la legislación de inversiones es imprescindible el manejo del concepto de empresa.

(85) *Ob. cit.*, págs. 673 y ss.

haga adquiriendo títulos cotizados en Bolsa. Concluyen diciendo, que existen diferencias fundamentales en la regulación de ambas modalidades.

Nosotros creemos que el legislador acoge con toda su profundidad la diferencia entre inversiones directas y de cartera, aunque no amoja la frontera entre unas y otras inversiones con el concepto del control, que evidentemente es posible, probable y frecuente en las inversiones que califica de directas y es raro y difícil que se llegue al control por vía de adquisición de acciones en Bolsa.

El legislador se mueve por vía de presunciones (86), considerando inversiones directas aquellas en que hay tendencias controladoras en el inversor e inversiones de cartera las otras en que el inversor pretende una rentabilidad de dividendo o unos lucros de especulación.

Cuando se funda una sociedad, incluso la anónima, de un lado no pueden adquirirse las acciones en Bolsa, porque no se cotizan, y de otro, los fundadores redactan la escritura social en la que pueden plasmar un control orgánico (87); v. g., con el nombramiento de administradores. En esta redacción de estatutos inexcusadamente han de constituir los órganos decisarios de la sociedad, conociendo todos los resores que darán el control de la misma, pues, normalmente, quienes fundan una sociedad, piensan en la dirección o gestión de la empresa, que constituye su objeto social.

Cuando se adquieren participaciones de socios colectivos de una sociedad personal, los arts. 143 y 148, párrafo 2.^o de nuestro C. de c. exigen el consentimiento de todos los socios colectivos, o sea, la misma unanimidad que para extinguir por mutuo disenso la sociedad y constituir otra nueva (88), al menos respecto de los socios colectivos (89).

(86) Las presunciones surgen para superar la dificultad de configurar el supuesto de hecho presumido (en nuestro caso la pretensión de controlar la sociedad), el cual normalmente acompaña al hecho acreditado o demostrado, hecho básico (uno de los cuales es, en nuestro caso, la fundación de la sociedad). El legislador sustituye en el supuesto de hecho de la norma, el hecho presumido, de difícil concepto o configuración y por tanto impreciso, por su índice preciso, el hecho básico, el cual de esta forma se convierte en el hecho presumido. Estas presunciones legales, no llevan el problema al Derecho procesal, porque como ha puesto de relieve CARNELUTTI, "Las presunciones legales constituyen la última frontera del territorio procesal, y, precisamente, de la provincia de las pruebas, cabalgando sobre el confín entre aquél territorio y el del derecho material". (Véase mi trabajo: *Formalismo jurídico y documento notarial*, "R. D. N.", abril-junio de 1962, págs. 106 y ss. y 122).

(87) Véase lo que decimos más atrás acerca del control orgánico.

(88) No es que se sustente la tesis que tuvo algún predicamento en la doctrina de que la transmisión de las participaciones sociales en las sociedades colectivas y comanditarias implicaba la extinción de la sociedad y la constitución de otra con el nuevo socio. (Véase sobre esta cuestión RIVOLTA, *La partecipazione sociale*. Milan, Giuffré 1965, págs. 330 y ss. especialmente), sino la relevancia que tiene el ingreso del nuevo socio y la influencia que, normalmente, ejercerá en la sociedad.

(89) Ciento que para la constitución de una sociedad comanditaria se exige también el consentimiento de todos los socios comanditarios, mientras que para la transmisión de la posición de un socio colectivo y

En los supuestos de ampliación de capital, con exclusión del derecho de suscripción preferente bien por ser incompatible con las aportaciones por ser estas «in natura», bien porque siendo compatibles exista un interés en la admisión de nuevos socios que imponga la renuncia al referido derecho por parte de los accionistas, en ambos casos el ingreso de nuevo socio irá precedido de unos tratos con la sociedad, que frecuentemente tenderán a la adquisición por el aportante de una posición influyente en la misma (90).

En los tres supuestos anteriores de fundación de la sociedad, transmisión de la cuota de un socio colectivo y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente, el socio fundador o el nuevo socio tienden, normalmente, a ejercer un control sobre la sociedad y se da por tanto la nota que tipifica las inversiones directas. Estos supuestos están comprendidos en el art. 3-1 del R. al que se remite su art. 4-1.

Cuando un extranjero adquiere en Bolsa acciones cotizables, lo normal es que no piense en controlar la sociedad, estamos ante una inversión de cartera, conforme a los arts. 4-2 y 10 de la L. y del R.

Hay, sin embargo, una zona oscura entre las inversiones directas y de cartera, me refiero tanto a la adquisición de derechos de suscripción, como a la adquisición de participaciones de socios comanditarios, de socios de compañías de Responsabilidad Limitada e incluso de acciones con pacto escriturario restrictivo de la libre transmisibilidad de las mismas.

Los derechos de suscripción hay que equipararlos a las acciones. El art. 3-1-2 del R. debe ser interpretado en relación con los arts. 4-2 y 10-1 de la L. y del R. Los derechos de suscripción son «títulos admitidos a cotización oficial en Bolsa» (Art. 4-2) lo mismo que las acciones y si no hay disposición escrituraria que limite su transmisibilidad, su compra por un extranjero es una inversión de cartera y esto aún contra la letra de los arts. 10-1 de la L. y de R., que se refieren exclusivamente a las acciones como inversiones en cartera.

Nos apoyamos en la equiparación a estos efectos entre la acción y el derecho de suscripción, cuya equiparación es el principio jurídico que debe colmar la laguna causada por la antinomia de los arts. 4-2 y 10-1 ambos de la L. y del R. y además, en el art. 3.1.2 del R. que equipara, como nosotros, los derechos de suscripción a las acciones, según sean o no cotizables en Bolsa. Por tanto, la compra de derechos de suscripción es inversión de cartera, si lo es la de las acciones que de ellos nacen.

para la extinción suele bastar el acuerdo mayoritario de los comanditarios. (Véase el art. 139 del R. del Reg. Mercantil.)

(90) Sobre la exclusión del derecho de suscripción preferente véase MICCIO, *Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azioni*. Jovene Napoles 1957, págs. 72 y ss.; NOBILI, *Contributo allo studio del diritto de opzione nella società per azione*. Milan, Giuffré 1958, págs. 185 y ss. y SÁNCHEZ ANDRÉS, *El derecho de suscripción preferente del accionista*. "Revista de Occidente". Madrid 1974, págs. 304 y ss., por citar las monografías. Para la renuncia al derecho de suscripción preferente véase NOBILI, *ob. cit.*, págs. 262 y ss. y SÁNCHEZ ANDRÉS, *ob. cit.*, págs. 218 y s.

La otra cuestión la plantean las participaciones sociales, cuya transmisión no es libre, bien porque conceden un derecho de prelación a los demás socios y a la sociedad, bien porque exigen el asentimiento de ésta para el ingreso del nuevo socio (91).

Si la cesión de la posición de socio exige el consentimiento unánime o mayoritario de los demás socios, los previos tratos entre estos y el cessionario, serán frecuentes, y estos tratos tendrán la finalidad de encajar al nuevo socio en la sociedad, ya que éste ingresará en ella para influir en las decisiones sociales.

El cessionario celebrará un contrato de venta con el cedente, pero se trata de un contrato efímero; sin embargo, tendrá gran importancia su posición en la sociedad, cedido en ese contrato, cuyo consentimiento se recaba, bien directamente, con la aprobación o asentimiento mayoritario al ingreso del nuevo socio, bien indirectamente, admitiendo su ingreso en la sociedad al no ejercitarse ésta el tanteo o prelación, ni previamente los demás socios. Por esto, estas inversiones son directas.

En esta clase de inversiones hay que incluir las hechas en acciones sujetas a restricciones escriturarias (92) a su libre transmisibilidad, porque estas limitaciones se fundan en un cambio de la posición legal del cedido, que es abstencionista en la sociedad anónima y que en honor a la limitación, interviene en la cesión, bien asintiendo al nuevo socio, bien no ejercitando la prelación que excluiría su ingreso e impediría la alteración de la composición personal de los socios en la sociedad.

En defecto de cláusula escrituraria restrictiva en materia de sociedades anónimas, la cesión del contrato, o sea, la posición de socio, no exige el consentimiento del cedido, porque la persona del socio es indiferente a la estructura paradigmática de estas sociedades (93).

(91) Sobre estas cláusulas de prelación y asentimiento, véase BROSETA PONS, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones*. Tecnos. Madrid 1963, págs. 121 y ss. y sobre todo DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*. Giuffré. Milán 1964, págs. 197 y ss.

(92) Estas limitaciones están cobijadas, no en los estatutos, no en el núm. 3º del artículo 11 de la L.S.A., sino en la norma 5 del mismo artículo, porque estas restricciones afectan a una de las bases esenciales de las sociedades anónimas, a uno de los más importantes derechos individuales del accionista, cuya modificación le confiere un derecho de separación (art. 85 de la L.S.A.). Por eso son restricciones escriturarias, no estatutarias aunque así las llame sin razón el artículo 46 de la L.S.A. y la doctrina.

(93) Esta es la explicación que da DE FERRA, *ob. cit.*, págs. 31 y ss. y 73 y ss. quien se funda, tanto en la posición de cedido de la S. A. como en el carácter del título de la acción, que no es un puro título-valor, sino un título de legitimación impropio, donde afloran las excepciones de la relación causal y en el que a veces la dualidad contractual crédito-deuda es evidente, como en las acciones no desembolsadas totalmente y otras más discutibles, como en la incorporación a las acciones de prestaciones accesorias. En el mismo sentido que DE FERRA, parece colocarse BÉRGAMO, *ob. y vol. cits.*, especialmente págs. 615 y ss. En general, la doctrina patria, o no se plantea el problema, o lo enfoca como una cuestión de la circulación de los títulos-valores, sin preocuparse del carácter peculiar o no de los representativos de las acciones.

Ahora bien, la cláusula restrictiva a la libre transmisión de las acciones acerca violentamente las sociedades anónimas a las personalistas y, especialmente, a los socios comanditarios de las sociedades en comandita y a los de las sociedades de Responsabilidad Limitada, existiendo la misma razón en todos estos casos para considerar inversiones directas aquellas en que la sociedad cedida debe intervenir en la transmisión de la posición de socio, y ello aunque las acciones se cotizasen en Bolsa.

Aunque la letra de nuestra Ley de Inversiones Extranjeras contradice nuestra interpretación, ésta no se agota en las palabras, sino en su razón, en su espíritu, que es abiertamente favorable a nuestra tesis.

Si las obligaciones o bonos son convertibles en acciones y se cotizan en Bolsa, aunque el artículo 3.4.1 del R. las incluye en los supuestos del artículo 3.1, no decide esta inclusión reglamentaria, ni creo que lo pretende, el carácter de inversión directa, pues este carácter lo acuña el artículo 4 de la L., que excluye como inversiones directas los «títulos admitidos a cotización en Bolsa», que pueden ser tanto las acciones como las obligaciones o bonos convertibles.

Estando liberalizadas las mismas empresas y teniendo idénticos límites para las inversiones tanto directas (art. 5º de la L.) como para las indirectas o de cartera (11º de la L.) ¿Qué consecuencias tiene esta distinción?, varias y relevantes: los establecimientos secundarios no pueden hacer inversiones directas, ni la DGTE autorizarlas, porque se agravarían los peligros de las multinacionales, controlando por medio de ellas sociedades españolas y así lo entiende certeramente el artículo 14.2 del R. Las personas físicas residentes en el extranjero y las personas jurídicas extranjeras, pueden hacer inversiones de cartera con pesetas interiores, pues están autorizadas con carácter general por la Resolución de 23-I-75, N.º 1.º, mientras que para las inversiones directas con pesetas interiores necesitan autorización especial (Art. 2.2.1. del R.). Otra de carácter práctico y menos trascendente es, que las inversiones directas hay que declararlas individualmente y dan lugar a un expediente bancario individual, debiendo hacerse la declaración en el modelo T.E.1 o en el T.E.2 si es de liquidación (núm. 6 y ss. de la Res. de 25-I-1975); mientras que las inversiones de cartera se comunican todos los lunes al RIE por la entidad bancaria en un expediente global (N.º 13-1) y también por los fedatarios, si bien éstos deben especificar los titulares de la inversión, entre otras cosas (N.º 14-1-c), y además no tiene el inversor obligación de declararlas individualmente (N.º 12 de la Res. últ. cit.), salvo si la adquisición supera el 15 por 100 del capital por sí sola, o unida a otras (N.º 14-3). Esto trasluce la diversa preocupación que producen unas y otras, hasta el punto, que sólo cuando se llega a porcentajes de posible control (el 25 por 100 del capital) puede la DGTE pedir a la entidad delegada «el desglose de los datos obrantes en el expediente global».

También son inversiones de cartera y que por no plantear problema de control no tienen límite cuantitativo ni porcentual, las «adquisiciones de fondos públicos, títulos privados de renta fija o participacio-

nes de fondos de inversión mobiliaria» (Arts. 10 de la L. y del R. y 11.2 del R.).

b) *Modalidades de las inversiones directas.*

Estas pueden ser dinerarias o «in natura» y ambas de origen extranjero o en pesetas interiores o en bienes nacionales.

1.—Aportaciones dinerarias. Si es exterior, no plantean cuestión específica y no es necesaria autorización administrativa, salvo si se pretenden rebasar los límites liberalizados y el aportante no es español.

Si la aportación dineraria es interior y en pesetas interiores, es necesaria la previa autorización administrativa. (Arts. 2.1-d de la L. y del R.).

Si la aportación dineraria es interior y en pesetas ordinarias, los establecimientos secundarios de personas físicas residentes en el extranjero o de personas jurídicas extranjeras, no pueden hacerlas como ya anticipé (art. 14.2 del R.), pero los extranjeros residentes pueden hacer inversiones directas, sin necesidad de autorización administrativa, como parece desprenderse del artículo 2.2.2. del R., aunque la cuestión no está muy clara (94).

2.—Aportaciones en especie o no dinerarias. Se la distingue en aportaciones de equipo-capital, tecnológicas o de alguna variedad de la llamada propiedad industrial y de asistencia técnica.

Equipo-capital. Se lo puede identificar con la maquinaria y el utensilio, Garcés Bruses (95) lo define: «bienes idóneos para integrar el activo inmovilizado de la empresa».

Aportaciones tecnológicas. En las que hay que incluir, de acuerdo con el Estatuto de la Propiedad Industrial aprobado por D. de 30-IV-1930, como hace Bérgamo (96), las patentes, marcas, modelos y dibujos e incluso el nombre comercial.

Las aportaciones tecnológicas son bienes análogos a los que constituyen el objeto de los derechos reales, recibiendo su titularidad la denominación genérica de propiedad industrial.

Asistencia técnica. Aquí estamos en el campo obligacional, en el de las prestaciones o servicios. Sus notas, según Pastor y Eguidazu (97), son: ayuda prestada para la ejecución de un proceso de producción o distribución de bienes o de servicios, cuya ayuda se desarrolla de forma continuada.

En muchos casos es fácil confundirla con la transferencia de tecnología o transmisión de conocimientos técnicos patentados o secretos. Si están patentados estamos en el campo de la propiedad industrial, si

(94) Caso de prevalecer la tesis contraria, o sea, de que los extranjeros residentes necesitasen autorización administrativa para pagar sus inversiones directas con pesetas ordinarias, tendríamos otra importante razón para la distinción entre inversiones de cartera e inversiones directas.

(95) *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Tecnos, S. A. Madrid 1962, pág. 79.

(96) *Ob. y vol. cits.*, págs. 495 y ss.

(97) *Ob. cit.*, págs. 565 y ss.

son secretos, la diferencia con la asistencia técnica reside en el secreto, que protege el conocimiento lo mismo que la patente. En la asistencia técnica hay predominantemente un servicio, en la tecnología un traspaso de utilidad o propiedad.

En la asistencia técnica hay consultas, desplazamientos de técnicos, preparación de planos y diseños, controles de fabricación, estudios de mercado y formación de personal.

La asistencia técnica ofrece grandes dificultades para constituir el objeto de una aportación social. Como socio industrial, caso de ser admisible, solucionaría la cuestión en las sociedades colectivas y comanditarias, quedando el problema en pie en las de R. L. y en las anónimas, particularmente en estas últimas.

Las prestaciones accesorias (98) no las consideramos una solución, ni aun en las S. de R. L., pues exigen la cualidad de socios con su pertinente aportación dineraria o en especie.

En nuestra opinión, la asistencia técnica tiene dos vías para introducirse: la de la empresa, mediante el pertinente contrato en el que se paguen, alzada o fraccionadamente, los servicios como se pagan los de los otros técnicos; y la del empresario, o sea, la sociedad, bien creando bonos análogos a los de fundador que remuneren durante un período determinado la asistencia prestada con un porcentaje de los beneficios del 10, del 20 o del 30 por 100, bien emitiendo las acciones fundacionales con prima equivalente al precio de la asistencia técnica y facultando al consejo para aumentar el capital y transformar estas reservas (las primas) en acciones a favor de los aportantes de la asistencia técnica, salvando así, y en este caso, el artículo 33 de la L. de S. A. relativo a la integridad del capital social y el derecho de suscripción preferente.

Ahora bien, lo mismo que las aportaciones dinerarias pueden ser interiores o exteriores, las aportaciones en especie también pueden ser de origen nacional o extranjero. La legislación de inversiones sólo contempla expresamente estas últimas, pero no por eso dejan de existir las aportaciones en especie de origen nacional y están aludidas en los artículos 2-d de la L. y del R. Las leyes son los radios del círculo del Derecho y los radios no agotan la superficie de su círculo, aunque unidos a los principios que los inspiran deben colmar su superficie sin dejar lagunas.

a'—Aportaciones en especie de origen extranjero (arts. 2.b y c de la L. y del R.).

Si se trata de aportaciones de equipo-capital, patentes y licencias de fabricación extranjera (propiedad industrial de origen extranjero), o asistencia técnica, no es precisa licencia administrativa para su aportación; pero a diferencia de las aportaciones dinerarias exteriores, no contienen la medida de su valor, que es pecuniaria, y a efectos de la

(98) Véase VERDELLA TUELLS, *Aportaciones directas extranjeras a Sociedades Anónimas españolas*. "RDM", enero-marzo de 1966, págs. 57 y ss. y SOTILLO MARTÍN, *El contenido de las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. "R. D. Mercantil", enero-junio de 1975, págs. 91 y ss.

transferencia al exterior de su capital y beneficios, y para evitar fraudes, se exige su valoración (99), que será la que se fije para el pago de los derechos arancelarios en las aportaciones de equipo-capital (artículo 2.1.2 del R.). Este último precepto, en su inciso final, exige la autorización de los organismos competentes para la importación del equipo-capital, autorización que la L. no sólo no exige, sino que excluye, al exigir autorización administrativa para aportaciones que no sean de equipo-capital, tecnológicas ni de asistencia técnica (arts. 2.b.c. y d. de la L.).

La razón de este control administrativo, al margen de la Ley, plantea el difícil problema de la necesidad de la autorización previa a la constitución de la sociedad y de la práctica administrativa de no conceder la licencia de importación sin la constitución de la sociedad, para lo cual se ha recurrido a los expedientes de aumentar el capital para asumir la aportación extranjera, bien mediante una delegación en el Consejo de Administración de la ejecución del acuerdo de aumento de capital o también constituyendo la sociedad bajo condición suspensiva (100), e incluso resolutoria (101). Este obstáculo no tiene fundamento jurídico y ha sido repuesto artificialmente por el R.

Las aportaciones tecnológicas y de asistencia técnica están especialmente reguladas por el D. 2.343 del 21 de septiembre de 1973 y por la O. de 5 de diciembre del mismo año.

La aportación de propiedad industrial de origen extranjero plantea los mismos problemas de valoración y autorización administrativa exigida por el R. (art. 2.1.3) al margen de la L., agravadas con el D. 2.343 de 1973 antes citado, que regula la aprobación de los contratos y su inscripción en el Registro de Industria del Ministerio de Industria (102).

La aportación de asistencia técnica de origen extranjero plantea además el problema de la atribución de la cualidad de socio al aportante, persona física o sociedad, y del que antes nos hemos ocupado.

b'—Aportación en especies de origen nacional.

Del mismo modo que las pesetas interiores tienen un trato desfavorable en relación con las «convertibles», porque en atención a éstas y no a aquéllas, se permite la ingerencia extranjera en nuestra economía, las aportaciones en especie de origen extranjero tienen un trato preferente respecto a las de origen nacional. Creemos, aunque el legis-

(99) Esta valoración es especial en relación con la norma general contenida en el artículo 32 de la L. de S. A. y debe prevalecer sobre ella, pues esta legislación de inversiones extranjeras no ha sido derogada por aquella ley como acertadamente resalta LUCAS, *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras*. Editorial "Rev. D. Priv.". Madrid 1969, pág. 207.

(100) Véase BÉRGAMO, *ob. cit.*, vol. *cit.*, págs. 507 y ss.; CÁMARA, *ob. cit.*, vol. I, págs. 509 y ss.; LUCAS, *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras*. "R. D. Priv.". Madrid 1969, páginas 207 y ss. PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 666 y ss.

(101) PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. y lug. ult. cits.*

(102) Véase PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 572 y ss., quienes estudian ampliamente el D. y O. citados en el texto.

lador no se ha pronunciado explícitamente en este problema, que la inversión directa por un extranjero, residente o no, o por una persona jurídica extranjera, no debe ser favorecida, porque las inversiones directas tienden a controlar las sociedades y por ello exigen autorización administrativa expresa, la cual imponen con carácter general los artículos 2.d. de la L. y del R.

La razón de la autorización reside en un peligro de control sin contrapartida de divisa.

Habrá casos en que el bien aportado haya sido adquirido con pesetas ordinarias por el extranjero residente y otros con aportación dineraaria exterior por la persona física residente en el extranjero o por la sociedad extranjera, pero aun en este último caso entendemos que el peligro de la transferencia al exterior del dinero con que se adquirió el bien que se pretende aportar, no exonera de una autorización administrativa tendente a evitar un control extranjero inoportuno.

Repetimos que los establecimientos secundarios no pueden hacer inversiones directas en sociedades españolas.

c. *Normas comunes a las inversiones directas y de cartera en el capital de las sociedades. Topes.*

Las inversiones en sociedades afectan a las personas físicas extranjeras, residan o no en España, a las sociedades extranjeras y a las sociedades españolas con participación extranjera reguladas en los artículos 7.º de la L. y su R. La regla general es que los extranjeros pueden participar en el capital de las sociedades españolas, pero con el límite del 50 por 100 (arts. 5 de la L. y del R.). Por consiguiente, interesa reseñar las sociedades liberalizadas y las que tienen un límite diverso que fija su legislación específica y enumera en forma incompleta la Dis. Final 1.ª de la L. y la Dis. final 1.ª del R.

Vamos a enumerar las sociedades que tienen un tope diverso del 50 por 100 de la participación en el capital de la sociedad extranjera, que es la regla general.

No pueden tener ninguna participación los extranjeros en las empresas siguientes: Industrias dedicadas a la Defensa Nacional (103), Información, o sea, empresas periodísticas y editoriales y agencias informativas (104), radiodifusión (105), producción cinematográfica (106), coproducciones cinematográficas (107), aprovechamientos de mercurio (108) y ciertos aprovechamientos de aguas públicas (109).

(103) L. de 24 de noviembre de 1939, artículo 5.º.

(104) L. de 18 de marzo de 1966. Esta ley en cuanto a las empresas periodísticas y agencias informativas afecta también a los españoles residentes en el extranjero, quienes sólo pueden adquirir un 20 por 100 del capital (art. 17) y en cuanto a las empresas editoriales las liberaliza hasta un 50 por 100, no sólo a favor de los españoles residentes en el extranjero, sino también de los extranjeros de lengua española y portuguesa (art. 50).

(105) L. de 16 de junio de 1934, DD. de 18 de diciembre de 1932, 23 de mayo de 1953, 9 de julio de 1954 y 24 de junio de 1965 y O. de 30 de marzo de 1947.

(106) L. de 27 de abril de 1946.

(107) OO. de 28 de abril de 1964 y 19 de agosto del mismo año.

Hay otras sociedades en las que los extranjeros pueden tener una participación en su capital inferior al 50 por 100 sin necesidad de autorización administrativa, tales son: Navieras, hasta un 40 por 100 (110); de servicios públicos, hasta un 25 por 100 (111); sociedades mineras, hasta un 49 por 100 (112); de transporte aéreo, hasta un 25 por 100 (113), y Bancos de nueva creación, hasta un 15 por 100 (114).

Por último, las sociedades totalmente liberalizadas constituyen una excepción a la regla general, que plantean algunas cuestiones. Son tales, las referidas en el artículo 5.^o del D. 3.023, de 31 de octubre de 1974, o sea, aquellas empresas cuyo objeto social sea, única y exclusivamente, la fabricación en España de uno o varios de los bienes de equipo comprendidos en la Lista Apéndice del Arancel de Aduanas, salvo que expresamente se haya determinado lo contrario en el momento de su inclusión» (115).

También para nosotros lo son las participaciones de los Fondos de Inversión Mobiliaria, de acuerdo con el artículo II del R., ya que, correspondiendo la administración del patrimonio del Fondo a la Sociedad gestora (116), en la cual deberán ser españoles la mitad más uno de los administradores, no vemos peligro de control por los extranjeros de las sociedades en que invierta el Fondo, máxime si se tiene en cuenta la forma en que ha de distribuir sus inversiones; por otra parte, el artículo 23-4 de la O. de 1.^o de diciembre de 1970 lo consagra explícitamente.

Cuestiones plantean, sin embargo, las empresas liberalizadas por el D. de 18 de abril de 1963 al ser derogado por el D. 2.495 de 11 de octubre de 1973, pues si bien en su Disp. transitoria admite el régimen anterior para las empresas que acreden fehacientemente que la participación extranjera era del 100 por 100 o hayan elevado consulta a la OCYPE o a la Junta de Inversiones Exteriores, antes

(108) Artículo 90 de la Ley de Minas, núm. 21 de 21 de julio de 1973.

(109) No pueden ser concedidos o transferidos a extranjeros los aprovechamientos de naturaleza hidroeléctrica y los de abastecimiento de poblaciones, cuando los suministros tengan el carácter de servicio público, así como tampoco los destinados a actividades relacionadas con la defensa nacional (art. 2.^o del D. 672 del 7 de marzo de 1966 que modificó el R. D. de 14 de marzo de 1921).

(110) D. de 10 de febrero de 1966.

(111) Artículo 29-I de la L. y 40-I de su R.

(112) Ley de Minas de 21 de julio de 1973, artículo 90.

(113) L. de 21 de julio de 1960, artículos 73 y 80. Sin embargo, en la Compañía Hispania Aviación, S. A., dedicada a la construcción de aviones de combate pueden los extranjeros tener una participación del 45 por 100 en virtud del artículo 2.^o de la L. 43 de 4-V-1965.

(114) D.D. de 13 de enero de 1972 y 29 de agosto de 1974.

(115) Dicha lista se regula en el D. 2.790 de 20 de septiembre de 1965.

(116) El capital de la Sociedad Gestora, creemos de acuerdo con LUCAS (*Inversiones citadas* nota 57, págs. 58 y s.), que sigue, lo mismo que las Sociedades de Inversión Mobiliaria, la regla general del límite del 50 por 100, que consagraba la O. de 5 de junio de 1965 en su artículo 2.^o y que la vigente de 1 de diciembre de 1970 silencia.

del día 12 de octubre de 1973 (fecha fijada por la Comunicación de la DGTE, trasladada por Cir. de la D. G. de lo RR. y del N. de 3 de enero de 1974); pero como el D. últimamente citado ha sido derogado por la L. y su R., lo cual reconoce explícitamente el D. 1.497 de 19 de junio de 1975, se plantea de nuevo la cuestión, que creo que debe resolverse conforme la Dis. transitoria 1.^a de la L. y la 1.^a de su R., las cuales ordenan respetar «las situaciones individuales de inversión anteriores a la vigencia del R. constituidas al amparo de normas vigentes en cada caso...», siempre que no se hayan producido en fraude de la Ley», o sea, que las empresas reguladas en dicho D. de 18 de abril de 1963 tendrán el tope del 50 por 100 cuando en la fecha de 12 de octubre de 1973 los extranjeros tuviesen una participación igual o inferior a dicho 50 por 100, así como las que se constituyan con posterioridad a esa fecha, y estarán totalmente liberalizadas o tendrán un límite superior al 50 por 100 y variable, las que el día 12 de octubre de 1974 acreditasen haberlo rebasado, siempre que no haya habido fraude de Ley.

Las inversiones en las empresas sociales liberalizadas no requieren autorización administrativa para la adquisición de las participaciones o realización de la inversión, lo mismo ocurre respecto a las empresas de sociedades liberalizadas parcialmente, pero sólo hasta el límite máximo de la inversión permitida por la Ley. La inversión nada tiene que ver con la contraprestación con que se paga la adquisición de la participación en la sociedad titular de la empresa donde el extranjero invierte, como hemos dicho repetidas veces.

B) INVERSIONES EN EMPRESAS DE UN SOLO DUEÑO: ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Es indiferente que se cree la empresa o se adquiera la ya creada o establecida.

Sin embargo, el tratamiento jurídico es distinto, según que el inversor sea un extranjero residente en España o un establecimiento secundario de una persona jurídica extranjera o de una persona física extranjera o española residente en el extranjero.

a) *Actividad empresarial de los no residentes.*

Los extranjeros o españoles residentes en el extranjero y las personas jurídicas extranjeras no pueden invertir en la creación de empresas en España aunque estén liberalizadas totalmente y menos, si solamente lo están parcialmente, así como tampoco en su funcionamiento y operaciones en España, consecuencia de la creación o establecimiento de la empresa, ni adquirir las que ya están establecidas o funcionando, sin autorización administrativa, porque se trata de actividad empresarial, contemplada en los artículos 13 de la L. y de su R., que exigen «siempre autorización administrativa», lo cual es lógico por el temor a las multi-

nacionales, que pueden tener un solo dueño. En efecto, para que una sociedad extranjera pueda tener una empresa en España, tiene que crear un establecimiento secundario, sea una sucursal, sea una delegación, sea otra forma de representación, la cual se contrapone al establecimiento principal o casa matriz, con lo que tenemos una multinacional, de difícil control por el Gobierno, como no sea a través de las condiciones impuestas en la autorización administrativa.

Lo mismo ocurre con los españoles o extranjeros que no residan en España, pues solamente puede ser empresario por medio de establecimientos secundarios al frente de los cuales estarán testaferros, no pudiendo controlar el Estado español la cabeza del negocio, al no residente en España, que puede tener un poder económico tan fuerte como una multinacional.

b) *Actividades empresariales de los extranjeros residentes.*

Los extranjeros residentes en España no necesitan autorización administrativa para ser titulares de empresas liberalizadas, pero sí para adquirir cualesquiera otras empresas que los extranjeros tengan limitada su participación social, o sea, que no estén totalmente liberalizadas y a las que nos referimos al estudiar la inversión en empresas sociales, donde me remito.

El problema más debatido lo plantea el ejercicio del comercio por los extranjeros residentes. Para nosotros la autorización administrativa es necesaria, pues ni las pesetas ordinarias que invertirán para adquirir o crear el establecimiento comercial, ni el ejercicio del comercio supone una actividad económica desconocida por los españoles o que se tenga interés en importar.

El ejercicio del comercio por los extranjeros residentes es una actividad empresarial y una inversión extranjera, que requiere autorización administrativa, conforme al último párrafo de los artículos 3 de la L. y del R. (117).

Nuestra opinión está confirmada legalmente, aunque sea con un parche urgente, por el artículo 5.^º del D.-L. 6 de 27-XI-1974 que dice: «El gobierno regulará por D. los requisitos y autorizaciones necesarios para el ejercicio de la actividad comercial dentro del territorio nacional por personas físicas o jurídicas de nacionalidad extranjera».

El sentido de nuestra legislación es claro: las empresas cuyos productos tenemos que importar están liberalizadas, pues la dependencia del extranjero es más débil, si tenemos la empresa y su empresario en España, salvo cuando se trate de multinacionales o residentes en el extranjero, que exigen un control más riguroso, reflejado en la ineludible autorización administrativa.

(117) En contra GABARRO SAMSO, *Régimen especial de la adquisición de inmuebles*, conferencia pronunciada en diciembre de 1947 y publicada en el libro de "Inversiones Extranjeras" del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Barcelona, pág. 69, quien sostiene que el artículo 3.^º del R. "no considera inversión extranjera la actividad empresarial en España de extranjeros residentes", pudiendo ejercer libremente el comercio.

C) INVERSIONES A TRAVES DE CUENTAS EN PARTICIPACION Y OTRAS FORMAS DE INVERSION EN EMPRESAS.

Estas inversiones afectan a las personas jurídicas extranjeras, a los extranjeros, residan o no en España, y a las sociedades españolas controladas por extranjeros, aunque no resulte esto último de la letra del artículo 1.3. de la L. y del R., más sí del artículo 7.5. del R., que no deja lugar a dudas. A los españoles residentes en el extranjero no les afecta, salvo si pretenden pagar su participación con cualquier aportación que no sea dineraria exterior. Respecto a las aportaciones en especie de origen extranjero ver lo que decimos al estudiar las aportaciones a sociedades.

a) *Cuentas en participación.*

Estas formas de inversión afectan tanto a empresas de un solo empresario como a empresas de una sociedad (118).

El substrato económico de las cuentas en participación presupone un empresario que para el desenvolvimiento de su empresa necesita de determinadas aportaciones de un tercero, partícipe, bajo la forma de nuevos medios financieros. El mutuo es uno de estos medios, pero en muchas ocasiones se prefiere que el interés no sea fijo, lo que podría alcanzarse con un mutuo parciario, si se admite esta figura, más a veces, la aportación que se pretende es específica, de cosas no fungibles, e incluso que no transmita la propiedad, sino el uso; y desde otro plano puede interesar que el partícipe asuma los riesgos de las pérdidas sobre el capital que aporta, en cuyos supuestos estamos ante un sistema de financiación que reviste la forma de contrato de cuentas en participación (119).

Nuestro C. de c. dedica solamente cinco artículos (239 a 243) a esta figura jurídica (120), siendo amplísima la libertad en este punto.

Esta amplia libertad puede ser utilizada por extranjeros y españoles para dominar empresas nacionales con fórmulas jurídicas que no logrían plasmar en escrituras sociales. De ahí, que veamos muy atinados los artículos 15 de la L. y 17 del R. que desarrollan los artículos 3.2 de la L. y del R.

(118) Así lo admite explícitamente GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*. Milán, Giuffré 1959, págs. 257 y ss., pudiendo asociarse una sociedad a una persona física o viceversa y dos sociedades entre sí.

(119) Véase GHIDINI, *ob. cit.*, págs. 2 y ss.

(120) Sobre este contrato véase GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*. T. III, vol. 1º Editorial Rev. de D. Mercantil. Madrid 1964, páginas 181 y ss. y la bibliografía allí citada.

b) *Otras formas de inversión en empresas.*

Descartadas las sociedades de hecho y las irregulares (121), por estar comprendidas en el supuesto de hecho de los artículos 3.1 de la L. y del R. como sociedades que son, quizás se puedan incluir inversiones en sociedades acompañadas de contratos parasociales, que tienden a controlar los órganos decisarios de la sociedad mediante sindicatos de accionistas, donde se determine el ejercicio del voto o sindicatos de bloqueo que prácticamente restrinjan la libre circulación de las acciones (122).

Sin embargo, al amparo de la libertad de contratación se podrán celebrar contratos innominados o atípicos (123), cuya función o fin práctico sea controlar una empresa con empresario individual o social.

Estos contratos habrá que examinarlos en cada caso concreto y conceder o denegar la autorización, según se estime o no beneficiosa para la economía nacional la inversión y perjudicial o no el control, si lo hubiera (124).

VII. LAS INVERSIONES EN INMUEBLES.

A) CLASIFICACIÓN DE LAS FINCAS.

Algún sobresalto me causó el último párrafo que Roca Sastre (125) dedica a la clasificación de las fincas en rústicas y urbanas: «No obstante hay fincas que se escapan a esta clasificación tales son las concesiones administrativas de ferrocarriles, etc., pero sí atendemos a la sentencia de 8 de mayo (es de marzo, así lo dice en la edición de 1948) de 1944, deben calificarse de fincas urbanas». Que una cantera, una escombrera, un canal, un ferrocarril, una mina, un salto de agua, deban considerarse fincas urbanas, es un encasillamiento que no acaba de acomodarse en mi cabeza.

El tipo básico de la finca por naturaleza lo define así Roca Sas-

(121) Véase GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, octubre-diciembre de 1951, págs. 1291 y ss. y *Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos civil y de comercio y sus relaciones*, en el Centenario de la Ley del Notariado. Sección 3.^a, vol. 4.^º I. E. Reus. Madrid 1963, págs. 88 y ss.; RICCA, *Sui Cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*. Milán, Giuffré 1965, págs. 98 y ss. y 156 y ss. DE LA OLIVA SANTOS, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*. EUNSA. Pamplona 1971, págs. 21 y ss.

(122) Sobre estos sindicatos véase PEDROL, *La anónima actual y la sindicación de acciones*. Madrid. Editorial Rev. D. Priv. 1968.

(123) Sobre contratos atípicos e innominados véase GARRIGUES, *ob. últ. cit.*, págs. 99 y ss.

(124) No examinamos aquí, por no ser cuestión de formas de inversión, sino de licitud de las mismas, los supuestos de interposición de persona para suscribir acciones infringiendo la legislación de inversiones. Véase sobre esto DAGOT, *La simulation en Droit privé*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudencia. París 1967, págs. 76 y ss. y 117.

(125) *Derecho Hipotecario*. Barcelona. Bosch. 1968, t. II, págs. 417 y ss.

tre (126): «la porción de terreno cerrado por una línea poligonal», que pertenece a una sola persona en propiedad o a varios en copropiedad.

La línea poligonal cerrada delimita la superficie del terreno, los confines horizontales de la finca, pero no el espacio aéreo y el subsuelo, que son también inherentes a la parcela en cuanto el dueño tenga interés en uno u otro; pero el subsuelo, como dice Pugliatti (127): «no se considera cosa autónoma, objeto de derechos, y por ello no es bien autónomo el subsuelo, sino las obras y materiales arqueológicos, las minas o las canteras, los manantiales y otros».

La clasificación de las fincas en rústicas y urbanas apareció en el D. romano para tipificar las servidumbres, que eran urbanas las establecidas en utilidad de los edificios o predios urbanos y rústicas las impuestas en interés del cultivo de los fundos (128), pero esta polaridad ya planteaba la cuestión de su validez en el Derecho romano, lo que ha sido puesto de relieve por Grossi (129), quien expone dos posiciones, una que pretendía mantener exhaustiva la distinción e incluía entre las servidumbres rústicas todas las figuras que no entrasen en la categoría de las servidumbres urbanas y, otra, que sólo consideraba como servidumbres rústicas los cuatro tipos originarios y las demás, que no fuesen urbanas, las incluía en un tercer término de la clasificación. Esta clasificación de las servidumbres en rústicas y urbanas, a pesar de haber sido recogida por el Código, no tiene hoy relieve y es condenada por la doctrina (130), pero interesa resaltar esta consideración de Biondi (131): «Hablamos también lacónicamente de servidumbres rústicas y urbanas para denotar la utilidad de la servidumbre, de la misma manera que mientras la Ley habla de «destinación industrial del fundo», más brevemente hablamos de servidumbres industriales. La diversa utilidad no da lugar a un carácter diverso ni a una disciplina distinta».

Cierto que la distinción de fincas en rústicas y urbanas no obedece hoy a la trasnochada clasificación de las servidumbres, ni a la proyección urbana del derecho de superficie en contraposición con la rústica de la enfeitis (132), sino que debe su relevancia a los retractos de

(126) *Ob. y vol. cit.*, pág. 338.

(127) *Beni e cose in senso giuridico*. Milán, Giuffré 1962, págs. 127 y ss.

(128) La cuestión tuvo gran relevancia en Roma y se estudia hoy ampliamente por los romanistas, como lo prueba la monografía dedicada a este estudio de FRANCIOSI, *Studi sulle servitú prediali*. Nápoles Jovene 1967, con 253 páginas y la atención que le prestan BIONDI, *Le servitú prediali nel diritto romano*. Milán, Giuffré 1954, págs. 200 y ss. y también en *Le servitú*. Milán, Giuffré 1967, págs. 206 y ss.; GROSSO, *Le servitú prediali nel diritto romano*. Giappichelli. Turín 1969, págs. 54 y ss. y 167 y ss.

(129) *Ob. cit.*, págs. 55 y ss.

(130) BIONDI, *ob. ult. cit.*, págs. 207 y s. y GROSSO, *ob. cit.*, páginas 172 y s.

(131) *Ob. ult. cit.*, pág. 208.

(132) Véanse JÖRS Y KUNKEL, *Derecho privado romano*, traducción de PRIETO CASTRO. Barcelona, Labor 1987, págs. 216 y ss.; PASTORI, *La superficie nel diritto romano*. Milán, Giuffré 1962, págs. 39 y ss. especialmente.

colindantes y arrendaticios y al diverso tratamiento jurídico de los arrendamientos rústicos y urbanos e incluso de la inversión extranjera en inmuebles; pero la polarización, a efectos de esta última legislación de las fincas en rústicas y urbanas se rompe, más que con la actividad empresarial (artículos 19 de la L. y 23 del R.), con la adquisición para fines industriales de una finca; v. g., para una escombrera, una nave industrial, una pista de cemento para almacenar la producción o las materias primas, una piscina circundada por terrenos ajenos, etc. Estos inmuebles cuyo destino no es rústico ni urbano sino industrial, no son fincas rústicas ni urbanas y cuando se adquieren para una empresa, deben incluirse en la actividad empresarial autorizada para la creación y funcionamiento de la empresa. Así lo entiende la N.^a III-2-3 de la Res. de 20 de enero de 1975, lo que es muy interesante, porque no es necesaria autorización administrativa, si su valor no supera al capital (133) de la sucursal.

Por tanto, en materia de inversiones extranjeras la polaridad rústica o urbana, referida a las fincas, no tiene validez: hay predios que tienen un destino industrial y quedan absorbidos en la empresa.

En el estudio distinguiremos las inversiones en fincas rústicas, urbanas e industriales y un epígrafe común a todas ellas.

Las prohibiciones y limitaciones en las adquisiciones de inmuebles afectan, aunque en distinta medida, a los extranjeros residentes en España, a los españoles y extranjeros residentes en el extranjero, tengan o no establecimientos secundarios en España y a las personas jurídicas extranjeras con o sin establecimientos secundarios en España (artículos 16 a 18 y 21 de la L. y 19, 21, 22 y 25 de su R.) y también a las sociedades españolas con participación extranjera solamente tratándose de inmuebles sitos en las costas o fronteras (134).

En cuanto al objeto de la inversión, comprende las fincas rústicas y urbanas (artículos 16 de la L. y 19 del R.), pero el destino de la finca, puede ser también industrial y así lo ve la Res. de 20-I-75.

B) INVERSIONES EN FINCAS RUSTICAS

Estas inversiones afectan a los extranjeros residentes en España principalmente, pero también a las personas jurídicas españolas controladas por extranjeros, si bien sólo en cuanto a la Ley de Costas y Fronteras. Los españoles residentes fuera de España también están afectados, cuando la adquisición de fincas rústicas implique actividad

(133) Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras de seguros, también pueden adquirirlas, si las destinan a reservas, norma II-3 de la Res. últ. cit en el texto.

(134) Los artículos 4.^º y 19 de la L. 8 de 12 de marzo de 1975 sujetan a las personas jurídicas bajo control extranjero a la limitación de adquirir más de un 15 por 100 de superficie en cada zona (arts. 4.^º y 16) y entiende por tales sociedades las que su capital pertenezca a extranjeros en más de un 50 por 100 o estén incursas en otros supuestos de hecho de los artículos 7.^º de la L. y de su R.

empresarial. Las personas jurídicas extranjeras necesitan autorización administrativa para adquirir fincas rústicas. Los establecimientos secundarios tampoco pueden adquirir fincas rústicas, salvo si es para integrarlas con fines industriales en su empresa.

a) **Españoles residentes fuera de España.**—Pueden adquirir fincas rústicas incluso con pesetas interiores, si van a regresar y disfrutarlas ellos mismos.

Fuera de estos casos también pueden adquirirlas sin necesidad de autorización administrativa, cuando su adquisición no implique actividad empresarial o con ella cuando la constituya. Así resulta claramente del artículo 19 de la L. y 23.1 del R.

Ahora bien, ¿cuándo la inversión en fincas rústicas implica actividad empresarial? No tenemos ninguna orientación legal ni reglamentaria en este caso. Descartamos el criterio de la extensión de las fincas dictado para los extranjeros residentes y nos inclinamos por entender que la empresa agrícola o ganadera es la determinante de la actividad empresarial, decidiendo su existencia los obreros agrícolas, empleados en la empresa, la dirección técnica, los poderes estables a personas que la dirijan y las ventas. En estos casos tenemos una explotación revestida jurídicamente por un establecimiento secundario e incursa en el supuesto de hecho de los artículos 13 de la L. y del R. con los cuales, sin duda, hay que colmar la laguna de los artículos 19 de la L. y 23.1 del R.

b) Las personas jurídicas españolas controladas por extranjeros necesitan autorización del Ministerio Militar conforme al artículo 19 de la L. 8 de Costas y Fronteras de 12-III-1975.

c) Las personas jurídicas extranjeras necesitan siempre autorización administrativa, pues su adquisición se considera actividad empresarial (art. 23.1.2. del R.). Les afectan también las normas dictadas por razón de Defensa Nacional, que expongo en el epígrafe de los extranjeros residentes en España.

d) Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero. Lo mismo que las personas jurídicas extranjeras la adquisición de fincas rústicas se la considera siempre actividad empresarial y necesitan autorización administrativa (art. 23.1.1. a del R.). Les afecta también las normas dictadas por razón de Defensa Nacional, que expongo a continuación.

e) Extranjeros residentes en España.

La legislación dictada por razones de Defensa Nacional prohíbe sin la pertinente autorización adquirir fincas sítas fuera de población, sus ensanches o zonas urbanizadas en los lugares del territorio nacional que en dicha legislación estratégica y de defensa nacional se fijan.

Esta legislación se concreta fundamentalmente en las siguientes disposiciones: L. de 23 de octubre de 1935, que prohíbe a los extranjeros adquirir más de un 25 por 100 de superficie de las islas españolas y exige autorización del Ministerio de la Guerra para adquirir obras, fincas o terrenos en las zonas que delimita, de Baleares, Estrecho de Gibraltar y Galicia, desarrollada esta L. por O. circular 25 de enero

de 1936 (135), D. de 28 de febrero de 1936, D. de 25 de abril de 1936 (135), D. de 8 de junio de 1956 y D. de 21 de marzo de 1958, complementada por la L. de 12 de mayo de 1960; respecto a la Zona Militar de Costas y Fronteras, L. 8 de 12 de marzo de 1975, R. D. de 17 de marzo de 1891, R. D. de 14 de diciembre de 1916, D. de 15 de febrero de 1933, D. de 1 de junio de 1933, D. de 5 de junio de 1934, D. 9 de marzo de 1936 y O. de 23 de marzo de 1900. Legislación reconocida como vigente, salvo la L. 8 de 12 de marzo de 1975, que es posterior, por los artículos 17 de la L. y de su R.

Para invertir en los inmuebles referidos en el párrafo anterior es necesaria autorización administrativa, del Ministerio del Ejército o del Ministerio militar (136) y el pago de la misma deberá hacerse con aportación dineraria exterior, como exigen explícitamente los artículos 16 de la L. y 19 de su R. En materia de turismo, hay normas especiales: La declaración de interés turístico nacional, de acuerdo con lo previsto en la Ley de 28 de diciembre de 1963, llevará aparejado el otorgamiento de las autorizaciones exigidas para superar los límites superficiales en materia de fincas rústicas o por motivos estratégicos o de defensa nacional (artículos 20 de la L. y 24 de su R.). El párrafo penúltimo del artículo 18 de la L. 8 del 12 de marzo de 1975 de Zona Militar de Costas y Fronteras sigue el mismo criterio para estas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. El D. 4.297 de 23 de diciembre de 1964 en su artículo 62-2 impone al adquirente o al notario autorizante de la escritura la carga de dar cuenta al Ministerio del Ejército o a la Presidencia del Gobierno, según corresponda, de las referidas autorizaciones implícitas que lleva consigo la declaración de centro o zona de interés turístico (136 bis).

En las inversiones en inmuebles en las que el derecho real pleno o limitado recaiga sobre finca rústica, la adquisición comprende todos los títulos adquisitivos por actos «inter vivos» (compraventa, permuta, donación, etc.) no los «mortis causa» (137). La inscripción es constitutiva para la adquisición de fincas rústicas (138). En las adquisiciones «pro indiviso» de fincas rústicas juega también el límite antes de la división, tomando el resultado de multiplicar la superficie por la fracción que representa la cuota (139).

El límite superficial de las fincas rústicas, que afecta solamente a las personas físicas extranjeras residentes en España, objeto de este epígrafe, es de cuatro hectáreas de regadío y veinte de secano (140).

(135) Reconocidas como vigentes por el D. 1.497 de 19 de junio de 1975.

(136) Así se expresan los artículos 16 y 17 de la citada L. 8 de 1975, dando entrada al Ministerio de Marina y también al del Aire.

(136 bis) Véase LUCAS FERNÁNDEZ, *Inversiones cit.*, págs. 258 y ss.

(137) Así resulta de los artículos 18 de la L. y 22 de su R. y de la Disposición adicional 4.^a.

(138) Artículo 1.^o de la L. de 12 de mayo de 1960, 21 de la L. de 12 de marzo de 1975 y 18-2 de la L. y 22-2 de su R. El artículo 4.^o del D.-L. de 22-III-1962 está modificado (D. de 19-VI-1975).

(139) Artículo 22-1-3 del R.

(140) Art. 22-1 del R. y 18 de la L.

La calificación de la finca se hará conforme a los datos del Registro de la Propiedad o de la Contribución Territorial Rústica, prevaleciendo los más recientes, debiendo aportar el vendedor los datos de ambos (141). En el caso de que las fincas fuesen unas de secano y otras de regadío o, tratándose de una sola finca, fuese una parte de secano y otra de regadío, se establece la equivalencia de cinco hectáreas de secano a una de regadío (142). La autorización para rebasar dichos límites corresponde al Consejo de Ministros (143).

C) FINCAS URBANAS.

a) *Españoles residentes en el extranjero.*

Plantean el mismo problema que la adquisición de fincas rústicas por los españoles residentes en el extranjero, o sea, el de la actividad empresarial. Este problema tiene el mismo fundamento jurídico legal: artículos 19 de la L. y 23 del R. en relación con los artículos 13 de la L. y del R.

Nosotros creemos que no es cuestión de número de viviendas adquiridas, ni de número de locales de negocio, sino de la existencia o no de empresa mercantil.

Habrá empresa mercantil, cuando el español sea promotor de viviendas o locales para venderlos o arrendarlos como profesión, a través de un establecimiento secundario en España, deducido de los poderes de quien lo represente aquí y del personal y capital que lo integre.

b) *Extranjeros residentes en España.*

No tienen limitaciones, como se desprende de la lectura de la L. y del R. y confirma la Res. de 25 de enero de 1975 en su N.^a 1-b, que les exime de la obligación de declarar la inversión en el RIE de las pesetas ordinarias que destinan a la adquisición de inmuebles.

c) *Personas jurídicas extranjeras.*

No pueden adquirir fincas urbanas sin autorización administrativa de la DGTE, ya que su adquisición la considera actividad empresarial el artículo 23-1-2 del R. y ello aunque adquiera la finca urbana para fines de recreo, claro es, de sus socios, asociados, beneficiarios, empleados o trabajadores, casos estos en que la adquisición no constituiría una actividad empresarial en España. En el supuesto de que adquiera la finca una sucursal u otro establecimiento secundario de una persona jurídica extranjera y para uso exclusivo de dicho establecimiento secundario, me remito a lo que digo al estudiar las fincas industriales.

(141) Art. 22-1-2 del R. Véase LUCAS, *ob. últ. cit.*, págs. 234 y ss.

(142) Art. 22-1-1 del R.

(143) Art. 25-8.^º de la L. y 33-8.^º de su R.

d) *Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero.*

Caso de que tengan establecimientos secundarios en España, me remito a lo que diré al tratar de las fincas industriales.

La inversión extranjera en fincas urbanas la considera interesante el legislador y la estimula, pero excluye aquellas inversiones que constituyen actividad empresarial del extranjero no residente en España, para las cuales exige autorización administrativa general o especial; así y salvo que se trate de compra para fines industriales, excluye las actividades que puedan ser especulativas, compra de solares, pero autoriza con carácter general la compra para edificar, bien la propia casa o vivienda, bien un edificio agrupado con otros o las inversiones cuantitativamente importantes, que las considera actividades empresariales, aunque autoriza la compra de locales de negocio, como veremos.

La liberalización y las autorizaciones de carácter general en esta materia de fincas están dictadas para atraer divisas y por tanto el pago ha de hacerse con aportación dineraria exterior (artículos 16-1 de la L. y 19-1 del R. y N.^a 1-2-3 de la Res. de 30 del 7 del 75, con la única excepción de la adquisición de fincas urbanas para uso propio contenida en la N.^a II-1 y 2 de la Res. de 23-1-1975).

La Res. de 20 de diciembre de 1974 concedió una autorización general para la adquisición de solares, pero con poco acierto, dejando muchas cuestiones sin resolver (144), hasta el punto que fue derogada por la de 30 de julio de 1975, que estudiamos seguidamente, juntamente con la de 25 de enero del mismo año.

La adquisición de solares, considerados como inmuebles urbanos conforme a la «Ley del Suelo y Ordenación Urbana», por persona física extranjera no residente exige autorización administrativa, por considerarla actividad empresarial el artículo 23-I-I-b del R., más las normas I-1 y 2 de la Res. de 30 de julio de 1975 conceden una *autorización general* a estos extranjeros para adquirir solares o parcelas cuya superficie no supere los 5.000 metros cuadrados y se destinen a la construcción de vivienda unifamiliar, villa o chalet para uso propio del adquirente, es decir, para que el adquirente pase en ella temporadas en España o venga a vivir aquí permanentemente o lo hagan familiares íntimos suyos. El extranjero no residente puede adquirir el solar en virtud de esta autorización general, pero en la escritura deberá hacerse constar el destino, o sea, que lo adquiere para construir por administración o mediante contrato de obras o empresa la vivienda, villa o chalet para habitarla él, para uso propio, no para arrendarla ni para venderla, ya que la expresión uso propio está acuñada por la Legislación de Viviendas de Protección Oficial y tiene ese sentido (145).

Cuestión distinta es la regulada en el artículo 23-2 del R. de *no considerar actividad empresarial* la adquisición de villas, chalets y, en

(144) Véase LUCAS, *ob. últ. cit.*, págs. 240 y ss. y especialmente AVELLO ESTRADA, *ob. cit.*, págs. 9 y ss.

(145) Véase mi libro *Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial*, E.U.N.S.A. Pamplona 1970, págs. 509 y ss. del vol II, especialmente.

general, la adquisición de viviendas de uso individual o familiar y ello tanto si adquiere el inmueble ya construido como si está en construcción. En este último caso siempre que no sea promotor y pague con aportación dineraria exterior, ya que son los dos requisitos exigidos por la N.^a 27-I de la Res. de 25 de enero de 1975, la cual excluye del concepto de actividad empresarial la adquisición de inmuebles en construcción por los extranjeros no residentes. La ampliación a los inmuebles en construcción hecha por la Res. últimamente citada se funda en que el promotor inicia la construcción y para ello tiene que ser dueño del solar, por esto si fuese promotor (146) el extranjero no residente en España habría adquirido el solar, lo que prohíbe el artículo 23.1.1-b del R. sin autorización administrativa.

También les *autoriza* con carácter general, para adquirir solares para la construcción de viviendas, como promotor agrupado a otros promotores españoles e incluso agrupados a otras personas físicas extranjeras no residentes, siempre que no resulte propietario de más de tres viviendas y su cuota en relación con el valor total del solar o del inmueble, es decir del solar edificado, no supere el cincuenta por ciento y en el caso de ser promotores más de un extranjero no residente y españoles, cada uno de los extranjeros puede ser propietario de tres pisos, pero la suma de las cuotas de los extranjeros no residentes, tanto en el solar como en el edificio, no pueden superar el cincuenta por ciento. La construcción del edificio pueden hacerla por administración o mediante el pertinente contrato de empresa o de obra con el contratista. Se trata de otra autorización para el supuesto de hecho del artículo 23.1.1-b del R. contenido en las normas 1-2 y 2 de la Res. citada de 30 de julio de 1975. La agrupación de promotores no es una comunidad, sino una sociedad de hecho, o mejor irregular, civil o mercantil, según la finalidad de la construcción (147). La titularidad del edificio ha de ser la de una copropiedad «pro diviso», no «pro indiviso», regulada en la L. de 21 de julio de 1960 (148).

Cuestión distinta de autorización, por no implicar actividad empresarial y no necesitarla, es la de adquisición por personas físicas extran-

(146) Promotor es el propietario de un solar sobre el cual construye un edificio por administración o mediante contrato de obras o empresa, aunando en su persona los recursos económicos para el pago de las edificaciones que destinará a vender, arrendar o habitar él con su familia. Para viviendas acogidas véase mi *ob. últ. cit.*, págs. 113 y ss. del vol. I y 155 y ss. del vol. II, primordialmente.

(147) Es una figura contemplada en el artículo 6-a del T. R. de Viviendas de protección Oficial y 22-a de su R. Sobre agrupación de promotores véase mi *ob. últ. cit.*, vol. II, págs. 175 y ss.

(148) La letra de la Ley, rechaza la copropiedad, pero ésta asoma vigorosamente en la cuota, con la exclusión de la "actio communi diviendo", en los estatutos, en los reglamentos, en la junta de propietarios, etc., que evidencian la copropiedad "pro diviso", lo dividido no es la propiedad, que está indivisa, sino el aprovechamiento, uso o disfrute de los pisos o locales. Esta mi tesis, necesita de una monografía y se opone a la tesis de la propiedad singular y exclusiva, que defiende la mayor parte de la doctrina, sin advertir que la letra de la Ley no puede destruir la realidad que encauza.

jerás no residentes de una, dos o tres viviendas en un mismo inmueble, pues la adquisición de más de tres viviendas constituye para estas personas actividad empresarial, conforme al artículo 23-1-1-c del R. La adquisición puede realizarse en el inmueble ya construido o también en construcción siempre que el extranjero adquirente no sea promotor, ya que la N.^a 27 de la Res. de 25 de enero de 1975 no considera tal supuesto como actividad empresarial por las razones que dimos al estudiar la adquisición de la villa, chalé o vivienda de uso individual o familiar.

En los casos en que las viviendas referidas en el párrafo anterior y que la persona física extranjera puede adquirir sin necesidad de autorización administrativa por no constituir actividad empresarial, puede hacerlo no sólo con su anejo, el de cada vivienda, sea un garaje en el sótano o en la primera planta, sea un trastero en el sótano o en la buhardilla y también la plaza de garaje, que tenga cuota, que figure como local de negocio o comercial y no como anejo, pues si está en el mismo edificio que la vivienda tiene más de anejo que de local independiente, esté tabicado o solamente separado por una raya pintada en el suelo, pues no se hizo anejo para facilitar su venta al promotor y no porque su configuración repugne a la naturaleza del anejo. Esta plausible exclusión del anejo como actividad empresarial está contenida en la Res. de 25 de enero de 1975 citada, N.^a 27-2, que habla de anejos de viviendas y de plazas de garaje, aunque sean independientes, o sea, tanto anejo inseparable como local independiente.

En materia de adquisición de locales comerciales, la citada Res. de 30 de julio de 1975 en su N.^a 3 confiere una *autorización general* a favor de las personas físicas extranjeras residentes en el extranjero, condicionada a que su número no exceda de tres, la superficie no supere los doscientos metros cuadrados, sumándola en caso de ser dos o tres los locales y que no constituyan actividad empresarial propia del titular, no considerándose tal el alquiler. Para que el extranjero sea promotor del edificio donde se construyan los locales o para comprar éstos en construcción, se requiere autorización administrativa, según mi criterio, tanto si el local no se destina a comercio, como si se destina a industria, e incluso a almacén y esto aunque la Res. hable de locales comerciales y no de locales de negocio.

¿Pueden los extranjeros, personas físicas, residentes fuera de España adquirir tres viviendas en un inmueble y otras u otras dos o tres en otro?, aunque la Res. últimamente citada, lo mismo que el artículo 23-1-1-c, se refieren únicamente a tres viviendas en el mismo inmueble, en el inmueble, y aunque no se impone límite de superficie, a diferencia de lo predicado para los locales comerciales, es claro que no, porque aún destinando las viviendas a alquiler, al aumentar sin tope el número, la actividad sería empresarial, que es precisamente lo que prohíbe el R., o sea, que pueda adquirirse sin autorización rebasando ese tope, ya que se masificaría o, al menos, podría masificarse la adquisición y alquiler de los pisos, lo cual constituye la nota de la empresa.

¿Pueden adquirir las viviendas en edificios distintos? Siempre que los pisos estén en régimen de copropiedad horizontal sí, porque el

límite de tres es negativo de la actividad empresarial, como acabamos de ver.

¿Pueden adquirir las tres viviendas para alquilar y la villa o chalé u otro piso para habitarlo, veraneando o invernando en éstos? Desde luego que sí, porque las tres viviendas constituyen límite negativo de la actividad empresarial y la destinada a habitarla como villa o vivienda de recreo para el extranjero o su familia es uso propio, es recreo y no es actividad empresarial, no pudiendo por tanto sumarse, de ahí que el R. 23-2 y la Res. últimamente citada N.^a I-I-b hablen de uso propio, lo que excluye la venta y el alquiler.

¿Son compatibles las tres viviendas para alquilarlas o venderlas, en su caso, con la villa o vivienda destinada a uso propio y con los tres locales de negocio? Indudablemente, son compatibles. El extranjero no residente, persona física, puede ser simultáneamente propietario de ellos. Me fundo en que la legislación de inversiones extranjeras no considera actividad empresarial ser propietario de tres pisos en régimen de propiedad horizontal y tener además otro, o una villa o chalé, para uso propio, por tanto, la única actividad empresarial, es la autorizada con carácter general, en materia de locales de comercio por la N.^a 3 de la Res. de 30-VII-1975, que no necesita otra autorización.

D) FINCAS CON DESTINO INDUSTRIAL.

La N.^a III-2 de la Res. de 20 de enero de 1975 dice: «Las sociedades extranjeras que tengan establecidas sucursales en España podrán adquirir, mediante pago en pesetas ordinarias, *inmuebles para uso exclusivo de las mismas*, sin que su importe pueda superar el capital asignado a las mismas». Esta norma nos plantea dudas. Que la autorización sea para utilizar pesetas ordinarias en la compra de inmuebles, nos parece algo superfluo, que sea para adquirir inmuebles para sus fines sin más tope en su importe, en su valor, que no supere el capital asignado a la sucursal, discutible, no sólo porque no emplea la palabra autorización, sino también porque en fincas rústicas se cambia la medida del límite, ahora es valor, no superficie y el mismo cambio se opera en las urbanas y, además, en las rústicas la autorización compete al Consejo de Ministros, no a la DGTE, a la cual compete la autorización para la creación de establecimientos secundarios en España de personas físicas no residentes o de personas jurídicas extranjeras. Claro que el inmueble con un destino industrial no es rústico ni urbano y que el hecho de estar afecto al uso exclusivo de la empresa, o sea, vinculado a la actividad empresarial, implica un importante control y dicta una medida distinta de la superficie y del número de locales o viviendas, cuya medida es inexcusable, pues la de superficie es incompatible con las necesidades de la empresa, que son industriales y no agrarias o ganaderas. La frase uso exclusivo de la empresa excluye la adquisición de terrenos para viviendas, centros de recreo y cualesquiera otros fines diversos de los que constituyen la actividad de la empresa y también excluye la adquisición de los pisos, locales, edificios o construcciones.

Ponderando todos los argumentos anteriores, pesan para mí éstos: La DGTE es competente para autorizar el establecimiento de empresas, cuyo dueño sea una persona jurídica extranjera o una persona física española o extranjera no residente en España; el límite, que su valor no supere el capital asignado a la sucursal, es un control (149) complementado por la limitación del destino del inmueble, o sea, su afectación a la actividad empresarial, que impide destinarlo a otros usos y desdibuja la naturaleza rústica o urbana del inmueble o inmuebles, al servir la finca a fines industriales; y, por último, la adquisición con pesetas ordinarias excluye problemas de divisas, por lo cual entendemos que la N.^a III-2 de la Res. últimamente citada, autoriza a las sucursales y a los demás establecimientos secundarios, para adquirir inmuebles destinados al uso exclusivo de las empresas que representan jurídicamente.

E) CUESTIONES COMUNES.

Son dos las que estudiamos, una relativa a las modalidades del precio, cuando consiste en aportación dineraria exterior y otra, la de la constancia en la escritura de no superar los límites liberalizados o comprendidos en una autorización general.

a) *El precio.*

Si se paga al contado o de presente, se acredita con el talón o cheque regulados en el apartado a) de la N.^a cuatro de la Res. de 25 de enero de 1975, si el precio es confesado o se pagó previamente, se acredita con la certificación bancaria referida en el apartado b) de la misma N.^a, mas si se aplaza, no puede acreditarse al hacerse la escritura y plantea una serie de problemas resueltos en la Res. de 30 de julio de 1975 en su N.^a 4.^a en estos términos: «No se necesita autorización administrativa, siempre que las cantidades aplazadas sean pagadas con aportación dineraria exterior, debiendo expresarse en la escritura y en la declaración ante el RIE las cantidades aplazadas y sus vencimientos y acreditarse el pago con la certificación bancaria referida en el citado número 4 de la Res. últimamente citada», mas este párrafo 2 del número 4 es muy oscuro, pues se refiere simultáneamente al precio aplazado total o parcialmente y al confesado o de presente, caso de aplazamiento parcial. Creemos que el sentido de este párrafo 2, es: si no se aplaza todo el precio, o sea, que hay una parte de él confesado o al contado, esta parte del precio se acredita como hemos expuesto para estas modalidades del precio; el pago o pagos de la parte aplazada o de la totalidad del precio, se acreditará al otorgarse la escritura de pago o carta de pago con el cheque o talón o la certificación bancaria establecida para los precios de presente o confesados, ya que el pago tendrá uno de esos caracteres al autorizarse por el notario la carta de pago. En el caso

(149) El capital de las sucursales de sociedades extranjeras debe constar en el Registro Mercantil, conforme al artículo 88 de su Reglamento y lo mismo se dispone respecto de las agencias o delegaciones en el artículo 97, párrafo último de dicho Reglamento.

de que el precio aplazado se incorpore a «letras de cambio, éstas deberán domiciliarse en una entidad bancaria delegada con cargo a una cuenta extranjera para pagos en España (Cuentas A) o cuenta extranjera en pesetas convertibles (Cuentas B)» (párrafo 3 del núm. 4 citado) (150).

Por último, el párrafo 4 del citado núm. 4 admite que las letras puedan descontarse y, cuando el precio no esté incorporado a letras de cambio, admite también la concesión de créditos en pesetas a cuenta de la parte pendiente del precio aplazado.

b) La constancia o reflejo en la escritura pública de no rebasar los límites de las inversiones o la autorización administrativa, en otro caso, debe hacerse de una de estas formas:

Cuando no es necesaria autorización administrativa, el adquirente deberá declarar en la escritura pública que su adquisición es la primera o que sumada a las fincas rústicas que tiene, no supera las superficies liberalizadas.

Tratándose de fincas urbanas, debe manifestar que no rebasa los topes fijados en cuanto a número y superficie, si de locales comerciales se trata, y que no lo destina a una actividad empresarial; que destinará la vivienda, chalé o villa a uso propio; que son las únicas viviendas que tiene en propiedad y no destinadas a uso propio, no superando la cifra unidas a las que tenía, si alguna había adquirido ya; etc.

En el caso de adquisición de inmuebles con un destino industrial y por establecimientos secundarios de sociedades extranjeras o personas físicas residentes en el extranjero, debe manifestar el representante del establecimiento, que lo adquiere para un fin industrial y que su valor no supera el capital asignado en España al establecimiento que representa.

En caso de superar los límites liberalizados, deberá presentar la autorización administrativa, la cual deberá ser reseñada por el notario en la escritura, testimoniarla en la misma o incorporarla, esto último, solamente cuando su objeto coincide con el de la escritura, no debiendo incorporarla, si es más amplia la autorización. Si no puede presentar la autorización, pero está en posesión de ella, lo manifestará así al notario y se hará constar en la escritura y en la declaración al RIE (N.^a 3-1 de la Res. de 25 de enero de 1975). Si estuviese pendiente de obtener la autorización, puede subordinarse la transmisión a *condición suspensiva* consistente en la obtención y presentación de la autorización, cuya obtención puede hacerse constar en la escritura por diligencia, si previamente se hubiese pedido al notario autorizante. El acto escrito rado no es contrario a la Ley, sino conforme a ella, ya que la transmisión y correlativa adquisición no se operan hasta que se cumpla la condición; la dificultad reside en la devolución del precio, si la autorización no se obtiene.

(150) No veo armonía entre la domiciliación de las letras en la Cuenta B y la O. de 16 de marzo de 1975, porque las Cuentas A, y no las B, son las de pagos en España.

VIII. PRESTAMOS.

Limitaremos nuestra exposición a una mera alusión de los diversos casos que pueden plantearse (151).

A) Los concedidos por residentes en el extranjero a favor de residentes en España y en moneda extranjera o divisas, requerían autorización administrativa del IEME de acuerdo con el artículo 5.^º apartados d), e) y o) del D. de 24 de noviembre de 1939, y hoy la requieren del Banco de España (art. 2.^º del D. 1.791 de 26 de julio de 1973).

B) Los otorgados por españoles a favor de sociedades españolas con participación extranjera, se rigen por los artículos 8.^º de la L. y del R. desarrollados por la O. 5-III-1975.

C) Los establecimientos secundarios de personas físicas residentes en el extranjero o de personas jurídicas extranjeras, pueden, con autorización administrativa, tomar dinero a préstamo en pesetas ordinarias (art. 14 de la L., 15 de su R. y N.^a III-1 de la Res. de 20 de enero de 1975).

D) Los extranjeros residentes en España pueden concertar préstamos como prestatarios o prestamistas en pesetas ordinarias, sin necesidad de autorización administrativa (152).

E) Los concedidos a residentes en el extranjero sean españoles o extranjeros en divisas o en pesetas requieren autorización administrativa del Banco de España, como dijimos, si lo son en divisas, conforme al artículo 5.^º d), e) y o) del D. de 24 de noviembre de 1939 en relación con el artículo 2.^º del D. 1.791 de 26 de julio de 1973 y de la DGTE, si el préstamo es de pesetas, de acuerdo con los apartados i), j), m) y n) del artículo 5.^º del D. de 24 de noviembre de 1939 en relación con el artículo 1.^º del D. 1.791 de 1973. El apartado i) se refiere a la autorización de préstamos, los apartados j) y n) a la cesión de créditos y el m) a la venta de inmuebles e implícitamente a su hipoteca.

En el uso de las facultades que le confieren los apartados i), j), m) y n), que acabo de mencionar, la DGTE en el núm. 5 de la Res. de 30-VII-75, concedió una autorización general a «las personas físicas no residentes para obtener de las Instituciones de Crédito Oficial, Banca Delegada y Cajas de Ahorro Confederadas, créditos hipotecarios en pesetas con destino a la adquisición de inmuebles», siempre que reúnan estas condiciones:

a) Sólo podrán autorizarse para adquirir inmuebles de nueva construcción o en primera transmisión, es decir, construidos por el prestatario o comprados por éste al promotor, siempre que éste sea un español residente en España.

(151) Para una exposición más amplia y desde otros puntos de vista, véase PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 473-523.

(152) Los concedidos a extranjeros para compra de buques, bienes de equipo de fabricación nacional o aportación tecnológica española se rigen por el D. 1.837 de 26 de junio de 1974, O. de 9 de julio de 1974 y Res. de 16 de julio de 1974. (Véase LUCAS, *ob. ult. cit.*, págs. 273 y ss.)

b) Las condiciones del préstamo no podrán ser más favorables que las que se apliquen con carácter general a créditos análogos concedidos a residentes.

c) La amortización habrá de hacerse con aportación dineraria exterior. El préstamo se constituye en pesetas ordinarias y se extingue en «divisas».

d) El préstamo deberá destinarse al pago del precio del inmueble que se hipoteca.

Subrogación. En caso de venta del inmueble a un no residente, se le concede una autorización general, para subrogarse en el crédito hipotecario, siempre que se cumplan los requisitos b), c), y d) antes referidos. Si el inmueble hipotecado se vende, la hipoteca seguirá gravádole, pero el vendedor responde además personalmente de la deuda, lo que en este caso es interesante, porque su pago ha de hacerse en divisas; mas en el caso de que el comprador sea extranjero, la DGTE no pone obstáculo alguno, para que el vendedor quede desligado de su responsabilidad, siempre que el acreedor hipotecario consienta la asunción de deuda por el comprador (párrafo último del núm. 5 de la Res. de 30-7-75).

La construcción y venta de viviendas en zonas turísticas gravadas con hipotecas se rige por las OO. de 14 de abril y 13 de mayo de 1964 y 9 de agosto de 1974.

F) Los préstamos a emigrantes se pueden solicitar del Banco o Caja de Ahorros transcurridos dos años desde la apertura de la cuenta, cuya cuantía será la que resulte de multiplicar por 30 los intereses acumulados en todo el período de apertura, sin que pueda exceder de 750.000 pesetas, si la cuenta estuvo abierta tres años o menos y 1.000.000, si sobrepasase ese período. El préstamo, que se concede en «pesetas interiores», ha de aplicarse a la adquisición, mejora o ampliación de la vivienda destinada a uso propio del titular de la cuenta; acceso a la pequeña propiedad comercial, industrial o agraria; adquisición de acciones, participaciones y obligaciones que reúnan ciertas condiciones y fondos públicos, de acuerdo con los artículos 7.^º y 8.^º del D. 3.259 de 29-X-1970. La entidad prestamista puede exigir las garantías que estime necesarias, incluso la hipotecaria (art. 5.^º de la O. de 21-XII-1970).

IX. CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS.

Son aquellos «cuyo objeto es la construcción y conservación de edificios, carreteras, puentes, puertos, etc., ejecutados por empresas especializadas, generalmente a precios alzados, previa adjudicación en concurso o subasta». También se suelen incluir, según Pastor y Eguizázu (153), la construcción de fábricas o plantas completas «llave en mano».

(153) *Ob. cit.*, pág. 599.

Aquí nos interesa solamente una breve noticia (154).

Estos contratos están liberalizados, conforme a la Res. del IEME de 5 de marzo de 1962, pero si el contratista reside en el extranjero, y del contrato derivan pagos al exterior, el residente en España «deberá notificarlo a este Instituto (hoy a la DGTE), enviando copia simple de los mismos a efectos de facilitar la ejecución en su día de las transferencias correspondientes». Mientras no se haga esta notificación no nace el derecho a transferir al extranjero las divisas, según la norma 23-6 de la circular del IEME 249 de 10 de agosto de 1968.

En materia de construcción de edificios, villas o chalés referidos en los apartados 1 y 2 del núm. 1 de la Res. de 30-VII-1975 el núm. 2 de esta Res. autoriza a las personas físicas extranjeras no residentes, para contratar la ejecución de las obras «siempre que el pago se efectúe mediante aportación dineraria exterior». Lo cual es importante para resolver esta cuestión en la escritura de declaración de obra nueva.

X. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

La autorización administrativa es la resolución emanada del Gobierno u órgano competente que legitima la inversión extranjera o la disposición dineraria para su pago.

Las inversiones liberalizadas son aquellas que los extranjeros, españoles residentes en el extranjero o sociedades españolas con participación extranjera pueden hacer sin límite cuantitativo.

La liberalización procede de una disposición legal; v. g., adquisición de fondos públicos o de una autorización del Gobierno, mediante Decreto, conforme al artículo 6.^º de la L., v. g., D. 3.023 de 31-X-1974.

La norma es la liberalización parcial necesitando autorización administrativa para rebasar el límite. También puede estar liberalizada la inversión para unas personas y necesitada de autorización para otras.

La autorización puede ser general; v. g., las de las Res. de 20-XII-1974, 20-I-1975 y 30-VII-1975, o especial para cada caso.

Dos son los órganos a quienes incumbe conceder las autorizaciones, el Consejo de Ministros y la DGTE.

Conforme a los artículos 25 de la L. y 33 del R. «compete al Consejo de Ministros:

1. Autorizar las inversiones extranjeras cuando la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la sociedad española.

2. Autorizar las inversiones de sociedades españolas con participación extranjera en otras sociedades españolas, cuando dicha inversión supere el 50 por 100 del capital de las mismas, según el cómputo efectuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo séptimo.

3. Autorizar las inversiones extranjeras cualquiera que sea su porcentaje, cuando así lo disponga expresamente la legislación específica aplicable.

(154) Un estudio más completo puede verse en la ob. cit., de PASTOR Y EGUIDAZU, págs. 599-607.

4. Autorizar con carácter general las inversiones extranjeras, por encima del límite del 50 por 100 en las sociedades que se dediquen a determinados tipos de actividad.

5. Autorizar, en su caso, la modificación del objeto social, el aumento de capital o incremento del porcentaje de participación extranjera, siempre que la inversión extranjera hubiera exigido autorización administrativa del propio Consejo de Ministros.

7. Autorizar las inversiones extranjeras cuando pretendan realizarse en empresas de prestación de servicios públicos, siempre que la inversión extranjera supere el 25 por 100 de capital de la empresa.

8. Autorizar la transmisión por actos inter vivos del dominio o la constitución o cesión de derechos reales, a favor de extranjeros, de inmuebles de naturaleza rústica sitos en el territorio nacional, cuya extensión sea superior a cuatro hectáreas de regadío o veinte de secano...».

Conforme al artículo 35 del R. que desarrolla el 26 de la L, «compete a la DGTE:

1. Autorizar la utilización para efectuar inversiones extranjeras de cualquier otro medio de pago, según lo prevenido en el apartado d), número 1, del artículo 2 del presente Reglamento, así como de los saldos de las cuentas extranjeras de pesetas interiores.

2. Autorizar las inversiones extranjeras destinadas a la creación, funcionamiento y operaciones en España de establecimientos o sucursales de sociedades extranjeras o actividades empresariales que realicen personas físicas no residentes.

3. Autorizar la apertura de créditos en pesetas a residentes en el extranjero o a residentes en España por cuenta o con garantía de residentes en el extranjero.

4. Autorizar las inversiones extranjeras que pretendan realizarse mediante la formalización de contratos de cuentas de participación o a través de formas no previstas en este Reglamento...

6. Autorizar la transmisión de la titularidad de alguna de las inversiones previstas en el artículo 3 de este Reglamento, cuando dicha titularidad haya sido adquirida conforme a lo previsto en la disposición adicional 4.^a...».

XI. DECLARACION DE LAS INVERSIONES.

Están obligados a declarar las inversiones extranjeras los titulares de las mismas, el fedatario que las documente y las entidades bancarias donde se domicilien los cobros y pagos exteriores derivados de la inversión y a través de los cuales se efectúen las correspondientes operaciones (arts. 22 de la L. y 28 de su R.).

Los efectos de la declaración son: Inscripción en el RIE (arts 22 de la L. y 28 de su R.) y derecho a transferir al exterior los capitales, beneficios, rentas o intereses (arts. 23 de la L. y 31 de su R.).

Así como la autorización se proyecta en empresas no liberalizadas o desde que se supera el límite liberalizado, en las que lo están parcial-

mente, la declaración afecta u obliga respecto de las inversiones liberalizadas, las que no lo están y las que no implican inversión, sino adquisición «mortis causa» de la titularidad de alguna de las inversiones previstas en los artículos 3.^º de la L. y del R., todo, de acuerdo con los citados artículos 22 de la L. y 28 de su R. Disp. adicional 4.^º de ambos textos legales y N.^a 28 de la Res. de 25 de enero de 1975.

La declaración, según su clase, deberá hacerse en los modelos regulados en la Res. últimamente citada y a los que aludimos en la nota 17.

Así como hay adquisiciones que no implican inversión y, sin embargo, hay que declarar, como son las comprendidas en la Disp. adicional 4.^a últimamente citada, también hay inversiones que no hay que declarar, como son: las de fondos públicos, títulos privados de renta fija, que no sean convertibles en acciones, las certificaciones o participaciones de Fondo de Inversión Mobiliaria y las que efectuadas en pesetas ordinarias determine la DGTE (art. 28 del R. y N.^a 1-1-a de la Res. de 25-I-1976).

La Res. de 20 de diciembre de 1974 y N.^a 1-1-b de la Res. de 25 de enero de 1975, determinó, desarrollando el artículo 28 del R., que no estaban obligados a declarar los extranjeros residentes en España las pesetas ordinarias que destinan al ejercicio de actividad empresarial en nombre propio o a la adquisición de inmuebles. Sin embargo, creemos que tienen obligación de declarar los establecimientos secundarios en cuanto a los inmuebles que adquieran.

XII. TRANSFERENCIA AL EXTERIOR DE LOS BENEFICIOS DE LA INVERSIÓN O DEL PRODUCTO DE SU LIQUIDACION.

Distinguiremos los siguientes supuestos de transferencia al exterior de beneficios, rentas o intereses de la inversión y de su liquidación: inversiones directas en sociedades e inversiones de cartera; inversiones mediante contratos de cuentas en participación, u otros atípicos e innomados; inversiones en empresas por sociedades extranjeras o personas jurídicas no residentes; e inversiones en inmuebles. En todos estos casos tendremos que subdistinguir las transferencias de intereses, beneficios o rentas y las de capital y destacar aquellas que no se paguen con aportación dineraria exterior. Por último, destinaremos un subepígrafe para las inversiones de los emigrantes.

A) INVERSIONES DIRECTAS.

Carteramente, los artículos 9.^º de la L. y del R. emplean la expresión capital exterior, para comprender tanto la aportación dineraria exterior, como la aportación «in natura» de origen extranjero.

Los beneficios y dividendos legalmente repartidos y el precio de venta de los derechos de suscripción, pueden transferirse al exterior sin limitación cuantitativa alguna (arts. 9 citados) y se transferirán en la

divisa que aportó el inversor, convirtiendo las pesetas que importen los beneficios, dividendos o derechos de suscripción. La Res. de 25-I-1975 no se ocupa de estas liquidaciones, siendo procedente que se ingresen en la cuenta B del inversor, acreditada la titularidad de las acciones o participaciones.

Los capitales invertidos estarán representados por acciones o participaciones, cuyo valor será igual a las pesetas en que se valoró su aportación dineraria exterior o al valor en pesetas que se dio a su aportación en especie de origen extranjero, como previene la N.^a 7-2 de la Res. últimamente citada. El precio de las acciones y de las participaciones, es el que puede el inversor transferir a su país, previa conversión de las pesetas de dicho precio en la moneda del Estado del inversor. Si el precio de venta de las acciones o participaciones es inferior a la cantidad en que se valoró la aportación, es el precio de venta lo que puede transferir al exterior, pues la diferencia con la valoración inicial de la aportación, será en muchos casos consecuencia de haberse «aguado» el valor de la acción a causa de las ampliaciones de capital, que el inversor pudo compensar transfiriendo el derecho de suscripción preferente. Si el precio traducido en divisas es superior a las que éste aportó, o sea, que hay plusvalías, éstas también son transferibles (artículos 9.^o de la L. y del R.), pero si el inversor infringió las normas de inversiones, la Administración puede denegar el derecho de transferibilidad al exterior (arts. 9.^o-2 de la L. y del R.) (155).

B) INVERSIONES DE CARTERA.

Estas inversiones solo pueden pagarse con aportación dineraria exterior o interior, son incompatibles con las aportaciones en especie y han de realizarse siempre en Bolsa.

a) *Inversiones efectuadas con aportación dineraria exterior.*

El derecho de transferibilidad al exterior de los intereses, dividendos y venta en Bolsa de los derechos de suscripción o títulos, sean acciones, obligaciones, fondos públicos o participaciones de fondos de inversión, se regula en el artículo 12 de la L. idéntico al 12 del R. y el inversor, tiene derecho a transferirlos íntegramente, salvo si los vendió por precio superior al de la cotización, en cuyo caso la Administración puede denegarle el derecho a transferir al exterior.

b) *Inversiones efectuadas con aportación dineraria interior.*

Hay que subdistinguir según se hagan con «pesetas interiores o con pesetas ordinarias.

(155) La liquidación se formalizará en el modelo T.E.2 (norma 5, 10 y 11 de la Res. de 25-I-1975). Las plusvalías procedentes de acciones no cotizables en Bolsa y de participaciones sociales, pueden plantear graves problemas, que transparentan en el artículo 12-2 de la L.

a') *Pesetas interiores.*

Amparándose en el artículo 35.1 del R. que dice, «Compete a la DGTE:

1. Autorizar la utilización para efectuar inversiones extranjeras... de los saldos de las cuentas extranjeras de pesetas interiores», se reconoció el derecho de transferencia al exterior de los intereses, dividendos y derechos de suscripción en idénticos términos que a la aportación dineraria exterior y también el de transferir el importe de la venta de los títulos, siempre que la inversión hubiera permanecido ininterrumpidamente en los mismos títulos durante tres o más años (N.^a I-2 de la Res. de 23-I-1975). Este estímulo bursátil, es para mí, de oscura legalidad, oscuridad que me produce la lectura de los artículos 16.2 de la L. y 19.2 y 26.2 del R.

La protección de las cotizaciones con pesetas interiores mediante su transferibilidad exterior, es una finalidad contraria a las tuteladas en la legislación de inversiones extranjeras en España.

b') *Pesetas ordinarias.*

El artículo 14.2 permite las inversiones de cartera a las sucursales de sociedades extranjeras, que yo creo extensible a todos los establecimientos secundarios, y no sólo de sociedades, sino también de personas físicas españolas o extranjeras no residentes, pero no son transferibles al exterior los intereses dividendo, ni el precio de venta de los derechos de suscripción ni el de los títulos, como se desprende del artículo 16 del R.

C) INVERSIONES EN EMPRESAS O ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

En esta materia rige el artículo 16 del R. desarrollado por la Res. de 20-I-1975.

Hay que distinguir las empresas que se crean, de las que están funcionando.

a) Las inversiones en aquéllas efectuadas con aportación de capitales exteriores, en dinero o en especie, gozan de la facultad de transferir al exterior su participación en los gastos generales de la casa matriz, así como los beneficios obtenidos, de acuerdo con lo establecido en la autorización administrativa (art. 16 del R.). La N.^a I-4.1 especifica que la DGTE, a la vista de los justificantes presentados por la sucursal y el condicionado de la autorización administrativa, decidirá no sólo sobre beneficios y gastos generales, sino también sobre otros conceptos financieros debidos a la casa matriz. La decisión puede ser autorizando la transferibilidad total o parcial o negando la transferibilidad y decidiendo su incorporación a las reservas.

b) En cuanto a los establecimientos secundarios que ya estén funcionando en España, la N.^a II-1-b parece seguir en esta materia idéntico criterio, aunque deberá tenerse en cuenta, respecto a la participación en gastos generales y otros conceptos financieros debidos a la casa matriz,

si su fundación se hizo o no con aportación de capital exterior, lo que en muchos casos se desconocerá o será de difícil evaluación por su antigüedad.

En materia de beneficios creemos que deben seguir el mismo trato, ya que éstos se obtendrán con pesetas ordinarias, si sus productos se venden en el mercado español.

D) CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y OTRAS INVERSIONES EN EMPRESAS DE EMPRESARIO SOCIAL O INDIVIDUAL.

Se regulan en el artículo 18 del R. que, por cierto, parte del supuesto de que las inversiones se hacen o harán siempre con aportación dineraria exterior, lo que no es exacto, pudiendo hacerse también en especie o «in natura».

Dicho artículo 18 declara que «gozarán de la facultad de transferir al exterior el importe de los capitales invertidos y, en su caso, de los beneficios obtenidos, dentro de los límites y en las condiciones que se hubiesen establecido en la autorización administrativa».

E) INVERSIONES EN INMUEBLES.

Las variedades de esta materia son: precio pagado con aportación dineraria exterior o con pesetas interiores; y transferencia del precio y de los alquileres o rentas (156) y plusvalías.

a) Aquisición con aportación dineraria exterior.

a') Fincas urbanas.

Los requisitos para la transferencia al exterior del *precio real*, están regulados en el núm. 6 de la Res. de 30 de julio de 1975, que desarrolla el artículo 26.1 del R. y son:

1. Que el precio se haya pagado con aportación dineraria exterior por el adquirente hoy vendedor.
2. Que este sea una persona física española o extranjera residentes en el extranjero.
3. Que el precio no sea consecuencia de una actividad especulativa, sino precio real, es decir, que es el precio en pesetas traducidas en las divisas del país del vendedor, sea superior o inferior a la cantidad que pagó para comprar la finca que ahora vende.

4. Que el comprador tenga la condición de residente en España. Si no tiene esta condición, para gozar del beneficio de la transferencia del precio real al exterior es necesario que el pago del precio se haga en España y pueda acreditarlo ante el fedatario público que

(156) Digo rentas, porque las fincas rústicas pueden ser adquiridas por españoles no residentes, incluidos los emigrantes y su adquisición no constituir actividad empresarial.

autorice la compraventa con alguno de los medios previstos en el número 4 de la Res. de 25-I-1975, o sea, con el cheque o transferencia bancaria contra una cuenta extranjera A o contra una cuenta extranjera de pesetas interiores, claro es que en este último caso no goza el nuevo comprador del derecho de transferencia al exterior, como se lee en la N.^a II-4 de la Res. de 23-I-75.

En el caso de no residentes con pago del precio en el extranjero, el adquirente tendrá derecho a transferir en su día el importe de la aportación dineraria exterior del primitivo adquirente, siempre que la misma figure en escritura pública y esté inscrita en el RIE. Esto es lógico, el vendedor no puede exigir la transferencia al exterior, porque cobró ya en divisas, que no salieron de España y como el vendedor las ingresó, éstas son las que conceden el derecho de transferencia al comprador de hoy en el extranjero y vendedor de mañana en España.

La prohibición de inscribir en el RIE de esta compra, está fundada en que no hubo aportación dineraria exterior, porque el pago se hizo en el extranjero.

Los alquileres o rentas de fincas urbanas son transferibles al exterior, si se han adquirido con aportación dineraria exterior, su precio está totalmente pagado y el adquirente, nada adeuda al Fisco por razón del inmueble adquirido (art. 27 del R. y N.^a 7-1 de la Res. últimamente citada).

b') *Fincas rústicas.*

En los supuestos que pueden adquirirse, o sea, cuando el comprador sea un español residente en el extranjero, creo que el derecho de transferencia al exterior tanto del precio real como de las ventas debe tener igual tratamiento que el expuesto para los precios y rentas de las fincas urbanas, aunque el R. es poco explícito; mas hay apoyo en él, al menos en cuanto al precio, ya que el artículo 26.1 habla de adquisición de inmuebles y no de fincas urbanas. El artículo 27, sin embargo, habla de alquileres, que más bien hacen referencia a las viviendas, pero creo que no hay razón para excluir de esta expresión defectuosa las rentas de los locales de negocio y la de las fincas rústicas.

La venta de estas fincas plantea el problema del precio, si en ellas se hicieron mejoras, consistentes en plantaciones, obras de riego, edificaciones, etc. Caso de haberse hecho con aportación dineraria exterior equivalente al aumento del precio, la transferencia no ofrece duda, pero en el caso de las plantaciones la cuestión puede ofrecer dificultades, que habrán de examinarse en cada caso.

b'') *Adquisición con pesetas interiores.*

Está prevista en el artículo 26.2 del R., que dispone: el «comprador tendrá el derecho de transferencia al exterior que se determine en la autorización» que podrá dictar el Ministerio de Comercio conforme a los artículos 16.2 de la L. y 19.2 del R.

La DGTE, y no el Ministerio de Comercio, dictó la N.^a II de

la Res. 23-I-1975 (157), negando el derecho de transferencia al exterior, tanto de los alquileres como de los precios de venta. Los alquileres de las fincas urbanas y las rentas de las fincas rústicas (158), no se devengan, porque el destino de las fincas rústicas y urbanas es uso propio, y, por tanto, no pueden arrendarse y no pudiendo arrendarse mal pueden transferirse unas rentas que no existen. En cuanto a los precios, tanto de las fincas urbanas como de las rústicas, se prohíbe la transferencia al exterior (N.^a II-4 de la Res. de 27-I-1975), lo que es lógico, ya que no hay razón para estimular estas inversiones que producen una pérdida de divisas.

F) EMIGRANTES.

A ellos se refiere el núm. 3.^º de la Res. de 20 de junio de 1975 en estos términos: «Los titulares de inversiones efectuadas con este medio de aportación, gozarán de todos los derechos de transferibilidad al exterior que el Reglamento de Inversiones Extranjeras otorga a las realizadas mediante aportaciones exteriores». En rigor, los emigrantes pueden transferir al exterior las inversiones hechas con pesetas interiores, v. g., en valores cotizables en Bolsa, aunque la Res. diga lo contrario en ese número y se contradiga en el mismo, pues al decir «con este medio de aportación», se refiere al regulado en el núm. 2.^º y comprende tanto la aportación dineraria exterior, como la de pesetas interiores. No van a tener los emigrantes un trato peyorativo con relación a los demás españoles residentes en el extranjero.

XIII. ACTOS CONTRARIOS A LA LEGISLACION DE INVERSIONES O EN FRAUDE DE ELLA.

Es una cuestión compleja. Su estudio exige un planteamiento general que nos limitaremos más bien a esbozar por exceder de la índole de este trabajo (159).

La duda no nos la ofrece la letra de las normas de la L. y del R., sino la potestad jurídica que pretende contener su dicción, es decir, si la nulidad decretada por esas normas está dentro de sus atribuciones o las rebasa.

Veámoslas: «De conformidad con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del artículo 6 del título preliminar del C. c., serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a esa Ley y los realizados en fraude de la misma. (Disp. final 2.^a de la L.). La Disp. final 2.^a del R. es igual,

(157) Confirmada por el núm. 7-2 de la Res. de 30 de julio de 1975.

(158) A las rentas de las fincas rústicas no alude la norma II de la Res. pero hay que equipararlas a los alquileres de las urbanas, ya que su destino sólo puede ser uso propio.

(159) Para otros puntos de vista véanse PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, págs. 63 y ss. respecto del Derecho español y los autores que allí cita y también CÁMARA, *ob. cit.*, vol. I, págs. 515 y ss.

salvo que habla de «actos contrarios a este *Reglamento* y los realizados en fraude *al mismo*».

La L., no es una Ley formal y material, sino un Texto Refundido, dictado al amparo del artículo 53 del T. R. de 15 de junio de 1972, el cual a su vez es refundido de la Ley 22 de 10 de mayo de 1972 y el T. R. del II Plan de Desarrollo Económico y Social, aprobado por el D. 902 de 9 de mayo de 1969 cuyo artículo 53 ordena al Gobierno refundir y complementar las disposiciones vigentes en materia de legislación de inversiones extranjeras, el cual fue dictado en cumplimiento del artículo 16 de la L. 1 de 11 de febrero de 1969, donde nace la autorización legislativa al Gobierno (160). Es indudable que los actos contrarios a una Ley de derecho necesario, imperativa o prohibitiva, si es a la vez Ley formal y material, son nulos, si así lo dispone la Ley, mas cuando el acto contraviene un Texto Refundido, aprobado por Decreto, o un Reglamento, que se aprueba por Decreto o por Orden, la nulidad no se presenta tan clara. La Ley como norma suprema, si es infringida por un acto cuyo nacimiento pretende impedir, tiene la potestad de hacerlo, aún sin disponer explícitamente su nulidad. La Ley es emanación legítima del Poder legislativo, de la voluntad soberana, es el medio jurídico de expresión de la norma superior, y tiene el carisma de estigmatizar los actos que la contravengan si, siendo imperativa o prohibitiva, así lo dispone expresa o implícitamente.

El Decreto o la Orden emanan del Gobierno o de un Ministerio, y aparte su función organizativa, tienen como misión ejecutar las Leyes. Si se los infringe, no se produce la nulidad del acto, a menos que se demuestre que infringieron la Ley que ejecutan y que la infracción está sancionada con la nulidad, pero entonces la nulidad proviene de la violación de la Ley y no del Decreto u Orden que la ejecutan o reglamentan (161).

Por otra parte, el rigor legal de la sanción de nulidad no es inherente a toda Ley, como se leía en el artículo 4.^º derogado del C. c. y

(160) Sobre la naturaleza y valor del Texto Refundido, véase GARCÍA ENTERRÍA, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Tecnos. Madrid 1970, págs. 79 y ss. y expresamente 130 y ss. GALLEGO ANABARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid 1971, págs. 69 y ss., y CERVATI, *La Delegada Legislativa*. Milán, Giuffré 1972 las 226 págs. de la obra.

(161) PASTOR Y EGUIDAZU, *ob. cit.*, pág. 68 en contra, invocando en su apoyo a DE CASTRO, pero este apoyo no es convincente, porque dan un salto en las citas. Es cierto que DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte general*, vol. I-I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1949, pág. 349, incluye dentro del concepto de Ley, refiriéndose al artículo 4.^º del C. c. derogado, "las disposiciones dictadas por los órganos estatales en función reglamentaria, delegada o ejecutiva", mas al estudiar la nulidad del artículo 4.^º no se refiere DE CASTRO a las disposiciones emanadas del ejecutivo (*ob. cit.*, pág. 536). Por otra parte, tanto la edición que estoy manejando como la de 1955 que utilizan PASTOR Y EGUIDAZU, son anteriores a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado del año 1957, Ley de Procedimiento Administrativo del año 1958 y Ley Orgánica del Estado del año 1967, que consagran de nuevo esta impronta de la Ley respecto de los actos y disposiciones que la contravienen.

se lee hoy en el núm. 3 de su artículo 6.^º, que dice: «salvo que en ellas (en las normas) se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Ahora bien, que el sentido de esta salvedad, sea excepción a la nulidad o regla paralela, es para nosotros indiferente, lo importante es distinguir la sanción.

Cuando el acto privado que infringe la Ley ataca a la persona en su estatuto, en su libertad civil o comercial o en sus derechos fundamentales, la Ley debe ser perfecta en atención al trascendente interés tutelado, en los demás casos, la sanción de nulidad no es inexcusable y el legislador puede evitar el radicalismo de la nulidad.

Dos ideas interesantes se desprenden de lo que antecede: La supremacía de la Ley y la relevancia de las libertades de contratación y de establecimiento y los derechos de propiedad, sucesión y asociación para constituir el contenido propio de Leyes, cuya contravención debe ser fulminada con la nulidad.

A) LA SUPREMACÍA DE LA LEY.

En nuestro ordenamiento la proclamación de la supremacía de la Ley está muy próxima a la jerarquía de las normas, no habiendo una separación tajante:

«Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas pre establecidas...» (art. 17 del Fuenro de los Españoles).

«La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes...» (art. 41 de la Ley Orgánica del Estado, en adelante L. O. E. y también 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en adelante L. R. J. A. E.). «Serán nulas las disposiciones administrativas que infrinjan lo dispuesto en el párrafo anterior» (art. 41 de L. O. E., 28 de L. R. J. A. E. y 47-2 de Ley de Procedimiento Administrativo, en adelante L. P. A.).

«Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior» (art. 23 de la L. R. J. A. E.).

«Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general...» (artículo 30 de la L. R. J. A. E.).

«No podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales: 1.^º Aplicar los Reglamentos... ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las Leyes» (art. 7.^º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante, L. O. P. J.).

«Los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional, solamente estarán sujetos al ordenamiento jurídico, respetando, en todo caso, la jerarquía de las normas...» (base 1.^a-4 de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia).

Nuestro C. c. en su art. 1.^º-2 dice: «Carecerán de validez las disposiciones que contravengan otras de rango superior» y en el 6.^º-3: «Los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, son

nulos de pleno derecho». Aplicable al amparo del art. 4.^º-3 del mismo Cuerpo Legal: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes».

Del examen de estas normas diremos escuetamente, que no fue un acierto de la reforma del C. c., la sustitución de la palabra «Leyes» usada por el artículo 4.^º derogado por la palabra «normas» (162) del artículo 6-3 nuevo. Sin embargo, no ha cambiado el sentido histórico jurídico de la cuestión y las normas referidas en el artículo 6.^º-3 son las Leyes en sentido formal y material.

Que la jerarquía de las normas está abiertamente proclamada en los preceptos citados y colocada la Ley en la cúspide. El principio jerárquico es entraña misma del Estado de Derecho, con la consecuencia de subordinación y anulación de las de rango inferior desviadas; mas la jerarquía, no sitúa la nulidad de la norma de rango inferior en el mismo plano que la Ley la del acto jurídico que la contraviene. La jerarquía de las normas se proclama primordialmente en atención a la subordinación entre los órganos del Estado y la nulidad de los actos jurídicos que imponga la Ley se sanciona en atención a los derechos tutelados.

Por último, que del artículo 7.^º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y principalmente del artículo 6-3 del C. c., se desprende la consagración del principio de nulidad de los actos jurídicos que contravengan las Leyes que explícita o implícitamente impongan esta sanción.

El Texto Refundido es una norma jurídica con rango de Ley emanada del Gobierno en virtud de una autorización legislativa, en nuestro caso del artículo 16 de la Ley 1 de 11 de febrero de 1969; pero con limitaciones respecto a la Ley: no poder infringir las instrucciones de la Ley autorizante, ni otras Leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Además por no ser una Ley en sentido puro, es dudoso que los actos privados que la infrinjan queden estigmatizados de nulidad, aunque lo decrete, porque puede traducir mal la Ley refundida, o porque el Gobierno puede crear la norma del Texto Refundido contraviniendo otra Ley del ordenamiento jurídico.

Por tanto, en materia de inversiones extranjeras la nulidad decreta por la Disp. final 2.^a del Texto Refundido habrá que fundarla en la Ley infringida y acogida en el Texto Refundido.

La nulidad en la Disp. final 2.^a del R. no puede tomarse en consideración, por emanar de un Decreto, que no tiene el poder carismático propio de las Leyes, de estigmatizar los actos jurídicos privados.

(162) “La norma es una regla de conducta obligatoria por exigencias de la vida social” según definición de DE BUEN. (*Introducción al estudio del Derecho Civil*, “Editorial Rev. Der. Priv.”. Madrid, s. f. en rigor de 1932, pág. 261); en su concepto cabe la costumbre y su expresión es más académica que propia del Derecho positivo, salvo cuando trata de comprender en la norma, las Leyes, Decretos, Ordenes, de ahí la crítica.

B) CONTENIDO DE LAS LEYES QUE SANCIONAN CON LA NULIDAD SU CONTRAVENCIÓN.

Como dijimos, la trascendencia del interés tutelado exige a la propia Ley destruir el acto que ataca ese interés.

Voy a referirme únicamente a situaciones jurídicas relacionadas con mi estudio y siguiendo el orden sistemático del mismo.

a) *Libertad de contratación y divisas.*

La autonomía privada está explícitamente consagrada en el artículo 1.255 del C. c. en cuanto libertad civil y en el 51 del C. de c. en cuanto libertad comercial y, concretamente, el pago en divisas está admitido en el artículo 1.170 del C. c.: «El pago de las deudas en dinero deberá hacerse en la especie (de moneda) pactada...».

Esta libertad de pagar en divisas sufrió dos trascendentales restricciones legales: una, la legislación de Delitos Monetarios, cuya primera Ley fue promulgada el 17 de diciembre de 1932, que incluyó estas cuestiones en la materia delictiva de contrabando y defraudación, la cual fue sustituida por la Ley de 24 de noviembre de 1938 vigente, complementada por otras. Los números 3 y 8 del artículo 1.^º tipifican como delitos monetarios la no cesión de divisas que tengan los españoles residentes en España y la obtención de créditos en divisas, con lo que el español residente que pacte el pago en divisas en cualquier contrato o acto o las reciba en préstamo está infringiendo la Ley e incurriendo en delito. El núm. 5 del mismo artículo obliga a la cesión dentro de los ocho días de las divisas adquiridas por cualquier título oneroso o lucrativo, de lo que se desprende la validez del contrato o acto en que un español residente reciba divisas de un no residente sea extranjero o español, si bien éstos deberán hacer el pago contra su cuenta A en la forma que vimos; mas si paga directamente en divisas no hay, en principio, delito monetario y el contrato es válido.

Otra, la imposición del curso forzoso por la Ley de 9 de noviembre de 1939, cuyo artículo 1.^º dispuso: «los bienes del Banco emisor son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio». Pero esta restricción afecta de otro modo distinto a los contratos cuyo pago se pacte en divisas, pues si voluntariamente se ejecutan, no tiene por qué jugar la Ley citada y, si la parte obligada al pago de la divisa se niega a ello, puede liberarse pagando en pesetas, conforme al artículo 1.^º citado (163). Para tratar estas cuestiones hay que distinguir,

(163) Estaremos ante un caso de nulidad parcial, que se resuelve con sustitución de una cláusula por el tipo legal previsto. Véase CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milán, Giuffré, 1959, págs. 209 y ss. donde estudia esta solución en el Derecho italiano. En el Derecho francés las soluciones son casuísticas, en unos se suprime la cláusula, en otras se sustituye y en las últimas se reduce cuantitativamente, como puede verse en SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*. París Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1969, págs. 33 a 308 inclusive.

según hacemos en el párrafo anterior, es decir, hay que distinguir si hubo o no delito monetario y matizar, considerando la forma de pago.

Los actos o contratos en que alguna prestación sea de divisas y se haya pactado sin observar las disposiciones que hemos reseñado al estudiar las aportaciones dinerarias exteriores, producen estos efectos: 1.^º Si constituyen delito monetario, el artículo 1.305 del C. c. dispone la nulidad del contrato y que además, «las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato (se les dé) la aplicación prevista en el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta». Los artículos 48 y 602 del Código penal vigente decretan que sean decomisados los efectos que provengan del delito o falta y los instrumentos con que se hubieren ejecutado; mas creemos que en delitos monetarios hay que aplicar el párrafo 2.^º del artículo 7.^º de la Ley de Delitos Monetarios, que dice: «Siempre que sea posible y con independencia de las penalidades anteriormente prescritas, el Juez acordará el comiso de las cantidades o efectos que constituyan la materia del delito», pues se trata de una Ley especial y más benigna que el Código penal.

2.^º Si el pacto sobre divisas no constituye delito ni falta, el contrato es válido y lícito, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de no haberse observado las normas administrativas relativas a las aportaciones dinerarias exteriores y su disposición bancaria.

b) *Derecho de asociación de los extranjeros.*

Los españoles tienen reconocido el derecho a asociarse en el artículo 16 del Fuero de los Españoles y si bien pudiera afirmarse que su regulación se hace pensando en las asociaciones públicas, ya que está colocado en el mismo párrafo que el derecho de reunión, no creemos que haya fundamento para distinguir entre una asociación económica, sociedad, o una asociación política o cultural. Nuestro C. c. en su artículo 35-2.^º habla de «asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles, o industriales...», ya antes, el artículo 2.^º-2 de la L. de Asociaciones de 30 de junio de 1887, excluyó de su ámbito a las sociedades civiles y comerciales, lo mismo que el D. 25 de enero de 1941 en su artículo 1.^º-1 y que la L. 191 de 2 de diciembre de 1964, que regula hoy las asociaciones, cuyo artículo 2.^º, párrafo 1.^º excluye también de su ámbito a las sociedades constituidas con arreglo al Derecho civil o mercantil, todo lo cual demuestra que el derecho de asociación referido en el artículo 16 del Fuero de los Españoles comprende las asociaciones políticas, culturales, religiosas y económicas. Pero no se reconoce ni se reconoció en las Leyes constitucionales a los extranjeros el derecho de asociarse, de constituir sociedades o integrarse en ellas y esto es muy importante, porque en esto se funda la legislación de inversiones para prohibir o limitar a los extranjeros la participación en sociedades españolas. Ciento que el artículo 27 primitivo reconocía a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles, pero el artículo 13 de la constitución de 1876 decía: «Todo español tiene derecho... De asociarse para los fines de la vida humana», luego en

la época en que se promulgaron los Códigos civil y de comercio, era muy dudoso que el derecho de asociación fuese considerado un derecho civil.

El artículo 15 del C. de c. no contradice nuestra tesis, por no referirse al derecho de asociación, y el artículo 27 del C. c. que dice: «Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales», tampoco parece comprenderlo, porque el Fuero de los españoles en su artículo 16 lo reconoce solamente a los españoles y no como derecho político exclusivamente, sino como derecho unitario político, cultural y económico, de ahí que la legislación de inversión extranjera puede limitar el derecho de los extranjeros a asociarse en España, porque no tienen reconocido ese derecho en ninguna Ley ni fundamental ni ordinaria, ni en el Código civil ni en el Código de comercio.

Por tanto la infracción de los límites impuestos a los extranjeros en la participación del capital de sociedades españolas será causa de nulidad total si toda la inversión rebasa el límite, o de nulidad parcial por reducción cuantitativa (164), en cuanto al porcentaje en que la inversión rebase el límite y siempre que la limitación o prohibición venga impuesta por una Ley; v. g., Ley de Minas. Es muy dudoso que el acto sea nulo, si la prohibición se hace por Decreto; v. g., sociedades navieras. El límite general del 50 por 100 procede de un D.-L., que sustituyó los artículos 5.^º y 6.^º de la Ley de 24 de noviembre de 1939 y si fuese nulo el D.-L., seguirá vigente una Ley más favorable cuantitativamente a la nulidad (164 bis).

En estos casos, cuando el extranjero adquiere acciones o participaciones superando el límite de participación extranjera en el capital de la sociedad, no hay delito ni falta y no juega el artículo 1.305 del C. c. (165). El tratamiento jurídico es el propio de la nulidad, caracterizada por la ausencia del vínculo, efecto esencial del contrato, que en este caso no pudo perfeccionarse por contravenir la Ley, deshaciéndose la apariencia con retroactividad y absolutividad, el aparente contrato desaparece «ex tunc» y «erga omnes» y no tiene posibilidad de confirmación.

c) *Establecimiento de extranjeros en España.*

Me refiero a los casos tanto de los extranjeros residentes en España como de las personas jurídicas o físicas no residentes, que crean o adquieran empresas industriales o comerciales en España.

El problema fundamental nos lo plantea el artículo 15 del C. de c. que dice: «Los extranjeros y las Compañías constituidas en el extran-

(164) SIMLER, *ob. cit.*, págs. 209 y ss. estudia los supuestos de nulidad parcial por reducción, aunque no contempla nuestro caso.

(164 bis) Sobre el valor en nuestro ordenamiento del D.-L., véase lo que decimos al estudiar el epígrafe de fincas rústicas sobre la infracción del D.-L. 11 de 22 de marzo de 1962.

(165) Tampoco puede jugar el 1.306 pensado para supuestos como el juego, la apuesta y otros análogos, cuyo tratamiento es incompatible con los efectos de la nulidad absoluta.

jero, podrán ejercer el comercio en España con sujeción... a las disposiciones de este Código en todo cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español...» y nos lo plantea al determinar el alcance de la frase «disposiciones de este Código», el cual no regula la cuestión de la creación o adquisición de los establecimientos mercantiles de los extranjeros (166).

Por tanto, ante esta omisión y siendo impensable una laguna en nuestro Derecho positivo, porque el artículo 1-7 del Código civil prohíbe ese pensamiento, tenemos que colmar la omisión. Para ello debemos eliminar el obstáculo que causa la laguna, o sea, la referencia a las disposiciones del Código de Comercio, ya que este cuerpo legal no contiene la regulación del establecimiento de los extranjeros y sociedades extranjeras en España. La interpretación es el medio adecuado para eliminar una laguna causada por omisión o por antinomia, descartando, en nuestro caso, la interpretación gramatical. Tenemos pues que romper la letra de la frase, «a las disposiciones de este Código» para desvelar su espíritu. Este no puede ser otro que la remisión al ordenamiento jurídico, a las Leyes, ya que en otras Leyes y no en el Código de Comercio se regula la actividad empresarial de los extranjeros, sea comercial o industrial y de los establecimientos secundarios de las multinacionales.

Mas no es este el único argumento para demostrar que los extranjeros y las sociedades extranjeras no pueden establecerse libremente en España.

El artículo 27 del C. c. reformado en 1954, suprime la invocación al artículo 2.^º de la Constitución de 30 de junio de 1876, que concedía a los extranjeros el derecho a establecerse libremente en territorio español y ejercer en él su industria o profesión. Esta supresión, obedece tanto al hecho de estar derogada la constitución como también al cambio de orientación en cuanto a las actividades económicas de los extranjeros.

El espíritu de la época, año 1954, era contrario a esa libertad de establecimiento de los extranjeros (167).

El nuevo artículo del C. c. sujeta los derechos civiles de los extranjeros a lo dispuesto en las Leyes especiales, entre las que estaba la de inversión. Este artículo deroga en este punto, al menos, al 15 del C. de c., que fue promulgado vigente el artículo 2.^º de la constitución española de 30 de junio de 1876.

(166) No puede entenderse por tal regulación el párrafo último del art. 21 del C. de c. ni la norma destinada a la inscripción de las sucursales contenida en el párrafo último de los arts. 70-6.^º y 74-4.^º respecto a los extranjeros comerciantes individuales y 88 y 97 en cuanto a las sucursales, agencias o delegaciones, ya que todos ellos regulan el problema de la inscripción registral, no el sustantivo de la creación o adquisición de la empresa en España.

(167) «Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español y ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión...» (art. 2.^º de la Constitución de 1876). Ya la constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 consagró la libertad de establecimiento de industria o comercio a favor de los españoles, como se desprende del enunciado del Título III y del artículo 33, pero guardó silencio respecto a los extranjeros.

La declaración XII y en cierto modo la VIII del Fuero del Trabajo y el artículo 30 y también el 31 del Fuero de los Españoles, reconocen la «propiedad de la empresa», permítasenos la sintética expresión, a los españoles, no a los extranjeros, lo que es acorde con la negación del libre establecimiento que otorgó a los extranjeros el artículo 2º de la Constitución de 1876.

Por tanto, los actos que contravengan el Texto Refundido de inversiones extranjeras en cuanto regulan la actividad empresarial de los extranjeros residentes en España y de los establecimientos secundarios de personas físicas extranjeras no residentes o de personas jurídicas extranjeras son nulos, porque infringen Leyes de nuestro ordenamiento jurídico, refundidas en la legislación de inversiones. Piénsese en los artículos 5º y 6º de la Ley de 24-XI-1939.

Ahora bien, tratándose de establecimientos secundarios de españoles residentes en el extranjero, el Texto Refundido no se apoya en Leyes de nuestro ordenamiento y los actos que contravengan la Legislación de Inversiones extranjeras no son, en mi opinión, nulos; al contrario, es muy discutible esa legalidad limitativa de la actividad empresarial en España de los españoles residentes en el extranjero.

d) *Inversiones en cuentas de participación y otras formas de inversión en empresas.*

Esta materia debe tener el mismo tratamiento predicado en el subepígrafe destinado a la inversión en sociedades, ya que estamos ante nuevas formas de ejercicio del derecho de asociación por los extranjeros.

e) *Inversión en inmuebles.*

El derecho de propiedad es un derecho civil, es un derecho privado.

El Fuero del Trabajo (declaración XII) y el Fuero de los Españoles (arts. 30 y 31) implícita o explícitamente reconocen a los españoles el derecho de propiedad.

No niega, ni negó el ordenamiento jurídico español, la capacidad a los extranjeros para ser propietarios de bienes españoles, pero no hizo ni hace una proclamación constitucional del derecho de propiedad a favor de extranjeros. El primitivo artículo 27 del C. c. reconocía a los extranjeros el derecho de propiedad, como derecho civil o privado que es, sin más limitación que lo dispuesto en los tratados internacionales. El artículo 27, después de la reforma de 1954, sigue reconociendo a los extranjeros el derecho de propiedad, como derecho civil, pero con las limitaciones que impongan las Leyes especiales y los Tratados.

a') *Fincas rústicas.*

Entre las Leyes especiales, están todas las que reseñamos al estudiar las inversiones en fincas rústicas. Estas Leyes están dictadas por razones de estrategia, de defensa y de la economía nacional. Los actos

que las contravienen tienen un tratamiento jurídico diverso y discutible, como brevemente voy a exponer.

Si en la venta del inmueble se infringiese el núm. 18 del artículo 1.^º de la Ley de Delitos Monetarios, el acto será nulo conforme al artículo 1.305 del C. c., que ya estudiamos anteriormente; pero es de observar, que el delito no lo causa la venta sin la autorización del Ministerio Militar, sino solamente la contravención de la legislación de divisas, como vimos. El delito afecta a los españoles o extranjeros residentes en el extranjero, no a los extranjeros residentes en España ni a las personas jurídicas españolas controladas por extranjeros. Esto prueba que la omisión de la autorización del Ministerio no constituye delito.

1. Actos contrarios a la Ley de 23 de octubre de 1935.

Nada dispone la L. de 23 de octubre de 1935 respecto a la compra de fincas o constitución sobre ellas de derechos reales limitados infringiendo a la misma. Sin embargo, la Ley 13 de 12 de mayo de 1960 decreta su nulidad con una técnica deplorable.

El artículo 609 del C. c., que regula con carácter exhaustivo los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, no puede modificarse oblicuamente, como hace el párrafo último del artículo 1.^º de esta última Ley. La inscripción constitutiva contraría la teoría del título y el modo acogido en nuestro C. c. (168) y el C. c. es nuestro primer cuerpo legal, cuyos artículos no pueden modificarse oblicuamente y menos aún para tutelar intereses concretos que además tienen, como veremos, tutela radical en el mismo Código civil.

Los actos que infringen la L. del 23-X-1935 son nulos, porque explícitamente lo dispone el artículo 1.^º de una Ley complementaria de la misma, la Ley 13 de 1960, la cual tendrá siempre al menos, valor de interpretación auténtica o legal y el sentido de la nulidad decretada por el artículo 1.^º de esta Ley es, el de la sanción de nulidad, nulidad que nace de la infracción de la Ley de 1935 y no de la no inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, porque ésta se adquiere por el contrato traslativo y la tradición conforme al artículo 609 del C. c., que no puede ser derogado, ni aún para estos casos, por una Ley que no tiene por misión regular los modos de adquirir la propiedad y que además, su objeto es restringir la capacidad jurídica de los extranjeros.

Las inconsecuencias a que da lugar esta deplorable técnica jurídica son evidentes.

Si un extranjero sin autorización ministerial e infringiendo la Ley de 1935 consigue inscribir su adquisición, según la Ley 13 de 1960 es dueño de la finca; mientras que, si el extranjero con autorización

(168) Véase ROCA SASTRE, *ob. cit.*, vol. II, págs. 63 y ss. y también GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid 1948, t. I, páginas 297 y ss. donde se recogen los tres artículos que publicó en la "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario".

La inscripción en materia de hipotecas es cuestión distinta, porque la hipoteca es un derecho real sin contacto posesorio y la tradición como realidad sería invisible en la hipoteca.

ministerial y sin contravenir la Ley de 1935 citada no inscribe, no es dueño, según el artículo 1.º de la Ley de 1960. Las soluciones como se lee, no pueden ser más desafortunadas. Si se acepta nuestra interpretación, las soluciones son inversas, en el primer caso no adquiere la propiedad el extranjero, porque falta el título, ya que es nulo por contrariar la Ley y en el segundo es dueño el extranjero.

Las restricciones impuestas a los extranjeros en materia de propiedad o mejor de derechos reales inmobiliarios, afectan a su capacidad jurídica y no pueden llevarse por la teoría de los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, sino como hacemos nosotros por causas de nulidad por infracción de Ley que restringe la capacidad de los extranjeros en materia de adquisición de derechos.

Los actos que contravienen la Ley de 23 de octubre de 1935 son nulos.

2. Actos contrarios a la Ley 8 de 12 de marzo de 1975.

La técnica de esta Ley es también deplorable.

El párrafo 3.º del artículo 21 dispone la nulidad de los títulos adquisitivos del dominio o los derechos reales inmobiliarios sitos en zonas restringidas y a favor de extranjeros, que se otorguen a partir de la vigencia de esta Ley, si no inscriben en el Registro de la Propiedad en el plazo de dieciocho meses, plazo que el párrafo siguiente amplía a veinticuatro, si el título está pendiente de liquidación del Impuesto de Transmisiones o de otra formalidad.

¿Cuándo se adquiere el dominio? ¿Al inscribirse? ¿Con la compraventa y la tradición? Inventar técnicas legislativas para resolver casos concretos tiene estas consecuencias: Si el título adquisitivo se rige, como no es discutible, por el artículo 609 del C. c., al otorgarse la escritura de venta, en la que está embebida la tradición instrumental, adquiere la persona extranjera el dominio o derecho real inmobiliario. Si seguimos el artículo 21 de la Ley 8 del 75, al inscribirse se confirma definitivamente la adquisición y si no se inscribe, se extingue la titularidad real del extranjero, pero ¿cómo se extingue?, ¿por ministerio de la Ley?: o ¿por caducidad?, ¿por incumplimiento de la carga de la inscripción?, si la adquisición se operase por la inscripción, mientras ésta no tenga lugar, el vendedor seguirá siendo dueño, sin fundamento alguno.

Como hemos dicho, el trascendente artículo 609 del C. c. no puede modificarse oblicuamente ni por la L. 13 de 1960 ni por la L. 8, de 1975, máxime, como ya dije, porque el artículo 609 regula los modos de adquirir la propiedad y las restricciones en materia de derechos reales inmobiliarios impuestas a los extranjeros es problema de restricción de la capacidad jurídica de éstos. Por otra parte, como expondré, el artículo 21 está en flagrante contradicción con el artículo 29.

En el caso de que la adquisición haya sido anterior al 4 de abril de 1975, fecha de entrada en vigor de la Ley cuyas infracciones estoy estudiando, la Disp. transitoria 1.ª, concede un plazo de dieciocho meses para la inscripción, contados desde la vigencia de la Ley, pero si no se inscriben, no extingue la propiedad o derecho real del extranjero

por ministerio de la Ley, sino que les impone una sanción tributaria, consistente en un incremento anual del 10 por 100 de la contribución territorial.

Nosotros creemos, que los actos que infringen esta Ley, no son nulos, y nos fundamos:

De un lado, en que el artículo 21 no puede modificar el artículo 609 del C. c. en cuanto a los modos de adquirir los derechos reales inmobiliarios, ni confiscar por ministerio de la Ley una propiedad adquirida por no haber cumplido el adquirente con la carga de inscripción. En este último caso, la propiedad se adquiriría conforme al artículo 609 y se extinguiría a los dieciocho meses, si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, adquiriéndola el Estado, como bien inmueble vacante (art. 21 del D. 1.022 de 15 de abril de 1964, que aprueba el texto articulado de la Ley 89 de Bases del Patrimonio del Estado, de 24 de diciembre de 1962, cuya base III-2, párrafo primero hace la misma atribución al Estado de los inmuebles vacantes).

De otro, el artículo 29 presupone que la contravención de los artículos 18 y 19 no implica nulidad del acto, al decir: «Las infracciones de las disposiciones prohibitivas o limitativas... que vulneren lo dispuesto en los arts... 18 y 19, de la misma, podrán dar lugar al acuerdo... de expropiación,... sin perjuicio de ser sancionados pecuniariamente según su entidad o importancia objetivas y la intencionalidad de sus autores.»

Si la infracción se sanciona con la expropiación, es a causa de que el extranjero o la sociedad española controlada por extranjeros (equivalente a estos solos efectos a los extranjeros) han adquirido el dominio, porque la expropiación es privación del derecho de propiedad u otro derecho a su titular mediante indemnización y sería absurdo expropiar a quien no adquirió la propiedad. La nulidad proclamada en el artículo 21 es incompatible con la expropiación decretada en el artículo 29, pues si el extranjero no adquirió la propiedad, no puede ser privado de ella.

La Ley 8 de 12 de marzo de 1975, en cuanto a sus artículos 18 y 19, no es una «lex perfecta», porque no sanciona con nulidad la infracción de los mismos, sino «imperfecta», en cuanto a la sanción pecuniaria y «minus quam perfecta» respecto a la expropiación (169).

La forma jurídico legal debió ser la preconizada por nosotros, para la Ley de 23 de octubre de 1935, o sea, decretar la nulidad fundándose en la restricción de la capacidad jurídica de los extranjeros en materia de propiedad inmobiliaria, que expresamente autoriza el artículo 27 del C. c. para imponerla en una Ley especial.

3. Actos contrarios al artículo 18.2 de la Ley.

En este artículo se refunde el artículo 3.º del D.-L. 11 de 22 de marzo de 1962, respetando literalmente su párrafo 1.º, que proclama el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad, más alterando el párrafo último de dicho artículo 3.º, que decla-

(169) Sigo a DE CASTRO, en esta clasificación (*ob. y vol. cits.*, página 533). En otro sentido, define DE BEN (*ob. cit.*, pág. 275) las leyes «imperfecta» y «minus quam perfecta».

raba nulos «de pleno derecho» los actos y contratos que no se inscriban, al sustituirlo en el Texto Refundido por éste: «no tendrán eficacia alguna mientras no queden debidamente inscritos».

Esta cuestión nos plantea varios problemas (170).

1.º El precepto refundido no es una Ley, sino un Decreto-Ley emanado del Ejecutivo, por lo cual los actos que lo contraríen, no infringen una Ley formal.

La cuestión no tendría importancia, si el D.-L. tuviese el tratamiento propio de su carácter urgente y provisional, que tuvo en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, que imponía la elevación del Decreto-Ley a Ley por las propias Cortes (171), y no plantearía problema, porque, aun en su momento de provisionalidad, habría que inclinarse a darle la eficacia de Ley formal. Sin embargo, la reforma introducida por la Ley de 9 de marzo de 1946, según la cual para mantener y perpetuar el D.-L. bastará dar cuenta a las Cortes, lo ha desvirtuado. Los retoques posteriores, el del artículo 10-3 del original Texto Refundido de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por D. de 26 de julio de 1957, de cuyo rango para la modificación que introduce, dudan fundamentalmente Garrido Falla (172) y García de Enterría (173) y el retoque del artículo 13 de la Ley Orgánica del Estado, que a pesar de la audiencia de la Comisión de Cortes y de que ésta pueda llamar «la atención de la Comisión Permanente si advirtiera materia de contrafuerzo» no han de vuelto al Decreto-Ley su legítima naturaleza jurídica, pues la ingenería del Ejecutivo en la función legislativa no se legitima por la inexistencia de contrafuerzo, ya que el D.-L. nace siempre de urgencias que se avienen con la provisionalidad y no con la perpetuidad de la Ley. Por todo esto es muy dudoso, para nosotros, que los actos contrarios a un Decreto-Ley puedan ser estigmatizados de nulidad.

(170) No olvidemos que el Decreto-Ley 11 del año 62 sustituyó y derogó al D. de 16 de febrero de 1932, cuya ilegalidad era evidente, pues el artículo 27 del C. c. reconocía a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles sin excepcionar, como hace ahora, desde la Ley de 15 de julio de 1954, lo dispuesto en Leyes especiales. Creo que en aquella época por Ley podía prohibirse la materia del Decreto de 1932, no por Decreto, que era una ilegalidad manifiesta.

(171) La Constitución de 1876 silenciaba los Decretos-Leyes. La práctica del Decreto-Ley apareció en España al amparo del R. D. de 15 de septiembre de 1923 que facultó al Presidente del Directorio para proponer al Rey Decretos «que tendrán fuerza de Ley, ínterin en su día no sean modificados por Leyes aprobadas por las Cortes del Reino», con un sentido muy amplio de la provisionalidad. La provisionalidad, consecuencia evidente de la extralimitación de competencias, se resaltó en los artículos 62-2.º y 80 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, pero con cierta ambigüedad, ya que su vigencia se limitaba al tiempo que las Cortes tarden en resolver o legislar sobre la materia.

(172) *Tratado de Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1970, vol. I, págs. 268 y ss.

(173) *Curso de Derecho administrativo*. T. I. «Civitas Revista de Occidente». Madrid 1974, págs. 96 y ss. También GARCÍA-TREVIJANO Fos en su *Tratado de Derecho Administrativo*. «Editorial Rev. Derecho. Priv.». Madrid 1968, págs. 260 y s. objeta que el D. L. es de difícil control.

2.º La inscripción constitutiva es un recurso del Decreto-Ley para impedir la adquisición de la propiedad por el extranjero residente, recurso de técnica lamentable, porque al extranjero se le puede restringir la capacidad jurídica para adquirir derechos reales inmobiliarios en España por medio de una Ley y si adquiere contrariando esa prohibición legal, su título es nulo, pero si se pretende modificar la teoría del título y el modo acogida en el artículo 609 de nuestro C. c. por vía oblicua y, además, por D.-L., creemos que la medida jurídica es inadecuada por no traducir la realidad consistente en la posibilidad de restringir la capacidad jurídica de los extranjeros en materia de derechos civiles, lo que por vía de Ley especial autoriza el artículo 27 del C. c., que es el artículo que reconoce los derechos civiles a los extranjeros, e inoperante por su rango legislativo, modificando oblicuamente nuestro primer Cuerpo legal por un Decreto-Ley.

Las consecuencia del tratamiento jurídico derivadas del D.-L. que criticamos, son anormales: un extranjero residente compra una finca rústica de cinco hectáreas de regadío con autorización administrativa, cuya escritura no inscribe. Esta adquisición, según el artículo 18 de la L., es ineficaz, o sea, que el extranjero no adquirió la propiedad de la finca. Por el contrario, un extranjero residente, dueño de una finca de tres hectáreas de regadío inscritas a su nombre, compra más tarde sin autorización otra finca de dos hectáreas de regadío que inscribe. Esta adquisición, según el artículo 18 citado, es eficaz, el extranjero adquiere la propiedad (174).

La solución, para nosotros, en los casos de contravención real del artículo 18 de la L. está en la expropiación forzosa del exceso.

b') *Fincas urbanas.*

La adquisición de fincas urbanas sin la autorización especial en los casos en que sea precisa, por no estar comprendida en los supuestos que no impliquen actividad empresarial o en una autorización general, no obstante lo dispuesto en la Dis. final 2.^a de la L., no es nula, en nuestra opinión, porque el Texto Refundido de Inversiones Extranjeras ha sido aprobado por Decreto y esta Disp. final 2.^a no es refundición de ninguna Ley. Sólo una Ley puede limitar los derechos civiles de los extranjeros, sean o no residentes, conforme dispone el artículo 27 del C. c. Este artículo reconoce a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles, salvo que una Ley especial disponga otra cosa. Un Decreto no puede, por tanto, limitar a los extranjeros el derecho de propiedad.

Si es necesaria una Ley para restringir la capacidad de los extranjeros no residentes, para modificar la capacidad de los españoles no residentes en materia de adquisición en propiedad de fincas urbanas, será preciso alterar las Leyes Fundamentales o Constitucionales.

(174) El fraude legislativo introducido por el Texto Refundido de Inversiones podría ser remedio para anular esta segunda adquisición, pero, como veremos, su aplicación está llena de dificultades, aun por su verdadera vía, la del artículo 6-3 del C. c.

Por último, lo que decimos en los dos párrafos anteriores, se entiende sin perjuicio de la nulidad del título adquisitivo causada por haber incurrido el español o extranjero en un delito monetario de divisas, que hemos estudiado en el apartado a) del epígrafe B) de este título.

c') *Las fincas industriales.*

Son las destinadas a integrar el activo inmovilizado de una empresa. Ahora bien, las adquiridas por establecimientos secundarios de personas físicas extranjeras para la actividad empresarial que desarrollen en España, si las incorporan a la empresa y no han obtenido autorización administrativa, cuando la necesiten; v. g., si su valor supera el capital asignado a la sucursal de que se trate, tampoco son nulas, porque el Texto Refundido no tiene antecedente de Ley en esta materia y la solución es la expropiación por utilidad social, para la cual daría base la multinacional con sus intereses con frecuencia divergentes de los de la economía nacional.

Si se trata de establecimientos secundarios de españoles no residentes, la validez de la adquisición es indiscutida y muy dudosa que una ley ordinaria pueda restringirles su capacidad, siendo difícil la fundamentación de la sanción administrativa, salvo la de expropiación forzosa en caso de utilidad pública o social.

C) *EL FRAUDE DE LA LEY.*

La Disp. final 2.^a de la L. declara la nulidad de los actos «realizados en fraude a la misma». Esta disposición no tiene valor jurídico alguno, porque las leyes refundidas no la contenían. Además, es plenamente superflua, porque sin ella los actos fraudulentos a leyes refundidas de inversión extranjera, que tengan carácter imperativo o prohibitivo y sancionen explícita o implícitamente con nulidad los actos que la contravienen, tienen la tutela de la nulidad por «fraus legis» al amparo del artículo 6.4 del C. c.

Para que el acto sea nulo por fraude de Ley es necesario que la Ley sea imperativa o prohibitiva, es decir que se eluda un deber o una prohibición y, además, que la sanción sea la nulidad. Si la Ley no es perfecta y no impone la nulidad de lo actuado contra ella, sino una multa u otra sanción, no creemos que pueda hablarse de fraude de la Ley respecto de los actos que las eludan, apoyándose en otras dictadas con otro fin, porque estas Leyes están rechazando ciertos medios o procedimientos y no los resultados. Las Leyes que condenan los resultados cualquiera que sea el medio empleado para alcanzarlos, son las que no pueden ser eludidas amparando el acto en otra Ley dictada con distinta finalidad (175).

(175) Este sentido parece ser el de DE CASTRO, *ob. cit.*, vol. cit., página 547. Sobre las teorías objetivas y subjetivas para explicar el fraude a la Ley, véase especialmente MORELLO, *Frode alla legge*. Milán, Giuffré, 1969, págs. 19 y ss.

Por tanto, para que exista fraude de una norma por un acto jurídico, se requiere que éste no la vulnere abiertamente, que se apoye aparentemente en otra dictada para tutelar otro interés, que la Ley sea formal y material e imponga como sanción a su infracción la nulidad del acto.

La violación de Leyes de «ius voluntarium», la vulneración de Leyes de «ius necessarium», que no decretan la nulidad de los actos que las contraríen, y la infracción de costumbres- Decretos-Leyes, Decretos u Ordenes, no causa la nulidad del acto infractor ni puede alegarse fraude de Ley para estigmatizar el acto que las contraría.

El estudio que hemos hecho de las disposiciones contenidas en el Texto Refundido de Inversiones Extranjeras, para distinguir las que refundieron Leyes en sentido formal y material de las que incorporan Decretos-Leyes, Decretos u Ordenes, o creó el propio Texto, es aplicable a la valoración jurídica de los actos ejecutados en fraude de la Ley y que no reproducimos en este epígrafe para evitar repeticiones.

La legislación de inversiones extranjeras, que he estudiado, está bien concebida y merece elogio en general. Sin embargo, su prestidigitación en cuanto refunde como Ley lo que no es tal, y la sanción embelecadora que impone en la disposición final 2.^a de la L. (176), cuando algún acto la contraría, son inadmisibles, por ser dicha disposición final superflua, pues está vigente el artículo 6.^o-3 y 4 del C. c.; ilegal, pues contraviene el artículo 27 del C. c. usando el Decreto en vez de la Ley y, además, los principios cristalizados en nuestras Leyes Fundamentales de supremacía de la Ley y jerarquía de las normas; y también milagrera al decretar una nulidad que solamente pueden las Cortes legislar.

(176) Me refiero a la Disp. final 2.^a de la L. no del R., que no tiene base jurídica alguna ni aun en el caso de repetición literal de la Ley, porque es una tautología superflua.

VIDA JURIDICA

NOTICIAS

Cátedras de Derecho civil de Salamanca y Valladolid, «Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario». Valladolid, 1976. 591 págs.

Como diera cuenta el profesor GARCÍA CANTERO en esta Revista (ADC, 25 (1972), p. 1206 y ss), durante los días 5 a 9 de noviembre de 1972 tuvieron lugar las "Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario", organizadas por las Cátedras de Derecho Civil de las Universidades de Salamanca y Valladolid, las que estuvieron destinadas a discutir las novedades del entonces reciente régimen de comarcas y fincas mejorables (Tema "A", con 24 comunicaciones) y el problema de la sistemática y de la didáctica del Derecho agrario (Tema "B", con 10 comunicaciones), a los que se agregó un grupo de trabajos que analizaron otros aspectos de la materia (Sección "Varia", con 12 comunicaciones), contando con la participación de más de sesenta agraristas españoles y más de veinte extranjeros. Si bien no era ésta la primera vez que nuestros agraristas dialogaban con los del país vecino, ya que existía, de una parte, el precedente del "Coloquio Latino de Derecho Agrario", celebrado en Zaragoza en 1964, encuentro estimado de forma muy especial por el profesor BOLLA (*vid. RDA*, 44 (1965), p. 293 y ss.), y han tenido lugar, de otra parte, las "Segundas Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario", en Pisa, Sassari y Alghero, los días 23 a 26 de mayo de 1975, cuyos materiales acaban de publicarse en la *Rivista di Diritto Agrario* (54 (1975), fasc. IV), cabe destacar la importancia que para la construcción científica del Derecho agrario tuvo el coloquio de 1972, como lo muestra palpablemente el volumen que ahora comentamos.

Aparece éste "al fin y, después de algún retraso, inevitable en estos casos", como dice el profesor DE LOS MOZOS en su *Presentación* (p. 5-9), y recoge el texto íntegro de las cuarenta y seis ponencias y comunicaciones presentadas a las que, ahora, han llegado a ser "Primeras Jornadas", en una edición muy cuidada que tiene el mérito, además, de traer vertidas al castellano por los doctores SERRANO GARCÍA y VELASCO FERNÁNDEZ los trabajos de los juristas italianos. A efectos expositivos podemos dividir las comunicaciones según su contenido en los siete grupos siguientes: A) Aspectos generales de la LCFM; B) El derecho de propiedad en general y en la legislación especial; C) Régimen contractual de la LCFM; D) Aspectos registrales, tributarios y procesales; E) Método y sistemática del Derecho Agrario; F) Didáctica del Derecho agrario; G) El Derecho agrario en general.

A) *Aspectos generales de la LCFM*

Una visión de conjunto de la ley nos la da el profesor SERRANO Y SERRANO en su magistral Ponencia General sobre el Tema "A", titulada *Régimen de comarcas y fincas mejorables. Estudio de la Ley de 21 de julio de 1971*, en la que, después de aludir a sus antecedentes legislativos, integra su normativa en la disciplina de las actuaciones del Estado en las unidades comarcales que tienen por objeto materializar, subsidiariamente, la función social de la propiedad rústica que el artículo 2, LRYDA define, ahora, en sentido positivo; actuaciones en las que la Administración, con arreglo a lo previsto en la Ley, puede llegar hasta imponer un Plan Individual al titular de la finca, en ciertos casos, sobre todo si éste no se anticipa a contratar voluntariamente con ella tanto el programa de mejoras como la ejecución de las mismas; obligación positiva que la Ley impone no sólo al propietario, sino a cualquier otro titular real o personal que ejerza la actividad productiva sobre la finca afectada por el Plan Cemarcal, o bien declarada mejorable por la Administración, si está situada fuera del perímetro que dicho Plan señale. Analiza el profesor SERRANO Y SERRANO, con la maestría que acostumbra, el procedimiento fijado para la elaboración de los planes, los órganos que intervienen y las diversas modalidades de ejecución de los mismos advirtiendo que, a su juicio, la ley no ha cambiando el concepto de mejora del Derecho común; que en su articulado se refleja una técnica registral deficiente; que la introducción de la figura atípica del arrendamiento forzoso no ha sido feliz y que, por último, no debió excluir la Ley la participación de la autonomía particular en las Empresas Nacionales de Transformación Agraria (p. 21-52).

En *Algunos aspectos de la Ley española sobre Régimen de Comarcas y Fincas Mejorables, en relación con el Derecho italiano*, el profesor GITRÁMA GONZÁLEZ, argumentando en el plano del Derecho de cosas, sostiene un planteamiento similar, llegando a afirmar que la función social regulada por la Ley viene configurada como una "auténtica obligación de hacer a cumplir por el propietario", obligación *propter rem* cuyo sujeto activo es el Estado y que impone al obligado, al titular de la finca, tanto un *onus cultivandi* como una *obligatio meliorandi*, derecho subjetivo público que el Estado, ante su incumplimiento o cumplimiento irregular, puede hacer efectivo mediante la inclusión de la finca en el Catálogo de Fincas de Mejora Forzosa, pudiendo desencadenar hasta su expropiación; ello, no obstante, el propietario no alcanza a convertirse, a juicio del ponente, en una especie de funcionario estatal porque, al satisfacerse el interés público por los planes de mejora, se beneficia al mismo tiempo su interés privado patrimonial; perfil este último que, en el supuesto que el propietario se abstenga de otorgar su consentimiento, hace aún más problemática, en opinión del autor, la calificación de la relación jurídica denominada por la Ley arrendamiento forzoso y consorcio forestal igualmente forzoso (p. 111-131).

La *ratio legis* de esta normativa es para el profesor SANZ JARQUE, en *Fundamentación sociológica de la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables (27/1971, de 21 de julio)*, la necesidad de corregir la estructura deficiente que la agricultura española presenta debida, muchas veces, "a causas exclusivamente

imputables a los propietarios", como dice el preámbulo de la Ley, supuesto de hecho que, de acuerdo con las investigaciones que el propio autor ha realizado, puede reflejarse en ciertos datos cuantitativos resultando que en España existen: a) 500.000 Ha. pertenecientes a fundaciones benéfico-docentes; b) 3.000.000 de Ha. de bienes municipales en cultivo; c) 6.000.000 de tierras en arrendamiento o aparcería; d) 1.000.000 de Ha. en precario; e) 2.000.000 de Ha. de tierras de minifundios abandonados y, lo que es más grave, f) "a través de todo el territorio nacional, se estima que el número de fincas de más de 1.000 hectáreas en España es de 5.122, que suman 5.726.944 Ha., de las que gran parte están en subaprovechamiento y casi la mitad se explotan en arrendamiento, aparcería o forma consorcial, situadas principalmente de más o menos en las provincias de Cáceres, Badajoz, Ciudad Real, Sevilla, Alicante, Toledo, Córdoba, Huelva, Salamanca y Jaén, que constituyen el área geográfica más deprimida del peonaje agrícola y de la emigración masiva no cualificada" (p. 273-275).

Son por ello oportunas las puntualizaciones formuladas por M. GAVILÁN ESTELAT, en *Reforma agraria y régimen de comarcas y fincas mejorables*, quien entiende con acierto que el núcleo central de la reforma agraria en sentido técnico "consiste en transferir rápida y masivamente los derechos de uso de la tierra en favor de los campesinos" y que la LCFM va dirigida a combatir el latifundio con un gran riesgo de fracasar en el intento, pues, a juicio del ponente, la "imposición de mejoras, en las comarcas deprimidas, no me parece ningún adelanto en las exigencias de la llamada función social de la propiedad, sino un enfoque distinto que supone una fuerte protección y ayuda al propietario, al que se le da una oportunidad para llegar a crear una gran explotación", motivos por los que concluye, entre otras cosas, observando que "la Ley establece estímulos para la mejora de los latifundios, con una amenaza de sanción, para el caso de no aceptarlos, poco estimulante" y sugiere investigar la magnitud cualitativa y cuantitativa del "cambio producido en el medio que se ha aplicado (la Ley) desde el punto de vista económico y sociológico" (p. 93-109).

Ello quizás explique algunas de las alteraciones profundas que, a última hora, sufrió el proyecto del Gobierno, según pone de relieve M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en su interesante *Juicio sobre la Ley Especial de Comarcas y Fincas Mejorables. Su alcance respecto de los titulares de los diversos derechos*, quedando un texto que, en la *praxis*, puede conducir a resultados antisociales o, cuando menos, ambiguos, pues, para el autor, tanto puede hacer efectivo el sentido social de la propiedad como dar ventajas adicionales a la gran propiedad, favorecer a los propietarios con una expropiación oportuna, beneficiar a los económicamente poderosos en la subasta, perjudicar a los más desposeídos en la adjudicación de los arrendamientos forzados o descuidar la tutela de las organizaciones campesinas que podría haberse logrado por la participación de las Empresas Nacionales de Transformación Agraria en la subasta; aparte de otras imperfecciones técnicas producidas, también, en el debate parlamentario, tales como la contradicción que aparece en el texto entre la posibilidad de cualquier titular sobre la finca para proponer y contratar los Planes Individuales de Mejora y el hecho de que la sanción por la

inactividad o por el incumplimiento del Plan acordado se aplique al propietario únicamente (p. 251-258).

Aunque la finalidad primordial de la Ley es, así, dinamizar el latifundio, E. PLANCHUELO ARIAS, en *La aplicabilidad en Galicia de la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables, con especial referencia a la legislación de montes vecinales y al Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA)*, demuestra que en Galicia es aplicable, también, tanto respecto a la gran propiedad pública, constituida principalmente por los montes del Patrimonio Forestal, como respecto a los montes en comunidad privada romana o común, así como, además, respecto a las microexplotaciones comprendidas en el perímetro que el Plan Comarcal en cada caso señale (p. 259-265).

Un aspecto específico de la Ley, bien que de aplicación general, es el estudiado por los profesores BORREGO BELLIDO, GÓMEZ LAPLAZA y HERRERO GARCÍA en el documentado trabajo que titulan *El uso y costumbre del buen labrador como "standard" que excluye el concepto de finca mejorable. Artículo 7-2 de la Ley de Fincas Mejorables de 21 de julio de 1971*, y en el cual, tras analizar la evolución legislativa del instituto, concluyen críticamente que el *standard* no es recogido por la LCFM, sino por excepción en el actual art. 256, b, IRYDA, pues la Ley regula principalmente las situaciones de depresión y latifundio debidas a causas infraestructurales, situaciones que exceden de la mejorabilidad tradicional que el *standard* implica, lo que no impide al nuevo Derecho agrario configurar y utilizar otro *standard* que, con denominaciones similares, dé al uso y costumbre del buen labrador un contenido funcional diferente (p. 63-77).

Finalmente, el profesor GOLONDI, de Florencia, pone de relieve en su trabajo *Mejoras fundiarias y planificación* cómo la evolución legislativa italiana ha desplazado el concepto de mejora agraria de ser, en un principio, puramente privado hasta convertirlo, ahora, en un objeto típico de los intereses públicos regulados por el plan, bien sea de forma imperativa, como cuando la mejora consiste en la carga de *bonifica* para el propietario, o bien facultativa, como cuando el *affittuario* resulta legitimado para realizarla previa autorización administrativa si la obra es de las contempladas en el plan (p. 133-137). Todo lo cual presenta, a nuestro juicio, la importancia de mostrarnos el paralelismo que la curva evolutiva del Derecho italiano tiene con el nuestro.

B) *El Derecho de propiedad en general y en la legislación especial*

En un encuentro de privatistas, como es lógico, el tema de la configuración actual del derecho subjetivo de propiedad atrajo la atención de un gran número de participantes. Desde una perspectiva general, los profesores GARCÍA CANTERO y DE LOS MOZOS, enfocan en *Limitaciones de la propiedad en la legislación agraria española* la nueva configuración legal del objeto de ese derecho en base al concepto de *finca funcional*, según el cual "el propietario no sólo se ve limitado (...) en sus facultades de goce y disposición, sino también en su facultad específica de configuración y de destino de la cosa, sustituyéndose la facultad del propietario por la fuerza configurante de la Ley", de tal manera que, el Derecho de reforma del suelo y de reforma fundiaria en particular,

viene a modelar el contenido propio de las facultades dominicales (p. 475-480). Asimismo, el profesor LUNA SERRANO, en *Limitaciones al derecho de propiedad que se consideran necesarias para el desarrollo de la explotación agrícola y para la ordenación del territorio*, formulando un esquema sólo formalmente distinto del anterior, entiende que "se puede observar una evolución en la consideración de la caracterización de la propiedad rural en el Derecho español que progresivamente se desplaza de la simple consideración del objeto a la del contenido del derecho de propiedad (facultad de uso y facultad de disposición) sobre inmuebles rústicos de naturaleza productiva. Este cambio de orientación ha consentido, a mi modo de ver, que ya se pueda hablar con relación al Derecho agrario español del control del uso y de la circulación de las fincas rústicas productivas" y el hecho de que exista, aunque de forma inorgánica, una normativa abundante, cuya finalidad es la protección de la explotación agraria y de la empresa agraria en nuestro ordenamiento positivo especial (p. 535-550). Y el profesor ALVAREZ CARBALLO, en *Propiedad y explotación agraria en la legislación y en la situación fáctica de España*, igualmente, tras una rápida descripción de la línea evolutiva de esta disciplina, concluye con algún optimismo quizás, que "se abre una cierta esperanza para el desarrollo inmediato del Derecho agrario español, especialmente al tener en cuenta cómo la reciente legislación parece iniciar un camino de mayor atención a las dimensiones de la explotación agraria y a los aspectos humanos de la capacitación profesional y de movilidad social que su mejora implica, se deriva necesariamente una mayor atención a los aspectos dogmáticos" (p. 443-473). Aspectos dogmáticos que, desde una amplia perspectiva evolutiva, nos da el doctor GUTIÉRREZ SARMIENTO en su comunicación sobre *El "fundus", la unidad mínima de cultivo y la Ley de Fincas y comarcas Mejorables* (p. 151-164), que J. MONTERO Y GARCÍA DE VALVIDIA concreta a la normativa referida a *La colonización agraria* (p. 563-575) y que el profesor MARTÍN BLANCO limita a la "necesidad de un tratamiento legislativo-urbanístico del suelo rústico" en su estudio *Notas sobre el régimen del suelo rústico en la legislación urbanística española* (p. 551-561).

Respecto a la LCFM, en particular, el profesor HERNÁNDEZ GAJATE, en *Incidencia de la Ley de Comarcas y Fincas mejorables en la teoría general de las limitaciones del dominio*, concluye que "la Ley contempla (...) nuevas 'limitaciones legales' (o 'delimitaciones') dotadas *per se* de eficacia *erga omnes*, pero sin proyección práctica en titularidades concretas" (p. 165-171); limitaciones que, desde una perspectiva personalista, vienen explicadas por el profesor VELASCO FERNÁNDEZ en su trabajo sobre la *Trascendencia del artículo 2 de la Ley respecto a la función social de la propiedad* como concreciones de la misma, pues ésta es, a su juicio, "congruente con el sentido social que informa no sólo nuestra realidad social, sino también y muy particularmente nuestra realidad jurídica" (p. 295-302) y que son analizadas con notable rigor lógico por el profesor LEÓN GONZÁLEZ, en *La obligación de mejorar y transformar y sus repercusiones en el derecho de propiedad*, quien, disintiendo de la opinión expuesta, concluye que "la funcionalización del instituto no se refiere a la estructura del derecho (de dominio), sino a la conducta del propietario, obligado a conducirse *civiliter* en la gestión de una cosa que, tanto

por su propia naturaleza como por mandato constitucional, está llamada a satisfacer necesidades de carácter comunitario" y que, por consecuencia, las obligaciones previstas por el artículo 2, LRYDA, constituyen sólo "limitaciones a la iniciativa económica del titular de la finca declarada mejorable" (p. 173-178); así como la de la profesora PUENTE MUÑOZ, en *Algunos aspectos jurídicos de la Ley de Fincas y Comarcas Mejorables: el concepto de propiedad*, las entiende como un presupuesto para dinamizar la titularidad dominical en la actividad empresarial exigible, por ellas, al propietario (p. 267-272). Realidad institucional de la empresa cuyos requisitos, en relación con la disciplina normativa italiana, son problematizados por el profesor GIUFFRIDA, de la Universidad de Messina, en *Acerca de la empresa agraria*, de forma particular en cuanto a la conexión de la actividad productiva con la actividad de organización de la misma, materia en la que el autor, en la voz "*Imprenditore agricolo*" de la *Enciclopedia del Diritto* (XX, Milano, 1970, p. 549 y ss.) ha probado ser un especialista consumado (p. 509-518). Rasgos específicos de la titularidad dominical son analizados, por último, en el diagnóstico regional que elabora J. L. FERNÁNDEZ ORTIZ, en *Aspectos de las fincas mejorables en Galicia del noroeste y el abuso del derecho de propiedad* (p. 87-94).

Y, fuera del marco de la LCFM, el profesor GARCÍA CANTERO, en *Notas sobre la Ley de Caza, de 4 de abril de 1970*, pondera las novedades más importantes que esta Ley especial presenta en la configuración del derecho de dominio (p. 481-498) que el profesor LÓPEZ PÉREZ, en *Agrupación de propietarios para acotar, no estima limitativas de éste, pues, a su juicio, la "constitución de cotos, si bien sometida a formalidades administrativas, sigue siendo una de las facultades del dominio inmobiliario, extendiéndose, incluso, para impedir el acceso a terceras personas al mismo* (p. 519-526).

C) *Régimen contractual de la LCFM*

La visión de conjunto de las distintas alternativas de la *Contratación entre la Administración y el particular* nos es proporcionada por la doctora Teodora TORRES, de acuerdo al subtítulo de su cuidada comunicación a las Jornadas en la que, con acierto, afirma que la naturaleza jurídica del Plan Individual contratado en virtud de lo que previene el actual artículo 148, 1, LRYDA, es la de un "contrato normativo", relación contractual que, al igual que los actos jurídicos negociales destinados a su ejecución, es regulada por el régimen común de los contratos administrativos (p. 287-294). Del mismo modo, el profesor LLAMAS VALBUENA, en su estudio sobre *Los arrendamientos rústicos en relación con el régimen de comarcas y fincas mejorables*, analiza la incidencia de la Ley en el régimen especial de los arrendamientos rústicos, así como las peculiaridades que el arrendamiento forzoso presenta en lo relativo a la revisión de rentas, la indemnización por mejoras y el derecho de acceso a la propiedad, particularidades que lo excluyen de aquél (p. 187-196), instituto este último cuya naturaleza contractual es negada por el profesor DE MARINO, en *El arrendamiento forzoso en la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables* (p. 197-219) y admitida por el profesor TORRALBA SORIANO en *El arrendamiento forzoso de las fincas rústicas de mejora obligatoria*, bien

que como arrendamiento *ad meliorandum*, a su juicio, presente una configuración *sui generis* (p. 277-286).

Como en el primer punto, finalmente, las comunicaciones de los profesores MASSART y PAOLETTI MASSINI, de la Universidad de Pisa, sobre la *Evolución legislativa de la disciplina de las mejoras en el arrendamiento rústico* y sobre la *Problemática relativa a la importancia del momento real en la relación jurídica derivada del arrendamiento de finca rústica*, respectivamente, vienen a resaltar el paralelismo que ofrece la línea evolutiva de las mejoras hacia una facultad empresarial cada vez más potestativa del arrendatario, por un lado, y de la conversión progresiva de la titularidad del arrendatario rústico en un derecho de tipo real, por otro, lo que aparece tanto en Italia como en las transformaciones de nuestro Derecho agrario del último cuarto de siglo (p. 221-239 y 577-583).

D) *Aspectos registrales, tributarios y procesales*

En relación con el primer punto, A. LUCINI CASALES, en *Aspectos registrales de la nueva Ley Española sobre Comarcas y Fincas Mejorables*, enjuicia la técnica deficiente adoptada por la LCFM, recomendando que la Administración haga practicar en el Registro nota marginal de afectación de todas las fincas inscritas comprendidas en la comarca desde el mismo momento de la aprobación del Plan correspondiente, así como, respecto de las no inscritas, que impusise su inmatriculación con arreglo a las previsiones del artículo 312, R. H. (p. 179-185). Coinciendo, el profesor CUEVAS CASTAÑO, en su comunicación sobre *El artículo 18 de la Ley de Comarcas y Fincas mejorables*, observa la inexistencia de una regulación legal para el primer contacto entre el expediente de obligatoriedad del Plan y el Registro, advierte la falta en la Ley de una remisión formal a los procedimientos ordinarios de inscripción obligatoria y entiende que la "toma de razón" dispuesta por el actual artículo 152, LRYDA, ha de llevarse a cabo mediante nota marginal (p. 79-85).

Los *Aspectos tributarios de la productividad agraria (fincas mejorables) en el ordenamiento español* son abordados por el profesor GONZÁLEZ SÁNCHEZ, dándonos una visión global de las ventajas tributarias que pueden estimular la mejorabilidad de fincas rústicas, así como sobre la mayor intensidad de la carga que corresponde a las fincas in cultas o de explotación deficiente, aparte de estudiar la desgravación que bonifica a los actos jurídicos mediante los cuales los planes de mejora se realicen (p. 139-150). Asimismo, J. L. MUÑOZ, en su interesante comunicación relativa a las *Exenciones tributarias a las fincas mejorables*, analiza las disposiciones del Texto Refundido de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria desde la perspectiva de los beneficios que conceden y que pueden tener aplicación en favor de las fincas mejorables (p. 241-250). Aspectos que, bajo un enfoque teórico y en relación con el Derecho italiano, son estudiados por A. M. LUCHINI, de Roma, en *La empresa agrícola en los sistemas de previsión social y tributarios*, poniendo de relieve cómo "el Código civil italiano, aún configurando la activi-

dad agraria como un factor económico, no deja salir al empresario agrícola del estrecho campo impuesto por la tradición y le pone límites precisos e insuperables, es decir, la necesidad del fundo, como base social de su explotación”, tradición que, a su juicio, está en contradicción con la nueva normativa especial y con la *praxis socio-económica* (p. 527-533).

Criticamente son analizados, también, los *Aspectos procesales de la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables* por el Magistrado del T. S., Antonio AGÚNDEZ, quien, luego de describir los procedimientos administrativos y contratuales previstos en la LCFM, y sus recursos, concluye objetando la existencia de trámites especiales distintos del Procedimiento Administrativo ordinario, la disciplina errónea que la Ley adopta frente a los recursos, el carácter ejecutivo del acuerdo de inclusión en el Catálogo de Fincas Rústicas de Mejora Obligatoria que es, más bien, automático, y la falta de paridad democrática en el Jurado de Fincas Mejorables (p. 52-62). Aspectos que, desde el punto de vista dogmático, estudia el profesor GERMANO, de la Universidad de Florencia, en *El Derecho agrario y el proceso*, para quien la especialidad de la materia y la especialidad de las normas sustantivas agrarias ha de reflejarse en la especialización del proceso, especialización que, de un modo muy genérico, consiste en la sustitución del principio procesal de libre disposición por las partes por la ampliación de las facultades inquisitivas de la investigación judicial, pues “el elemento típico del moderno proceso de la agricultura es (...) el aumento de los poderes de instrucción del juez, y más en concreto el poder disponer de oficio sobre todos los medios de prueba que considere oportunos”, ya que, a juicio del autor, la libre disposición procesal no es coherente con el *ius cogens* que tipifica al Derecho agrario moderno (p. 499-508).

E) *Método y sistemática del Derecho agrario*

Abre la segunda parte del volumen dedicada al Tema “B”, la importante Ponencia General leída por el profesor CARROZZA, uno de los agraristas contemporáneos más prominentes que, desde la Universidad de Pisa, orienta las investigaciones de la joven generación. Ponencia que recayó, nada más ni nada menos, que sobre *La noción de lo agrario* (“Agrarietà”). *Fundamento y extensión*, incluida, además, por el autor como capítulo segundo de una de sus más reciente obras (*vid. Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, I, Milano, 1975, p. 60 y ss.) y en la que sienta las bases metodológicas de lo que ha llamado el “criterio biológico” para definir lo agrario, presupuesto de la construcción sistemática que, de acuerdo con la tecnología agrícola en uso por la economía moderna —que no es necesariamente fundiaria—, permite justificar la especialidad del Derecho agrario, delimitar sus fronteras frente al Derecho civil, al Derecho mercantil y al Derecho del trabajo, e identificar los institutos que conforman su materia. Para el profesor CARROZZA, “considerada en su íntima esencia —desde un punto de vista metajurídico, pero también metaeconómico y metasociológico, y ontológicamente hablando— la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al

disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones". "Criterio biológico" que, pese a la resistencia encontrada en algún sector formalista de la doctrina italiana (*vid. la comunicación de NICOLÓ y VITUCCI, infra e IRTI, Le due scuole del diritto agrario*, en RDA, 54 (1975), p. 54, nota 185), había sido ya intuido por el agrarismo iberoamericano (Cfr. RINGUELET, *Derecho agrario ('jus-proprium')*, en *Atti Seconda Assamblea IDAIC*, I, Milano, 1962, p. 425 y ss; las Resoluciones de la V y VI Conferencia Regional de la FAO para América Latina, Costa Rica, 1958 y México, 1960; CARRERA, *Bases y Perspectivas del Derecho Agrario Argentino*, La Plata, 1967, p. 11 y ss., por ejemplo); y por parte de la doctrina francesa (Así, COTTON, *Légalisation agricole*, París, 1972, p. 8, y SAVATIER, *Les Baux ruraux*, París, 1973, página 8) y que, al fijar la esencia de lo agrario en el proceso agrobiológico de la crianza vegetal o animal, permite distinguir con rigor las actividades agrarias de las que le son afines, da coherencia interna al sistema científico del Derecho agrario y facilita la presentación didáctica de la materia (p. 305-329).

Inquietud sistemática que es la preocupación fundamental del trabajo del profesor ALONSO PÉREZ sobre la *Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario*, concebido como "sensibilización social del Derecho civil a las técnicas y exigencias de la agricultura moderna", trabajo en el que el autor denuncia la ineficacia de la normativa legal para la construcción dogmática de tal sistema, que propone dividido en cinco puntos relativos a las generalidades, la propiedad agraria, la empresa agrícola, los contratos agrarios y el Derecho de reforma, o sea, el llamado Derecho civil agrario únicamente, postulando para esa elaboración un método "eminente jurisprudencial" a cargo de la doctrina y de la práctica social y judicial (p. 331-347). Línea en la que se sitúa la comunicación del agrarista costarricense BARAHONA ISRAEL, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, titulada *Aspectos metodológicos de la propiedad agraria en el sistema del Derecho agrario costarricense*, en la que se adhiere, en cambio, al difundido método "*per istituti*" propuesto por el mismo profesor CARROZZA hace ya más de diez años (*vid. Gli istituti del diritto agrario*, I, Milano, 1962, p. V), aplicándolo experimentalmente al análisis de la disciplina de este instituto (p. 427-439). La comunicación de los profesores NICOLÓ y VITUCCI, de la Universidad de Roma y de la Universidad Abruzzese, sobre *Sistemática y didáctica del Derecho agrario*, por el contrario, viene dirigida principalmente a plantear ciertas dudas tanto sobre la posibilidad de construir el sistema del Derecho agrario a imagen de la tradición civilista, como de que pueda ser hecho jurisprudencialmente igual que el Derecho administrativo; dudas que los autores proyectan, incluso, al método "*per istituti*", ya que puede "derivarse de ello el peligro de que la elección de los puntos alrededor de los cuales se organiza el estudio, si las instituciones son las tradicionales, haga otra vez prevalecer el pasado sobre las novedades propias de la disciplina"; actitud dubitativa que ellos extienden, también, al "criterio biológico" para definir el *proprium* del Derecho agrario, pues, a su juicio, éste sólo probará ser válido "si de la presencia reconocida de lo agrario deriva un conjunto de

efectos coherentes, comprobables a la luz del Derecho positivo", tal como parece ser el caso, agregamos nosotros, de los datos normativos que nos da la experiencia jurídica occidental, así en Europa como en los sistemas jurídico-agrarios de América Latina (p. 403-408).

Ligado a esto, el profesor MILANI, de las Universidades de Módena y de Bolonia, nos presenta en su trabajo acerca de *La sistemática del Derecho agrario comparado*, un intento de sistema de las tendencias más constantes y uniformes que la experiencia jurídica extranacional presenta, si bien parte del prejuicio, hasta cierto punto desmentido por la realidad normativa actual, según el cual "en el Derecho agrario no se ven posibilidades" que conduzcan a la unificación de los sistemas jurídicos, prejuicio que nos parece contradicho, en efecto, por la normativa abundante de organismos internacionales, tales como la F. A. O. y la C. E. E. que, sin duda, anticipan un nuevo *ius commune* supranacional de la agricultura (p. 367-374). Y el profesor SANZ JARQUE, en una segunda comunicación a las Jornadas, referida al *Contenido, interés y enseñanza del moderno Derecho agrario*, propone una ordenación sistemática de las materias jurídico-agrarias del Derecho español fundada en torno a lo que llama "estatuto de la tierra", pues el autor todavía entiende que el Derecho agrario es "aquel conjunto de normas jurídicas dirigidas a regular, en el conjunto de la ordenación del territorio, el especial estatuto jurídico de la propiedad de la tierra, considerada como la relación jurídica tipo en materia agraria y cuantas relaciones e instituciones jurídicas se constituyen o asienten sobre ella, a la vez que la empresa agraria como organización y actividad en su dinámica de los elementos de aquella" (pp. 409-414).

F) Didáctica del Derecho agrario

Un planteamiento general sobre este aspecto es formulado por Antonio SOLDEVILLA, en *Notas sobre la autonomía didáctica del Derecho agrario, en el sistema de enseñanza de la Universidad española*, comunicación en la que, estimando "aconsejable y defendible (la) autonomía didáctica, no sólo por el interés específico del estudio de los temas que comprende, sino también por su función formativa, sobre todo en el plano metodológico", concluye que "no debe bastar la enseñanza de la disciplina agraria a nivel empresarial, profesional o laboral, es preciso para el neoagrarismo la reivindicación del carácter universitario de nuestra disciplina para llegar a través de su autonomía científico-didáctica a su autonomía legislativa" (pp. 415-426).

De igual modo, el profesor MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, en *Notas sobre algunas tendencias doctrinales acerca de la sistematización del Derecho agrario y su enseñanza*, si bien estima que éste no ha alcanzado todavía "el concepto de un Derecho especial", acepta la idea, según la posición inicial de ARCÁNGELI, de que sus normas públicas y privadas deban "sistematizarse y ordenarse en un Código agrario o rural" para concluir declarándose partidario de que "resulta imprescindible para la formación jurídica en la actualidad el conocimiento del Derecho agrario y las transformaciones operadas" en él, enseñanza que, "desde el punto de vista pedagógico resulta necesario el estudio del Derecho agrario, considerado en función de la realidad económica y

social, concediéndole mayor importancia en la parte expositiva de los programas de curso y destacando la importancia de cursos y clases prácticas que permitan conocer el desenvoivimiento y valor de las normas y su aplicación" (pp. 357-366).

Y precisamente los resultados de la experiencia, única hasta el presente, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, son objeto de la comunicación del entonces profesor Encargado de Derecho agrario, A. M. LÓPEZ LÓPEZ, sobre *La enseñanza del Derecho agrario en la Facultad de Derecho de Sevilla*, en la que destaca el carácter oficial que, desde 1968, tiene esta asignatura cuatrimestral, de dos clases teóricas y otra práctica semanales, adscrita al Departamento de Derecho Civil, asignatura que, en la estructura trimembre de la Facultad, es "obligada para los especialistas de Derecho privado, optativa para los de la rama empresarial y (...) no se cursa en absoluto por los dedicados al estudio del Derecho público", lo cual es coherente con la extensión mínima dedicada en el programa a esta última materia (específicamente, sólo dos temas), pese a que, según el autor, la asignatura deba ser considerada obligada para las tres especialidades y a que el Derecho agrario sea concebido por él, con una generalidad quizá excesiva, simplemente como "el sistema normativo de la tierra en cuanto cultivada y cultivable" (pp. 349-355).

G) *El Derecho agrario en general*

Dos comunicaciones y la *Presentación* del volumen inciden en este aspecto. Si, de una parte, J. MONTERO Y GARCÍA DE VALDIVIA, en *Notas y apuntes sobre el Derecho agrario en España*, nos da un visión ideológico-legislativa de la evolución de la materia en España y propone la introducción de una Ley General Agraria para la que postula unas Bases de sistematización (p. 375-402), no es menos ideológica la comunicación del profesor SALARIS, de la Universidad de Sassari, que tiene por objeto un llamado *Por un nuevo humanismo del Derecho agrario*, en la que, recogiendo la línea de CAPOGRASSI, propone el autor una operación de rescate de los valores personalistas, instituciones familiares y vínculos "naturales" del hombre con la tierra que, a su juicio, el Derecho agrario tiende a conservar como residuos de épocas pasadas en la civilización mecanizada, industrializada, en una palabra, tecnológica del capitalismo maduro, ya que, entiende, que los perfiles de la disciplina agraria, basados en la realización hombre-tierra, resisten aún a estas nuevas formas que despersonalizan al individuo y que, aunque registren cambios, actúan activamente en la sociedad industrial y afectan una especie de compensación entre criterios especulativos en vía de superación e instrumentos nuevos, rasgos característicos del Derecho agrario que, para él, "obstaculizan la tendencia a deshumanizar integralmente al hombre, propia de la sociedad industrial" y que puede, por ello, contribuir decisivamente, en su opinión, a la construcción "de un nuevo humanismo que sea la expresión de una civilización nueva y funcional, fundada en el principio del Derecho universal del hombre al bienestar" (p. 585-591).

Y para terminar nuestro comentario a este volumen, rico en planteamientos nuevos y aportaciones de interés para la ciencia del Derecho agrario en España, debemos hacer constar que su contenido nos hace cobrar conciencia

tal como lo destaca el profesor DE LOS Mozos en su *Presentación*, de una parte, de la gran madurez que el proceso legislativo ha alcanzado con la LCFM y con la LRYDA de 1973, y, de otra, de la necesidad de una vinculación estable que los estudios iusagraristas han de tener con la Universidad como “una disciplina obligatoria” en las Facultades de Derecho, pues las Jornadas cuyos materiales ahora se publican sirvieron, principalmente, para llamar la atención sobre dos cosas: “de la complejidad que ha alcanzado nuestro Derecho agrario, en el plano legislativo, así como de la necesidad de llegar a un cierto grado de depuración de las soluciones técnico-jurídicas, como apreciará el que leyere este libro, lo que únicamente puede lograrse —ya que el Derecho no puede entenderse sin juristas —si detrás de las leyes existe una ciencia jurídica sólidamente preparada para interpretarlas y aplicarlas. Y, por otra parte, de la necesidad de depurar los conceptos y los métodos a utilizar, tanto para el estudio, como para la enseñanza del Derecho agrario, tratando de precisar sus principios, para llegar a cerrar éstos en un sistema armónico que no haga estériles los esfuerzos que a él le dedican” (p. 6 y 7-8). Criterio que, a nuestro juicio, debe ser compartido plenamente con el autor.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA,

Doctor en Derecho
Universidad de Salamanca

NOTAS CRITICAS

El Derecho agrario. Estado actual de la cuestión

El *Derecho agrario* ha comenzado a surgir como una nueva disciplina jurídica, en el momento en que la economía agraria y rural se ha visto desplazada por la economía industrial y urbana, tratando de reaccionar ante este hecho, por eso, hace unos decenios, se ha hablado de una verdadera "revolución verde", idea que se yuxtapone a otra más antigua: la de la "reforma agraria", heredera, por una parte, del arbitrismo ilustrado y, por otra, de las tensiones que pusieron en obra, durante el primer tercio del presente siglo, al llamado Derecho social. Con lo que esta nueva disciplina del Derecho agrario surge, desde sus inicios, en el contraste entre una agricultura más productiva o socialmente más justa.

A diferencia de lo que ha sucedido en la formación de otras disciplinas, ahora clásicas, y que, en su día, se desgajaron del viejo tronco del *ius civile*, como sucedió con el Derecho mercantil, lo anomalístico del planteamiento en el caso del Derecho agrario estriba en que ofrece una base coyuntural, rápidamente cambiante, no pudiendo constituir un cuerpo coherente y unitario de doctrina, sino algo más circunstancial y problemático, dado su carácter momentáneo, salvo en aquellas materias en que, por estar sólidamente asentadas en el ordenamiento, pertenecen a algo tan estable como el Derecho privado, tal sucede con la propiedad, con los contratos, con el crédito, etc., donde el régimen especial o excepcional impuesto por las *leyes agrarias* responde a un espíritu de reforma, aunque los principios que le inspiran se acumulen o se contradigan recíprocamente. Fenómeno que es propio de cualquier planteamiento dentro del ámbito del llamado "Derecho económico", al aparecer la íntima interdependencia del mismo, en este caso, respecto de la *Política* y de la *Economía* agrarias, cuestión que debe valorarse adecuadamente. Pues aunque sea cierto, como afirma S. MARTÍN-RETORTILLO, que la realidad jurídica agraria "se apoya, en gran parte, en un sistema institucional que tradicionalmente ha permanecido con muy escasas modificaciones", resulta evidente que sobre el mismo, "con muy marcado carácter coyuntural, inciden también toda una amplia gama de postulados políticos y de principios económicos *cuyas soluciones pasan asimismo a integrar parte del ordenamiento jurídico-agrario*" (1). Esto no supone, en modo alguno, como tampoco lo pretende el ilustre publicista citado, que la nueva disciplina haya de constituirse sobre la base de

(1) *Derecho agrario y Derecho público*, en "Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario" (En la serie *Estudios Monográficos*, 3, ed. YRIDA, Madrid, 1975, pág. 154).

tales postulados íntegramente, sino sobre el *sentido* que haya de darse a los mismos, en cuanto aparecen como una constante, es decir, prescindiendo de su contenido cambiante y, por otra, planteando su incidencia sobre los viejos *iura privados*, como elemento que se incorpora a su propia lógica interna. Cuestión que se ofrece de manera uniforme en el encuentro entre el Derecho público y el Derecho privado, como *sedes materiae* en la que el tema debe ser planteado, no tratando de resolver el problema unilateralmente, en favor del punto de vista exclusivo de una u otra esfera normativa, puesto que los postulados políticos y económicos, que inspiran una normativa jurídico-pública, únicamente podrán ser considerados como formando parte de un verdadero Derecho agrario, cuando efectivamente sean aptos de incorporarse a un "sistema". Es por ello que la calificación más adecuada para significar inicialmente el carácter del Derecho agrario, sea la de *Derecho de reforma de la agricultura* (2), con lo que se señala el sentido de su relación con el Derecho privado y no se prejuzga el significado que pueda tener tal reforma.

Esta denominación explica, además, de una parte, que el Derecho agrario se integra en el Derecho social y económico y, de otra, que va produciendo su impacto en los viejos cuerpos, como un auténtico *ius novum*, que afecta tanto al Derecho público como al privado, pero sin encontrar un elemento definidor común tan claro y rotundo, como originariamente pudo serlo el *comercio* para el Derecho mercantil, o el *trabajo* para el Derecho del trabajo, ya que muchas de las novedades que aparecen en el plano legislativo, como puede ser la "*reforma fundiaria*", siguen siendo innovaciones que hay que reconducir al más puro Derecho civil ("*Bodenrecht*", "*Derecho del suelo*") (3), según entiende actualmente la propia doctrina agrarista (4), al hallarse íntimamente vinculadas con el Derecho de cosas o con la institución de la propie-

(2) Esta denominación la he utilizado en diversos trabajos, habiendo alcanzado buena acogida, en la doctrina y en la legislación, como lo demuestra la rúbrica que utiliza el Decreto de 12 de enero e 1973, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de reforma y desarrollo agrario*. Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972, págs. 24 y ss., 44-45, etcétera.

(3) En este sentido se orientan, en general, los civilistas alemanes, así H. WESTERMANN, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960, págs. 37 y ss.; F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 6.^a ed., Múnchen, 1970, págs. 224 y ss.; WOLFF-RAISER, *Derecho de cosas*, 1, en el *Tratado de ENNECCERUS*, III, trad. esp., Barcelona, 1970, págs. 12 y ss. En nuestra doctrina sigue este criterio, que es digno de toda alabanza, D. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español* II, 4.^a edición, Madrid, 1975, págs. 205 y ss.

(4) Por todos, A. CARROZZA, en los *Atti del Seminario sulla minima unità culturale*, en "Rivista di diritto agrario", 52 (1973), págs. 433 y ss., al considerar el espíritu de un Proyecto de ley para la Provincia de Bolzano, sobre esta materia, cuestionando si se pretende una actuación sobre la propiedad o sobre la empresa, al tener presente la distinción entre "reforma de estructuras" y "reforma fundiaria", haciendo referencia la primera a la protección de la empresa o de la actividad agraria de manera inmediata y la segunda, sólo de manera mediata, lo que no quita para que, ambas, aparezcan como postulados que se incorporan al Derecho agrario, integrando sus instituciones, aunque en pureza metodológica y sistemática quepa distinguir —ya que la cuestión se ha hecho polémica—, respectivamente, entre su carácter *agrario* y su simple carácter *fundiario*.

dad (5) y, otro tanto cabría decir respecto de la normativa de carácter público, respecto de las tradicionales actividades de policía y fomento, o las recientísimas de la planificación (6).

Por eso es difícil formular un concepto unitario de Derecho agrario, y, sin embargo, el Derecho agrario aparece como una realidad indiscutible en nuestros días (7), respondiendo a una fuerte "cientificación" y a una cierta uniformidad temática, lo que ha hecho posible que se le califique y no como explicable muestra de entusiasmo, sino como realidad verdadera, como un

(5) No cabiendo distorsionar su planteamiento por más que exista una "regulación" constitucional del derecho de propiedad, en torno al cual gira la *veraxa quaestio* de su "función social", tema que merece también una nota del estilo de la presente.

(6) Lo que revela el carácter *mixto* del Derecho agrario, como ya he defendido anteriormente, J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios*, cit., págs. 40-41; también, A. BALLARÍN, *El Derecho agrario y la planificación*, en *Estudios de Derecho agrario y Política agraria*, Madrid, 1975, págs. 215 y ss. Pero una cosa es hablar de carácter mixto y otra bien distinta considerar que el Derecho agrario depende del Derecho público, como entiende, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Op. y loc cit.*, págs. 161 y ss.

(7) La vitalidad del Derecho agrario se manifiesta, sobre todo, en la existencia de revistas especializadas, a la cabeza de las cuales figura la *Rivista di diritto agrario*, fundada por G. BOLLA en 1922; en Francia se publica, desde 1971, la "Revue de droit rural", y en Alemania, desde la misma fecha 1971, los "Zeitschrift für das gesamte Recht der Landwirtschaft, des Agrarmärkte und des ländlichen Raumes", por no citar, más que a las más importantes. Falta en España, por el momento, una revista especializada, salvo la existencia efímera de la "Revista de Derecho agrario", que entre 1964 y 1968 publicó algunos números, bajo los auspicios de la "Asociación aragonesa de Derecho agrario" y con el apoyo de un grupo de juristas universitarios. No obstante, hay que tener en cuenta que la "Revista de estudios agro-sociales", publicada por el Instituto el mismo nombre, desde 1952, llena parcialmente este vacío. Por otra parte, la bibliografía española moderna sobre cuestiones generales de Derecho agrario es cada vez más importante: F. DE CASTRO, *El Derecho agrario en España*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 7 (1954), págs. 377 y ss. M. ZUQUETA, *Derecho agrario*, Barcelona, 1955; J. CASTÁN TOBENAS, *Familia y propiedad*, Madrid, 1956; J. B. JORDANO BAREA, *Derecho civil y Derecho agrario*, en "Revista de Derecho Privado", 1964, págs. 721 y ss.; A. BALLARÍN, *Derecho agrario*, Madrid, 1965; A. LUNA SERRANO, *Para una construcción de los conceptos básicos del Derecho agrario*, en "La problemática laboral de la agricultura" (ed. C. E. U.), Madrid, 1974, págs. 47 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 27 (1974), págs. 523 y ss.; J. J. SANZ JARQUE, *Derecho agrario*, Madrid, 1975; *Jornadas italo-españolas de Derecho agrario* (ed. Cátedras de Derecho civil de las Universidades de Salamanca y Valladolid), Valladolid, 1976, aparte de la bibliografía citada en notas precedentes, trabajos monográficos y tesis doctorales cada vez más numerosas. Por último, no cabe silenciar el *Curso de Derecho agrario*, que bajo los auspicios de la "Asociación española de Derecho agrario", se viene celebrando en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Madrid), ininterrumpidamente, desde 1966, a cargo de un nutrido grupo de profesores, si bien sería de desear un mayor perfeccionamiento del mismo, en cuanto a sistema y método de la disciplina. Esto sin tener en cuenta los numerosos Seminarios de Derecho agrario que se imparten en distintas Facultades de Derecho (Salamanca, Sevilla, Valladolid, Valencia y Zaragoza, aparte de Madrid y Barcelona).

“nuevo Derecho común europeo” (8), constituyendo un Derecho peculiar o específico de la agricultura (“*ius proprium*”), como G. BOLLA, se complacía en calificarle reiteradamente (9), habiendo llegado a alcanzar cierta autonomía didáctica (10), aunque en su conjunto pueda pensarse se trata, todavía, de una materia *interdisciplinaria* (11), bien porque proceda de una parte del Derecho civil fuertemente influida por el Derecho público (12), o porque la ordenación de la misma proceda de la actividad pública para proyectarse sobre esa parte del Derecho privado, al tratar de actuar un cambio económico-social, como sucede en otros sectores de la actividad privada (13), o sin prejuzgar las repercusiones de ese inicial planteamiento *interdisciplinario* (14).

(8) Así, F. BAUR, *Commenti metodologici per la formazione di un futuro diritto agrario europeo*, en “Rivista di diritto agrario”, 43 (1964), pág. 399 y siguientes. De ahí la enorme importancia del Derecho comparado (y del Derecho comunitario de la CEE, sobre todo) en esta materia, lo que ya puso de relieve el gran T. ASCARELLI, *Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, en “Dopo il Primo Convegno internazionale di diritto agrario”, Milano, 1960, págs. 60-61, volviendo al argumento el inolvidable maestro G. BOLLA, *La fontion du droit agraire*, en “Contributi per lo studio del diritto agrario comparato”, Milano, 1963, págs. 235 y ss.

(9) En numerosas ocasiones acude el maestro a este planteamiento, vid. *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, págs. 813 y ss. y 889 y ss., especialmente.

(10) Vid. G. BOLLA, *L'autonomia del diritto agrario* (Resumen de la comunicación a la *XVIII Riunione della Società italiana per il progresso delle scienze*, Firenze, 1929), en “Rivista di diritto agrario”, 8 (1929), págs. 564 y ss., habiendo transcendido la cuestión en todas partes. Para esto, vid. *Atti del Primo Convegno internazionale di diritto agrario*, I y II, Milano, 1954. También N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, Milano, 1962, y A. CARROZZA, *L'insegnamento del diritto agrario nella cornice di un “di-partimento” dedicato alle scienze sociali dell'agricoltura*, en “Rivista di diritto agrario”, 44 (1965), págs. 164 y ss.

(11) Como dice K. KROESCHELL, “el Derecho agrario no es una parte autónoma de la ciencia del Derecho. No se puede determinar en él ni una unidad interna, ni unas claras fronteras, como en el Derecho penal, el Derecho de sucesiones, en el Derecho de títulos valores, en el Derecho tributario o en otras tantas grandes o pequeñas disciplinas jurídicas. El buscar al Derecho agrario un concepto que le defina bajo el punto de vista sistemático, tendrá por ello poco sentido”, *Landwirtschaftsrecht*, 2.ª ed., Kóln, 1966, pág. 1. Sin embargo, no es extraña a este autor la problemática suscitada por la llamada “Escuela técnico-económica” italiana, a la que más adelante nos referiremos, según se muestra en su trabajo, *Was ist Agrarrecht?*, en “Recht der Landwirtschaft”, 1965, págs. 277 y ss.

(12) Así, aun con diversos matices, en la generalidad de la doctrina civilista española más autorizada, A. HERNÁNDEZ GIL, *El concepto de Derecho civil*, Madrid, 1943, pág. 150; F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 7 (1954), págs. 377 y ss.; J. B. JORDANO BAREA, *Op. cit.*, en “Revista de Derecho Privado”, 1964, págs. 721 y ss.

(13) Esta es la postura típica de los administrativistas españoles, como recientemente ha expresado S. MARTÍN-RETORTILLO: “aquí, lo mismo que ocurre en relación con cualquier otro sector de la actividad administrativa, ese marco jurídico-público al que acabo de aludir es también el auténtico inspirador de la ordenación jurídica que se establece de la Agricultura y el que, guste o no, fija y determina directamente los principios básicos del sistema”, *Op. cit.*, en “Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo agrario”, cit., pág. 172 y, en general, págs. 161 y ss. y 171 y ss.

(14) Por mi parte he insistido, en este sentido, en el carácter *interdisciplinario*.

Las causas de la especial situación que presenta el Derecho agrario, se deben sin duda a que, de una parte, se inserta en las raíces más profundas del viejo Derecho civil. Así, en pleno "usus modernus Pandectarum", un autor alemán del siglo XVII, G. CH. LEISER, califica esta temática, poniendo a una de sus obras un título realmente evocador, *Jus Georgicum sive tractatus de praedis* (15), espíritu que todavía conserva la codificación, ya que a pesar de su carácter individualista, debido sin duda a la influencia de los fisiócratas, recoge en buena parte el Derecho de una sociedad eminentemente rural (16). Pero, por otra parte, el Derecho agrario surge, precisamente, como una reacción frente al individualismo de los Códigos, primero a impulsos de lo que se ha llamado el *Derecho social*, después a instancias del *Derecho económico*. Por eso, el Derecho agrario es, sucesivamente, "reforma agraria" y "reforma fundiaria" y, ulteriormente, "reforma de estructuras", en lo que se mezclan no solamente distintos postulados técnicos, sino también diferentes presupuestos ideológicos. De ahí que los criterios que inspiran el Derecho agrario cambien, evolucionen o se superpongan, unos a otros en el tiempo, teniendo en cuenta que todo éste proceso se realiza en pocos decenios, desde que aparece esta nueva disciplina en torno a los años veinte (17).

Primero, las reformas tratan de abordar un problema social, el de la "tenencia de la tierra", de acuerdo con la famosa expresión "*Bauerland in Bauernhand*" ("la tierra para el que la cultiva") y esto se manifiesta en las asignaciones y repartos de tierras, conectadas o no con las técnicas de la colonización, mucho más antiguas y donde el moderno Derecho agrario se pone en relación con el "despotismo ilustrado", de forma más o menos directa y dando lugar a formulaciones diferentes, según la peculiar ideología que inspira las regulaciones, así sucede en España, respectivamente, con la *Ley de Reforma Agraria* (1932-1935-1936) (18), o con la *Colonización de "zonas reglables"* (19). A un planteamiento paralelo responde, también, la reforma de la legislación de

plinario del Derecho agrario, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios*, cit., páginas 19-20 y 31 y ss., nuevamente en la *Presentación* del vol. "Jornadas italo-espaldas de Derecho agrario", cit.

(15) Cit. de K. KROESCHELL, *Landwirtschaftsrecht*, cit., pág. 3.

(16) Para esto el precioso trabajo de A. BALLARÍN, *El Código civil y la agricultura*, en "Revista de Estudios agro-sociales", 1953, págs. 8 y ss. Por otra parte, como es sabido, los Códigos decimonónicos en las tensiones entre el "librecambio" y la "fisiocracia", llevan a cabo una reforma, que podríamos calificar también de "reforma agraria" y que tiene como finalidad fundamental "liberar" la propiedad de la tierra, haciéndolo tanto para borrar los vestigios del feudalismo como para "movilizar" su riqueza, convirtiendo a la propiedad en un "valor", yendo mucho más lejos de lo que nunca hubiera soñado el arbitrio ilustrado.

(17) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios*, cit., págs. 26 y ss.

(18) Para esto, I. SERRANO, *El Fuero del Trabajo, doctrina y comentario*, Valladolid, 1939, págs. 233 y ss.; C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, II, Valladolid, 1936, capítulo adicional. Modernamente, A. BALLARÍN, *Derecho agrario*, cit., pág. 133, y MALEFAKIS, *Reforma agraria en España*, Madrid, 1968 (2.ª ed., 1972).

(19) A. LEAL GARCÍA, *La política de cambio de estructuras en las nuevas leyes agrarias*, en "Revista de Estudios agro-sociales", 40 (1962), págs. 7 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, *Las "tierras en exceso" en el conjunto del ordenamiento de colonización*, en "Revista de Derecho Privado", 1965, págs. 287 y ss.

arrendamientos rústicos, aunque en ella se contengan atisbos de un perfeccionamiento técnico que, para algunos, constituye lo más significativo del propio sistema del Derecho agrario (20), al configurarse el arrendamiento rústico como "un contrato para la empresa agraria" (21).

Por otra parte, estas reformas se inspiran generalmente, no sólo en la estabilidad del agricultor, sino en la necesidad de vincular de nuevo el campesino a la tierra y bajo este prisma aparece en Alemania, sobre todo, el patrimonio familiar vinculado ("Erbhof") (22), que sirve de modelo a otros Derechos europeos, en conexión con el propio Derecho de colonización (23), o poniendo de moda antiguas formas arcaicas de patrimonios agrícolas vinculados, que habían sobrevivido a la codificación al amparo de diversos *Derechos territoriales europeos* (24), con lo que se desarrolla un nuevo ámbito de la disciplina, el *Derecho sucesorio agrario* (25), cuestión que entre nosotros se conecta con la crítica del Código civil, llevada a cabo por los foralistas, en general conforme al más puro espíritu ultramontano (26), atribuyendo al Código males

(20) A. LEAL GARCÍA, *Los arrendamientos rústicos y la reforma de las estructuras agrarias*, en "Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo agrario", cit., págs. 293 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en Derecho español*. (Ponencia general al tema B), en las *II Jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, en "Rivista di diritto agrario", 54 (1975), págs. 453 y ss.

(21) Recientemente sobre el argumento, S. PIRAS, *La nozione di contratto agrario* (Relazione generale sul tema A) en las *II Giornate italo-spagnole di diritto agrario*, en "Rivista di diritto agrario", 54 (1975), págs. 429 y ss.

(22) K. KROESCHELL, *Landwirtschaftsrecht*, cit., págs. 76 y ss. Para el Derecho actualmente vigente, H. LANGE-R. WULFF, *Höfeordnung Kommentar*, 6.^a ed., München, 1963. En nuestra doctrina y para un análisis de la reforma nacional-socialista y sus precedentes en la tradición germánica, I. SERRANO, *El Fuego del Trabajo*, cit., págs. 234 y ss.

(24) Así sucede con el "masso chiuso" en el Tirol ahora italiano. Vid. C. FRASSOLDATI, *Il masso chiuso e le associazioni agrario-forestali dell'Alto Adige*, Milán, 1963; A. PIKALO, *Elementi di diritto romano e germanico nel diritto agrario successorio*, en "Rivista di diritto agrario", 47 (1968), páginas 439 y ss., y *Der Schutz der landwirtschaftlichen Betriebe durch Eheverträge, Schenkungen und Testament* (Ponencia general al Congreso del Comité europeo de Derecho rural), Luxemburgo, 1971.

(25) J. L. DE LOS MOZOS, *Hacia un Derecho sucesorio agrario*, en "Anuario de Derecho civil", 27 (1974), págs. 523 y ss.

(26) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Familia y propiedad*, cit., pág. 85 y ss.; L. MARTÍN-BALLESTERO, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944; J. L. LACRUZ, *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, en los "Atti della Seconda Assemblea", III, Milán, 1964, págs. 561 y ss.; J. J. LÓPEZ JACOÍSTE, *Derecho foral como Derecho agrario*, en "Symbolae Serrano y Serrano", I, Valladolid, 1965, págs. 483 y ss.; R. M. ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano en Derecho sucesorio*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", 1944; págs. 335 y ss.; J. VALLET DE GOYTISOLO, *La agricultura y la explotación familiar*, en "Revista Jurídica e Cataiña", 1964, págs. 107 y ss., y *La conservación del "fundus instructus" como explotación familiar, tema básico de los Derechos forales españoles*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", 1968, páginas 583 y ss.; PAZ ARES, *La casa en el Derecho foral de Galicia*, en "Revista de Derecho Notarial", 1965, págs. 225 y ss., y *Pequeñas instituciones agrarias del Derecho foral de Galicia*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1967, págs. 765 y ss.; L. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, *La indivi-*

que hay que encontrar en otras causas, sin que por ello sea justo dejar de reconocer que el individualismo del mismo ha supuesto una pérdida de sensibilidad para captar las necesidades de la agricultura en este aspecto (27), cuestión que en modo alguno supone un cambio sustancial de sistema, sino la adaptación del mismo con sentido realista a éstas y otras exigencias (28).

Por último, las técnicas de la *reforma fundiaria* se desarrollan e intensifican, en conexión con las propias técnicas de la *colonización*, según las posibilidades de cada país (29) y, a medida que esta reforma se va haciendo realidad, mientras que, por otra parte, al producirse paralelamente el proceso de industrialización se advierte que, cada vez más, los principios que la animan van cambiando de sentido, porque aquélla ya no tiene como meta la *propiedad de la tierra*, según lo había sido conforme a la lógica de la "reforma agraria", sino la idea de la *unidad óptima*, que se traduce en el régimen de la "unidad mínima de cultivo" (30), del que se pasa fácilmente, una vez superada la "reforma fundiaria", a la "reforma de estructuras", que recae sobre la *explotación* y sobre la *empresa* (31). Con lo que ya no es la "propiedad rústica", ni siquiera la "tenencia de la tierra" el principal protagonista del Derecho agrario, sino la *empresa agraria* o la *actividad agrícola*. En lo que ha jugado un papel muy importante el *Codice civile* italiano de 1942, al llevar buena parte de las materias del Derecho agrario a su libro V, donde se regula el trabajo y la empresa (32). Pero ésto forma parte de otra historia, una historia dogmá-

sibilidad de las unidades familiares agrarias en su transmisión sucesoria; en "Boletín Colegio de Abogados", 48 (Zaragoza, 1973), págs. 87 y ss.

(27) Lo que no hay que referir reiterativa y machaconamente al "sistema de legítimas" del Código civil, sino a lo sumo a las formas de pago de las legítimas y a las reglas sobre la partición, fácilmente adaptables a los fines que se persiguen en relación con la conservación de la unidad de la explotación agrícola.

(28) Como creo haber demostrado en mi trabajo anteriormente citado, J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 27 (1974), páginas 523 y ss., y en otros anteriores.

(29) Vid. A. SEGNI, *La riforma fonciaria in Italia*, en "Atti", I, cit., 1954, págs. 388 y ss.; P. VOIRIN, *La propriété rurale en droit français contemporain*, en los "Atti", II, cit., 1954, págs. 539 y ss.; F. BAUR, *Freiheit und Bindung im geltenden Landwirtschaftsrecht*, en "Studium Generale", 11 (1958), págs. 511 y ss.; E. ROMAGNOLI, *Circolazione giuridica del fondo rustico e controllo dei prezzi*, Milano, 1965; K. KROESCHELL, *Landwirtschaftsrecht*, cit., págs. 18 y ss., y *Die Flurbereinigung*, en "Rivista di Diritto agrario", 47 (1967), págs. 101 y ss.; G. OLMI, *Problèmes fonciers dans le programme "Agriculture 1980"*, en *Ibid.*, 50 (1970), págs. 59 y ss.; R. MALEZIEUX-R. RANDIER, *Traité de droit rural*, I, París, 1972, págs. 159 y ss. y 328 y ss.

(30) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La conservación de las unidades agrarias*, en "Anuario de Derecho civil", 12 (1959), págs. 939 y ss., y *La conservación de las unidades agrarias en la ley de reforma y desarrollo agrario*, en "Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo agrario", cit., págs. 97 y ss.

(31) J. L. DE LOS MOZOS, *En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola*, en "Revista de Derecho Privado", 1974, págs. 873 y ss.

(32) F. MAROI, *L'agricoltura nel libro del lavoro del nuovo Codice civile*, en "Rivista di Diritto agrario", 21 (1942), págs. 123 y ss. Por lo demás, la bibliografía sobre el tema es particularmente extensa, por todos: E. BASSANELLI, *Corso di Diritto agrario*, Milano, 1946, págs. 4 y ss.; M. LONGO, *Profilo di ditto agrario italiano*, Torino, 1951; págs. 7 y ss.; entre los trabajos más re-

tica que no podemos soslayar, aunque tampoco debemos confundir, ya que a la hora de ponderar todo ese conjunto normativo y teórico que constituye ese *ius novum* que denominamos "Derecho agrario", no podemos prescindir de los distintos planos o estratos que le integran, sobre todo pensando en su eficacia práctica, ni eludir las conexiones entre ellos existentes, ni tampoco las que se desarrollan con el resto del ordenamiento jurídico.

Por ello, en otra ocasión, he tratado de definir este fenómeno acudiendo a la diferenciación de *tres esferas normativas* dentro de lo que se llama Derecho agrario, en sentido amplio. Son éstas, el Derecho civil agrario, el Derecho de reforma de la agricultura y el Derecho de la empresa y del empresario agrícolas, quedando siempre al margen las normas concernientes a la organización pública y a la actuación administrativa en relación con la agricultura (33). En la *segunda* de estas esferas se integra lo más importante, por lo que al Derecho español se refiere, de lo que llamamos "Derecho agrario", por eso tiene sentido utilizar como calificación predominante la expresión, *Derecho de reforma de la agricultura*, donde se contiene la reforma fundiaria, el Derecho de colonización, la regulación de los arrendamientos rústicos y de los demás contratos agrarios, el régimen del crédito agrario, etc., y donde no siempre resulta fácil hablar de Derecho *especial*, siendo más exacto calificar esta normativa de "*ius proprium*" de la agricultura. Por último, la tercera de éstas esferas normativas, se halla tan poco desarrollada en España, salvo en cuanto en ella incide la materia de contratos agrarios, que más bien es una aspiración y un programa para una futura política legislativa.

Esta construcción se halla de acuerdo con el postulado, según el cual, se niega al Derecho agrario autonomía de nueva disciplina jurídica, en lo que influyen, notablemente, los reiterados cambios que se observan constantemente, en pocos años, en el tratamiento jurídico de los temas que integran su contenido, cada día más vinculado, por otra parte, al Derecho económico (34). Sin embargo, cuando se plantea dogmáticamente el tema del Derecho agrario, se observa un proceso parecido al seguido en el Derecho mercantil, pues, primero se trata de concebirle como un "Derecho del agricultor" (35), lo que tiene

cientes, A. PANUCCIO, *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1974, y GALLONI, *Potere di destinazione e impresa agraria*, Milano, 1974.

(33) J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios*, cit., págs. 51 y ss., y 307 y ss. Por eso el Derecho agrario es un "Derecho mixto", no sólo en el sentido de que contiene normas de Derecho público y de Derecho privado, sino en otro mucho más auténtico, y totalmente diferente de esta relación, ya que por una parte constituye Derecho general y por otra Derecho particular, no siempre especial, sino particularista o propio que ofrece una estructura distinta a la del Derecho mercantil y una función totalmente diferente, por lo que el *sentido* de la relación con el "Derecho común" es muy distinto.

(34) Ningún conocedor del Derecho agrario duda hoy que haya de integrarse en el "Derecho económico", que no debe ser entendido exclusivamente como Derecho público, como creen algunos. Hay, sin embargo, quien rechaza este planteamiento; así, J. MONTERO Y GARCÍA DE VALDIVIA, *Notas y apuntes sobre el Derecho agrario en España*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 26 (1973), págs. 727 y ss.

(35) Según K. KROESCHELL, *Landwirtschaftsrecht*, cit., págs. 1 y ss., y 76 y ss., ésto aparece como una floración tardía de la ideología conservadora, ya en los años del nacional-socialismo.

sentido, a pesar de que la agricultura no constituya una actividad muy específica, si se concibe a aquél como empresario (36), e inmediatamente después se trata de *objetivar* su fundamentación, bien diciendo que se caracteriza porque sus normas se refieren a la agricultura, o a la relación jurídica agraria (37), o en suma a la empresa agraria (38), o a la explotación agrícola (39).

En este sentido es muy instructiva la evolución de la doctrina italiana (40).

(36) La consideración de la profesionalidad del agricultor ha tenido siempre importancia, cobrándola recientemente desde el punto de vista de la agrimación o asociación de agricultores, para la concentración de empresas o de actividades en relación con la producción y con la comercialización de los productos agrarios, aspectos que han tenido siempre mucha importancia en el Derecho francés, entre los Derechos latinos, lo mismo en los países centro-europeos. Para la doctrina francesa, por todos: J. MEGRET, *Droit agraire*, I, París, 1973, págs. 6 y ss., y 21 y ss.; R. MALEZIEUX-R. RANDIER, *Traité de droit rural*, cit., I, págs. 3 y ss., 18 y ss. En la doctrina española se acercan a este planteamiento, J. B. JORDANO BAREA, *Op. cit.*, en "Revista de Derecho Privado", 1964, págs. 721 y ss., y más decididamente, A. LUNA SERRANO, *Op. cit.*, en "La problemática laboral de la agricultura", cit., págs. 47 y ss., y en otros trabajos anteriores, de los que allí puede encontrarse referencia. Me refiero a esto, por mi parte, también en *Estudios*, cit., págs. 32 y ss.

(38) Así, A. ARCANGELI, *Nozioni generali sul diritto agrario*, en "Rivista di Diritto agrario", 15 (1935), págs. 1 y ss., quien, después de tener presente que el Derecho agrario está compuesto por normas de Derecho público y de Derecho privado, define al segundo como el conjunto de normas de Derecho privado que regula los sujetos, los bienes y las relaciones jurídicas referentes a la agricultura. En nuestra doctrina con muchas salvedades se sitúa en esta línea F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 7 (1954), páginas 339 y ss., pero hay que tener en cuenta que el ilustre maestro, a través de esta referencia, trata de realzar el papel básico de los sujetos de la relación jurídica (cultivador, familia campesina, personas jurídicas), con que podría clasificarse con los autores del grupo anterior, a que me he referido en la nota precedente, que indudablemente siguen sus huellas, como le sucede especialmente a J. B. JORDANO BAREA, *Op. cit.*, en "Revista de Derecho Privado", 1964, págs. 730 y ss., quien trata, además, de matizar el carácter de *ius specialis* del Derecho agrario frente a las normas del Derecho civil.

(39) Representa en España esta orientación, A. BALLARÍN, al menos en su primera época, así en *La formación, concepto y fines de un Derecho agrario de la empresa*, en "Atti", cit., II, Milano, 1954, págs. 99 y ss., y posteriormente en *Derecho agrario*, cit., págs. 195 y ss., y 232 y ss., y allí interesantes referencias. Posteriormente su pensamiento se hace más confuso, incurriendo en un peligroso planteamiento tercero-mundista.

(40) En la doctrina francesa el núcleo central del Derecho agrario viene constituido por el tema de la "explotación agrícola", así: M. JUGLART, *Droit rural*, I, *L'exploitation rural*, París, 1949; R. SAVATIER, *L'évolution des structures du droit agricole français*, en "Atti", cit., I, Milano, 1954, págs. 489 y ss.; J. MEGRET, *Droit agraire*, cit., I, págs. 6 ss. En Italia y en todas partes, siempre ha habido una tendencia que supone un acercamiento hacia esta orientación, así, D. BARBERO, *Fondo e azienda nell'impresa agricola*, en "Atti", cit., II, Milano, 1954, págs. 111 y ss.; S. PUGLIATTI, *Terra, azienda agraria e impresa agricola*, en "Dopo il Primo Convegno internazionale", cit., 1960, páginas 309 y ss.; recientemente, A. CARROZZA, *Contratto e impresa nel diritto agrario italiano* (Comunicación a las "II Jornadas italo-españolas de Derecho agrario", Pisa-Alghero-Sassari, 1975), en "Revista de derecho agrario", 54 (1975), págs. 501 y ss.; en la doctrina alemana, F. BAUR, *Der landwirtschaftliche Betrieb als juristische Einheit nach deutschen Recht*, en "Atti", cit., II, 1954, páginas 139 y ss., y, por último, J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en "Revista de Derecho Privado", 1974, págs. 873 y ss.

Como es sabido, con la fundación de la *Rivista di diritto agrario* (en 1922), se abre una nueva etapa para el desarrollo de la disciplina, siendo de particular interés comprobar las distintas posturas adoptadas por la doctrina, así como la fundamentación de las diversas opiniones en torno a la posible autonomía del Derecho agrario (41), pero de todas ellas pueden destacarse dos tendencias predominantes, la llamada "Escuela técnico-económica", fundada por G. BOLLA, que se apoya inicialmente en el concepto naturalista de "fundus" para defender la autonomía del Derecho agrario como un "ius proprium" de la agricultura (42), y frente a ella, la que N. IRTI denomina "Escuela jurídico-formal", cuyo fundador es A. ARCANGELI, que concibe el Derecho agrario como un capítulo especial incorporado al sistema del Derecho privado, que carece de autonomía por faltarle unos principios generales diferenciados (43), aunque se reconozca la necesidad de perfeccionar la dogmática para la comprensión de los hechos nuevos históricamente en gestación (44). Posteriormente, el Código civil italiano de 1942, parece según observación del propio N. IRTI, que da la razón a la segunda de las citadas escuelas, al separar la disciplina de la propiedad de la disciplina de la empresa y al unificar la de ésta para toda actividad económica, dentro de un Código unitario para todo el Derecho privado, pero, sin embargo, la doctrina posterior y más reciente parece adherirse a la primera (45), con la excepción de A. CARROZZA (46), que se destaca del grupo tratando de fundamentar el Derecho agrario en la "noción de agrariedad", como "hecho técnico" que configura una especial *naturaleza de las cosas*, que

(41) Para esto magistralmente, N. IRTI, *Le due scuole del diritto agrario*, en "Introduzione allo studio del diritto privato", Torino, 1974, págs. 221 y ss.

(42) Para ello se apoya en las razones utilizadas por A. SCIALOJA, para defender la autonomía del Derecho marítimo, que a su vez es el primero en fijarse en el "hecho técnico" como naturaleza de las cosas, lo que le lleva a justificar un "corpus" autónomo: *La sistemazione scientifica del diritto marítimo*, en "Rivista di diritto commerciale", 1928, I, págs. 1 y ss., y anteriormente, *Sistema del diritto della navigazione*, Napoli, 1922. Argumento que utilizará en nuestros días A. CARROZZA para defender la autonomía del Derecho agrario (vid. *infra*).

(43) *Il diritto agrario e la sua autonomia* (1928), ahora en "Scritti di diritto commerciale ed agrario", III, Padova, 1936, págs. 339 y ss.

(44) N. IRTI, *Op. cit.*, págs. 269 y ss.

(45) *Op. cit.*, págs. 250 y ss. Entre los discípulos más recientes de G. BOLLA, C. ZACCARO, *Premesse ad un studio sul potere discrezionale dell'imprenditore agricolo*, en "Atti", cit., III, 1954, págs. 564 y ss.; G. GALLONI, *Potere di destinazione e impresa agraria*, Milano, 1974, y anteriormente, *Nozioni di diritto agrario* (ed. a cargo de R. ROMOLI), curso académico 1971-1972, Florencia, s/d., págs. 1 y ss., y 101 y ss.; E. ROMAGNOLI, *L'exploitation agricole*, en "Rivista di diritto agrario", 44 (1966), págs. 545 y ss., y, anteriormente, aparte de la obra ya citada, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957, págs. 50-52, y 149 y ss.

(46) Autor que eleva el concepto de "agrarietà" como hecho técnico, a criterio definidor del Derecho agrario. Planteamiento que es captado claramente por N. IRTI, *Op. cit.*, págs. 274 y 294 y ss. y al que el propio A. CARROZZA, apunta ya en sus trabajos más importantes, entre ellos baste citar aquí *Gli istituti di diritto agrario*, I, Milano, 1962 y II, Milano, 1970, también, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agraria*, I, Milano, 1965.

sirve de fundamento a la "especialidad" del sistema de la nueva disciplina, tal y como aparece en las diversas instituciones que la integran (47).

De todos modos, pese a la agudeza de estas consideraciones y participando, en suma, de la opinión del dilecto colega pisano A. CARROZZA, dada la realidad normativa y las necesidades, en concreto, de nuestra agricultura, no podemos aceptar este criterio como "método", sino como "meta", y, entretanto, volver a nuestro inicial punto de partida, según el cual, el Derecho agrario, en crisis desde su gestación, aparece como una disciplina todavía no vertebrada internamente, porque en ella destaca su carácter eminentemente de *ius novum*, con lo que llevamos todavía más lejos el juicio sobre su pretendida autonomía, que la propia escuela de A. ARCANGELI, pero sin embargo, y en contra de esta tendencia y, aun teniendo presente las tres esferas normativas anteriormente indicadas, en ellas podremos encontrar un hilo conductor uniforme, que ahonda sus raíces en el más viejo Derecho civil patrimonial, en torno a la idea del "*fundus*", explotación o empresa, como quería G. BOLLA, y que constituye un "*ius proprium*" de la agricultura en tanto en cuanto "*ius novum*" que comprende, por igual, al Derecho de la reforma fundiaria que al Derecho de colonización, a los contratos agrarios que al Derecho sucesorio agrario, o al crédito agrario tanto como a las agrupaciones sindicales agrícolas, cooperativas, etcétera, pasando así del propio "*fundus*" a la "actividad" de la empresa y del empresario, no limitándose a la fase productiva, es decir, al proceso biológico de la agrariedad, sino extendiéndose también a la comercialización de los productos agrícolas y a la organización de la propia agricultura, comprendiendo la representación de sus intereses en la planificación económico-social y en las medidas de la acción y de la intervención pública, de ahí el fundamento de su carácter *interdisciplinario*, dotado de un "sistema múltiple" que comprende tanto el "*fundus*" como el "*rus*" (48) y la propia *actividad agrícola* entendida en sentido propio y en sentido amplio.

Sólo de esta manera puede darse una idea exacta de los hechos, una dimensión adecuada del fenómeno, aunque el Derecho agrario así entendido escape furtivamente a toda delimitación y concreción como disciplina específica, por eso, sus relaciones con el Derecho civil serán las que, en cada caso, establezcan las normas concretas y determinantes de una regulación cualquiera, elaboradas y reducidas convenientemente a "sistema", apareciendo unas veces como

(47) *La nozione di agrarietà: fondamento ed estensione* (Ponencia general al tema B), en las "I Jornadas italo-españolas de Derecho agrario", Salamanca-Valladolid, 1972), trad. esp., en vol. cit., Valladolid, 1976, págs. 305 y ss. Noción que se plantea en el ámbito extrajurídico del fenómeno agrario y que consiste "en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al aprovechamiento de las fuerzas y de los recursos naturales, y que se resuelve económico-mente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinados al consumo directo, como tales, o mediante una o múltiples transformaciones". Ahora, en *Problemi generali e profilo di qualificazione del diritto agrario*, I, Milano, 1975, págs. 60 y ss., y *L'individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti*, en "Rivista di diritto civile", 1974 y ed. separada.

(48) Por eso no es extraño que en la denominación de la disciplina se utilice por muchos el término "Derecho rural", ya que lo "rústico" es el medio geográfico y humano donde se desenvuelve predominantemente la agricultura.

un Derecho excepcional o particular, otras como un Derecho especial, ya que el carácter de “*ius proprium*” sólo es atribuible a la totalidad del fenómeno, no al carácter concreto de las distintas regulaciones, creando con todo un cierto tecnicismo en la materia y que va encaminado a un fin común (como *ratio iuris*), el cual, sea el que fuere (“*fundus*”, agrariedad), opera en un plano distinto de aquel en que esta cuestión habría de plantearse, el de la especificidad en que reside la totalidad de un sistema (49).

JOSÉ LUIS DE LOS Mozos

(49) En sentido análogo, N. IRTI, *Op. cit.*, págs. 264 y ss., y 296-297.

LIBROS RECIBIDOS

ABELLA POBLET (Manuel). *Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Manual del Derecho de Caza.* Publicaciones Abella. Madrid. 1973. 625 págs.

ABELLA (Ricardo), **ABELLA** (Manuel). *Código penal. Texto refundido de 1973. Con jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta 1973, inclusive.* Publicaciones Abella. Madrid. 1974. 339 págs. Apéndice recogiendo texto íntegro de la Ley de 26 de noviembre 1974, 4 págs.

AZNAR SÁNCHEZ. *La extranjería en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.* Prólogo de José María Chico Ortiz. Editorial Montecorvo. Madrid. 1974. 487 págs.

BUFETE: J. y A. **GARRIGUES**, José M. **ARMERO**, A. **MELCHOR DE LAS HERAS** y M. **VEGA PENICHET**. *La participación de España en las Comunidades Europeas.* Editorial Tecnos. Madrid. 1974. 475 págs.

CÁTEDRA DURÁN Y BÀS. *El Derecho civil catalán en la Jurisprudencia.* Tomo IX. Año 1973. Barcelona. 251 págs.

CHICO ORTIZ (José María). *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación.* Editorial Montecorvo, S. A. Madrid. 1974.

DESANTES (José María). *La información como Derecho.* Editorial Nacional. Madrid. 1974. 382 págs.

DELGADO ECHEVARRÍA (Jesús). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña.* Prólogo por José Luis Lacruz Berdejo. Editorial Tecnos. Madrid. 1974. 411 págs.

DÍEZ-PICAZO (Luis) y **GULLÓN** (Antonio). *Instituciones de Derecho civil.* Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid. 1974. 678 págs.

GÓMEZ SEGADE (José Antonio). *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección.* Prólogo de Carlos Fernández Novoa. Editorial TECNOS. Madrid. 1974. 411 págs.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *Los planes de urbanismo.* Publicaciones Abella. El consultor de los Ayuntamientos. Madrid. 1974. 506 págs.

GRAMMATICA (Jesús). *Principios de defensa social.* Traducción de Jesús Muñoz y Núñez de Prado y Luis Zapata Aparicio. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid. 1974. 484 págs.

- MARTÍN MATEO (Ramón). *Problemática metropolitana* (Estudios y Dictámenes). Editorial Montecorvo, S. A. Madrid. 1974. 306 págs.
- MARTÍNEZ VAL (José María). *La reforma del Código de comercio*. (Registro mercantil-Contabilidad-Protesto). Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona. 1974. 153 págs.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Aurelio). *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*. Cuadernos Civitas. Madrid. 1974. 80 págs.
- MOZOS (Luis de los). *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana*. Ministerio de la Vivienda. Madrid. 1974. 368 págs.
- ORTEGA GARCÍA (Angel). *Los deberes o cargas en la legislación urbanística*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid. 1974. 293 págs.
- PARRA ARANGUREN (Gonzalo). *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*. Caracas. 1974. 88 págs.
- PÉREZ GONZÁLEZ (M.). *Retirada y "silla vacía" en la Organización Internacional. Sus efectos*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid. 1974. 368 págs.
- RAVÀ (Tito). *Diritto industriale*. Volume primo. Azienda. Segni distintivi. Concorrenza. Unione tipografico-editrice torinese. Torino. 1973. 662 págs.
- REMIRO BROTONS (Antonio). *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial TECNOS. Madrid. 1974. 488 págs.
- IX Reunión de profesores de Derecho procesal. *El sistema de medidas cautelares*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona. 1974. 259 págs.
- RICO PÉREZ (Francisco). *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra*. La contratación por "Leasing" en España. Reus, S. A. Madrid. 1974. 100 págs.
- VÁZQUEZ BOTE (Eduardo). *Derecho civil de Puerto Rico*. Tomo II. *El aspecto garantizador de la relación jurídica (Teoría de los Derechos reales)*. FAS, Ediciones Jurídicas. Old San Juan, P. R. 1974. 590 págs.
- VÁZQUEZ BOTE (Eduardo). *Derecho civil de Puerto Rico*. Tomo III. Volumen 1. *El aspecto conformador de la relación jurídica*. FAS. Ediciones Jurídicas. Old San Juan, P. R. 1973. 588 págs.
- VIDAL MARTÍNEZ (Jaime). *El hijo legítimo. Su concepto y determinación en el Código civil*. Prólogo del profesor doctor Manuel Gitrama González. Editorial Montecorvo, S. A. 1974. 384 págs.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

NOTAS BIBLIOGRAFICAS SOBRE EL DERECHO CIVIL POLACO

Aunque no es la primera vez que me ocupo de temas de Derecho civil polaco (1), un conjunto de razones circunstanciales han determinado ahora que, unas relaciones de amistad iniciadas hace ya varios años y mi participación en Congresos Internacionales, acumularan sobre mi mesa de trabajo hasta tres obras diferentes sobre el Derecho polaco en la actualidad. Diversas por su contenido y orientación, y hasta por su idioma y lugar de edición, me parecen, no obstante, que pueden servir de base para una información bibliográfica del lector español. Se trata de los siguientes estudios: una Parte General de las obligaciones (2), una amplia selección de estudios monográficos comprensiva de la Parte General, Propiedad y Derechos Reales, Responsabilidad civil y Derecho de Sucesiones (3), y el volumen colectivo que contiene las ponencias polacas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Teherán (septiembre de 1974) (4). La primera está publicada en inglés y aparece editada por el prestigioso *Documentation Office for East European Law*, de la Universidad de Leyden; las dos últimas en lengua francesa, con una presentación más modesta, están editadas por "Ossolineum", de la Academia Polaca de Ciencias, Comité de Ciencias Jurídicas. La abundante documentación bibliográfica ofrece traducidos los títulos de las obras citadas en nota, con lo que la finalidad de informar ampliamente al lector que no conoce la lengua polaca se logra cumplidamente.

El volumen *Obligations in polish Law*, debido al profesor W. J. Wagner, de la Universidad de Detroit, forma parte de la obra *Polish Civil Law*, dirigida por Lasok (5). Está dividido en cuatro partes: Problemas generales, Doctrina ge-

(1) Vide GARCÍA CANTERO, *El nuevo Código polaco de la familia y de la tutela de 1964*, en *RGLJ*, junio de 1967, y en ed. separada; *Una introducción al Derecho civil polaco*, en *Información Jurídica*, octubre-diciembre 1973, págs. 9 y ss.

(2) *Polish civil Law*, edited by D. Lasok, vol. II, *Obligations in polish Law*, by W. J. Wagner, A. W. Sithoff, Leyden, 1974, 287 págs.

(3) *Droit civil polonais. Problèmes choisis*, sous la rédaction de Jan Waśkowski, Ossolineum, Académie Polonaise des Sciences, Institut des Sciences Juridiques, 1975, 228 págs.

(4) *Rapports polonais*, présentés au Neuvième Congrès International de Droit Comparé, Ossolineum, Académie Polonaise des Sciences, Comité Sciences Juridiques, 1974, 405 págs.

(5) Del volumen I me ocupé en el trabajo *Una introducción al Derecho civil polaco*, cit.

neral del contrato, Otras fuentes de obligaciones (enriquecimiento injusto, gestión de negocios, obligaciones naturales y promesa pública de recompensa) y Responsabilidad civil. Por su contenido ofrece semejanza con las obras dedicadas a la Parte General de Obligaciones en la literatura occidental. No pocas normas del viejo Código polaco de Obligaciones de 1933 han pasado al libro correspondiente del nuevo Código civil; pero ello—advierte el autor—no debe equivocar al intérprete, pues en Polonia, igual que en los demás países socialistas, no cabe disociar el Derecho de obligaciones de la ideología política oficial. Por otro lado, y a diferencia del sistema vigente antes de la Segunda Guerra Mundial, no existe un Código de comercio, aunque sí un Código de la Navegación de 1961, con algunas reglas relativas a las obligaciones. Hay una parte general de obligaciones que no contiene, sin embargo, una enumeración de las fuentes (a diferencia del Código de 1933); la doctrina entiende que las obligaciones nacen de los contratos, de los negocios unilaterales, de las decisiones administrativas, de la responsabilidad civil y del enriquecimiento injusto. A juicio de Czachorski la función del Derecho de obligaciones se incrementa constantemente en el intercambio de bienes y servicios entre los individuos y sus grupos. El mayor número de obligaciones proceden de los contratos y de los actos ilícitos civiles. Los actos administrativos con influencia en el Derecho de obligaciones pueden clasificarse en tres grupos: los que establecen directamente entre dos partes un vínculo obligatorio (generalmente entre los organismos de la economía socializada); más frecuentemente establecen el deber legal de contratar; en ciertos casos obligan a aceptar la propuesta de otra parte (así ocurre con los Bancos que deben conceder créditos a determinados organismos económicos). Aunque la esencia de la obligación siempre es la misma, sin embargo, la intervención de los entes públicos origina algunas reglas especiales en el ámbito obligacional.

Aunque la doctrina polaca distingue entre la Parte General y la especial de las Obligaciones, ni el Código de las Obligaciones de 1933, ni el Código civil vigente, establecen tal diferenciación. El Código civil de 1964 dedica el tercero de sus cuatro libros al régimen de las obligaciones; pero hay que tener presente que ciertas normas del libro I, dedicado a la Parte General, que hacen referencia a la conclusión de los negocios jurídicos, son también aplicables a los contratos. De los 36 títulos que contiene el libro de las obligaciones, los diez primeros se refieren a disposiciones generales, que incluyen, así mismo la responsabilidad civil, el enriquecimiento injusto y el deber legal de contratar; los restantes títulos se dedican a los contratos en particular y a la *negotiorum gestio*. Con algunas excepciones relativas a los contratos propios de una economía socializada, el catálogo de los contratos típicos no difiere del que se contiene en los Códigos occidentales. El artículo 447 C. c. permite el cúmulo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, salvo que lo excluyan las partes.

El principio de cooperación social enunciado en el artículo 5.º del Código civil (6), tiene amplias aplicaciones legales en el ámbito de las obligaciones

(6) Cfr. GARCÍA CANTERO, *Una introducción al Derecho civil polaco*, cit., pág. 17.

(así se refieren al mismo los artículos 56, 58, pár. 2.º, 65, 93 y 94 de la Parte General, y los artículos 354, 411, 412, 419, 428, 431, pár. 2.º, 440, 446, pár. 2.º, y 902 del libro de las Obligaciones) y ha dado origen a numerosas decisiones jurisprudenciales. Representa el orden público socialista en materia contractual, cuya violación acarrea la nulidad de lo pactado o una indemnización de daños y perjuicios. El profesor Wagner renuncia a dar una definición omnicomprensiva de todas las aplicaciones de que es susceptible, y lamenta que la sustitución de los antiguos conceptos de equidad, buena fe, orden público o moralidad, por el principio de cooperación social —también denominado de la comunidad de vida— no ha mejorado la administración de justicia, sino que con frecuencia ha causado innecesaria confusión (7).

La enumeración de las cuestiones que expone el autor bajo la rúbrica de "Contracts" (en realidad se trata de una "Doctrina general de los contratos"), muestra el interés que ofrecen para el jurista occidental. Se ocupa, en efecto, de los puntos siguientes: Los contratos en general y la libertad de contratar, problemas precontractuales, formación de los contratos, la forma de los contratos, contratos socialistas típicos, naturaleza y función de los entes de la economía socializada, los contratos económicos en el Código civil y en otras disposiciones posteriores, comisiones de arbitraje, validez e ineficacia de los contratos, cumplimiento, incumplimiento, cláusula penal, rescisión, resolución, contrato a favor de tercero. Expondré a continuación algunos de los temas que presentan más atractivo desde un punto de vista comparativo.

¿Puede hablarse de autonomía contractual en el Derecho civil polaco? El tema fue ampliamente discutido en la etapa codificadora, y se decidió no incluir dicho principio en el Código. En 1955, el profesor Wolter opinaba que el principio de la libertad contractual es un reflejo de la ley económica de la libre competencia, y de la anarquía de la producción inherente a las relaciones capitalistas, por lo que debía desaparecer en un sistema socialista; pero en la 2.ª edición de su obra publicada en 1963 se suprimía ese pasaje. Para Czachorski, en cambio, y pese a la ausencia de una declaración general, es exacto decir que las partes pueden reglamentar sus relaciones según su voluntad siempre que no contravengan una norma imperativa o los principios de la cooperación social; dado que la mayoría de disposiciones del Código sobre las obligaciones son de naturaleza dispositiva, la libertad de las partes no resulta demasiado limitada; ello no puede afirmarse respecto de las relaciones entre los entes económicos socializados. El profesor Wagner menciona la abundancia de contratos de adhesión y el control de precios como factores que intervienen en el problema antes planteado, y que él no llega a resolver.

Está admitido el *pactum de contrahendo*, cuya violación da origen a una acción para urgir su cumplimiento siempre que reúna todos los requisitos exigidos para la validez del contrato; en otro caso sólo da nacimiento a una indemnización de daños y perjuicios.

La capacidad para contratar se regula por las disposiciones del Libro primero. La mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años; la capacidad de las personas jurídicas comienza, por lo general, a partir de la inscripción

(7) WAGNER, *Obligations in polish law*, cit., pág. 38.

en el registro correspondiente. Siguiendo el sistema del B. G. B. se establece el carácter vinculante de la oferta. Por regla general la declaración de voluntad no está sometida a una forma determinada; el silencio no se menciona expresamente, y se entiende no ser suficiente para producir una aceptación. Para la perfección del contrato entre ausentes se sigue la teoría de la recepción. En caso de duda, los anuncios, las listas de precios y de cualquier otra información dirigida al público en general o a personas individuales son consideradas como una invitación a realizar tratos, más bien que como oferta; sin embargo, la exhibición de mercancías a la vista del público con una indicación del precio de venta se considera oferta de contrato, y lo mismo ocurre en el caso de máquinas automáticas. La acción de anulabilidad del contrato por causa de error o intimidación prescribe al año. Deben constar por escrito los contratos superiores a 10.000 zlotys, pero la falta de forma escrita sólo produce la nulidad cuando la ley lo declare expresamente. En algunos casos se exige forma notarial (por ejemplo, en los contratos otorgados por analfabetos). También hay contratos cuya fecha debe constatarse oficialmente, y por ello las declaraciones de voluntad de las partes deben realizarse ante ciertos funcionarios o a presencia judicial.

La existencia de una economía socializada origina el nacimiento de nuevos tipos de contratos no regulados por los códigos occidentales; así ocurre con la compraventa de productos agrícolas realizada por el agricultor a los entes de la economía socializada, y al precio estatalmente fijado; aunque el vendedor puede ser también una granja estatal o una cooperativa, sin embargo, en la mayoría de los casos es un agricultor particular; el contrato lo regulan los artículos 613 a 626 C. c. y debe formalizarse por escrito, implicando para el comprador especiales deberes accesorios de asistencia técnica y financiera, así como especiales facultades de control y supervisión de la actividad del comprador. Otras normas del mismo recuerdan al contrato de suministro.

No hay unanimidad en la doctrina de los países socialistas sobre la naturaleza jurídica de los contratos económicos, cuya función principal es el cumplimiento del plan del Estado sobre la economía y cuya característica jurídica más importante es la obligación legal de aceptar los contratos que se les propongan a los sujetos que en ellos intervienen. En Checoslovaquia ha prevalecido el aspecto juspublicístico, de modo que tales contratos están regulados en un Código distinto del civil; en Polonia se ha mantenido la unidad del Derecho civil, y, en consecuencia, algunas reglas específicas de los mismos se contienen dentro del Código civil. En resumen, a juicio de Wagner, la vida económica polaca está regida por un entrecruce de reglas administrativas y civiles; rigen las primeras aquellas relaciones que se establecen entre los entes socializados y los órganos superiores de control, mientras que son de naturaleza civil las que rigen las relaciones de tales entes entre sí. Aparte la declaración general del artículo 1.º, pár. 1, del C. c., los artículos 397 a 404 contienen algunas reglas aplicables a los contratos económicos, si bien se reconoce que la normativa más importante queda fuera del Derecho civil. Otra especialidad de los mismos consiste en la sumisión obligatoria de los sujetos intervenientes al arbitraje estatal; puede deducirse la importancia de esta ins-

titución del hecho de que en veinte años de funcionamiento (1949-1969) se han dictado más de tres millones de sentencias arbitrales en esta materia.

Prescindiendo de las causas de invalidez e ineficacia de los contratos por no contener especialidades, conviene destacar que el Derecho polaco favorece el cumplimiento en forma específica, según se expresa en el artículo 483, párrafo 2.º; el deudor queda obligado a cumplir su obligación en los términos y modos que corresponden a su finalidad socio-económica y a los principios de la cooperación social (art. 354, pár. 1.º); el acreedor debe cooperar con el obligado para que las obligaciones se cumplan en dichos términos (art. 354, párrafo 2.º). En las obligaciones bilaterales cabe la resolución por incumplimiento (en general, conforme el art. 491, pár. 1.º, y respecto a la compra-venta, con base en los arts. 561 y 562). En los contratos que vinculan a los entes de la economía socializada, se prevé especialmente una facultad de resolución unilateral por razones graves, antes de que llegue la fecha de su cumplimiento, con obligación de indemnizar los perjuicios causados a la otra parte. La cláusula *rebus sic stantibus*, expresamente contemplada por el artículo 269 del Código de las Obligaciones, no ha sido recogida en el nuevo Código civil, considerándola innecesaria en un sistema de economía planificada, ya que representa un reflejo de la inestabilidad de las relaciones económicas en la sociedad capitalista. Comenta Wagner que aun aceptando que el plan asegure la estabilidad económica (lo que no se demuestra por la experiencia), es difícil de entender cómo pueden eliminarse los daños bélicos o producidos por calamidades naturales, que están previstos en el plan (8). Está prevista la cesión de créditos a un tercero sin necesidad de que el deudor consienta en ella, así como la asunción de deuda por un tercero con el consentimiento del acreedor; también la figura del contrato a favor de tercero.

El artículo 405 sanciona con carácter general la prohibición del enriquecimiento injusto, obligando a la restitución en especie y, si ello no es posible, a indemnizar su valor. El Tribunal Supremo ha modificado el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento al permitir su ejercicio en casos en que otra acción tuviera más dificultades de éxito. La doctrina pone de relieve el cambio terminológico operado con relación al Código de obligaciones, ya que, propiamente, en lugar de referirse al enriquecimiento "injusto" habla de enriquecimiento "sin fundamento" (según la terminología inglesa "groundless enrichment"), con lo que ha pretendido dotarlo de una base objetiva, alejándolo de la personal convicción del juez sobre la equidad. La acción de enriquecimiento puede coexistir con la responsabilidad aquiliana.

La gestión de gestión —con clara inspiración romanista— se regula en los artículos 752 a 757 del Código. Bajo el término de "obligaciones incompletas" se recoge la teoría de las obligaciones naturales, cuyo efecto principal de no repetir lo pagado recoge el artículo 411, y entre las que se incluyen las derivadas del juego o apuesta prohibidos.

Si bien en los países socialistas suelen regularse restrictivamente las obligaciones derivadas de las promesas de pública recompensa (es el caso de la Unión Soviética, Checoslovaquia, Bulgaria y Hungría), el Código civil, reco-

(8) WAGNER, *Obligations in polish law*, cit., pág. 114.

giendo la fórmula del Código de Obligaciones, las reconoce con carácter general en el artículo 919, pár. 1º: "Quien ha prometido una recompensa, mediante anuncio hecho público, para el cumplimiento de determinado acto, está obligado a cumplirla". Si no hay fecha para el cumplimiento en la promesa, y ninguna norma establece el carácter irrevocable de la misma, el promitente puede retirarla con la misma publicidad con que la anunció. Se regula también el supuesto de que varias personas cumplan independientemente el acto exigido, distinguiéndose según que la recompensa sea, o no, única, y asimismo que el acto sea realizado conjuntamente por varios.

La parte de la obra dedicada a la responsabilidad civil o aquiliana es, sin duda, una de las más sugestivas de la obra al ofrecernos una visión panorámica de materia tan actual, tanto en los países capitalistas como socialistas. Wagner divide la exposición en dos grandes apartados: principios generales y reglas especiales. La misma división utilizaré para resumir la materia.

La culpa extracontractual ocupa en el Derecho polaco el mismo lugar que en los códigos occidentales, habiéndose adoptado literalmente la terminología alemana de la *unerlaubte Handlungen* o "conducta prohibida", que es definida como toda conducta humana contraria a la ley o a los principios de la vida en comunidad, que acarrea daño a otro. En cuanto a su fundamento, entiende Wagner que hay que eliminar toda idea de sanción. Cuando es consecuencia de un delito, la parte ofendida puede ejercitar la acción civil en el proceso penal; la sentencia penal condenatoria no vincula siempre al juez civil. La esencia del deber de reparación es compensar o indemnizar la pérdida sufrida por la víctima. Pueden quedar obligados tanto los particulares como los entes de la economía socializada. La fórmula del artículo 415 es común a la de los códigos occidentales: "Quien por su culpa inflige daño a otro, está obligado a repararlo". La naturaleza de esta obligación es unitaria, si bien la legislación contiene reglas especiales. A juicio de Wagner (9) sólo la obligación de reparar que tiene su fundamento en la culpa, tiene una verdadera función educadora. En los trabajos preparatorios se rechazó la presunción general de culpa. La culpa puede basarse en la intención o en la negligencia del actor; la cláusula de exclusión de responsabilidad por daño intencional es nula. Junto a la responsabilidad por culpa se admite la basada en el riesgo, en razones de equidad y en los principios de la vida en común. Se indemniza el daño causado a la propiedad y a la libertad, dignidad y salud de las personas, siempre que pueda valorarse económicoamente. El daño comprende tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cesans*, pero no se incluyen las meras expectativas subjetivas de la víctima. El concepto de culpa es común a todo tipo de obligaciones, y no está definido en el Código; el deber general de diligencia se establece en el artículo 355, pár. 1º; junto a la diligencia media exigible a todo responsable, se refuerza el grado de diligencia cuando se trata de la propiedad pública. La relación de causalidad es objeto de amplias discusiones doctrinales (Czachorski, Wiszniewski, Ohanowicz), si bien los tribunales optan por la "causalidad normal" más que por la "causalidad adecuada". En el dilema entre restitución y reparación, el artículo 159 opta

(9) WAGNER, *Obligations in polish law*, cit., pág. 145.

por la indemnización en dinero, si bien a instancia de la víctima y conforme a las circunstancias del caso, puede ordenar el Tribunal que la reparación del daño se haga mediante la restitución a la situación anterior. En cuanto al daño moral hay que advertir que, si bien tradicionalmente se ha admitido en el Derecho polaco, no deriva sin más de la responsabilidad ex artículo 415 C. c., sino que requiere una disposición expresa. Se admite la compensación de culpas.

El apartado de las normas especiales es bastante amplio. Los daños a la persona, según el artículo 444, obligan al abono de una pensión hasta que la víctima haya cumplido los sesenta y cinco años, siendo excepcional el pago de un capital (art. 447). Gran importancia práctica ofrece la responsabilidad por actos de otras personas, incluyéndose en este concepto la responsabilidad de la persona jurídica por los actos culposos de sus agentes, la de los padres respecto de sus hijos y la de las empresas por sus empleados. La responsabilidad por ruina de un edificio (art. 434) se configura como un caso de responsabilidad por riesgo, del propio modo que la responsabilidad por accidentes en la industria. La responsabilidad por los daños causados por animales no es de naturaleza objetiva (art. 431, pár. 1.º), sino que se establece la inversión de la carga de la prueba. La responsabilidad por accidentes de tráfico se regula exclusivamente por la norma del C. c. (art. 436) y se basa en el principio del riesgo, recayendo, no ya sobre el propietario, como en el artículo 135 del Código de las Obligaciones, sino sobre el poseedor independiente del medio mecánico de transporte; cesa la misma cuando el accidente es debido a culpa exclusiva de la víctima, de un tercero por quien no se responde, o a fuerza mayor extraña (no integran esta categoría el estado de salud del conductor, ni las deficiencias técnicas del vehículo o los defectos de fabricación). El principio de responsabilidad por riesgo no se aplica a los supuestos de colisión de vehículos ni al transporte benévolos, los cuales se rigen por las reglas generales de responsabilidad por culpa. La responsabilidad civil del Estado no se admitió en el período estalinista, siendo introducida por un Decreto del 15 noviembre 1956, habiendo sido incorporada al Código civil de 1964 (artículos 417 ss.); se basa en la culpa, por lo que se considera aplicación de la regla general.

Haciendo un juicio de conjunto del Derecho de la responsabilidad civil, estima el autor (10) que el Código de 1964 no contiene fundamentales desviaciones de los principios acogidos ya por el Código de 1933, que fue redactado sobre la base de un exhaustivo estudio comparativo, por lo cual se mantiene en la línea de los Códigos civiles occidentales; acaso la novedad más destacada es la necesidad de que la conducta se acomode a los principios de cooperación social o de comunidad de vida, de claro matiz político.

Para el lector español la obra ofrece abundante información sobre el actual Derecho polaco de Obligaciones, ya que el autor, pese a haberla escrito en inglés y haberla concebido conforme a las categorías del Derecho anglosajón, cuida de "traducirla" a la técnica codificada de los países europeos continen-

(10) WAGNER, *Obligations in polish law*, cit., pág. 280.

tales, siendo frecuentes las referencias al Código francés y al alemán y a las respectivas doctrinas civilistas.

El volumen titulado *Droit civil polonais. Problèmes choisis* contiene seis monografías excelentemente traducidas al francés, cuyos autores y títulos son los siguientes:

Radwanski, *Ojeada histórica del Derecho civil polaco* (p. 7 a 18).

Grzybowski, *Carácteres de la Parte General del Código civil de 1964* (páginas 19 a 68).

Wasilkowski y Piatowski, *Ensayo sobre la noción de propiedad en el sistema jurídico polaco* (págs. 69 a 120).

Winiarz, *El usufructo perpetuo* (págs. 121 a 130).

Czachorski, *Problemas fundamentales de la responsabilidad civil* (páginas 131 a 182).

Gwiazdomorski, *Principios generales del Derecho de sucesiones* (páginas 183 a 228).

Para el lector extranjero ofrece mucho interés la introducción histórica sobre el Derecho civil polaco dividida en tres épocas: la que arranca del reparto de Polonia a fines del siglo XVIII hasta 1918; el período de entreguerras; y la época comunista a partir de 1945. Con anterioridad a la época actual, el texto polaco más conocido era el Código de las Obligaciones de 27 octubre de 1933, cuya finalidad fue unificar el Derecho privado polaco en esa materia, regida por sistemas jurídicos diferentes. Dicho Código contenía 645 artículos y se inspiró en los códigos occidentales, especialmente el suizo de Obligaciones, el francés, el alemán y el austriaco; gozó de bastante prestigio en la doctrina jurídica europea por su corte moderno. La implantación del sistema de economía socialista ha supuesto una verdadera revolución en el ámbito del Derecho privado, dando lugar a diversas reformas legislativas que han culminado en la promulgación en 1964 del Código de la familia y de la tutela (11), y del Código civil (12).

Fuera del Código civil con vigencia actual cabe mencionar: la ley de 12 noviembre 1965, sobre el Derecho internacional privado; la ley de 10 julio 1952, sobre los derechos de autor; la de 15 octubre 1972, sobre los derechos de invención; la de 28 marzo 1963, sobre las marcas; el decreto de 26 octubre 1950, sobre las empresas del Estado; la ley de 20 diciembre 1958, sobre la autogestión obrera; la de 17 febrero 1961, sobre cooperativas y sus uniones; el decreto de 24 diciembre 1952, sobre transporte ferroviario; el Código aéreo de 31 mayo 1962; el Código de la Navegación de 1.º diciembre 1962, y la extensa legislación social sobre arrendamientos urbanos.

También permanecen vigentes, si bien con escasa aplicación práctica, la ley de 1926, sobre concurrencia desleal; el Código de comercio de 1934, en la materia relativa a las sociedades mercantiles, y la ley de 1936, sobre letras de cambio y cheques.

El Código civil polaco de 1964 se divide en cuatro libros, que tratan, res-

(11) En general, sobre dicho Código vide el trabajo citado en la nota 1.

(12) Cfr. JIMÉNEZ ASTORGA, *El nuevo Código civil polaco*, en *RCDI*, 43 (1967), págs. 1381 y ss.

pectivamente de la Parte General, Propiedad y demás derechos reales, Obligaciones y Sucesiones. La Parte General se compone de seis títulos dedicados a: las disposiciones preliminares, las personas, los bienes, los actos o negocios jurídicos, el término y la condición, y la prescripción.

Observando la estructura del Código civil se comprueba que ha quedado fuera el Derecho de familia, lo que ha originado una discusión en la doctrina acerca de la naturaleza que el legislador ha pretendido atribuir a esta rama del Derecho civil (13).

Interesa destacar que Grzybowski pone especial empeño en demostrar que se mantiene en el Código de 1964 el principio de unidad del Derecho civil, en virtud, precisamente, de las normas contenidas en la Parte General y, de modo especial, en las disposiciones preliminares; también, el papel que la persona juega entre los sujetos de Derecho. Especial atención se presta al principio de cooperación social (o de la vida en sociedad), al abuso del derecho y a la buena fe en los intercambios. Formalmente, la Parte General del Derecho civil polaco cumple la misma función que en los países occidentales; materialmente, sin embargo, el legislador ha colocado como principio rector de las relaciones civiles el respeto de la ideología socialista, es decir "a los principios del sistema socio-económico y a los fines que persigue la República Popular de Polonia" como establece el artículo 4º.

Frente al sistema capitalista de la propiedad, que se caracteriza como abstracto y uniforme, el sistema socialista se presenta como sistema de formas concretas según las características del objeto y del sujeto. En un sistema socialista plenamente evolucionado, las personas físicas sólo pueden ser titulares de la propiedad de bienes de consumo personal y familiar, mientras que los bienes de producción formal el objeto de la propiedad social. En la Polonia contemporánea el sistema socio-económico se encuentra en una período de transición del capitalismo al socialismo y por ello existe un sector de propiedad privada en la agricultura y en la producción artesana; en 1970 el 83,4 por 100 de la superficie agraria, representando el 85,7 por 100 de la producción de este sector, era de propiedad privada, mientras que el valor global de los servicios artesanos equivalía al 15,6 por 100 del total; el valor de la producción industrial proveniente del sector privado era prácticamente inexistente en dicha fecha (el 0,36 por 100). Esta propiedad privada de bienes de producción, si bien está subordinada a las directrices del plan; sin embargo, conserva los rasgos característicos de la propiedad capitalista y, mientras mantenga su productividad, tiene posibilidades de pervivir en Polonia.

Ya se comprende que las formas de propiedad colectiva (del Estado, de las cooperativas y otras formas de propiedad social de grupo) representan la parte más importante de la economía socialista. Junto a ellas, los artículos 132 a 139 C. c. regulan la propiedad personal, la cual puede recaer, a título de ejemplo, sobre viviendas unifamiliares, vehículos, bibliotecas, objetos de uso personal, material deportivo, derechos sobre bienes inmateriales, cartillas de

(13) Algunas explicaciones en *Introducción al Derecho civil polaco*, cit., pág. 15.

ahorro y sumas de dinero destinadas a satisfacer las necesidades personales del propietario y de su familia.

Una curiosa evolución legislativa en la postguerra última ha llevado al Código la figura del llamado usufructo perpetuo (arts. 232 a 243) con finalidades próximas a nuestra superficie urbanística. Surge en virtud de contrato otorgado por el Estado, que exige la intervención notarial y la inscripción en el Registro de la Propiedad; tiene una duración de cuarenta a noventa y nueve años, según los casos, y puede ser prorrogado.

Las páginas que el profesor Witold Czachorski dedica a los problemas fundamentales de la responsabilidad civil (131 a 182) constituyen una pequeña monografía sobre el tema, que destaca por su claridad, debida en buena parte al manejo de las categorías habituales en la ciencia jurídica occidental, especialmente en la francesa. Acertadamente se ha calificado, a este ilustre profesor de Varsovia, "de la más alta autoridad en materia de obligaciones en Polonia" (14).

El derecho de suceder en los bienes de propiedad privada y de propiedad personal está reconocido en los artículos 12 y 13 de la Constitución. Pero observa Gwiadomorski que mientras la pervivencia de la propiedad privada no está constitucionalmente garantizada, no ocurre así con la propiedad personal que representa el único aspecto de la propiedad de que pueda disfrutar el individuo en el sistema socialista definitivamente edificado. En el estado actual de evolución hacia el socialismo, el Derecho sucesorio sirve para consolidar la coherencia de la familia, actúa la protección de la propiedad de los pequeños productores, y de los campesinos y trabajadores y garantiza el desarrollo de la propiedad personal en tanto que instrumento de elevación continua del nivel material y cultural de las masas trabajadoras, creando un fuerte estímulo a la intensificación y al rendimiento laboral.

El libro IV trata de las sucesiones en los artículos 922 a 1.088; se ha roto la vinculación con las donaciones que mantienen formalmente algunos Códigos a imitación del francés; tampoco se sigue la distinción francesa entre los distintos tipos de herederos. El autor ofrece las siguientes características de la sucesión en el Derecho polaco: 1.^a El heredero, en calidad de sucesor universal del difunto, adquiere el conjunto de derechos y obligaciones que pertenecen a la sucesión. 2.^a El heredero ocupa el mismo lugar que ocupaba el difunto en los derechos y obligaciones. 3.^a La adquisición de la sucesión como un todo tiene lugar de una sola vez y en virtud de un único hecho. 4.^a Se adquieran no sólo los derechos, sino también las obligaciones. No existe sucesión contractual, y la sucesión abintestato tiene lugar en defecto de sucesión testamentaria. El legatario tiene siempre un derecho de crédito para reclamar al heredero gravado la prestación en que aquél consiste. La sucesión se abre en el momento de la muerte del causante; la institución hereditaria no puede hacerse a condición ni a término. Por regla general, la aceptación o repudiación de la herencia deben hacerse en el plazo de seis meses a partir del momento en que el heredero conoció su llamamiento hereditario; pasado este plazo, se entiende haber aceptado la herencia pura y simplemente; el Fisco,

(14) Así, WAGNER, *Obligations in polish law*, cit., pág. 150.

en calidad de sucesor abintestato, no precisa aceptar la herencia y se entiende siempre que lo ha hecho a beneficio de inventario. Aunque cada persona sólo puede tener un patrimonio y, por tanto, causar una única sucesión; sin embargo, la sucesión en el patrimonio agrícola está sujeta a reglas especiales.

Son herederos abintestato: los descendientes del difunto, su cónyuge, el padre y la madre, los hermanos y hermanas y el Fisco. No se hace ninguna distinción por la clase de parentesco (legítimo o ilegítimo). Dichos herederos forman dos grupos u órdenes: el primero lo constituyen todos los descendientes y el cónyuge, mientras que los padres y hermanos con sus descendientes, juntamente con el cónyuge, forman el segundo grupo. Cuando el cónyuge concurre con los hijos, recibe una parte igual a ellos en propiedad, sin que en ningún caso pueda ser inferior a la cuarta parte de la herencia; si concurre con los padres, hermanos o sobrinos tiene derecho a la mitad de la herencia. Además el cónyuge recibe su parte en la comunidad de bienes si éste era el régimen económico del matrimonio. En caso de adopción, plena o simple, hay reglas especiales. Los abuelos y otros ascendientes carecen del derecho a suceder abintestato, y sólo pueden exigir alimentos bajo ciertas condiciones.

El Derecho polaco ha optado por un sistema de legítima o reserva en dinero, de suerte que sus titulares no son herederos, sino acreedores. Tienen la cualidad de legitimarios: los descendientes, el cónyuge y los padres.

Son testamentos ordinarios: el ológrafo, el auténtico y el alógrafo (se otorga éste ante determinadas autoridades administrativas), y, entre los extraordinarios, el más importante es el hecho oralmente ante testigos (en peligro de muerte o en otras circunstancias). Hay limitaciones a la libertad testamentaria relacionadas con el sistema económico socialista y otras que recaen especialmente sobre las explotaciones agrarias, además de las resultantes del sistema de legítimas.

Desde la aceptación de la herencia el heredero puro responde *ultra vires*. En materia de partición hay reglas especiales para mantener la indivisibilidad de la explotación agraria.

Si alguna conclusión se desprende de la lectura de este volumen es la de que la ciencia civilista polaca no ha roto sus vinculaciones con la doctrina occidental, a lo que contribuye la circunstancia de que el Código civil de 1964 sigue utilizando las categorías de la tradición romano-germánica. Hay que destacar en estos estudios monográficos la atención prestada al Derecho francés, cuidando de destacar los puntos en que el Código vigente se asemeja o se diferencia del Código de Napoleón. En materia sucesoria se le encuentran, sin embargo, más semejanzas con el Código austriaco.

Para concluir esta nota bibliográfica me referiré brevemente al volumen que contiene las Ponencias polacas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Teherán en 1974 (15). Es digno de resaltar el esfuerzo de reunir 26 contribuciones a las cuatro secciones del Congreso, pu-

(15) Sobre el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, cfr., la crónica de GARCÍA CANTERO, en *Documentación Jurídica*, julio-septiembre 1974, págs. 1033-1039. *Cuestiones civiles estudiadas en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado*, en *RGLJ*, junio de 1975, págs. 667-670.

blicándolas en francés con antelación suficiente para poder ser distribuidas en las sesiones del mismo; con ello se integran en el grupo de países (Alemania, Italia, Estados Unidos, Canadá, Israel, Yugoslavia y Holanda) que más están trabajando en el ámbito del Derecho comparado y representa para nosotros un modelo que sólo conseguimos imitar en el Congreso de Uppsala de 1966.

El volumen ofrece análogas características formales que el anterior: presentación modesta, aunque digna, cuidada traducción (con inclusión también de los títulos de las obras citadas) y el detalle de hacer constar la Universidad a que pertenece el autor, que falta en el volumen anterior.

Juzgamos de interés para los lectores del "Anuario" las siguientes Ponencias:

Igor Andrejew, profesor de la Universidad de Varsovia: "La importancia del Derecho comparado en la enseñanza del Derecho".

Karol Sobczak, profesor de la Universidad Silesiana de Katowice: "La influencia de la ciencia y de la técnica en el desarrollo del Derecho".

Waclaw Szyszkowski, profesor de la Universidad Nicolás Copérnico de Torun: "Fines y métodos de la comparación del Derecho".

Jerzy Wroblewski, profesor de la Universidad de Lodz: "La jurisprudencia y la doctrina jurídica como fuentes del derecho".

Witold Czachorski, profesor de la Universidad de Varsovia: "La situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio según el Derecho polaco en vigor".

Andrzej Kopf, profesor de la Universidad Jagellone de Cracovia: "La responsabilidad por los daños causados mediante los medios de gran información".

Józef Stanislaw Piatowski, profesor en el Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia Polaca de Ciencias: "La orientación actual del derecho agrario polaco".

Mieczyslaw Sosniak, profesor en la Universidad Silesiana de Katowice: "La opción de la ley en el Derecho internacional privado polaco".

Witold Warkallo, profesor en la Universidad de Varsovia: "La validez de las cláusulas de no responsabilidad o limitativas de la responsabilidad".

Andrzej Kopf: "El derecho de autor en relación con la radio y la televisión".

Miroslaw Nesterowicz, adjunto en la Universidad Nicolás Copérnico de Torun: "Los contratos turísticos".

Teresa Rabska, profesor agregado en la Universidad Adam Mickiewicz de Poznan: "La participación del personal en la administración de la empresa".

Jerzy Rajski, profesor agregado en la Universidad de Varsovia: "Las aplicaciones nacionales de la Convención de Varsovia".

De todos los países socialistas del este europeo quizá sea Polonia el que más ha trabajado para facilitar los contactos científicos con el mundo occidental. Los estudios aquí reseñados permiten concluir que tales contactos pueden ser singularmente fecundos en el ámbito del Derecho civil.

Gabriel GARCÍA CANTERO,
Catedrático de Derecho civil

A. BALLARIN MARCIAL: "Estudios de Derecho agrario y política agraria", Madrid, 1975 (1026 págs.).

Recopila este extenso libro una larga serie de trabajos de investigación y de divulgación de su autor, el más conocido de los agraristas españoles de nuestros días, Alberto Ballarín Marcial, siendo exponente incontestable de su vocación y de su dedicación, de más de veinticinco años, a los temas del Derecho agrario y de la política agraria. Reunidos en este libro por su inteligente y ordenada agrupación, aunque la mayor parte de estos trabajos hayan sido ya publicados, valen como una aportación nueva y, sobre todo, muy expresiva, del proceso de desarrollo de la reforma de la agricultura en España, en la que el autor ha tomado parte muy activamente.

Vuelven aparecer aquí estudios ya clásicos de Alberto Ballarín, como su famosa *Biología de los contratos agrarios*, publicado en el "Homenaje a Mossa" (págs. 621 y ss.), con otros más recientes, como su *Deber de cultivar y mejorar*, publicado últimamente en el "Homenaje al profesor F. de Castro" (págs. 546 y ss.) o su importante conferencia pronunciada en San José de Costa Rica, en 1973 (págs. 186 y ss.), aparecida en forma ampliada en el volumen *La España de los años 70* (Madrid, 1974).

Pero destaca siempre como elemento uniforme, a lo largo del libro, la metodología histórico-comparativa que, cuando la materia lo permite, aplica el autor con todo rigor, así como las múltiples indicaciones de política legislativa que, siendo frecuentes, dan a la obra un carácter original y rico en sugerencias, consagrando a su autor como reformador agrario experimentado, alineándose de este modo en la pléyade de ilustres juristas que, en la Edad Moderna, se han ocupado de los problemas agrarios, recordándonos por su vivacidad y por su pasión a otro aragonés ilustre, Joaquín Costa.

En su conjunto, el libro viene dividido en diez capítulos de extensión varia, en los que se analizan los más diversos problemas del Derecho agrario, desde su propia formación y definición, como a propósito de los conceptos de empresa agraria y de explotación agrícola, así como los temas tradicionales y permanentes de la reforma de la agricultura, como la reforma fundiaria y los contratos agrarios, o aquellos que proceden de una visión constantemente renovada, como los derivados de la planificación económica. Teniendo en cuenta, sobre todo, que no sólo se plantean, desde el punto de vista de lo que insistentemente se ha llamado un nuevo "Derecho común europeo", sino también, de modo muy especial, atendiendo al variado campo de las reformas en Iberoamérica, que el autor conoce perfectamente. Acompañan al texto dos minuciosos índices de autores y de materias, que permiten la fácil consulta y manejo del mismo y todo ello viene precedido de una interesante Introducción.

El interés de esta *Introducción* reside, precisamente, en que constituye un fiel trasunto de la peripécia intelectual y científica de su autor, pues como él mismo expresa, el libro refleja "la línea personal de evolución que forzosamente viene a coincidir con la evolución del Derecho agrario español" en los últimos veinticinco años que "ha tratado de superar la crisis de la agricultura tradicional sustituyéndola por la empresarial, con apoyo decidido a

la concepción comunitaria de la empresa". Esta evolución parte de su formación con grandes maestros del Derecho agrario y del Derecho privado, como M. de Juglart, en Francia, y G. Bolla y L. Mossa, en Italia, complementada con su constante colaboración en la Facultad de Derecho de Madrid, bajo el magisterio siempre fecundo de F. de Castro, viniendo fraccionada a grandes rasgos en dos etapas, que se complementan mutuamente. Mientras en la primera el esfuerzo constructivo se centra en torno a la empresa agraria, concebida como una simple concreción de la función social de la propiedad, en la segunda el énfasis se desplaza sin abandonar la dogmática privatista, a la problemática de la planificación económica, desde donde se considera a la empresa como objeto de reforma hacia una nueva estructura comunitaria y bajo el prisma de la unidad operativa que comporta el plan. El punto de ruptura de esta evolución podemos fijarlo, acaso, a partir de las conferencias pronunciadas por el autor en Costa Rica, antes aludida y, en el mismo año, en el Valle de los Caídos, culminando la primera fase, con la publicación de su conocida e importante obra sistemática, *Derecho agrario* (Madrid, 1965), ya agotada y cuya segunda edición viene siendo reclamada insistentemente dentro y fuera de España.

En el *cap. I*, el autor expresa su fe en el Derecho como instrumento de reforma, dedicándose a examinar la particular actitud metodológica del agrarista, que no por ello ha de separarse de la del jurista común, aunque seguramente debe manifestarse en una profunda inquietud renovadora, lo que es propio del jurista teórico en toda situación de crisis, a la que debe aportar una "anticipación del futuro".

En el *cap. II* se plantea el tema de "La formación del Derecho agrario (noción básicas, distinción respecto del Derecho mercantil, especialización del Derecho agrario)", iniciándose con el análisis de su gestación dogmática en Francia (1), incluyendo en este capítulo su comunicación al "I Congreso Internacional de Derecho Agrario" (Florencia, 1954) y su crónica de la "I Asamblea", del Instituto de Florencia (1960), para concluir replanteando el tema de la especialidad del Derecho agrario, que constituye una nueva aportación del pensamiento del autor, tal y como se expresara en su conferencia de San José de Costa Rica, en 1973, donde revisa su concepto anterior de Derecho agrario, como consecuencia de las innovaciones acaecidas a partir de 1965 y teniendo en cuenta la importancia del fenómeno de la planificación, definiéndole como "sistema de normas de Derecho privado y de Derecho público que regulan las actividades privadas y públicas relativas a la agricultura, la conservación de la naturaleza y la promoción del medio rural".

El *cap. III* se halla dedicado al tema de la planificación, bajo el título: "El Derecho agrario y la planificación", comprendiendo dos aportaciones del autor de los dos años sesenta, una sobre *La agricultura española en sus aspectos jurídicos ante el I Plan de Desarrollo* (Madrid, 1962) y, otra, su comunicación a la "II Asamblea del Instituto Internacional y Comparado de Derecho

(1) En esto coincide con N. IRTI, *I nuovi orizzonti del diritto agrario francese*, en "RDAgr.", 1961, págs. 479 y ss.

Agrario" (Florencia, 1963), trabajo en el que se habla ya de una "planificación socializada" (págs. 275 y ss.) que se contrapone a la orientación marcadamente neo-liberal del "Informe del Banco Mundial" (2).

El *cap. IV* se refiere a una cuestión crucial y, por ello, polémica del Derecho agrario: "Empresa y explotación agraria", en el que se reúnen varios trabajos menores cargados de sugerencias de política legislativa, cuya base dogmática hay que encontrar en el libro del autor, *Derecho agrario*, Madrid, 1965, págs. 243 y ss., así como las críticas a las construcciones de otros autores (3), añadiéndose su trabajo, no publicado en España, sobre *La empresa pública agraria*, Bolonia, 1971; su ponencia, en colaboración con J. J. Alvarez-Sala Moris, sobre "Integración del trabajador en la empresa", así como la conferencia pronunciada en el Valle de los Caídos, en 1973, sobre *La nueva empresa agraria* y, por último, su estudio sobre la naturaleza jurídica de la empresa agraria, en la que, el autor, rechazando el criterio de la *universitas* en cualquiera de sus variantes, admite para nuestro Derecho la tesis de G. Bolla, según la cual aquélla se identifica con el tradicional concepto de *fundus cum instrumentum* (págs. 461 y ss.).

El *cap. V* se refiere a "La propiedad", mediante tres estudios sobre: "Los rasgos de su configuración actual"; "La función social de la propiedad y de la empresa", y "El deber de cultivar y mejorar", donde a través de la incidencia de la planificación (fundamentada en el *ius eminentis del Estado*), llega a propugnar el concepto de la "propiedad-deber" que se realiza en el marco de la "propiedad-empresa", donde surge el deber de cultivar y mejorar.

El *cap. VI* va destinado a "Arrendamientos y aparcerías", recogiéndose los trabajos del autor sobre *Biología de los contratos agrarios; Legislación vigente. Orientaciones generales, y Contratos agrarios y estructuras de la propiedad*, publicados, respectivamente, en el homenaje a Mossa (Milán, 1961), en el homenaje a Savatier (París, 1963) y en la "I Asamblea" del Instituto de Florencia (1960). Comprende también este capítulo un trabajo ya clásico del autor, publicado en la "Revista de Derecho Privado", hace más de veinte años, sobre *Concepto de cultivo directo y personal* y un interesante estudio sobre *Los arrendamientos y su futuro*, donde se contienen interesantes observaciones de política legislativa.

Los *capítulos VII, VIII y IX* tratan, de forma sucesiva, de la "Concentración parcelaria"; del "Crédito agrario" (apartado que comprende el proyecto legislativo preparado por el autor sobre "El pagaré agrario", Madrid, 1968) y de la "Comercialización agraria" (que contiene, entre otros trabajos breves, uno referente a *Los aspectos jurídicos de la comercialización agraria*, Madrid, 1972).

Finalmente, el *cap. X* se dedica al estudio de la *Reforma agraria y de la Reforma de la agricultura*, presentando un interés enorme por el agudo análisis

(2) No se recogen, sin embargo, los trabajos del autor en el volumen en honor de P. VOIRIN (París, 1965) y en *Contributi per lo studio del diritto agrario comparato*, Milán, 1962, que inciden en esta temática.

(3) DESPAX, *L'entreprise et le droit*, París, 1956; ROMAGNOLI, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milán, 1957; PALA MEDIANO, *El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca*, Zaragoza, 1961.

que lleva a cabo el autor de distintos tipos de "reforma agraria". Así comienza, después de una breve introducción histórica, por una semblanza de *Joaquín Costa, reformador agrario* (Madrid, 1969), a la que se suma una recensión al libro de E. Malefakis, *Reforma agraria en España*, Madrid, 1968, sobre la reforma llevada a cabo por la Segunda República, y una serie bien seleccionada de trabajos relativos a la problemática transformación de la agricultura, teniendo presente la realidad española y, sobre todo, prestando una atención bastante minuciosa a las reformas que se han llevado a cabo en la América Latina y concluyendo con la inserción del último de los estudios recogidos en este libro, sobre *La reforma de la agricultura en España* (Madrid, 1974), en la que, el autor, parafraseando a Jovellanos, sustituye "la libertad de los agentes" de la que hablaba nuestro reformista ilustrado, por "la planificación integradora del sector privado y del público" para conseguir el tránsito de una agricultura tradicional a una agricultura empresarial, lo más comunitaria posible, objetivo que, por otra parte, es el hilo conductor que anima, en su totalidad, la monumental obra que comentamos.

De éste resumen descriptivo se deduce fácilmente que estamos en presencia de una obra importante, una más, del gran jurista que es Alberto Ballarín, y que, sin constituir, ni mucho menos, una recopilación completa de sus trabajos, recoge y desarrolla ampliamente su pensamiento como agrarista, tanto en el plano puramente científico como en el profesional y práctico, sin olvidar al político que, con solera de arbitrista y un caudal inmenso de hombre de bien, hay, sobre todo, en el autor de este libro que acabamos de comentar y que consideramos imprescindible para el que, honestamente, quiera conocer la realidad de nuestro Derecho agrario y de los problemas jurídicos de la agricultura en España.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

BREBBIA (Roberto H.): "La relación de causalidad en Derecho civil". Juris Rosario (Arg.), 1975, 159 págs.

El autor muestra de nuevo su particular interés por los problemas de la responsabilidad por daños (1). Ahora se ocupa de una cuestión que ha sido origen de tantas discusiones entre los penalistas y también entre los civilistas, como es la de la relación de causalidad entre el hecho imputable y el daño. Ante todo procura precisar el concepto de causalidad, a cuyo efecto considera los distintos significados del término, para luego examinar las encontradas teorías elaboradas por la doctrina. Como resultado nos dice que debe considerarse más correcto plantear el tema de la causalidad jurídica, dentro del Derecho privado, en los siguientes términos: ¿cuándo un resultado puede ser atribuido a la acción de un individuo? (págs. 49-50).

(1) Ha publicado, entre otras, las siguientes obras: *El daño moral*, 1.^a ed., Buenos Aires, 1950; 2.^a ed., Rosario, 1962, *Responsabilidad precontractual*, Rosario, 1957, *Régimen jurídico de los accidentes de automotores*, Rosario, 1967.

La parte central de la obra está consagrada al examen de las disposiciones del Derecho positivo argentino. Conforme a la original sistemática de su Código civil, se estudian las reglas sobre las consecuencias jurídicas de los hechos, las comunes a la responsabilidad extracontractual y a la contractual (2).

El autor se detiene en la exégesis del artículo 906 (3); la que ha originado graves dificultades a la doctrina. Según las notas de Vélez Sarsfield, dicho precepto, como otros de la materia, se han inspirado en el Código prusiano (4). Esta referencia no sirve de mucho. La doctrina argentina no nos aclara cuál fuera el texto utilizado por Dalmacio Vélez Sarsfield (5) y avanza la hipótesis de haberse seguido alguna traducción descuidada (6).

Las dificultades que ofrecen la interpretación y aplicación del dicho artículo 906 las ha resuelto el legislador argentino cortando el nudo gordiano. La ley 17.711 establece un nuevo texto, sentando el principio: "en ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad". Precepto que el profesor Roberto H. Brebbia examina y comenta críticamente.

Al tratarse de la responsabilidad contractual, la doctrina argentina hubo de encontrarse con lo que Héctor Lafaille calificaría de "el enigma del artículo 321" (7). Brebbia, a diferencia de otros autores, no cree tuviera solución la dificultad diciendo que se había perdido un *no*, después de la conjunción (8), y examina las dudas que ofrece la interpretación de los antiguos artículos 520 y 521, y razona su propia opinión.

(2) Ellas se encuentran en el libro 2.^º (de los derechos personales en las relaciones civiles), Sección 2.^a (de los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones), cuyo título 1.^º lleva el epígrafe de "Los Hechos".

(3) Dice así: "Son imputables las consecuencias casuales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la causalidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho."

(4) En la nota el artículo 900 se hace referencia a Código de Prusia, 1.^a parte, tít. 3, art. 3; en el art. 902 al art. 10 y siguientes; el 906 a los artículos 10 y siguientes; en el art. 909 los arts. 24 y 25, y en el art. 911 a los arts. 27 y 28.

(5) Como es sabido, se publica como proyecto en los años 1784-1788, como *Allgemeines Gesetzbuch für die preussischer Staaten*, y en 1794, para que tenga fuerza legal, con el título de *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*.

(6) Lo indica BREBBIA, pág. 82, nota 80, refiriéndose a la traducción del Instituto de D. Civil de Córdoba. VÉLEZ SERFIELD pudo utilizar *Code civil pour les états prussiens*, traduit par les Membres du Bureau de Législation étrangère, Paris, années IV et X; SAINT-JOSEPH (Antoine de), *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoleon*; traducido al castellano (aunque sin citar el autor) por VERLENZA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*; en los artículos 10 y siguientes del Código prusiano, allí recogidos (pág. 115, col. 8, 2.^a ed., Madrid, 1847) no se encuentra apoyo para el texto del art. 906 argentino.

(7) *Derecho civil*, tomo IV, *Tratado de las Obligaciones*; vol. 1, Buenos Aires, 1947, pág. 207.

(8) "Aun cuando la inejecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él y (no) los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes."

Las recogidas críticas implícitas o explícitas a la obra de VÉLEZ SARSFIELD

Mas también, como respecto al artículo 906, el legislador ha pretendido salvar esas dificultades con una nueva redacción del texto legal. Según la ley misma 17.711, el reformado artículo 521 reza así: "Si la inejecución fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediáticas". Texto que, a su vez, será objeto de las reflexiones del autor.

La obra se completa con la aportación de datos sobre el Anteproyecto Bibiloni, del III Congreso de Derecho civil de Córdoba (1961) y de las Jornadas de Derecho civil de Corrientes y de Rosario (1971). Termina con una sección sobre el Derecho comparado, con referencias al Derecho francés, Derecho italiano, Derecho chileno, Derecho venezolano, Derecho colombiano, Derecho etíope, Derecho alemán, Derecho suizo, Derecho uruguayo, Derecho español, Derecho portugués y Derecho soviético.

R. E. D.

CADARSO PALAU, Juan: "La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores", con prólogo del profesor Gabriel García-Cantero, catedrático de Derecho civil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, 363 págs.

El prólogo de esta interesante monografía lleva la firma de un profesor universitario que ya hace tiempo se ocupó en las páginas de este Anuario del tema, con extenso e importante artículo sobre "la responsabilidad por ruina de los edificios, ex artículo 1.591 del Código civil" (ADC, octubre-diciembre 1963, págs. 1053-1113).

Al plantearse el problema, destacaba entonces el profesor García-Cantero que "dentro de la regulación legal, insuficiente a todas luces y carente de sistema, del contrato de obras por ajuste o precio alzado que se contiene en nuestro Código civil, hay un precepto, extraño a primera vista, por su contenido normativo, cuya interpretación plantea buen número de interrogantes, apenas aclarados hasta ahora por la doctrina...".

Muchas de esas dudas quedaron perfectamente expuestas en el citado trabajo, otras se plantean y resuelven también en esta obra del profesor Cadarso Palau (Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho), aunque, como pone de relieve en el prólogo el Dr. García-Cantero, la circunstancia de que el autor mantenga en su Tesis opiniones divergentes de su Director sólo es una prueba del ambiente de absoluta libertad de opinión en que aquélla se efectuó,

no pueden oscurecer la grandeza de su figura señera, de agudo y bien informado jurisconsulto, y tampoco el valor intrínseco del Código civil argentino. Sobre VÉLEZ SERSFIELD puede verse *Estudios en homenaje a don Dalmacio Vélez Sarsfield*. Córdoba (República Argentina), 1950; *Manuel Arauz Castex y Jorge Joaquín Llambias. Derecho civil. Parte general*. Tomo I, Buenos Aires, 1955, págs. 72 y siguientes; *Guillermo A. Borda. Derecho civil. Parte general*. Tomo I, Buenos Aires, 1953, §§ 101 y sig., págs. 93 y sig.; también, *El estudio preliminar del doctor José María Mustapich*, que acompaña la edición del Código civil de la República Argentina, editado por el *Instituto de Cultura Hispánica*, Madrid, 1960.

sin que sea preciso que yo exponga, dice el citado profesor, mi postura personal (ya conocida), ni los puntos en que sigo discrepando de la postura de Cadarso Palau.

Esta variedad de concepciones doctrinales que legítimamente pueden sustentarse en esta materia debe ser un acicate más para que se lleve a cabo muy pronto la reforma del contrato de obra por los competentes órganos estatales; reforma en la que, si de algo han de servir investigaciones tan valiosas como la presente, debe el legislador dar respuesta clara y precisa a las cuestiones más acuciantes que ha planteado la doctrina y la práctica; la nueva normativa debe resolver ineludiblemente los siguientes problemas, que destaca el profesor García-Cantero: la legitimación activa y pasiva, naturaleza y clase de los vicios causantes de la ruina, alcance de ésta, solidaridad de los responsables y plazo de prescripción de la acción.

La obra, de cuya recensión ahora nos ocupamos, con cuidada presentación editorial, consta de ocho capítulos, precedidos de una Introducción, donde el autor justifica el tema ante el hecho real del creciente auge de la edificación, con el desarrollo de los grandes complejos urbanos y suburbanos, que han traído a un primer plano, en los últimos años, los problemas de la construcción, suscitando hondas preocupaciones la importancia y la frecuencia de los daños que de ella se derivan.

Esta inquietud, ante tales situaciones, se puso de manifiesto en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1965, así como en diversos ruegos dirigidos al Gobierno, que se publicaron en su día en el "Boletín Oficial de las Cortes Españolas", solicitando "se tome en consideración el grave problema planteado y se dicten con urgencia las disposiciones necesarias para la garantía, hasta los límites técnicamente posibles, de la seguridad de los edificios que se construyan y la revisión de los construidos a petición de los usuarios".

Considerando básica la conexión del artículo 1.591 con el contrato de obra, el estudio que el profesor Cadarso Palau aborda está concebido como un intento de caracterización de la responsabilidad decenal desde la perspectiva contractual. Entre otras razones en que puede buscar su apoyo, esta consideración contractualista de la responsabilidad sancionada en el artículo 1.591 del Código civil, está la que permite, de modo especial, desvelar en este precepto el principio fundamental de una garantía por vicios en el contrato de obra en general; punto en el que el ordenamiento español vigente, a diferencia de los más modernos y próximos, acusa una deficiencia de urgente subsanación.

El contrato de obra permanece hoy, en nuestro Código civil, indebidamente tipificado en el cuadro de los arrendamientos, y, sin embargo, la llamada "responsabilidad decenal" del artículo 1.591 se presenta actualmente con rasgos singulares que revisten todo intento de caracterización desde las categorías jurídicas comunes. Esta singularidad deriva para el autor, de un lado, de la especial cualidad de los sujetos pasivos de la responsabilidad: la entraña última de ésta se asienta, aquí, en la negligencia profesional. De otro lado, concierne también a la naturaleza misma de la obra construida: pues ocurre que los vicios o defectos estructurales de los inmuebles no se ponen de manifiesto (o no actúan), sino con el transcurso de un cierto tiempo.

Los dos primeros Capítulos de esta importante monografía están dedicados a los “precedentes históricos y Derecho comparado”, y a “la responsabilidad decenal en el Derecho español”, respectivamente. En ellos se ha reconstruido históricamente el citado precepto partiendo de sus orígenes romanos y, pasando por el Derecho intermedio, se enlaza con las Partidas, cuya regulación influirá decisivamente en la etapa codificadora. Además de los antecedentes españoles, el autor ha trazado un cuadro comparativo de gran interés para comprender el funcionamiento actual de la responsabilidad de los arquitectos y constructores en los países del Mercado Común. Pasando después al examen de los inmediatos precedentes de 1882-1888, llega a la exposición detallada del sistema legal vigente, según resulta de coordinar los artículos 1.591 y 1.909 del Código civil. Si bien la acción de responsabilidad decenal propiamente dicha es, para Cadarso Palau, la derivada del párrafo 1.º del artículo 1.591.

Al final del Capítulo II es donde el autor estudia con detalle el problema de la “naturaleza jurídica” de la responsabilidad decenal y la conexión de los citados artículos (1.591 y 1.909 del Código civil), exponiendo críticamente las tres orientaciones (tesis de la naturaleza extracontractual, legal y contractual) que han sido seguidas por la doctrina en orden a la calificación de este tipo de responsabilidad; llegando a la conclusión de que una consideración unitaria de la responsabilidad contemplada en los citados preceptos resulta seductora para el intérprete, si bien conduce a consecuencias imprevisibles. Mantiene el doctor Cadarso Palau la naturaleza contractual de la responsabilidad, ex artículo 1.591, párrafo 1.º, del Código civil, que se tiene frente al dueño de la obra; mientras que, por otro lado, arquitectos y contratistas responderán extracontractualmente frente a terceros a tenor del artículo 1.909 del Código civil.

En los Capítulos tercero, cuarto y quinto se estudian los “presupuestos de la acción de responsabilidad decenal”, con un detallado examen de la noción de “edificio” y de “ruina”, y sus clases; así como del carácter aparente u oculto de los vicios, que examina con precisión y detalle; también se ocupa de la culpa como presupuesto de la responsabilidad decenal y de la carga de la prueba, destacando en el estudio de ésta, especialmente, la consideración jurisprudencial.

Por último, los Capítulos VI y VII están dedicados al “ámbito subjetivo de la responsabilidad decenal” (personas frente a las que se responde y personas responsables) y a los “criterios de atribución y distribución de la responsabilidad”, terminando (Capítulo VIII), con lo que el profesor García-Cantero califica de “uno de los caballos de batalla de la doctrina”, a saber: la duración o “tiempo de garantía y prescripción de la acción”. Sobre este punto, si bien el autor admite que habría de aplicarse el plazo general de quince años conforme a la estricta concepción contractualista, considera más adecuado, sin embargo, el plazo de prescripción anual del artículo 1.968, en su núm. 2.º, del Código civil.

Felicitamos al Dr. Cadarso Palau por esta gran aportación a la dogmática del contrato de obra, por su estudio y también por sus sugerencias, ya que la obra no se limita sólo al concreto tema estudiado, sino a otros puntos, como

son: la problemática del contrato que celebran los técnicos de la obra, la función del promotor o la relevancia de los vicios en el contrato de obra, el subcontrato de obra, etc.

FRANCISCO RICO PÉREZ

Profesor Adjunto Numerario de Derecho Civil
en la Universidad Complutense de Madrid

CARRANZA (Jorge A.): "Los medios masivos de comunicación y el Derecho privado". Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología comunicacional sobre el individuo y la sociedad. LERNES, ediciones. Córdoba. Buenos Aires. 1975. 203 págs.

El nuevo libro del profesor Carranza ofrece un estudio que tiene para el lector el doble mérito de plantear una cuestión de la más grave y urgente actualidad y de aportar materiales para su posible respuesta. Se encara con uno de los síntomas más acuciantes de la crisis que está sufriendo el mundo. *La sociedad de consumo*, en la que vivimos, la describe como "último estadio de la sociedad industrial avanzada, producto del capitalismo tardío y que se caracteriza por el frío imperio de las técnicas publicitarias, la electrónica y las computadoras", "estandardización de medios y resultados, que conducen finalmente a la aniquilación del individuo como ser autónomo y pensante, enajenado como queda a las tecno-estructuras que, a veces, sin que él lo perciba, terminan por conducir sus gustos, sus inversiones y, lo que es más grave, su manera de pensar" (págs. 28-29).

El libro reseñado en su introducción, después de caracterizar la sociedad de consumo, señala los peligros ingentes y concretos que origina para la persona. En efecto, para satisfacer "la curiosidad enfermiza" de las masas, interesadamente fomentada, los medios masivos de comunicación violan sin consideración alguna la intimidad de las personas y ello con medios técnicos progresivamente más eficaces, micrófonos ocultos, teléfonos "intervenidos", grabadores electrónicos, teleobjetivos potentes (págs. 30-31).

Frente a la obra de masificación y degradación de la persona, impulsada y sustentada también por opuestas ideologías, el especialista de Derecho privado, aparte denunciarla, puede hacer algo para limitar su alcance. Así, definiendo y arbitrando modos y maneras de proteger los bienes propios de la personalidad.

En la segunda parte de su obra, el autor trata de "Los bienes jurídicos implicados y su amparo en el Derecho privado argentino". No obstante, el título, se estudian en ella los bienes o derechos de la personalidad de un modo amplio y general, con generosa referencia a la doctrina y Derecho positivo de otros países. Considera como "Derecho madre" al derecho a la intimidad de la vida privada, y como especies de dicho género ("genus") al derecho a la propia imagen, al derecho al nombre, al derecho al honor, a los derechos de autor e invención, al derecho a la inviolabilidad del domicilio,

al secreto profesional, de la correspondencia y de los negocios. Los que va examinando sucesiva y detenidamente.

La consideración del derecho a la intimidad como derecho genérico, no obstante, decirse avalada por autorizados maestros (Mosset Iturraspe, Orgaz, Borda, Díaz Molina), a nuestro modesto juicio, no resulta muy convincente; por ejemplo, referida a la fama o al derecho de autor; tampoco útil, ya que olvida lo que de específico tiene el debido respeto a la intimidad personal. Mas sea de ello lo que se quiera, de clasificaciones y terminología "non est disputandi".

En relación con la libertad de prensa, el autor gusta de citar el principio de Blackstone, "no hay libertad sin responsabilidad". En este respecto nos hubiese gustado que tratase de los límites del secreto profesional, al hablarnos del derecho del periodista a mantener la reserva sobre la fuente de las noticias que publica. Los medios de comunicación sirven al derecho de información del público (1); pero ha de ser responsablemente. El secreto profesional no ha de considerarse como un tabú, sino como un medio. El informador puede permanecer oculto, como en el caso del denunciante anónimo. Mas la publicación de la denuncia injuriosa o calumniosa, de la no probada, hace incurrir en responsabilidad; la que no puede burlarse acudiendo al secreto profesional. Tampoco cabrá, bajo este manto, eludir la responsabilidad del encubridor de un crimen o delito.

La tercera parte de la obra se titula "Los medios masivos de comunicación y su regulación legal en Argentina", y se refiere al régimen jurídico aplicable a los casos de hechos ilícitos cometidos por medio de la prensa, la radio, la televisión y el cine.

La cuarta parte, bajo la rúbrica "Política legislativa", narra los intentos de reforma del Derecho argentino en materia de derechos personalísimos, en especial el del proyecto Troccoli.

En Apéndice se nos da a conocer la nueva ley sobre el derecho a la intimidad, con el texto del artículo 1.071 bis del Código civil argentino (2) acompañado de algún comentario.

Debemos al profesor Carranza una obra clara y concisa que, en su elogiable brevedad, nos ofrece datos de interés sobre toda la materia examinada y, lo que más importa, con un criterio valorativo de muy fino espíritu jurídico.

R. E. D.

(1) Puede verse sobre este derecho, *La información como derecho*, de JOSÉ MARÍA DESANTES. Madrid, 1974.

(2) Dice así el art. 1.071 bis: "El que arbitrariamente se entrometiera en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad y el hecho no fuera un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiesen cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el Juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuera procedente para una adecuada reparación."

CORTEZO, Jaime: "Situación jurídica de la mujer casada". Editorial Montecorvo, S. A. Madrid. 350 páginas.

Esta obra va precedida de un prólogo del profesor Joaquín Ruiz-Jiménez Cortés. En él, con elegante pluma, se dibuja la figura humana del autor y, con ello, se nos ofrece la clave de su libro. Jaime Cortezo ha puesto, se nos asegura, "un latido de fuerte emoción humana, de agresiva pasión por la justicia, que pugra por encarnar en acciones transformadoras". "Si el abogado —con su Retórica (¡con mayúscula!)— no borró al científico universitario, tampoco anuló al político activo. ¡Excelente triángulo humano!"

El libro, en efecto, corresponde a esta semblanza del autor. Se ha escrito con el entusiasmo del abogado, con la preocupación erudita de agotar la literatura sobre cada tema y con la ansiosa esperanza de reformar la sociedad.

La primera parte de la obra es de carácter preliminar, se escogen antecedentes sobre diferencias e igualdades entre los sexos y se enumeran los fundamentos en favor de la igualdad entre los sexos. Esta parte concluye estableciendo los siguientes principios: "A) Igualdad jurídica plena entre los cónyuges, con la única excepción de la edad para contraer matrimonio. B) Igualdad jurídica plena entre el padre y la madre para el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. C) Procedimiento para resolver las diferencias entre los cónyuges o entre el padre y la madre en lo referente a la patria potestad" (p. 106).

Estos principios se van desarrollando en los trece capítulos de la segunda parte, por este orden: capacidad para contraer matrimonio, apellidos y honores, nacionalidad, obediencia-licencia marital, domicilio, regímenes de bienes, patria potestad, órganos y procedimientos para resolver los desacuerdos entre los cónyuges, tutela, trabajo de la mujer casada, capacidad procesal y causas de nulidad y separación. En general, de modo más o menos completo, en los dichos capítulos se recogen antecedentes históricos, Derecho comparado, legislación hasta ahora vigente, en su caso completada con lo dispuesto en la Ley 14/1975, de 2 de mayo; todos ellos terminan con unas "Bases", que se ofrecen para el desarrollo de las reformas legislativas que el autor pro-pugna.

El libro del que se da noticia es de fácil lectura; resulta simpático por su contenido favorable a la igualdad de los sexos y también por el calor juvenil con el que se defienden las soluciones que se estiman de justicia en favor de la mujer.

Todo ello hará que parezca ingratitud de lector señalar alguna posible discrepancia, mas ello se hace no con espíritu de censura, sino tan sólo como inexcusable expresión de la extrañeza y dudas de quien escribe esta reseña, modesto cultivador del Derecho positivo, ante algunas afirmaciones del autor.

En una de las secciones dedicadas a la "Legislación recientemente aprobada por Las Cortes" (Ley 2 mayo 1975) se dice:

"La radicalización de su ideología ha conducido a la Comisión de Justicia de las Cortes a suprimir un párrafo del artículo 20, que se refiere a la posibilidad de adquirir —en un nuevo tiempo de permanencia— la nacionalidad española a aquellos extranjeros casados con españolas. No se me alcanza

la razón de ello. Comparto el prescindir del anterior automatismo, pero si la voluntad del extranjero —casado con español— es adquirir nuestra nacionalidad, parece lógico el que no haya que esperar los diez años que establece el artículo 20 en su primer párrafo, pues no podría tampoco acogerme (sic) al plazo de cinco años del segundo párrafo del artículo ya citado, ya que su matrimonio no se puede considerar como un “señalado servicio” ni “actividad de trabajo” que (favorezca) de modo notable los intereses españoles” (páginas 127-128).

Estas consideraciones parecen no haber tenido en cuenta el párrafo tercero del artículo 21. Dice así: “El cónyuge extranjero podrá adquirir la nacionalidad española por razón de matrimonio si expresamente optase por ella, con aplicación de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 19 y en el último párrafo del artículo 20”. Pues de esta disposición resulta, si no nos equivocamos, que el extranjero que se casa con española, como la extranjera que contrae matrimonio con español, pueden optar por la nacionalidad española en el momento que quieran, sin aguardar plazo alguno, y adquirir la nacionalidad española cumpliendo los requisitos comunes señalados en el artículo 19; siempre que no haya motivos de orden público para denegar la concesión.

Parece que el autor acepta como evidente que en nuestro Derecho existe una prohibición impuesta a la mujer (casada) de aceptar donaciones (p. 209). Es cierto que ha habido quienes han estimado escandaloso y contrario a la autoridad del marido, que éste no pueda prohibir a su mujer que acepte el collar de perlas que le regala el vecino. Mas también es cierto que el Código civil dispone: “Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello” (art. 625). Al no encontrarse en nuestros textos legales regla que disponga especialmente la incapacitación de la mujer casada para ello (recibir donaciones), parece ineludible concluir que la mujer casada puede aceptar donaciones en todo caso, al menos aquellas donaciones que no sean condicionadas u onerosas (art. 626) (1). También choca observar que nuestro autor recoge la vieja doctrina de Manresa, de que los contratos celebrados por la mujer sin licencia del marido son nulos y no pueden ratificarse, calificándola de “correcta”, “con nuestro Derecho patrio a la vista” (págs. 209-210). Extraña ciertamente que se considere todavía en vigor una doctrina sin más base que una confusión, la de no haberse advertido que la acción llamada de nulidad en el artículo 1.301 del Código no es la nulidad del antiguo artículo 4.^o (hoy 6.^o, núm. 3), sino la acción de anulabilidad, cuyo ejercicio correspondería en el antiguo artículo 65 sólo al marido y sus herederos; acción que caduca según el artículo 1.301 a los cuatro años. Doctrina esta aceptada, a nuestro juicio, por la doctrina moderna y por la jurisprudencia.

Estas observaciones desearía que no se entendiesen en el sentido de reparos a la obra en su conjunto o en lo que constituye su esencia. No ha de perderse de vista que ella no se ha publicado como estudio exegético de Derecho

(1) El mismo MANRESA, calificado por el autor de “tan elevado juríscrito”, dice al comentar críticamente el artículo 625 del Código civil: “Enhorabuena que la mujer casada acepte (donaciones) sin licencia del marido...” *Comentarios al Código civil*. Ed. 1896, tomo V, pág. 90.

positivo. Su peso específico debe aquilatarse teniendo presente su finalidad primaria. Ella se manifiesta bien a las claras en la dedicatoria que preside el volumen: "A las mujeres españolas, con la esperanza de contribuir a la modificación de nuestras leyes hacia soluciones justas". Se trata de una obra de propósito político, con sugerencias de "lege ferenda". Importancia de la obra que, para los interesados en el tema, se acrecienta por las noticias bibliográficas que sobre el mismo proporciona. En la nota bibliográfica con la que se cierra el volumen se citan unas 128 obras de variado contenido y en ella, por lo que se puede observar, no se recogen todas las utilizadas en las notas a pie de página.

R. E. D.

RICO PEREZ, F.: "Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contraprestación por «leasing» en España". Madrid, 1974. Instituto Editorial Reus, S. A. Un volumen de 154 págs.

En estas últimas décadas, con la inversión privada de capital extranjero, se han ido introduciendo en España, además de recursos monetarios y divisas, licencias, patentes, marcas y, sobre todo, procedimientos de fabricación (Know-how) o transmisión de tecnología y asistencia técnica, donde han predominado las de procedencia anglosajona (USA e Inglaterra), además de la continental europea (Alemania, Suiza, Francia e Italia). Las empresas y sus filiales han aportado con sus inversiones también los métodos y modalidades de Derecho de aquellas figuras que les son usuales en su ordenamiento jurídico, así como las más novedosas dentro de sus ámbitos financieros, industriales y comerciales.

Dado el amplio campo de la autonomía de la voluntad, que tradicionalmente preside nuestra contratación (art. 1.255 del Código civil), este trasvase de nuevas y múltiples posibilidades se hace posible sin que sea obstáculo la atipicidad y ausencia de aquellas figuras en nuestro ordenamiento civil y mercantil, al ser pactadas por las partes en sus negocios jurídicos.

El gran progreso de la industrialización y el empleo cada vez más exigente de los mecanismos más precisos y de gran rendimiento, así como los altos costes que implican los bienes de equipo, junto a los demás bienes necesarios para poner en marcha una empresa, hace necesario el empleo de nuevas modalidades de crédito. Junto a los recursos iniciales de los préstamos y las hipotecas surgen otras modalidades como el "leasing", traducido por "crédito-arrendamiento", "arriendo-financiación", "arriendo-equipamiento", viiniendo a ser uno más de los diversos medios de diversificación del crédito de nuestra época de cooperación y universalización en el desarrollo de la consecución de bienes.

El "leasing" está adquiriendo un amplio desarrollo en España, especialmente en una serie de sectores comerciales, además del industrial, por lo que nuestra doctrina y legislación han comenzado a interesarse por esta modalidad de crédito tan útil como novedosa. El estudio del profesor Rico viene a ser una valiosa contribución, tanto por la síntesis que hace de lo expuesto, ya por

los autores españoles, como al poner de relieve comparativamente las aportaciones de la doctrina extranjera. Su obra está concebida en dos partes bien delimitadas: una, conceptual y descriptiva, otra, de cuestiones prácticas y muy útiles ante la nueva experiencia actual.

En primer lugar, el profesor Rico presenta la etimología y concepto del "leasing", describiéndolo como un contrato, en principio, consensual, bilateral, signalagmático, oneroso y comutativo, de trato sucesivo y traslativo de uso y disfrute, de Derecho civil empresarial, atípico y especial, con valoración de la confianza y de la conducta, por el cual una persona, natural o jurídica, cede los derechos de uso de un bien propio en contrapartida de unas prestaciones, obligándose, además, a conceder al usuario una opción de compra. A continuación se describen los caracteres del "leasing", sus orígenes e importancia, su naturaleza jurídica, así como sus diferencias con el arrendamiento, con la compraventa, con el préstamo, con el depósito y con la sociedad. Se pasa al estudio de sus clases, tanto por sus modalidades como por su objeto para analizar la relación contractual de "leasing" (constitución, contenido y extinción), concluyéndose con la materia referente a su régimen jurídico, según las normas de carácter general hasta ahora dispuestas (Ley de venta de bienes muebles a plazos y la Circular sobre matriculación y transferencia de vehículos) y las de carácter fiscal (el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, la desgravación del Impuesto de Sociedades y la tributación de intereses).

Por último, el profesor Rico aborda algunas prácticas que constituyen el contenido de la segunda parte de su obra, haciendo referencia a las operaciones de "leasing", constatando su registro central, los departamentos de operaciones, de contratación, de cartera, de asesoría y de incidencias, así como de asuntos comerciales; se expone cómo se lleva a cabo una redacción de un contrato de "leasing" y se concluye haciendo ver las ventajas de la operación de "leasing" sobre las de venta a plazos y el tratamiento fiscal del "leasing".

El trabajo se concluye con una bibliografía de carácter general y otra específica del "leasing", más un índice de autores citados, por lo que hacen de este estudio una obra muy didáctica y práctica, contribuyendo a enriquecer la pluralidad de aspectos del ámbito contractual español.

JOSÉ BONET CORREA

ROMAGNOLI, Emilio, y TREBESCHI, Cesare: "Communione familiari montane. Testi legislativi, sentenza, studi e bibliografia". Istituto di Diritto Internazionale e Comparato. Firenze. Paideia Editrice Brescia. 1975. 719

El tema propio de este libro es muy concreto y especializado; aunque no por ello de menor interés para los cultivadores del Derecho agrario y de la Historia del Derecho.

La obra comienza recogiendo la legislación estatal (Leyes de 5 julio 1952 y 3 diciembre 1971) y la regional, sobre bosques, pastos, comunidades veci-

nales y familiares, en vigor en ciertos lugares de las montañas italianas. A continuación se encuentra la jurisprudencia referente a los lugares de Cortina, Livinadongo, Rocca Pietore, Cadore, Valcanale, Alto Adigio, Trentino y Valle de Aosta. Después se reproducen doce estudios de especialistas en la materia, poco conocidos y prácticamente imposibles de encontrar. De entre ellos destaca, a mi juicio, el de Gian Gastone Bolla. El desaparecido maestro, aquí también, ha dejado una contribución valiosísima; padre del renacer del Derecho Agrario, se le debe el haber impulsado el conocimiento y valoración de los usos y costumbres de la montaña, después su defensa ante los tribunales y su reconocimiento legislativo. Entre dichos estudios se recogen unas páginas del "Glossarium", de Du Cange, que aclaran el origen de términos todavía hoy conservados; los de "fabula", "regula", "vicinare" y sus derivados. Se acompaña una extensa bibliografía, recogida por Cesare Trebeschi y Sofia Trebeschi Rovetta. Termina el libro con un Apéndice sobre "La nueva disciplina regional".

La obra reseñada es una preciosa contribución para el estudio de la regulación de los bienes comunales, explotaciones familiares, usos y costumbres sobre bosques y pastos, erudita y bien documentada.

A. B. C.

SOTO NIETO, Francisco: "Cuestiones Jurídicas" (Jurisprudencia creadora), I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, 500 págs.

Es propósito del autor recoger en una trilogía (el que hoy comentamos es el tomo primero) una serie de trabajos bajo su firma, principalmente sobre temas de Derecho civil y mercantil, junto a otros de Derecho procesal y alguno sobre materia penal. Todos con el denominador común de una perfecta sistemática, de una actualización doctrinal con referencias que permitan explanaciones y consultas al lector, y de un repaso exhaustivo de la Jurisprudencia, esa cantera creadora y llena de impulso vital que, como destaca el profesor López Jacóiste, capta lo singular en su dimensión existencial y viene a constituir el saber auténtico del verdadero jurista.

Sirve de pórtico a este libro un interesante estudio dedicado a la "Coincidencia y diferenciación práctica del Derecho y la Moral", con el comentario a una de las pocas sentencias que rozan el tema de las relaciones entre ambos campos: la de 13 de mayo de 1969. Para nuestro Tribunal Supremo el Derecho regula los actos principales de la vida del hombre, o sea, aquellos que, en cada momento histórico, son percibidos por la llamada conciencia "focal" colectiva, a diferencia de los actos simplemente morales que afectan a la conciencia "marginal" de aquélla, integrando, entre otros, la vida y conducta ética del ente racional, capaz de derechos y deberes.

A los "Aspectos fundamentales de la representación", a las "Causas de extinción del apoderamiento" y a la "Sustitución del poder" están dedicados tres prácticos capítulos de la obra. Con todo detalle se examinan dos sentencias del Tribunal Supremo, del máximo interés, que ponen sobre el tapete

la cuestión jurídica de la sustitución del apoderamiento. La sentencia de 9 de mayo de 1958 es la primera de ellas, y la otra, la de 27 de febrero de 1971, nos recuerda que lo que ha dicho la jurisprudencia es que el poder otorgado a procurador por cualquiera de los sustitutos no implica una nueva sustitución o transmisión de facultades, sino el cumplimiento de un requisito para comparecer en juicio, prevenido en el artículo 3.º de la Ley Procesal Civil, única manera hábil para que el mandante actúe ante los Tribunales de Justicia.

El otro gran cuerpo de materias a las que el autor dedica una especial atención es el referente a la Propiedad Horizontal. Los cuatro estudios sobre este tema llevan en cabeza los siguientes títulos: "Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal"; "El título constitutivo de la propiedad horizontal"; "Virtud modeladora de los Estatutos" y "Reacción comunitaria contra el ocupante del piso o local por infracción de destino", con una serie de interesantes consideraciones, en este último trabajo, sobre el artículo 7, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal, en orden a las actividades prohibidas a propietario y ocupante.

Las prohibiciones que el citado precepto consigna tienen el máximo alcance subjetivo; abarcan por igual al propietario inmediatamente asentado en el piso o local, como al ocupante cesionario del uso por cualquier título; sin que se precise que sean ellos, de modo directo, los que incidan en la conducta prohibida, pues dueño u ocupante vienen constreñidos a una dación de cuenta de proceder de sus convivientes, aunque su presencia en la casa provenga de una relación de hospedaje. Para Soto Nieto la inspiración pública de la norma justifica suficientemente esta proyección aplicativa.

Tras la exposición del importante precepto y la Jurisprudencia que lo ha interpretado, y en trance de apuntar algunas conclusiones, situándonos en el vértice abarcador del Derecho constituido y del constituyente, se hace preciso fijar:

1.º Que, fundamentalmente, debe mantenerse la regulación vigente en evitación de que la Comunidad quede inerme ante los abusos de uso o destino por parte de los ocupantes del inmueble.

2.º En futuras reelaboraciones del texto legal, el autor propugna que debe consignarse expresamente la facultad revisoria de los Tribunales, ante las especiales prescripciones prohibitivas de determinadas actividades que puedan contenerse en los Estatutos.

3.º Merece aclararse explícitamente que la sanción impuesta al copropietario no afectará a sus causahabientes ni a los arrendatarios advenidos durante el período temporal que aquélla abarque.

4.º Ha de propenderse hacia una unificación absoluta competencial y de procedimiento, en el ejercicio de la acción judicial contra los ocupantes, cualquiera que sea su condición.

De los once estudios que forman este libro hay dos (capítulo II y X) dedicados a la "Jurisprudencia de Andorra"; uno, con el rótulo de "Valor de la Jurisprudencia como fuente de Derecho", y el otro sobre el "Derecho de alimentos. Alteración de la pensión alimenticia". Las dos Sentencias que motivan estos trabajos surgieron de la pluma del ilustre magistrado, juez delegado de apelaciones de Andorra, excellentísimo señor don Carlos Obiols Ta-

berner, hoy presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona. Sentencias, como todas las de los Tribunales de Andorra, redactadas en idioma catalán, que es el oficial del país.

El autor cierra este primer tomo, de cuya recensión nos hemos ocupado, con un tema propio de su reconocida autoridad y especialidad: la "Probleática de urgencia en el accidente automovilístico", que constituye el texto de una Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Vich, patria chica de Balmes y sede de Torras y Bages, el día 28 de febrero de 1975.

La cuidada edición de esta obra se completa con unos índices muy prácticos de Jurisprudencia por orden cronológico; separando la Jurisprudencia civil de la penal y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros. También se relacionan las sentencias citadas de las Audiencias Territoriales. Sigue el "índice de autores" y el de "disposiciones legales", para terminar con el "índice analítico de materias", que tanto facilita siempre el manejo de un libro.

En suma, esta importante obra aporta, además de ciencia jurídica, una experiencia vivida por tan competente Magistrado, la autenticidad de una "praxis" que sólo pulsan los que, como el autor, agotan intensas vigilias en la elaboración del "Derecho vivo" de cada día. Aquí, en las páginas de este libro, se pueden hallar esa intercomunicación que, según el profesor Hernández Gil, se precisa entre los tres conocidos cauces para el tratamiento del Derecho, a saber: la elaboración legislativa, la investigación científica y la aplicación judicial, cuya importancia, a través de la interpretación, la resaltó Danz como "el pan de cada día de todos los jueces".

FRANCISCO RICO PÉREZ

Profesor Adjunto Numerario de Derecho Civil
en la Universidad Complutense de Madrid

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

LACRUZ BERDEJO, José Luis: "Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil". *R. C. D. I.*, núm. 501, marzo-abril, págs. 289 y ss.

El catedrático de Zaragoza hace un breve examen biográfico del autor de las Concordancias, con el que da comienzo al estudio que es objeto del presente comentario.

Señala también los trabajos de índole civil y los relativos a la materia penal que hizo don Florencio y muy especialmente los trabajos que tuvieron por objeto la creación del famoso proyecto de 8 de marzo de 1851.

Lacruz llega a afirmar que, a pesar de todos sus defectos, este proyecto es el antecedente claro de nuestro actual Código civil.

No es de extrañar, afirma, que el 65 por 100 de los artículos del mismo tengan una inmediata relación con los del citado Proyecto, añadiendo que el otro 20 ó 25 por 100 restante son adiciones, supresiones o modificaciones importantes, a veces radicales, que sirven todavía para dar cuenta de su intento y significado.

Recoge la afirmación de Peña Bernaldo de Quirós, de que el Proyecto de 1851 no es un intento frustrado de Codificación, ya que el anteproyecto de 1888 le seguía en general, si bien introduciendo novedades o modificaciones, ya para volver al derecho histórico patrio, ya para acoger soluciones de cuerpos legales extranjeros. Pero la auténtica trascendencia del Proyecto de 1851 se multiplica con el comentario de aquél por García Goyena.

A juicio de Lacruz, García Goyena es, en verdad, no sólo el gran motor de la Codificación civil española, sino también el primer comentarista de la mayor parte de los preceptos del Código civil y el mejor auxilio para su interpretación histórica.

MESA MARTIN, Francisco: "La reforma de la Sociedad Anónima inglesa". *R. C. D. I.*, núm. 502, mayo-junio, págs. 455 y ss.

Se divide el trabajo, como dice su autor, en dos partes perfectamente diferenciadas: una, relativa al esquema de la Sociedad Anónima inglesa; otra, relacionada con el estudio del libro blanco fechado el 25 de julio de 1973.

Después de hacer notar la justificación del tema, se fija en la Sociedad Anónima inglesa y dentro de ella se enumeran los siguientes apartados: la personalidad jurídica, su constitución, dentro de ésta a su vez, elementos personales, elementos reales, haciendo especial mención de los requisitos relativos al "memorándum" y el registro de sociedades. En los elementos reales se fija detenidamente en el capital y en las acciones.

Dentro de los órganos sociales son objeto de estudio y la Junta y los administradores, así como los órganos de fiscalización.

Se examinan igualmente los cambios de la sociedad en las diferentes formas de fusión, y las figuras de liquidación, ésta en sus modalidades de liquidación voluntaria, judicial y sometida a la vigilancia del órgano judicial.

La parte segunda del estudio, como dice su autor, se refiere al Libro Blanco, antes mencionado, y dentro de él se hace un examen de los principios que regulan los principios políticos, el ingreso de Gran Bretaña en la C. E. E., los principios funcionales del desarrollo en cuanto a la actuación de la sociedad, tales como el de información, el abuso de este principio, los accionistas fiduciarios, el registro de sociedades, la inhabilitación de los consejeros, la protección de las minorías, los inspectores y, finalmente, la responsabilidad pública de la sociedad.

GARCIA GARCIA, José Manuel: "La concurrencia de los retractos de comuneros, colindantes y colonos". R. C. D. I., núm. 503, julio-agosto, páginas 743 y ss.

Con el planteamiento del problema, que sigue a la introducción, y en el que señala el texto legal del párrafo segundo del artículo 1.524 del C. civil, y la remisión al artículo 16 del reglamento de arrendamientos rústicos, da comienzo este trabajo de marcada índole práctica y experimental.

Señala el autor la teoría de distinguir entre un orden doble de prelación, según se aplique el Código civil o la relación arrendaticia, teoría especialmente seguida en nuestro derecho por Espín y Puig Peña, que da origen a una prelación jerárquica determinada.

Esta teoría es desechada por el autor del trabajo a través de dos argumentos, uno, lógico y otro, de finalidad legal.

Examina cierta tendencia doctrinal, sostenida por autores como Escribano, Pérez Tejedor, Badenes Gasset, que propugnan una ley o disposición aclaratoria.

Sigue, el autor, con el examen de unas soluciones, basadas en posible posturas alternativas, para más adelante examinar la solución consistente en rechazar el retracto de colindantes cuando hay venta de cuota indivisa o bien la teoría consistente en distinguir el puesto jerárquico del colindante retrayente de finca y el retrayente de cuota indivisa.

Hay también otras hipótesis, consistentes, unas, en señalar el aspecto de imposible vigencia del artículo 16 del reglamento de arrendamientos rústicos y otras, en entender rectificado el párrafo 2.º del artículo 1.524 por el 16 antes citado, según su antigüedad, para llegar después de su examen a sentar la oportuna conclusión, inclinándose el autor por la última de las soluciones propuestas.

MERINO HERNANDEZ, José Luis: "Revocación «post mortem» del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro". *R. C. D. I.* número 500, 1974, enero-febrero, págs. 47 y siguientes.

Durante catorce apartados se dedica el autor al estudio del tema.

Desde el primer punto, la introducción, se nota una visión clara del problema y una diversidad de tratamiento sistemático en cuanto al tema. Con relación al Derecho navarro, después de un breve estudio histórico, se dedica al examen de la actual Compilación en sus leyes 199 a 205, donde pone de relieve las características típicas de la institución que nos ocupa.

Con la investigación de la Ley 202, especialmente referida a la revocación, y concretamente a la irrevocabilidad del testamento, si uno de los cónyuges ha muerto.

Más adelante estudia la posibilidad de revocación, no de todo el testamento, sino tan sólo de algunas de sus disposiciones.

El autor sienta la conclusión, en su primera parte del estudio, de que se ha producido un total acercamiento entre las normas de Navarra y Aragón; y seguidamente pasa a ocuparse del tema en la Compilación de esta región.

Con relación a ella, hace un examen riguroso dentro del campo histórico, para pasar después a una investigación del Derecho positivo vigente en la materia.

Así, estudia la Compilación, especialmente en los artículos 48 y 49 relativos a la institución en el anteproyecto redactado el año 1961.

Más adelante se centra en el examen de los artículos 96 y 97 de la vigente compilación, según el texto actual, a la que llega después de todo el desarrollo histórico.

Finaliza su esquema, con una referencia al concepto de correspectividad, distinguiéndole del de contractualidad y creo deja ver el campo de actuación notarial en torno al mismo para modelar correctamente la institución, en cuanto a la revocación de las disposiciones correspectivas.

DIEZ PICAZO, Luis: "La dación o promesa de capital para el marido y la evicción en caso de fraude". *R. C. D. I.*, núm. 501, 1974, marzo-abril, páginas 245 y siguientes.

El trabajo es presentado por su autor a los estudios en homenaje al profesor Santacruz.

Con señalar en la introducción que el artículo 1.397 del Código civil es un pequeño enigma, comienza su, como todos, claro estudio el profesor Díez Picazo.

Investiga seguidamente la naturaleza jurídica de la donación de capital para el marido y pasa a examinar el caso del fraude como presupuesto de la evicción.

Más adelante estudia el alcance y contenido de la evicción.

Se detiene especialmente en el estudio de la simple promesa de capital al marido y las dificultades que en este caso plantea la norma citada.

Estas dificultades nacen, especialmente, de que la simple promesa no obliga al prometente, más que en el caso de que se haga por escrito o en escritura pública si se refiere a inmuebles; parece que requiere una promesa sobre bienes concretos, pues si se refiriese a dinero o valor el artículo 1.397, no se podría aplicar y finalmente si se trata de simple emisión de la promesa no se ve claro de qué modo puede producirse una evicción, pues el beneficiario de la promesa, que aún no ha recibido nada, no puede ser vencido en juicio por un tercero.

SAPENA TOMAS, Joaquín: "Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral". R. C. D. I., núm. 503, 1974, julio-agosto, páginas 861 y siguientes.

A juicio del autor, es uno de los problemas donde entran en conflicto la concesión del usufructo y la intangibilidad de la legítima. Que por otra parte, no es problema insoluble, sino viable, si bien con ciertas limitaciones y condicionamientos.

Pasa a examinar la inatacabilidad e intangibilidad de la legítima y los problemas que plantea la llamada cautela socini, no sólo desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, sino también admitiendo la validez de dicha cláusula. Examina igualmente los efectos de la cláusula y el ejercicio de la opción.

La tercera parte del trabajo se dedica a señalar las distintas posturas de los juristas en torno al usufructo universal del viudo. Abarca todo el abanico posible de posturas doctrinales, desde las permisivas absolutas a las relativas pasando por las más o menos modalizadas. Sigue con el examen de la facultades del comisario, así como el de los deberes inherentes a esta figura.

El último epígrafe de su documentado estudio se dedica a señalar los documentos y formas para que la partición en que se dé la figura objeto de este examen tenga acceso al Registro de la Propiedad, y concluye su investigación sentando las premisas pertinentes, entre las que descuellan que la partición es inscribible sin que se precise la aceptación de la herencia por los herederos, ni aprobación alguna y que los herederos podrán ejercitar la opción mientras no haya caducado, y aunque esté practicada la partición e inscrita en el Registro.

FOSAR BENLLOCH, Enrique: "La norma jurídica y el derecho de familia". R. C. D. I., núm. 503, 1974, julio-agosto, págs. 787 y ss.

En las consideraciones generales que a guisa de prólogo da el autor, manifiesta que el Derecho de familia, o mejor la familia en sí, se rige por normas jurídicas, que casi sólo presiden los actos solemnes de su fundación y su extinción.

Sigue afirmando que la regla de la vida familiar es, antes que una regla jurídica, una regla de vida. Hace suya la tesis de Bonet Ramón, al distinguir entre Derecho interno y Derecho externo de la familia.

Estudia las clases de reglas internas de la familia, indagando el fundamento de la necesaria autonomía, basado en los propios fines de la institución y los originadores del grupo.

Señala igualmente que la existencia de usos sociales familiares y su distinción de las costumbres propiamente dichas es uno de los problemas que tiene planteado la Sociología jurídica y la Teoría general del Derecho.

Uno de los apartados más interesantes es el dedicado por el autor al examen e investigación de las relaciones de la ética con el Derecho de familia.

Señala como derecho externo de la familia y como más importante dentro de ella a las normas contenidas en el Código civil y hace la crítica de las mismas desde un doble punto de vista: cronológicamente y su estatismo ante los movimientos socioeconómicos originados en nuestra patria en los últimos ochenta años.

Termina el trabajo con el señalamiento de otras normas o fuentes del Derecho de familia, distinguiendo dentro de ellas un Derecho mercantil, administrativo y jurisdiccional familiar y hace una referencia a los principios generales del Derecho y su influencia dentro del Derecho de familia.

LALAGUNA, Enrique: "La venta de herencia en el Código civil". *R. C. D. I.*, número 504, 1974, septiembre-octubre, págs. 1041 y ss.

Trabajo realizado por el autor en el libro-homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro.

En siete grandes apartados se divide la materia por el autor. Una breve introducción, en la que trata de dar un concepto válido de lo que se debe entender por venta de herencia.

El apartado segundo, dedicado a las fuentes legales, con expresión de las que son y especial referencia a las leyes 325 a 330 de la Compilación de Navarra.

El apartado tercero, dedicado a la significación de la herencia como objeto de la enajenación.

El siguiente, destinado a una brevíssima consideración de la venta de herencia y su proyección en el ámbito de las relaciones sucesorias.

Destina el quinto a la consideración del patrimonio hereditario en su transmisión y al momento determinante para la producción de sus efectos.

La relación contractual de venta de herencia es objeto de examen en el siguiente epígrafe y dentro de él se examinan los principios reguladores de la eficacia del negocio y los derechos del comprador y vendedor respectivamente.

Finalmente, el último epígrafe, se dedica por su mayor amplitud al estudio de las diversas situaciones de conflicto de interés entre el comprador y los terceros.

Así, se examinan las relaciones entre el comprador y los acreedores de la herencia, los adquirentes de los bienes hereditarios, las titularidades reales en favor del tercero y los derechos del comprador en caso de litigio sobre la herencia.

GARCIA RODRIGUEZ, Carlos: "La cancelación de arrendamientos". R. C. D. I., núm. 504, 1974, septiembre-octubre, págs. 1091 y ss.

Se estudia el frecuente problema de encontrar en el Registro de la Propiedad arrendamientos, preferentemente rústicos, que han desaparecido en la realidad y respecto de los que, cuando no son meras menciones, hay que certificar como subsistentes, porque no fueron oportunamente cancelados. Se está a juicio del autor en un caso de inexactitud registral conforme al artículo 40 de la L. H., imponiéndose la rectificación del registro mediante la correspondiente cancelación del derecho inscrito.

El autor nos lleva por diversas distinciones, en torno al presente problema, haciendo, entre otras, como más importantes, las siguientes:

La cancelación de arrendamientos rústicos inscritos en el registro por vencimientos de prórroga legal o de los plazos contractuales.

La consideración del problema en torno a la figura de la aparcería a efectos de prórroga.

La cancelación de los arrendamientos inscritos por causas distintas del vencimiento del término y los documentos adecuados para la cancelación automática.

Examina, igualmente, las modalidades que ha de reunir el asiento de cancelación y la cancelación de los arrendamientos inscritos en el registro especial.

Finalmente, trata el tema de la extinción de los arrendamientos urbanos por transcurso del plazo, distinguiendo dentro de ellos las especialidades de los vigentes a la publicación del Código civil y los posteriores y, dentro de éstos, los que tienen por fechas topes el 21 de julio de 1920, 29 de diciembre de 1931, el 31 de diciembre de 1946 y el 3 de abril de 1947.

MUÑOZ CARIÑANOS, Fernando, y GARCIA GARCIA, José M.: "Identificación de fincas rústicas". R. C. D. I., núm. 505, 1974, noviembre-diciembre, páginas 1319 y siguientes.

El trabajo es una mezcla de trabajo auténticamente doctrinal y de ponencia que los autores presentaron como ponencia en el II Congreso Internacional de Derecho Registral.

Ocho apartados, a lo largo de noventa y seis páginas, así lo confirman.

Dedicar el primero de ellos al examen de la finca en el sistema español, distinguiendo entre la finca propiamente dicha, la finca material, la finca a efectos registrales, finca funcional y las relaciones del concepto de finca registral y el de parcela catastral.

Continúan con el concepto doctrinal de la identificación de finca y examina la cuestión de una perfecta identificación a la luz de lo que ellos llaman principios hipotecarios que hoy se ven frecuentemente impugnados desde algunos sectores de la doctrina moderna.

Hacen posteriormente un examen bastante completo y exhaustivo de las normas contenidas en nuestro Derecho positivo con su correspondiente crítica.

Seguidamente, donde a nuestro juicio cobra más relieve el trabajo es el

tema de la función del Catastro en la identificación, con las relaciones entre Catastro y Registro, examen de las normas hipotecarias, referencias al Derecho comparado y señalamiento de las principales deficiencias de nuestro sistema registral que evidentemente son más de las deseadas y más de las que se mencionan.

Señalan seguidamente los medios que los autores proponen, se detienen en el estudio de los índices de fincas rústicas proponiendo un nuevo sistema y sientan las conclusiones partientes, entre las que descuellan la cuarta y quinta relativas a que se mencionen los datos del Catastro Topográfico Parcelario con carácter obligatorio donde sea posible la referencia en los linderos a los números de parcelas colindantes, conclusiones que acogemos plenamente porque vendrían a dar una mayor seguridad al tráfico y a los adquirentes.

DE LA RICA MARITORENA, Ramón: "La cancelación registral". R. C. D. I., número 505, 1974, noviembre-diciembre, págs. 1278 y ss.

Inicia el trabajo con el concepto de lo que es la cancelación, llegando a dar el propio, diciendo que es "un asiento definitivo, principal y accesorio a la vez, extendido en los libros de inscripciones, en virtud del cual se deja sin efecto, total o parcialmente, otro asiento principal, ya por extinción del derecho inscrito o anotado, ya por otra causa legal que taxativamente lo determine".

Partiendo de la definición mencionada, desarrolla las notas o caracteres de la misma desde un punto de vista formal y material, y hace una clasificación de las mismas, desde distintos criterios, como son: por el asiento cancelado, por su extensión, por su causa, por el origen y por su forma.

Examina en el apartado siguiente, con especial detenimiento, las cancelaciones totales y las parciales, pasando a ocuparse de los títulos cancelatorios en cuya virtud se practican las mismas.

Se detiene especialmente en la investigación de las especialidades y notas típicas de que gozan las cancelaciones de las anotaciones preventivas, más adelante estudia la facultad subjetiva para cancelar, y en los epígrafes posteriores hace una especie de enumeración de puntos, tales como las circunstancias formales de la cancelación, las llamadas cancelaciones preventivas, las cancelaciones condicionales, las que se originan por consecuencia de caducidad de los asientos y concluye su bien documentado trabajo con el examen del valor cancelatorio de las declaraciones de voluntad unilaterales y los efectos registrales que produce la renuncia de derechos.

TORRES LANA, Antonio: "La edificabilidad de los terrenos y sus repercusiones en el tráfico jurídico inmobiliario". R. C. D. I., núm. 506, 1975, enero-febrero, págs. 65 y ss.

Este estudio es, además del presente trabajo, el examen de la Sentencia del Tribunal Supremo 20 de abril de 1965.

Partiendo del supuesto en torno a si es posible la venta de un terreno como edificable cuando no lo sea.

Para llegar a la conclusión de que no es posible la venta, afirma el autor, ha llegado a nuestro Tribunal Supremo a través de un marasmo de normas y por medio de presunciones racionales, con lo que se pone de manifiesto la dificultad con que tropiezan los juristas en materia tan resbaladiza como la presente. Todo el problema del caso surge en torno a la venta de una parcela que conforme a los artículos 78 y 50 de la Ley del Suelo era indivisible.

Señala el autor cómo cada día es más frecuente la importancia que se da a la posibilidad de edificación en el tráfico inmobiliario y estudia profundamente la norma del artículo 50 de la ley del suelo, que por cierto es de los preceptos que no han sido modificados en la pasada reforma de 1975.

Concluye el estudio después de examinar las opiniones de los más varios autores con el examen de la naturaleza de la acción que emana del citado artículo 50 y la conexión que la temática de los vicios del consentimiento plantea con la aplicación de la referida norma.

COBOS SANTOS, Fidel: "Garantías reales sobre películas cinematográficas".

R. C. D. I., núm. 506, 1975, enero-febrero, págs. 9 y ss.

El trabajo que nos presenta el autor es la tesis doctoral del mismo, premiada durante el curso 1973-74.

Comienza con una breve introducción, en la que se ponen de manifiesto las diversas tendencias y motivos que llevan a los distintos legisladores de Derecho comparado a regular la materia.

En relación con el Derecho español se estudia, en primer lugar, la etapa anterior a la legislación de 1970, haciendo especial mención del Decreto de este año, número 3.837, de 31 de diciembre.

Este Decreto lo divide, en cuanto a su examen, en las partes siguientes: hipoteca mobiliaria de película cinematográfica, caracteres, la negligencia del titular y la figura de la cesión de créditos y el pacto de la transmisión del rendimiento.

Por lo tocante al primero, el examen del problema se centra dentro de la más pura ortodoxia de la materia; en efecto, se enumeran materias como el objeto de la garantía, la personalidad del hipotecante, asientos registrales que se practican y las particularidades de la ejecución.

En lo relativo a los caracteres de esta clase de hipoteca, se estudia, como hipoteca de máximo, la indeterminación del plazo y sus analogías y diferencias con la anticresis.

El apartado cuarto del trabajo hace especial examen de los créditos y las cesiones que los mismos provocan y la integración dentro de ellos de las subvenciones oficiales para incluirlas en la cesión.

Por último, hay un especial epígrafe dedicado al estudio de las normas posteriores al Decreto citado, entre las que descuelga el posible proyecto de una escritura-tipo para la regulación de las figuras de estos préstamos con garantía hipotecaria de película cinematográfica.

CLAVE DE ABRÉVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
- AD = Anuario de Derecho (Panamá).
- AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
- AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
- AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
- AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
- BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
- BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
- BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
- BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).
- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
- BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Múnich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).

- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciales e del Diritto Generales Delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).

- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislaçao e Jurisprudêna (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Societá (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciael (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO Y ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

ESCRITURA DE COMPROVANTA.—NO ES IMPRESCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRA-VENTA CUANDO LOS OTORGANTES, ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD, ACTÚAN DESPUÉS DE CADUCADO EL PLAZO POR EL QUE FUERON ESTATUTARIAMENTE NOMBRADOS. (Resolución de 24 de mayo de 1974. *Boletín Oficial del Estado* de 15 de junio de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Barcelona en 1 de abril de 1966 ante el Notario don Angel Martínez Sarrión, se constituyó la Compañía Mercantil "RADAR, S. A.", cuyo objeto social es "La explotación de fincas propiedad de la Compañía mediante su desarrollo agrícola y ganadero y su construcción, parcelación y urbanización; practicar segregaciones; solicitar declaración de granjas ejemplares... y todo cuanto tiende al mejor aprovechamiento de los bienes de la Sociedad"; que en el artículo 17 de los Estatutos sociales, incorporados a la escritura, se dice que "los Administradores podrán ejercer su cargo por plazo de cinco años y podrán ser indefinidamente reelegidos. Excepcionalmente, la primera renovación se producirá a los tres años de haber entrado los consejeros en posesión de sus cargos y afectará por sorteo a dos de los designados en el acto constitutivo. El Consejo de Administración estará integrado por tres Consejeros. Para el desempeño del cargo no se requerirá la calidad de accionista. Los componentes del Consejo ocuparán en el mismo los cargos de Presidente, Vicepresidente y Vocal que actuará de Secretario. Si se produjeran vacantes que no sean consecuencia del transcurso del plazo de nombramiento, el Consejo podrá designar de entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General y decida sobre los nombramientos"; que entre las facultades atribuidas a los Administradores, según los Estatutos, figura la de "adquirir, ceder, gravar y enajenar bienes muebles e inmuebles, concesiones, derechos y acciones..." (art. 2º, núm. 3); que el 12 de mayo de 1966 don José María Riera Fors, en nombre y representación de la citada Sociedad, según consta en certificación de acuerdo tomado en Junta Universal de accionistas celebrada el 27 de abril anterior, otorgó otra escritura autorizada por el mismo fedatario, en la que se subsanaba "el error sufrido en la escritura fundacional consistente en que, como nombre de la Sociedad, se consignó su anagrama "RADAR, S. A.", siendo realmente su denominación completa la de "ROSAS AGRICOLA DE ALOJAMIENTOS Y RESIDENCIAS, S. A.", en anagrama "RADAR, S. A.", modificándose en tal sentido los Estatutos sociales; que según la estipulación segunda de esta

escritura se delegó "en los Administradores don Antonio María Coll Montaña, don José María Riera Fors y doña Monserrat Rogent Masó, para que con la concurrencia y firma de dos cualesquiera de ellos ejerzan todas y cada una de las facultades señaladas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10 y 11 del artículo 20 de los Estatutos sociales"; y que por otra escritura otorgada igualmente en Barcelona ante el Notario don Ignacio Zabala Cabello, el 15 de noviembre de 1971, don Antonio María Riera Fors, en representación de "ROSAS AGRICOLA DE ALOJAMIENTOS Y RESIDENCIAS, S. A. —RADAR, S. A.—", vendieron a don Alberto Pistorius, alemán, mayor de edad, casado con Sonja Lahm en régimen de comunidad diferida de aumentos, una porción de terreno segregada de la heredad conocida por Manso Buscá, sito en el término municipal de Rosas, que pertenecía a la Sociedad y estaba señalada con el número 155 en un plano particular de urbanización de la mencionada finca;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con Nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción del presente documento al que se acompañan la escritura de constitución de la Sociedad "ROSAS AGRICOLA DE ALOJAMIENTOS Y RESIDENCIAS, S. A.", y otra de subsanación y atribución de facultades (ambas autorizadas por el Notario de Barcelona don Angel Martínez Sarrión, el 1 de abril y el 12 de mayo de 1966, respectivamente) por actuar los otorgantes y Administradores de la Sociedad don Antonio María Coll Montaña y don José María Riera Fors, después de transcurrido el plazo de tres años durante el cual podían ejercer su cargo según resulta del artículo 17 de los Estatutos sociales, sin acreditarse por otra parte haber sido reelegidos o renovado su nombramiento";

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el problema jurídico que se plantea es el de los efectos que produce el transcurso del plazo para el que han sido nombrados los Administradores de una Sociedad Anónima; que en la teoría general del Derecho los efectos podrían ser los siguientes: a) Caducidad frente a las partes y los terceros; b) Internos de obligación de los Administradores fuera el plazo, de convocar Junta General para el nombramiento de los nuevos, siguiéndolo siendo mientras tanto y respondiendo sólo del incumplimiento de tal convocatoria; c) Transformación del Administrador en un factor mercantil con poder y deber para actuar provisionalmente para que la Sociedad no se perjudique por su abandono; que el Registrador en su nota acoge la primera solución sin justificarla; que a juicio del recurrente, la verdadera solución es la segunda, que debe adoptarse por las siguientes razones: 1.^a por la propia estructura de la institución, reconocida por el ordenamiento legal y atendidas las ventajas que supone la existencia autónoma de la Sociedad Anónima, toda vez que ésta sólo puede actuar por medio de sus Administradores, los cuales no pueden faltar en ningún momento; 2.^a por el contenido de la regulación legal que trata del momento en que comenzará a surtir efecto el nombramiento de los Administradores (artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas), su necesidad de inscripción (ídem), la delegación y sus efectos (art. 78) y el cese de los Gestores que

deberá ser inscrito igual que el nombramiento (art. 86 del Reglamento del Registro Mercantil), por lo cual parece que debe deducirse que mientras el cese no se inscriba, el nombramiento seguirá vigente en beneficio de la Sociedad, de los socios y de los terceros, y 3.^a porque la jurisprudencia se pronuncia por una aplicación flexible de la Ley de Sociedades Anónimas a las pequeñas empresas y sociedades familiares en las que es posible una actuación de los Administradores fuera de plazo, legitimada por el consentimiento tácito de los socios, produciéndose así una situación similar a la del factor de hecho (Resolución de 24 de junio de 1968); que indudablemente la Junta General podrá revocar el nombramiento de los Administradores y designar otros, y si no se ponen de acuerdo o no es posible la convocatoria, los socios podrán pedir la disolución de la Sociedad "por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social" (art. 150-2.^º de la Ley de Sociedades Anónimas), pero lo que no puede admitirse es la navegación de "barcos fantasmas de holandeses errantes, vagando sin existencia por el mar del derecho, suscitando espejismos y naufragios de los marinos reales"; y que, finalmente, en el caso de que pareciera extremada esta interpretación y se considerase que por el transcurso del plazo los Administradores se transforman en Factores, el resultado sería parecido, y lo mismo ocurre si se tienen en cuenta las normas del Código civil referentes al mandado (art. 1.737) y al Gestor de negocios ajenos sin expresa representación (art. 1.888), sin que corresponda al Notario o al Registrador rechazar la actuación de los Administradores en las condiciones señaladas, sino en todo caso a los accionistas de la Sociedad que podrán impugnarla ante los Tribunales de Justicia, asesorada cada parte interesada con sus correspondientes Abogados;

Resultando que el Registrador informó: Que es evidente que de los diferentes órganos que de alguna manera pueden intervenir en la actuación de una Sociedad Anónima (Junta General, Consejo de Administración, Consejeros o Administradores Delegados y simples mandatarios); aquí nos encontramos con la actuación de unos Administradores con facultades delegadas, según claramente resulta de la documentación aportada a este expediente; que este extremo es importante con vistas a la temporalidad del cargo, pues se trata de un primer nombramiento de Administradores, no seguido de reelección posterior, temporalidad que evidentemente no sería objeto de discusión si se tratase de apoderados o mandatarios comunes; que toda la argumentación interpretativa del recurrente es irrelevante desde el momento en que la Ley de Sociedades Anónimas se dan claros caminos para renovar o prorrogar esta administración temporal, sin necesidad de tener que acudir a excusas que suplan la negativa negligente y contumaz en querer utilizar dichos procedimientos; que como puede apreciarse, el problema planteado en el recurso consiste en la posibilidad de actuación de unos Administradores con un plazo de duración en su primer nombramiento, fijado por ellos mismos en tres años y no reelegidos dentro de dicho período de tiempo, y a los cuales se les atribuyen facultades sin hablarse para nada de su reelección en escritura otorgada a los pocos días de aquella en que fueron nombrados; que su nota de calificación se basa en el artículo 17 de los Estatutos Sociales y en el 72 de la Ley de Sociedades Anónimas que fija en cinco años el plazo de duración má-

xima para el primer nombramiento de los Administradores; que la legislación extranjera establece también la temporalidad de los Administradores sociales; que en la doctrina científica hay unanimidad en respetar la limitación temporal del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de mayo de 1956) como de la Dirección de los Registros (Resolución de 18 de abril de 1958) coincide con las tesis del exponente; que el caso de la Resolución de 24 de junio de 1968 que en forma destacada cita el recurrente es tan distinto del ahora planteado, que su alegación es improcedente; que en el primer considerando de la Resolución citada se habla de unos Administradores cuyo nombramiento podía haber caducado y en el considerando quinto se reconoce que tal caducidad no parecía muy clara; que además, la relación tácita operaba en el caso de la citada Resolución, *únicamente* para convocar una Junta General que nombrase nuevos Administradores, proporcionándose así los medios para crear una representación perfecta y ajustada a derecho que podría, en lo sucesivo, actuar con plena eficacia; que por el contrario en el presente caso no se da ninguno de los dos supuestos existentes en la mencionada Resolución, sino que se trata de unos Administradores que intentan efectuar un acto de disposición de bienes cuando ya ha caducado el plazo durante el cual podían ejercer su cargo, sin que hayan convocado ninguna Junta para la reelección o renovación de los mismos, ni conste siquiera que haya tenido lugar la reunión anual prevista en el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas, Junta que entre otras atribuciones tiene, según el artículo 71 de la propia Ley, la de designar Administradores de la Sociedad; que en el supuesto de falta de acuerdo de los Consejeros o socios para convocar Juntas siempre cabría hacerlo mediante requerimiento notarial e intervención del Juez, procedimiento a que se refieren los artículos 56 y 57 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas; que, por tanto, si hay en este caso, como dice el recurrente, barcos fantasmales de holandeses errantes navegando ilegalmente por el mar del tráfico jurídico, es a sus capitanes y a su tripulación a quienes única y exclusivamente hay que culpar de tan peligrosa condición; y que, por último, el Centro Directivo en recientes Resoluciones de 8 de junio y 3 de octubre de 1972 mantiene el criterio que se defiende en este informe;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario;

Doctrina.—“Considerando que la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si es inscribible una escritura de compraventa otorgada en nombre de la Sociedad vendedora por dos de los tres Administradores del Consejo, los cuales, así como el tercero, tenían su mandato caducado, al haber transcurrido los plazos durante los que podían ejercer estatutariamente su cargo, y no haber sido reelegidos o su nombramiento renovado formalmente.”

“Considerando que el cargo de Administrador de una Sociedad Anónima es esencialmente temporal en nuestro Ordenamiento jurídico, según establece el artículo 72 de la Ley, que indica igualmente que si fuesen designados en el acto constitutivo no lo serán por un plazo superior a cinco años, aunque se les pueda reelegir indefinidamente, y el artículo 73 añade que la renovación del Consejo sólo podrá hacerse parcialmente, precepto que tiene su funda-

mento en el hecho de evitar que en un momento determinado pueda quedarse la Sociedad sin ningún órgano de administración”;

“Considerando que en acatamiento de los anteriores preceptos de la Sociedad “RADAR, S. A.”, estableció en el artículo 17 de sus Estatutos el plazo de cinco años para el ejercicio del cargo de Administrador, y que excepcionalmente la primera renovación se produciría a los tres años y únicamente afectaría a dos de los tres Consejeros nombrados en el acto constitutivo, sin que se haya dado cumplimiento a ninguna de estas normas, pues no se renovó parcialmente el Consejo al cumplirse el plazo de tres años, tal como excepcionalmente se estableció, ni transcurrido el período de cinco años se ha procedido a la designación de otros nuevos”;

“Considerando que junto al principio de temporalidad del cargo de Administrador también recoge la Ley de Sociedades Anónimas el superior principio de conservación de la Empresa, y en base a éste, y para evitar la paralización de la Sociedad por imposibilidad de actuación de sus órganos sociales, este Centro Directivo declaró ya en la Resolución de 24 de junio de 1968 la validez de convocatoria de una Junta General hecha por Administradores con mandato caducado según el Registro, al haber transcurrido el plazo por el que fueron designados —una vez formalizada y acusada en los correspondientes antecedentes del caso—, dulcificando de esta manera el riguroso automatismo derivado de una caducidad “ope legis”, en aras de la reconstitución de unos órganos sociales, que de otra forma no podrían constituirse ni actuar”;

“Considerando que en el presente caso, como se dice en el primer considerando, se trata de unos Administradores, cuyo plazo de gestión había ya transcurrido para todos ellos, por lo que hasta tanto se proceda a su confirmación como tales Administradores —como excepcionalmente señala la mencionada Resolución de 24 de junio de 1968 para que pueda considerarse que han actuado válidamente en nombre de la Sociedad o bien la Junta General ratifique los actos realizados por estos Administradores de hecho y se haya dado así cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil sobre inscripción en el Registro de los Administradores de la Sociedad, no puede tener acceso al Registro la compraventa realizada.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la Nota del Registrador declarando subsanable el defecto discutido.”

Consideraciones críticas

En la presente Resolución se plantea como problema central el de la legitimación de dos de los tres Administradores de una Sociedad, cuyo mandato había caducado por haber transcurrido los plazos legales de vigencia del cargo y no haberse producido ni la reelección ni la renovación formal del mismo. He dicho problema de legitimación, pues no hay que olvidar que ésta puede tener su origen en diversas causas, siendo una de ellas la del conferimiento de la representación en virtud de un precepto estatutario. El problema se complica con la teoría de la caducidad y su posible influencia en dicha legitimación.

LADARIA CALDELTEY (J.) ("Legitimación y apariencia jurídica", Barcelona, 1952) explicaba que, en virtud de la representación, un sujeto está legitimado para realizar los actos que impliquen ejercicio de un derecho o de una facultad cuya titularidad corresponde a otra persona. El fundamento de la legitimación del representado y la esencia misma es el *poder* suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste. Lo que sucede es que las personas jurídicas actúan mediante sus órganos o mediante representantes (S. de 21 de marzo de 1946), estando esta actuación regulada en la ley o en los estatutos. Pero en uno y otro caso —con las inevitables diferencias— el gerente actúa en virtud de una "legitimación indirecta", pues su manifestación de voluntad es eficaz en una esfera jurídica ajena, variando únicamente la índole de la relación que le une con el ente.

Esta legitimación de carácter extraordinario, en su doble vertiente de representación orgánica o voluntaria, tiene el límite de la caducidad del nombramiento o de la revocación expresa, lo cual viene a destruir en principio esa legitimación de actuación. Mezclado con ello viene la publicidad registral, la apariencia de poder y el problema de la continuidad de la empresa. Por ello en estas notas creo que deben distinguirse los siguientes problemas: a) Legitimación estatutaria, publicidad registral y efectos jurídicos. b) Caducidad, forma de computarse y poder por apariencia.

a) *Legitimación estatutaria, publicidad registral y efectos jurídicos*

La efectuación del nombramiento de Administradores hecha estatutariamente produce inevitablemente esa legitimación extraordinaria consistente en el reconocimiento de la posibilidad de realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena —según dice LADARIA CALDELTEY—, en nombre propio en virtud de una apariencia de titularidad o en nombre ajeno, en virtud de una representación aparente. Esta legitimación extraordinaria viene en el presente caso reforzada por la publicidad registral, pues no hay que olvidar que en la inscripción de las Sociedades Anónimas, conforme al artículo 100 del Reglamento, deben figurar los estatutos de la sociedad y, conforme al artículo 4, párrafo 2 del mismo, también es precisa la "previa inscripción" de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos.

Esa legitimación "reforzada" por la doble proyección que significan estatutos y publicidad registral viene limitada por el principio de *temporalidad* que como norma general establece el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas para la duración del cargo de Administrador, sin perjuicio de su posible reelección. En el artículo 17 de los estatutos se reducía voluntariamente el plazo de cinco años de vigencia que les otorga la ley, dejando a tres años de vida la actuación de dos de los Administradores, pues se preveía en ese plazo la renovación de dos de los tres Consejeros nombrados en el acto constitutivo.

En puridad de principios es necesario concluir que habiéndose publicado el nombramiento de los Administradores, pero también la limitación temporal del cargo al plazo estipulado, la legitimación debe quedar reducida a ese período de tiempo. Admitir lo contrario sería como tratar de aislar de un de-

recho que se predica temporal o hasta tal día la fecha en que debe entenderse caducado.

Pero lo que podría ser de rotunda afirmación en una publicidad registral referida al Registro de la Propiedad, queda un tanto en entredicho en la institución del Registro Mercantil, donde —marginando un tanto el principio de publicidad— se admite, como luego veremos, la teoría del poder por apariencia y el principio de continuidad de la empresa. Quede claro que no es propiamente la legislación del Registro Mercantil la que parece admitir esa teoría y ese principio, pues la teoría se debe a un precepto del Código de Comercio comentado hábilmente por un autor y a la Ley de Sociedades Anónimas ampliamente interpretada por la Resolución de 24 de junio de 1968.

Los efectos jurídicos de la situación planteada son claros en principio, pues si como dice el segundo considerando de la Resolución la designación del cargo de Administrador es esencialmente temporal, y los hechos demuestran que no sólo transcurrieron tres años para renovar los cargos, sino cinco, sin que fueran reelegidos los Administradores ni confirmados en sus cargos, es difícil qué juzgue, como dice el considerando tercero, el principio de continuidad de la empresa. Lo hecho por estos dos Administradores habría que considerarlo nulo y así parece predicarlo la nota del Registrador al denegar la inscripción del acto que se pretendía. No obstante, la Dirección dulcifica la cuestión, pues en el último considerando parece dar como simplemente anulable el acto, permitiendo que si se produce una confirmación del nombramiento de los Administradores y el mismo se inscribe en el Registro Mercantil, dando así cumplimiento al artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, podrá tener acceso al Registro la compraventa realizada.

Estos efectos jurídicos no los entendió así el Notario autorizante de la escritura que interpuso también el recurso gubernativo, pues para él la legitimación publicada por el Registro Mercantil desde la inscripción del nombramiento (artículos 72, 78, etc., de la Ley de Sociedades Anónimas) sólo deja de surtir efectos hasta tanto conste en el mismo Registro el cese del Administrador, conforme al artículo 86 del Reglamento Hipotecario. Esto es, en beneficio de la Sociedad, se trata de hacer que el Registro publique un derecho puro cuando legal y estatutariamente está limitado. ¿Es esto procedente?

b) *Caducidad, forma de computarse y poder por apariencia*

La problemática que lleva consigo la temporalidad del cargo, la caducidad del nombramiento, la forma en que debe computarse los plazos para estimar esta caducidad y la posibilidad de la continuidad de funciones a través de un poder por apariencia, han sido ya abordados por MANUEL DE LA CÁMARA (“Estudios de Derecho Mercantil”, vol. I, págs. 440, año 1972).

El autor citado dice que “La limitación que establece el artículo 72 de la Ley es perturbadora en la práctica y puede ser fuente de problemas. ¿Qué acontece si transcurre el plazo de cinco años sin que los Administradores hayan sido reelegidos? La cuestión reviste gravedad, pues en la práctica es sumamente frecuente que se omita, por descuido, la reelección. Parece que se trata de un nombramiento a plazo, que vencido éste cesan las potestades de las personas encargadas de la administración. El rigor de esta conclusión debe

atemperarse, y así se hace necesario entender que si la Junta general reunida después del vencimiento del plazo no designa nuevos Administradores, *de hecho* ha reelegido a los antiguos, que son indefinidamente reelegibles, según reza el artículo 72. Sería absolutamente arbitrario que la sociedad pudiese desconocer la validez y eficacia de los actos realizados por los Administradores cuyo mandato ha caducado, a pesar de que sigan ejerciendo el cargo con la aquiescencia tácita de la Junta, lo que dejaría a los terceros sin otro recurso que las normas del C. c., reguladoras de la gestión de negocios. Para evitar este injusto resultado hay que admitir decididamente la reelección de hecho o tácita de conformidad con la Resolución de 24 de junio de 1968".

Puede verse perfectamente cómo este autor apunta la problemática que suscita la Resolución que comentamos y se anticipa a dar una solución que, según él, es correcta conforme a la Resolución de 24 de junio de 1968, pero que contradice ahora la que comentamos. El autor parte de la base de hecho de que en la práctica es "muy frecuente que se omita, por descuido" el hecho de la reelección, lo cual supone inicialmente un incumplimiento de la ley. Es claro que si en la convocatoria de la Junta no se hace constar entre los "asuntos que han de tratarse" el de la reelección, es muy difícil que el problema se plantee en la Junta y que ésta decida sobre ese punto no incluido en el "orden del día". Si la omisión fuese intencionada con objeto de hacer entrar en funciones lo que se llama "elección tácita", estaríamos ante un acto que rozaría lo delictivo. Y ante todo ello se me ocurre preguntar: ¿es posible que un descuido, un acto de mala fe o con intención de provocar situaciones conflictivas pueda servir para montar una reelección tácita en base de unos terceros que contratan con Administradores cuyo mandato está caducado? Se me antoja un tanto decisivo el artículo 79 de la misma Ley de Sociedades Anónimas, en la que se impone a los Administradores la diligencia de un ordenado comerciante y "de un representante leal". ¿Es lealtad el convocar una Junta sin incluir la posible reelección de cargos? ¿Es lealtad, sabiendo que su mandato ha caducado, proceder a una enajenación de bienes sociales? ¿No es más injusto el hecho que provoca la actuación de los Administradores que el que se trata de evitar? De otra parte, queda bien claro que el considerando cuarto de la Resolución que se cita de 24 de junio de 1968 se refería a un supuesto distinto (convocatoria de Junta general por Administradores cuyo mandato parecía caducado), pues no se demostró que la caducidad fuera plenamente probada y la reelección tácita se concretaba al simple hecho de una convocatoria de Junta general para proporcionar unos medios de crear una representación perfecta y ajustada a derecho, que podría en lo sucesivo actuar con plena eficacia.

DE LA CÁMARA añade a sus argumentos un nuevo problema y es el de los plazos en los que debe computarse y conjugarse la existencia de la caducidad. El autor cita a GARRIGUES ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", II, págs. 46 y 62), quien estima que el plazo de caducidad debe contarse de Junta a Junta, desde la Junta que ratificó el nombramiento, a tenor del artículo 15 hasta la Junta ordinaria correspondiente al quinto año, aunque la fecha de reunión sea posterior al quinto aniversario de la primera Junta. El autor se manifiesta favorable a esta interpretación y entiende que no estaría

de más que en los estatutos, si se fija un plazo de duración a la vigencia de los cargos, se deje aclarado que los Administradores, no obstante el vencimiento del plazo, continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que se reúna la primera Junta general.

La opinión de tan respetables autoridades en la materia se hace muy difícil de combatir, pues en la Ley de Sociedades Anónimas nada se dice al respecto, pero entiendo que pudiera muy bien aplicarse ese artículo 60 del C. de c., en el que para el cómputo de plazos los años son de "trescientos sesenta y cinco días" y no de Junta a Junta, pues en todo caso habría que computarlos desde el nombramiento o confirmación hasta que se cumplan esos días citados en que el C. de c. reputa compuesto el año. En el caso presente los hechos demuestran que sobradamente habían transcurrido más de los tres años prefijados para la renovación de cargos y ni aun utilizando el cómputo de Junta a Junta podría lograrse esa "tácita" reelección de que hablan los autores citados.

NÚÑEZ LAGOS (R.) ("Escrituras de Apoderamiento", R. D. N., 1954) estudia el supuesto del poder por apariencia. Se trata del poder que tiene el gestor o gerente de una Sociedad o Empresa particular con arreglo al artículo 286 del Código de comercio. La fuente del poder surge de una presunción "iuris tantum" del mismo si concurren las siguientes características: que el gerente pertenezca notoriamente a una empresa o sociedad conocida (notoriedad en el cargo); que el acto o contrato recaiga sobre objeto comprendido en el giro o tráfico del establecimiento (notoriedad en el objeto social). LA CÁMARA hace una aplicación de esta doctrina en los casos de retraso de inscripción de nombramiento de Administradores y en esa prolongación de facultades hasta la celebración de la Junta. Creo que la aplicación de este artículo, con ser de gran utilidad en el tráfico mercantil, exige el requisito de la "notoriedad" que en este caso nuestro viene desvirtuado por una publicidad registral que avisa a los funcionarios intervenientes y a los otorgantes de algo que la destruye.

La Dirección General, como hemos visto, encauza el supuesto por otros derroteros concibiendo el supuesto como una *gestión de negocios ajenos* o como un caso de *ratificación*, pues a uno u otros supuestos llevan el requisito de la "confirmación" que exige el último considerando, acompañado de la inscripción en el Registro, para dar validez a los actos que se pretenden inscribir.

ENTREGA DE LEGADO.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE ENTREGA DE LEGADO DE COSA INMUEBLE, HECHA POR LOS ALBACEAS CONTADORES-PARTIDORES QUE NO HAN SIDO EXPRESAMENTE FACULTADOS POR LA TESTADORA PARA ELLO, SIENDO NECESARIA PARA SU VALIDEZ EL CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS.
(Resolución de 12 de julio de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 19 de agosto de 1974.)

Hechos.—Resultando que doña Pilar García López falleció en Zaragoza el 18 de diciembre de 1967, en estado de soltera y bajo testamento abierto otorgado el 29 de marzo anterior ante el Notario de la citada ciudad, don

Francisco Palá Mediano; que dicho testamento contiene entre otras las siguientes cláusulas: "Séptima: En prueba de reconocimiento y gratitud a favores, atenciones y servicios que en vida ha recibido, dispone también los siguientes legados: a) A los Padres Escolapios de Zaragoza las tres casas propiedad de la testadora, sitas en la calle Flandro, de Zaragoza, números 1-3 y 5-7... Novena: De todos los demás bienes que como propiedad de la testadora existieren a su fallecimiento, nombra herederos universales, con franca y libre disposición, pero en la cuantía y modalidades que luego se dirá a sus primos Demetrio, Augusto y Armando López Morales, César Martínez López y a sus sobrinos José María y Asunción García Higueras, en total seis herederos, y si alguno de ellos premuriera a la testadora, se reconocerá derecho de representación a los hijos legítimos respectivos... Undécima: Nombra Albaceas contadores-partidores para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo a don Benjamín Temprano Temprano, Presbítero y Catedrático jubilado del Instituto Nacional de Enseñanza Media "Goya", de Zaragoza; a don Enrique de Gregorio Peral, Médico y vecino de Zaragoza (S. Miguel, 1), y a don Felipe Zazurca Casbas, Abogado, vecino de Zaragoza (Paseo de María Agustín, 9). Para el cumplimiento de su misión concede a dichos Albaceas el plazo de dos años o tres si en los primeros no hubieran logrado ejecutar por completo este testamento. Los Albaceas, por el orden en que han sido nombrados, elegirán para cada uno de ellos un objeto de la casa como recuerdo... Duodécima: La testadora prohíbe recurrir en modo alguno a la autoridad judicial para provocar cuestión alguna relacionada con la ejecución de este testamento, y si alguno de los herederos o legatarios lo hiciera perderá automáticamente la parte de herencia o legado que en este testamento se le asigna y su porción hereditaria o legado acrecerá a la herencia"; y que el 7 de diciembre de 1972, o sea, dentro de los tres años concedidos por la testadora, los Albaceas contadores-partidores otorgaron escritura ante el Notario recurrente para formalizar la entrega del legado hecho a los Padres Escolapios, consistente en las tres casas señaladas en la cláusula séptima del testamento;

Resultando que previa liquidación del impuesto sucesorio se presentó en el Registro, junto con otros documentos complementarios, primera copia de la anterior escritura que fue calificada con la siguiente nota: "Se deniega la inscripción solicitada, porque siendo aplicables, por insuficiencia normativa, a los contadores-partidores los preceptos del albaceazgo, al no estar expresamente facultados los referidos contadores-partidores para entregar legados de cosa inmueble, se precisa para efectuar dicha entrega el consentimiento de los herederos. El defecto se estima insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión, amén de que no ha sido solicitada."

Réltando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que según el artículo 83 del Reglamento Notarial, la escritura de partición se otorgará en primer término por las personas facultadas para ello o en su defecto por los herederos; que, en consecuencia, habiendo Albaceas contadores-partidores designados para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo, con prohibición por la testadora de cualquier intervención

judicial, no puede ofrecer duda la procedencia de la inscripción solicitada; que la designación en el testamento de los nombrados como Albaceas contadores-partidores, les atribuye las más amplias facultades representativas del causante; que el concepto de Comisario, anterior al Código civil, como compendio de facultades para la ejecución testamentaria, no ha sido abolido por este Cuerpo legal al cambiar tal nombre por el de Partidor encargado de todas las operaciones sucesorias; que el mismo Código civil, en su artículo 1.057, habla en su párrafo primero de la facultad de hacer la partición, y en el párrafo segundo le llama Comisario; que la Sentencia de 24 de marzo de 1928, recogiendo la analogía, establece como similares los cargos de Comisario y Partidor; que aunque el Código civil no contiene una relación exacta de las facultades de los Albaceas contadores-partidores, lo lógico es no limitarlas, sino incluir todas aquellas que sean necesarias para cumplir su cometido; que a mayor abundamiento, la Ley de Enjuiciamiento Civil puntualiza estas operaciones al regular juicio de testamentaría, señalando en el artículo 1.092 la entrega a los interesados de aquello que les haya sido adjudicado, refiriéndose concretamente el 1.093 a los herederos y legatarios; que no hay en la doctrina jurídica discrepancia fundamental en considerar a los Albaceas contadores-partidores como mandatarios "post-mortem" del testador, con amplísimas facultades al identificarse con el propio causante que les nombró; que así lo reconocen el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 5 de julio de 1947, 25 de abril de 1963, 11 de abril de 1967 y 27 de mayo de 1968, y la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 15 de junio de 1943, que excluyen la intervención de los herederos cuya aceptación ni siquiera es necesaria para la inscripción de los negocios jurídicos sobre inmuebles, según las Sentencias de 10 de diciembre de 1897 y 3 de agosto de 1944; que el límite de las facultades de los Partidores se presenta cuando existen cuestiones que afecten a personas o intereses ajenos (ejemplo, la sociedad conyugal), pero en el presente caso no los hay; que el legatario de cosa cierta, como titular de un derecho singular, necesita que se le haga entrega de la cosa legada, que pueda conferirla directamente el testador (Sentencia de 26 de octubre de 1928) o a través de los Albaceas contadores-partidores a quienes, por su voluntad, traslada las propias facultades para la ejecución de las operaciones sucesorias; que la doctrina científica más solvente es acorde con el criterio expuesto; y que si los Albaceas hubieran entregado los bienes legados a los herederos se habría dado un inútil rodeo con escisión de las operaciones sucesorias y la posibilidad, si los herederos no entregaban lo bienes, de que se suscitase una intervención judicial prohibida expresamente por la testadora;

Resultando que el Registrador informó: Que el recurso interpuesto tiene por objeto determinar si el Albacea contador-partidor a quien no se le confirió ninguna facultad especial puede, por sí sólo sin la aquiescencia o consentimiento de los herederos, entregar legados de cosa inmueble determinada; que en nuestra patria fue tradicional que, si bien los Albaceas podían entregar las mandas hechas en testamento, era preciso que el ejercicio y uso de tal facultad se completase con el consentimiento de los herederos, a los cuales se otorgaba exclusivamente el importantísimo derecho de negarse a la entrega

total o parcial de los bienes legados, en los casos que taxativamente indicaba la Ley (Ley 1.º, título 6, partida 6); que al publicarse la Ley Hipotecaria, este principio fue proclamado en su Exposición de Motivos, garantizándose en el articulado el derecho del legatario a pedir anotación preventiva de su legado; que al promulgarse el Código civil se atenuaron los principios intervencionistas de los herederos, permitiéndose a los Albaceas la entrega de legados metálicos y autorizando al testador para concederles de forma expresa amplias facultades para el cumplimiento de su voluntad testamentaria (art. 901); que salvo este caso de representación especial y expresa, los Albaceas no pueden sobrepasar las facultades legales que les confiere el artículo 902 del Código civil y que son, por así decirlo, los derechos y efectos anejos a dicho cargo, entre los que, desde luego, no se encuentra la entrega de legado de cosa inmueble determinada; que el artículo 902 en su párrafo 2.º es bastante expresivo al considerar, a sensu contrario, facultad natural y aneja al cargo de Albacea la de satisfacer los legados en metálico con conocimiento y beneplácito del heredero; que el artículo 885 del Código civil confirma el criterio negativo al decir que corresponde en los casos de legado de cosa inmueble determinada "pedir su entrega y posesión al heredero y al Albacea cuando éste se halla autorizado para darla; que incluso teniendo dicha facultad, debió preceder a la entrega del legado la partición de los bienes de la herencia, pues, como decían las Resoluciones de 7 y 20 de abril de 1906, se impone la necesidad de efectuar previamente la liquidación hereditaria para conocer, mediante ella, si el legado puede subsistir íntegramente o si por el contrario procede reducirlo o incluso dejarlo sin efecto, ya que primero es pagar que heredar (Resoluciones de 7 de septiembre de 1881, 3 de noviembre de 1887, 19 de mayo de 1947 y 19 de noviembre de 1952, y Sentencias de 6 de noviembre de 1934, 3 de junio de 1947 y 29 de mayo de 1963); que si como Albaceas los otorgantes carecen, como se ha dicho, de facultades para entregar el legado en cuestión, como contadores-partidores su capacidad es aún menor, ya que su misión se limita a contar y partir, como resulta de la regulación legal, jurisprudencia y doctrina; que parece un poco aventurada la equiparación que hace el recurrente entre las funciones y actuación del Partidor en juicio voluntario de testamentaría y el contador-partidor testamentario dado el carácter de verdadero proceso que tiene el primero con la garantía de la continua intervención de la autoridad judicial, su rigor formal, etcétera, en oposición a la libre actuación privatística del testamentario; que de los legatarios, como partes de dicho proceso, sólo hablan los artículos 1.055 y 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero únicamente de los de parte alicuota, lo que es lógico dada la especial naturaleza de esta institución; que además nunca podrá afirmarse que, entre las facultades del Partidor concretadas en el artículo 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentre la de entregar legados de cosa determinada ni tampoco pueda deducirse algo distinto del artículo 1.092 de la misma Ley; que disintiendo del recurrente, entiende que los referidos partícipes e interesados no pueden ser otros que los enumerados en los artículos 1.055 y 1.065, entre los cuales no figuran más legatarios que los de parte alicuota; que está de acuerdo con el carácter representativo del cargo de Albacea contador-partidor que es, efectivamente,

un mandatario del testador, pero con los límites y en los términos contenidos en el encargo de su mandante y los efectos determinados en la Ley (artículos 902 y 1.057 del Código civil); que el texto del artículo 902 del Código civil es muy claro, terminante y expresivo, y en cuanto al 1.057, ya se ha dicho anteriormente que sólo faculta para contar y partir; que estima no se está en presencia de un Comisario en el sentido que entiende el recurrente; que el concepto de Comisario tiene en nuestra legislación dos acepciones: una, la de contador-partidor ya analizada, y otra la de ejecutor total y pleno de un testamento con entronque histórico con los antiguos Albaceas universales y factores del testamento; que el Código civil suprimió el testamento por Comisario conservando el testamento con Comisario, pero sin facultad de confeccionarlo, que tiene sólo las atribuciones que se deducen de los artículos 1.056 y 1.057 de dicho Cuerpo legal; que el Código civil no configura específicamente las funciones del Comisario, disponiendo el artículo 901 que tendrá las facultades que expresamente le haya concedido el testador y no sean contrarias a las leyes; que el artículo 894 establece que el Albacea podrá ser universal o particular, pero igual que en el mandato, las facultades concedidas deben concretarse una por una sin que se pueda admitir como en el Derecho mercantil la figura de un mandatario general como es el factor; que discrepa del criterio del recurrente cuando alega que al no existir legitimarios no puede haber perjuicio para nadie, pues no es sólo la integridad de las legítimas la causa de invalidez de los legados, sino que existen además la indignidad y la incapacidad que benefician a los herederos sean o no legitimarios; que conforme al artículo 885 debe admitirse que la transmisión puede conferirla directamente en su testamento el causante, pero en modo alguno esta facultad puede trasladarse a un Albacea contador-partidor sin haberse otorgado especialmente; que si bien según algún tratadista cuando el contador-partidor designado Comisario adjudica bienes a los legatarios, esta adjudicación puede equivaler a la entrega, en el presente caso los Albaceas contadores-partidores no reúnen las circunstancias para que se les califique de Comisario, ni actúan como tales ni realizan la operación propia que se le encomienda que es la de partir el caudal hereditario; y que finalmente es la Comunidad hereditaria la que ostenta la titularidad del patrimonio relicto, por lo que si hubiesen sido los herederos quienes hubieran otorgado la escritura de entrega no se habría producido ninguna escisión de operaciones sucesorias como dice el recurrente, que es ahora cuando se ha originado el haberse omitido la necesaria partición previa, y sin que la prohibición de la testadora de intervención judicial pueda amparar situaciones injustas o la lenidad o mala fe de quien por ellas pudiera beneficiarse;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario;

Doctrina.—“Considerando que la cuestión concreta que plantea este expediente es si unos albaceas contadores-partidores nombrados “con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo”, pueden hacer entrega de un legado consistente en bienes inmuebles determinados, sin el consentimiento de los herederos, y sin haber realizado operación, partición alguna”;

“Considerando que el Código civil ha dulcificado el rigor de disposiciones

anteriores a su entrada en vigor que exigían que fuese el heredero quien debiera hacer la entrega del legado, o al menos que se obtuviera su consentimiento, y permite en el artículo 901 que puedan ser los albaceas que se encuentren autorizados expresamente por el testador los que realicen este acto, e incluso aunque no se les haya conferido tal facultad, podrán, con arreglo al artículo 902, cuando se trate de legados que consistan en metálico, verificarlo ellos mismos, pero siempre con el conocimiento y beneplácito del heredero”;

“Considerando que al no poder el legatario, según el artículo 885 del Código civil, ocupar por su propia autoridad la cosa legada, ha de pedir su entrega o posesión el heredero o albacea autorizado para darla, lo que tendrá lugar, cuando el objeto sean inmuebles determinados, tal como indica el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, mediante la escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador-partidor o albacea facultado para ello y, en su defecto, por el heredero o herederos”;

“Considerando que en el presente caso los albaceas contadores-partidores, con arreglo a la cláusula undécima del testamento de la causante, no aparecen expresamente facultados para la operación realizada en la escritura disputada, pues solamente se les ha conferido las de tipo general, señaladas en el artículo 902 del Código civil y que no se discuten, y al no haber comparecido los herederos a prestar su consentimiento, adolece dicho acto del defecto señalado en la nota de calificación”;

“Considerando que la circunstancia de que los albaceas tengan además la cualidad de contadores-partidores, no influye para entenderse alterada la doctrina expuesta —aparte de que en la escritura comparecen únicamente con el primer carácter—, ya que por faltar en el Código civil una regulación completa de la figura del contador-partidor, la jurisprudencia ha declarado ya, en principio, le serán aplicables las mismas normas del Albaceazgo, si bien teniendo en cuenta la propia función del cargo, que es la de contar y partir e incluso para que pudieran ostentar las del artículo 1.057 del Código civil, sería necesario una especificación más explícita que en este supuesto no ha tenido lugar”;

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador”.

Consideraciones críticas

La cuestión central que plantea el presente recurso es un problema de entrega de legados y persona facultada para ello, pero a su lado surgen un conjunto de temas que pueden ir desde la teoría de la adquisición de legados (artículo 885 del C. c.) hasta las facultades que para la entrega puedan tener las figuras discutidas del contador-partidor, Comisario, Administrador de la herencia, Albacea y la distinción que pueda haber entre las mismas.

Salvo el desarrollo legislativo que la figura del albacea tiene en el Código civil, el resto de las figuras sigue planteando serios problemas, aun y a pesar de los portentosos estudios hechos sobre ellas. El hecho de que todo

no está aún dicho sobre la materia es la cuestión que aquí nos plantea la Resolución que comentamos y que —dicho sea anticipadamente— permite una nueva afinidad entre albaceas y contadores-partidores. Igualmente en los programas de oposición “entre Notarios” se registra con auténtica insistencia la temática sobre las figuras, siendo en el último vigente la del Administrador de la herencia la que ahora le ha tocado en suerte, lo cual da pie para pensar que en la práctica notarial aun los criterios necesitan unificar prácticas, para que la “voluntad testamentaria”, configurada notarialmente, quede plenamente clara y no suscite a través de su manifestación problemas de dudosa interpretación.

Como abordar aquí todos los temas expuestos sería excederse en los límites de problemas que se plantean, creo que el comentario de esta Resolución puede admitir el desarrollo de dos cuestiones fundamentales: a) Distinción entre los albaceas y contadores-partidores. b) La facultad de entrega de legados.

a) *Distinción entre las figuras de albaceas y contadores-partidores*

Uno de los mejores trabajos que abordan precisamente la distinción dicha es el que hizo SÁENZ DE SANTA MARÍA TINTURE (I.) (“Notas sobre los albaceas y contadores-partidores”. A. D. C. 1953, págs. 385 y ss.) y que nos va a servir de base para este intento. La finalidad de la ejecución testamentaria puede llevarse a cabo a través de dos figuras que, basadas en la fiducia o confianza, regula específicamente el C. c. De una parte el cargo de albacea que recoge el C. c. en los artículos 892 y siguientes y la figura del contador-partidor del artículo 1.057 del mismo. A pesar de que ambas figuras están separadas dentro de la regulación legal, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General, las ha equiparado. Sirvan de ejemplo las Resoluciones de 5 de febrero de 1908, confirmada por otra de 1917, que dicen que el cargo de contador no es esencialmente diferente al de albacea. En igual sentido pueden citarse las Sentencias de 23 de octubre de 1923 y la de 7 de enero de 1942, en las que se llega a una total equiparación. Siguiendo esa misma idea, es importante citar la Sentencia de 5 de julio de 1974, en la se dice que cuando a los albaceas “universales” se les confiere la facultad de hacer la partición “no por ello ostentan dos cargos, sino solamente el de albacea, en el que caben, conforme al artículo 1.901 del C. c. cuantas facultades sean conducentes al cumplimiento de las disposiciones testamentarias no sean contrarias a las leyes, y aun en el caso de que el testador encomiende la simple facultad de la partición a personas distintas, el cargo de éstas no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas, distinguiéndose sólo por la especialidad del trabajo que se les encomienda”.

Parte de la doctrina —concretamente TAULET (E.) al comentar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Rv. Cr. Dr. Inmb. 1932, pág. 629)— pretendió dar consistencia y autonomía propia a otro cargo distinto de aquellos dos basándose en la terminología que emplea el Código civil en el artículo 1.057, hablándose así de “comisario”. Las Sentencias de 24 de marzo de 1928 y 3 de diciembre de 1931, que apoyan la construcción, no son obstáculo para

que CASTÁN y SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURE rechacen tal figura, pues la palabra comisario se emplea en dos artículos del C. c. con diverso sentido: en el 670 como el antiguo "facedor" del testamento, hoy suprimido, y en el 1.057 se equipara a contador-partidor con la simple facultad de hacer la partición, sin facultad de ordenar el testamento. Tanto el 1.056 como el 1.057 están pensando en el sentido de que "se permita hacer la partición de la herencia", ya que el segundo se remite al primero ("Lo dispuesto en este artículo y en el anterior...").

A su vez, queda como cuarta figura en discordia la del Administrador de la herencia que regula el artículo 1.020 del C. c. y desarrollan los 1.026 y siguientes, aparte de la L.E.C. (arts. 968, 1.007, 1.009, 1.068 y 1.069, etc.), pero que no juega en el supuesto de hecho, pues sólo cuando al cargo de Administrador se le agregue el de albacea podrá surgir el problema de la entrega de legados. Estudian la figura —como se sabe— GITRAMA ("La administración de la herencia en el Derecho español". Edit. Rev. Dr. Privado. Madrid, 1950) y dedica a la misma un capítulo en su obra PUIG BRUTAU ("Fundamentos de Derecho civil". Tomo V, vol. I, págs. 419 y ss.).

Si hemos esbozado estas figuras es para intentar situar la que provoca dudas de interpretación de la cláusula de la cual surge, pues se dice en el testamento "Nombra albaceas contadores-partidores para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo a...". La literalidad de los términos empleados parecen dar la razón a la Dirección General por cuanto la testadora nombra albaceas y les añade las posibles facultades de "hacer la partición" que parecen ser las únicas que corresponden al contador-partidor. Aparte de eso, cuando se desarrolla la cláusula hablando de "derechos y obligaciones", se la refiere "al cargo" y no a los *cargos*. Es decir, parece ser que sólo hay un cargo y no dos, pero un cargo —el de albacea— con las facultades legales y las que puedan corresponder a los contadores-partidores. No creo que hubiese sido posible la fórmula inversa de nombrar contadores-partidores agregándoles las facultades de los albaceas, pues la tipicidad de esta figura atrae sobre sí la primacía, en virtud de lo que dispone el artículo 901 del C. c.

En el informe del Notario recurrente y autorizante de la escritura de entrega de legado pretende dar consistencia a la figura del "comisario" que ya hemos visto ha tenido algún defensor doctrinal aislado, pero que no ha tomado carta de naturaleza en nuestro Derecho común. El Notario no se atreve a utilizar la categoría de albacea "universal", pues sobre su conocimiento pesaba la Sentencia de 5 de julio de 1947 ya antes citada. Quizá mayor peligro encerraba la alusión a los artículos 1.092 y 1.093 de la L.E.C. que regulan el juicio voluntario de testamentaria y permiten la adjudicación a herederos y legatarios de lo que les corresponda, pero aparte de que la situación es distinta, pues la participación judicial es subsidiaria, no debe olvidarse que en la "simple facultad de hacer la partición" no se comprende la entrega de legados según los esquemas que la jurisprudencia ha mantenido para desarrollar dicha frase. Aparte de ello, y ahí reside una incógnita que deja abierta la Dirección, en el presente caso en la escritura de entrega de legados "comparécen únicamente con el primer carácter" (albaceas). ¿Qué

hubiera pasado si comparecen como contadores-partidores? En el presente caso era imposible, pues hemos quedado que se les nombra albaceas y se les prolongan sus facultades con las que pueden corresponder a los contadores-partidores.

Esta frase —a diferencia de la conclusión final a la que llega la Dirección— permite poner reparos a la doctrina que analógicamente identifica las figuras de albaceas y contadores. Ya SANTA MARÍA TINTURE lo había adelantado en el trabajo antes citado, pues aparte de que el cargo de contador no puede ser desempeñado por un coheredero (artículo 1.057) y no cabe la delegación por ser personalísimo y no entrar en juego el artículo 909 del C. c., resulta, según el citado autor, que entre ambas figuras existe la diferencia sustancial de la “índole del trabajo especial que se les encomienda”, pues el contador-partidor es la de hacer la partición y al albacea todo lo demás conducente a la ejecución testamentaria, menos contar y partir. Por ello, concluye, cuando en una persona se acumulan las funciones de contador y albacea, no sólo existe un albacea, sino un albacea y un contador-partidor.

ALBALADEJO (M.) (“El albaceazgo en el Derecho español”. Madrid, 1969) entiende que “si el albacea es un ejecutor testamentario nombrado por el causante, el contador-partidor que éste designa para ejecutar el testamento en la parte relativa a la división del caudal no es sino un albacea con la misión concreta de contar y partir”. Cita las Resoluciones de 13 abril y 30 de marzo de 1954, aparte la Sentencia de 11 abril de 1967. No obstante, reconoce que el albacea universal tiene todas las facultades que requiere una amplia confianza del testador tanto en orden a la ejecución del testamento como a la administración del caudal y representación de la herencia. Entre administrador y albacea hay las diferencias de que uno vela por el cumplimiento del testamento y el otro por el cuidado y gestión de los bienes hereditarios.

b) *La facultad de entrega de legados*

Mientras en el Derecho romano se distinguía entre delación y adquisición de legados, adquiriéndose por la primera el derecho al legado y por la segunda el derecho legado, en el Derecho moderno, abolido ya el principio de que todas las disposiciones testamentarias dependan de la eficacia de la institución de heredero, al desaparecer el riesgo motivador de la distinción, desaparece el desdoblamiento en la adquisición del legado entre adición del derecho al legado y adquisición del derecho legado. La adquisición del derecho legado tiene lugar en el mismo momento en que se produce la delación. Adquisición y delación coinciden por tanto. En el mismo momento en que el legatario es llamado al legado, queda investido del derecho legado.

El sistema español viene recogido en el artículo 881 al disponer la adquisición “*ipso iure*” del derecho al legado desde la muerte del testador. El brevísimo proceso en el que se desarrolla el fenómeno sucesorio del legado, culmina y llega a su fin con la entrega del mismo. Es general en el Derecho moderno su necesidad, que ya tiene sus antecedentes en el Derecho romano, donde el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, sino que debe pedir

al heredero que le haga entrega de ella. El mismo régimen es el del Código civil, como claramente se deduce del artículo 885: "El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla."

La entrega, aunque frecuentemente se la confunda con ella, no es la tradición, pues carece de la eficacia transmisiva del dominio que aquella lleva consigo aparejada. Lo que de verdad se discute es el fundamento de esta entrega, visto que no puede ser el de completar una adquisición que ya con anterioridad a ella era perfecta. Suele encontrarse tal fundamento en la "posesión que naturalmente corresponde al heredero sobre los bienes hereditarios, adquirida "ipso iure" por la fuerza del artículo 440 del C. c. Aun admitiendo esta explicación, es preciso añadir otra, pues no hay que olvidar la necesidad de garantizar el interés que tiene el heredero en conservar la cosa legada en tanto no haya comprobado la validez del legado, y si es un legitimario, en ver si no es necesaria una reducción del legado para salvar sus derechos legitimarios (tesis sostenida por GANGI). Dentro de nuestro derecho la tesis la sostiene ROCA SASTRE ("Estudios de Derecho Privado") al entender que el requisito está basado en razones de garantía para el heredero, pues éste ha de comprobar si el haber líquido de la herencia permite satisfacer íntegramente el legado o por el contrario se impone su reducción o su ineficacia total incluso. Esta es la verdadera "ratio legis" del precepto y del requisito de la entrega del legado. Lo confirma además el propio artículo 1.025 del C. c., que prohíbe a los legatarios demandar el pago de sus legados mientras no transcurra el plazo para la formación del inventario o venza el término para deliberar.

Las dos personas que se encuentren legitimadas para cumplir ese requisito son el heredero o herederos y el albacea cuando esté expresamente autorizado para ello, conforme hemos visto, determina el artículo 885 del C. c. Al reformarse el Reglamento Hipotecario por Decreto de 17 de marzo de 1959, en el párrafo 2 del artículo 83, se dice: "Los inmuebles determinadamente legados se inscribirán en virtud de escritura otorgada por el legatario y *por el contador-partidor o albacea facultado* para hacer la entrega o en su defecto por el heredero o herederos..."

A la luz de esta redacción, la interpretación doctrinal fue favorable a su literalidad, ya que en ella se distinguía al contador-partidor, de una parte, y al "albacea facultado". ROCA SASTRE ("Suplemento al Derecho hipotecario", Bosch, Barcelona, 1960, págs. 56 y ss.) decía que "El citado artículo 83 del Reglamento Hipotecario, en cuanto permite que el contador-partidor verifique la entrega de legados de bienes inmuebles sin necesidad de estar autorizado para ello por el causante, implica una reforma del artículo 885 del Código civil, pues éste sólo permite que la entrega la haga el albacea que se halle autorizado para darla por el testador o que la efectúe el heredero o herederos. No obstante, esta reforma es evidentemente práctica..." En su última edición viene a mantener una postura similar, aunque con ciertas aclaraciones y recomendando que cuando se designe contador-partidor se le faculte para la entrega de legados. En el mismo sentido se pronunció LA RICA ("Comentarios

a la reforma del Reglamento Hipotecario", Madrid, 1959, pág. 82) al entender que el contador-partidor puede como acto propio de la partición hacer la adjudicación del legado, sin necesidad de intervención de los herederos.

Aparte la falta de sentido jurídico que significa afirmación de tal categoría, como la de entender derogado o modificado un precepto del Código civil por un Decreto que altera la redacción de un artículo de un Reglamento, creo que ni un autor ni otro pensaron en el caso en que el testador nombre albacea y le añada como facultades especiales las que corresponden al contador-partidor, pues entonces resulta que como albacea necesita "autorización", pero como contador-partidor no, lo cual tendría que resolverse pensando en que si dentro de las facultades del contador-partidor está la de la entrega del legado de bienes inmuebles, es evidente que ha quedado "autorizado tácitamente" para ello. Esta hubiese sido una buena argumentación para defender la interposición del recurso e incluso una salida de la Dirección General para dar la razón al recurrente. No se ha hecho así, pues la fuerza en la que la Dirección carga todo el argumento es que al hacerse la entrega se actuaba como "albacea"..., dejando, como hemos apuntado antes en interrogante, la posibilidad de una actuación como contador-partidor.

PUIG BRUTAU (obra antes citada) niega que el contador-partidor tenga facultades para hacer entrega de objetos hereditarios, pues su finalidad es la de contar y partir. El mismo ROCA SASTRE ("Derecho Hipotecario", 1968, tomo III, pág. 936) bien claramente dice que "El contador-partidor se halla facultado solamente para contar y partir la herencia, por lo que la facultad de hacer entrega de los legados es extraña a esta función, por carecer de funciones ejecutivas".

Nuestra opinión en el presente caso es que de ninguna forma la redacción de la cláusula puede permitir más amplitud de facultades que las que legalmente corresponden al albacea y las que se agregan por el hecho de nombrarle contador-partidor. No hay que olvidar nunca que aquí —como en el mandato— las facultades que se concedan tienen que ser otorgadas "expresamente" (artículo 901 y 902 del C. c.), sin que una fórmula de carácter tan general como la que utiliza la cláusula permita deducir que entre "los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo" están incluidas facultades que expresamente no se le conceden. El Notario autorizante del testamento, conocedor de la legalidad vigente, pudo prever "expresamente" esta facultad de entrega de legados y al no hacerlo dejó abierta la puerta de la discusión.

El hecho de agregar al cargo de albaceas el de "contador-partidor" y estar éste, en principio, facultado conforme al artículo 83 del Reglamento hipotecario para la entrega, no creo que sea argumento suficiente, pues sería preciso —como hemos apuntado— acudir a una autorización "tácita", cuando como hemos visto el C. c. exige que se haga "expresamente". La redacción misma del artículo 83 del R. H. lo justifica, pues de haber querido decir lo que sostiene ROCA y LA RICA, hubiera dicho "El albacea facultado para la entrega de legados o nombrado contador-partidor...". No ha sido así y al anteponer el contador-partidor al albacea no puede entenderse que haya querido hacer de peor condición al albacea con facultades definidas y con posibilidad de am-

pliarlas, cuando al contador-partidor se le asigna sólo la facultad de contar y partir y la entrega de legados nunca ha sido comprendida dentro de esta función, aunque deba cumplirse en el momento de la partición.

PROHIBICIÓN DE DISPONER.—NO ES IMPRESCINDIBLE EL AUTO DE ADJUDICACIÓN DE FINCAS A FAVOR DEL ESTADO CUANDO LAS MISMAS SE HALLAN SUJETAS A UNA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR IMPUESTA POR EL TESTADOR EN UN ACTO DE ÚLTIMA VOLUNTAD. (Resolución de 5 de septiembre de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 12 de septiembre de 1974.)

Hechos.—Resultando que en el Registro de la Propiedad de Cocentaina figuraban inscritas con prohibición de enajenar dos fincas rústicas —secanos de viñas y olivos al término municipal de Muro de Alcoy—, señaladas con los números 2.846 y 3.758; que seguido procedimiento judicial contra el actual titular de las mismas J. José Ramírez Alonso, en el Juzgado número 6 de Valencia, causa 321/1967, la Audiencia Territorial de dicha capital, con fecha 29 de marzo de 1972, dictó Auto por el que se adjudicaban al Estado las dos citadas fincas; y que, comunicado tal Auto a la Delegación de Hacienda de Alicante, Sección del Patrimonio, fue recabado informe a la Abogacía del Estado que lo emitió en el sentido de ser título bastante para pedir la inscripción, por lo que fueron plenamente identificadas y tasadas las fincas para completar la oportuna documentación;

Resultando que presentado en el Registro escrito del Delegado de Hacienda de Alicante acompañado del Auto de adjudicación a favor del Estado de los mencionados bienes, junto con la documentación complementaria, puso el Registrador la siguiente nota: “Denegada la inscripción de las fincas comprendidas en el presente título por hallarse sujetas, según consta en el Registro de la Propiedad, a una prohibición de enajenar y tener que pasar al fallecimiento del ejecutado a favor de otras personas”;

Resultando que el Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el primer problema que ha de estudiarse en este recurso es el de alcance de las prohibiciones de enajenar en relación con la adjudicación al Estado de fincas inscritas con dicha limitación; que las prohibiciones de disponer están bastante huérfanas de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico que sólo las dedica un precepto: el artículo 26 de la Ley Hipotecaria que permite su acceso al Registro cuando se establezcan en transmisiones a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez; que las prohibiciones pactadas convencionalmente responden a un criterio distinto, por lo que sus efectos son meramente obligacionales, de forma que no anulen los actos dispositivos contrarios a las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad consiguiente por incumplimiento contractual, de la parte infractora; que el caso del recurso es diferente, pues en él no existe una enajenación contraria a una prohibición de enajenar, sino la adjudicación al Estado por impago de costas judiciales, lo que motivó la consiguiente ejecución forzosa y al no tener éxito las subastas, se procedió a la adjudicación de los bienes al Estado, lo que ni siquiera cons-

tituye una enajenación en el sentido técnico de la misma; que en rigor se trata de una adjudicación en pago, figura similar, pero no igual a la enajenación; que en todo caso se trataría de una énajenación forzosa en la que la voluntad del interesado se sustituye por la del Juez, pero no como una venta, sino como una adjudicación; que así planteado el problema surge la duda de si las prohibiciones de disponer sólo entrarán en juego cuando se refieran a enajenaciones voluntarias; que sobre la cuestión apuntada parece en principio que la prohibición de disponer es un freno a la libre enajenación por el propietario, por lo que en las enajenaciones forzosas no se infringen las prohibiciones referidas; que, sin embargo, la Dirección de los Registros, en Resoluciones de 30 de diciembre de 1964 y 21 de abril de 1949, ha sentado el criterio de que las mencionadas prohibiciones podrían eludirse o quedar burladas mediante procedimientos o convenios simulados entre las partes; que si bien esto es cierto, no lo es menos que tampoco sería justo privar en absoluto de responsabilidad patrimonial a los bienes sujetos a prohibiciones de disponer, ya que por este camino bastaría transmitir bienes con la apuntada limitación para que jamás pudieran ser ejecutados, viniendo así a eximir de responsabilidad a su titular; que por ello se deben distinguir tres supuestos: 1.º Actos voluntarios contrarios a la prohibición, que no hay duda serán plenamente nulos. 2.º Enajenaciones forzosas en que pudiera existir fraude o simulación, que será anulables con objeto de evitar que la prohibición quede burlada, y 3.º Enajenaciones forzosas en que no exista ningún indicio racional de simulación o fraude; que deben ser plenamente válidas; que el presente caso debe encajarse en el tercer supuesto, por lo que la adjudicación al Estado ha de considerarse plenamente válida e inscribible en el Registro, sin que pueda oponerse a la misma la prohibición de enajenar; que las prohibiciones de disponer, al tratarse de limitaciones al derecho de propiedad que impiden el libre tráfico de los bienes, deben interpretarse restrictivamente sin que puedan constituir impedimentos absolutos que dejen sin efecto elementales principios como es de la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el artículo 1.911 del Código civil; que no puede entenderse, por tanto, que los bienes sujetos a la prohibición de disponer constituyan un patrimonio separado; y que los bienes a que se viene refiriendo fueron objeto de anotación preventiva de embargo en el mismo Registro donde ahora se niega la inscripción y a pesar de ser dicha traba un trámite previo y necesario a la enajenación forzosa, el Registrador no puso ningún obstáculo al mismo, sino que la anotación tuvo lugar;

Resultando que el Registrador informó: que a pesar del brillante razonamiento del Delegado de Hacienda no comparte su criterio por tratarse de una prohibición impuesta testamentariamente en favor de un nieto y otros familiares del primer titular y el artículo 26 de la Ley Hipotecaria establece que estas limitaciones a título gratuito "serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez"; que la prohibición indicada reúne los requisitos legales establecidos, pues no implica prohibición perpetua de enajenar, ni temporal fuera de los límites autorizados; que los derechos amparados por la prohibición de disponer, por ser legales y hallarse inscritos, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se

declare su inexactitud, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria; que la jurisprudencia hipotecaria contenida en diversas resoluciones de la Dirección General que cita, es favorable al criterio del informante y que, el Presidente de la Audiencia, en otro recurso similar referente a bienes procedentes de la misma testamentaría, de fecha 26 de agosto de 1968, desestimó la pretensión del recurrente confirmando la nota denegatoria sin que el Auto que dictó fueseapelado por el rematante de los bienes que los adquirió también en pública subasta;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por dicho funcionario y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

Doctrina.—“Considerando que en este recurso la cuestión a dilucidar se centra en si es o no inscribible un testimonio judicial del Auto dictado por la Audiencia Territorial de Valencia, por el que se adjudican al Estado dos inmuebles pertenecientes al procesado cuando de los asientos del Registro aparece que este último tenía limitada su facultad dispositiva al no poder enajenar las mencionadas fincas que habían de hacer tránsito a su fallecimiento a la persona o personas instituidas por el causante en su testamento”;

“Considerando que el artículo 26 de la Ley Hipotecaria permite que tengan acceso al Registro las prohibiciones de enajenar impuestas por el testador en acto de última voluntad, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que sucede en el presente caso, en que la limitación se encuentra fundada en el artículo 781 del Código civil, y al estar este asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales —artículo 1 de la Ley de Hipotecaria—, produce todos sus efectos, y en consecuencia obstaculiza el ingreso del documento calificado, hasta tanto desaparezca la prohibición o se declare en su caso su invalidez”;

“Considerando que lo anterior no se opone al principio general de responsabilidad patrimonial universal establecido en el artículo 1.911 del Código civil, según el cual el deudor responde con todos sus bienes de las obligaciones que haya contraído, que ha de ser respetado, pero ello no obsta para que al atribuir el dominio pleno de ambas fincas al Estado en virtud de las subastas realizadas se hayan traspasado los límites del derecho subjetivo del obligado, así como de su poder de disposición con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre los referidos inmuebles”.

“Considerando, por último, que no ha habido una conducta contradictoria por parte del funcionario calificador, al dar primeramente acceso en el Registro a la anotación preventiva de embargo sobre los inmuebles y después rechazar la inscripción de los mismos a favor del Estado, puesto que la anotación practicada por su finalidad cautelar va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal que para transmitir el dominio pesa sobre las fincas discutidas”.

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la Nota del Registrador”.

Consideraciones críticas

El presente caso resuelto por la Resolución anterior ofrece al intérprete un campo de precisiones doctrinales para ver si el supuesto responde a una verdadera prohibición de disponer y señalar las consecuencias que como efectos han de producirse una vez reflejada en el Registro. Entiendo que esto debe desarrollarse de esta forma ante el brillante alegado del Delegado de Hacienda que interpone el recurso, la contestación más escueta del Registrador y el contenido de alguno de los considerandos de la Resolución. Ante ello creo que debe distinguirse:

a) *Concepto de la prohibición de disponer*

En el estudio especial que dentro de nuestra obra (“Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral”) hacíamos de las prohibiciones de disponer aventuramos una definición que nos parecía correcta, pero que, como luego veremos, no se acepta unánimemente. Decíamos que por prohibiciones de disponer entendíamos “aquellos limitaciones no institucionales, expresas y excepcionales, en general temporales, que recayendo sobre el *ius disponendi* eliminan la legitimación para disponer, sin atribución de un derecho subjetivo a otra persona”.

En el fondo esta “aventura” definitoria venía apoyada nada menos que por opiniones anteriores mantenidas por don JERÓNIMO GONZÁLEZ (“Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil, 1948, tomo I, pág. 480) y Moxo RUANO (“Propiedad limitada: prohibiciones de disponer”, Col. Notarial de Barcelona, 1956, pág. 22), quienes insistían mucho en que la prohibición de disponer no suponía “atribución de un derecho subjetivo a persona determinada” y cuya insistencia venía ratificada por la Resolución de 20 de diciembre de 1929, que las calificaba como restricciones impuestas por personas capacitadas para ello, que limitan las facultades de un titular sin atribución del correlativo derecho a otra persona”. Confirma esta doctrina la que se mantiene en las Resoluciones de 23 de marzo de 1936 y 13 de diciembre de 1951.

Esta construcción a nuestro juicio ofrecía la gran posibilidad de facilitar la distinción entre la prohibición y otras que tenían cierta relación como la sustitución fideicomisaria, la opción, el tanteo, las cláusulas de exclusiva de venta o compra, etc. Pero —aparte de algún otro autor— es preciso señalar recientemente un criterio contrario y es el mantenido por nuestro compañero ALVAREZ BEJIGA (M.) (“Efectos civiles y registrales de las prohibiciones de enajenar”, Conf. del Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete, pronunciada el día 24 de abril de 1974), quien niega que sea característica común de las prohibiciones de disponer “la no atribución de un derecho subjetivo a persona alguna”, pues aparte de que en estas prohibiciones siempre existen una o varias personas favorecidas por ellas, algunas prohibiciones legales y todas las procesales de carácter objetivo, que son objeto de anotación preventiva, se establecen en beneficio exclusivo de la persona favorecida con la prohibición, creándose, en consecuencia, un auténtico derecho subjetivo, de tal manera que solamente ella puede instar la anulación del acto dispositivo.

En el campo de nuestro refranero se suele decir que “rectificar es de sabios”, pero no hay que olvidar que en el campo jurídico existe vigente la “teoría de los actos propios”, que impiden ir contra ellos. A la vuelta de unos años hay que reafirmarse en la definición dada. **ALVAREZ BEJIGA** confunde totalmente la esencia de la prohibición de disponer con la prohibición de disponer que se deriva como efecto de ciertas situaciones. Y para no dar a este comentario el sentido de “réplica”, quiero hacer entrar en escena a otro compañero. Me estoy refiriendo a **MANUEL AMORÓS GUARDIOLA** (“Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente”, A. D. C., en comentario a la Sentencia de 12 noviembre de 1963, año 1965, páginas 953 y ss.), quien decía que “no cabe hablar de prohibición de la facultad de dispositiva de un derecho indisponible. Respecto a éste, su propia naturaleza y su configuración legal lo excluirían del tráfico jurídico. De esta manera, por ejemplo, no cabe decir que el heredero fiduciario en una sustitución fideicomisaria está sujeto a una prohibición de enajenar, porque la inalienabilidad deriva de la naturaleza de su situación jurídica. Lo mismo podríamos decir, con carácter general, de las llamadas prohibiciones legales de disponer: adquisición de la propiedad por el arrendatario, adquisición de herencia por los herederos del ausente, bienes de interés artístico, etc. El derecho adquirido resulta total o parcialmente indisponible por su propia naturaleza y por imperativo legal. No se trata de prohibiciones de disponer en sentido técnico. Su limitación rebasa el cauce de la mera prohibición. Por eso producen eficacia frente a terceros por sí mismas, por mandato legal, y no tienen acceso al Registro”.

Esta disección doctrinal irreprochable puede también predicarse de las anotaciones de prohibición de disponer de carácter procesal, cuya esencia no es la de establecerse “en beneficio exclusivo de la persona favorecida por la prohibición”, sino que en los casos en que éstas proceden (artículos 764, 1.030, 1.097 y 1.428 de la LEC) son de carácter objetivo, derivándose subsidiariamente de dicha anotación los derechos que el autor alega.

Lo dicho hasta ahora tiene una crucial importancia en el hecho que motiva el presente recurso. ¿Existía una prohibición de disponer o se trataba de una inalienabilidad propia de la situación creada? Creo que éste es el previo problema para solucionar posteriormente el de los efectos. A este respecto el criterio orientador está representado por el segundo considerando de la Resolución, en el cual, a pesar de hablarse de “prohibición de disponer”, se añade posteriormente que “la limitación se encuentra fundada en el artículo 781 del Código civil”. La relación de hechos no dan pie para otras especulaciones y sólo cabe guiarse por ese considerando y el primero de la Resolución, que dice “cuando de los asientos del Registro aparece que este último tenía limitada su facultad dispositiva al no poder enajenar las mencionadas fincas que habían de hacer tránsito a su fallecimiento a la persona o personas instituidas por el causante en su testamento”.

Hubiera sido muy de desear una mayor claridad en la exposición de los hechos que nos permitiera saber si estábamos ante una verdadera prohibición de disponer una sustitución fideicomisaria o una sustitución de esta clase reforzada por una prohibición de disponer. Nos queda como apoyo para defender

la existencia de una prohibición el informe del Registrador, en el cual claramente se está haciendo referencia al párrafo segundo del artículo 785 del Código civil, que trata precisamente de las prohibiciones de disponer a diferencia del 781 que parece regular la llamada sustitución fideicomisaria.

El que se hubiera calificado de una u otra forma creo que hubiera puesto ciertas variantes, como luego veremos, en la admisión o no de actos de transmisión, pero fundamentalmente en la razón del cierre registral, ya que el fiduciario es un propietario temporal que no puede disponer de los bienes fideicomitidos en perjuicio de la restitución, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa. En suma, como diría LA CÁMARA (M.) ("Partición, división y enajenación de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria". Revista Derecho Procesal, 1948, págs. 639 y ss.), "la sujeción de los bienes a la restitución es la verdadera causa de esa limitación temporal de la facultad dispositiva en cuanto excede de esa sujeción".

b) *Efectos que se producen*

Toda prohibición de disponer válida, inscrita en el Registro de la Propiedad conforme a la regla 3.^a del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, provoca el cierre del Registro a toda clase de actos dispositivos que se produzcan durante la vigencia de la misma. Este efecto fundamental viene recogido en forma reiterativa por una diversidad de Resoluciones de la Dirección General, de las que pueden servir de ejemplo las de 15 de enero de 1952, ratificada por otra de 16 de julio de 1973, en las que se rechaza la posibilidad de inscribir el dominio a favor de un tercero sobre la base de un expediente de dominio iniciado para reanudar el trámite sucesivo. La Resolución de 13 de julio de 1933 que declaró que los actos de enajenación realizados por los Juzgados, cuando no contengan especiales y expresos pronunciamientos contra las prohibiciones de disponer, no purifican el dominio transmitido de las condiciones impuestas, rigiendo para el Juez, ya obre en representación del deudor, ya en virtud del imperio que la Ley le atribuye, el principio de que no puede transmitir al adquirente más derechos que los que el demandado tenga inscritos. Igualmente las de 23 de julio de 1924 y 22 de junio de 1943.

La amplitud del término "disponer" hizo comprensiva la prohibición de hipotecar, como así lo recogían las Resoluciones de 11 de agosto de 1916 y 18 enero de 1936, aunque últimamente este criterio no ha prevalecido, ya que las Resoluciones de 18 abril de 1952 y 19 enero de 1963 admiten la inscripción de aquellas hipotecas pactadas con la prohibición de ejecutarse hasta tanto venza el plazo en que debe entenderse finalizada la prohibición de enajenar.

Sin embargo, la Resolución que más se acerca a los términos literales de la que comentamos es la de 21 de abril de 1949, en la cual se decía que la prohibición de disponer impedirá la enajenación judicial de los bienes a que afecte, pues la responsabilidad universal a que se refiere el artículo 1.911 del Código civil no basta para impedir sus efectos, ya que la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado, ni su poder de disposición. Como vemos,

es prácticamente el actual considerando tercero de la Resolución que ahora comentamos.

En este caso habría que matizar un poco, pues como bien apuntaba el informe del Delegado de Hacienda, el cierre del Registro parece predicarse en forma absoluta frente a los actos "voluntarios" del titular registral, pero no a los que vienen impuestos por razones de interés público o social. Realmente este punto fue abordado con su maestría habitual por LA RICA (R.) ("Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario", Innovaciones, 1948, pág. 122), quien decía que "en cuanto a los actos dispositivos posteriores a la anotación decretada por Autoridades judiciales o administrativas y no dimanante, por tanto, de la voluntad del titular, nada dice el Reglamento para resolver las dudas suscitadas sobre el particular. La Resolución de 7 de julio de 1900 entendió que la anotación de prohibición de enajenar solamente impedía inscribir los actos dispositivos "voluntarios", pero no los forzados decretados por la Autoridad, y ello fundado en que la prohibición equivalía a una especie de incapacidad del titular afectado. Entendió lo contrario, en cambio, la Resolución de 11 de enero de 1893, que cerró el paso a todo acto posterior de enajenación, aunque fuese otorgado por Autoridad judicial, y en esta dirección se han inclinado diversas Resoluciones posteriores y la mayoría de los autores. Sin embargo, a mi juicio, es forzoso hacer una distinción: hay que buscar el origen del acto forzoso de enajenación, el interés que con él se sirve. Si se trata de un "interés privado", como, por ejemplo, en caso de venta realizada por un Juzgado a consecuencia de un procedimiento ejecutivo instado por un acreedor, es evidente que la anotación cierra el paso a la inscripción de esa enajenación, pues el permitirlo equivaldría a hacer ilusoria la prohibición de enajenar anotada. Mas si se trata de un "interés público", como, por ejemplo, en los casos de expropiación forzosa por utilidad pública o social, entiendo que debe ceder el interés privado representado por la anotación preventiva, y la enajenación podrá inscribirse, pese a la prohibición, máxime si se tiene en cuenta que la indemnización podrá servir de garantía al derecho del anotante. Claro que para ello será preciso que se acredite el depósito del importe de la indemnización a responder de las resultas del procedimiento en que se haya decretado la anotación".

Prescindiendo aquí del posible caso de simulación de crédito y ejecución procesal, es evidente que frente al interés "privado" debe ceder lo que se ha dado en llamar "interés público o social". Lo importante es saber cuándo existe este último, para que prevalezca sobre el primero. La vía de apremio en la que el Estado se mueve para el cobro de sus contribuciones e impuestos está limitada por las situaciones que la titularidad dominical impone, y así muchas veces se exige la notificación del embargo no sólo al deudor, sino al cónyuge, a los terceros poseedores y a los acreedores hipotecarios (artículo 120, 3.º, Estatuto de Recaudación) y otras veces se admite la tercería de dominio (artículos 179 y siguientes del citado Reglamento). Lo mismo sucede en el caso de impagos de tasas judiciales, conforme a los artículos 421 y ss. de la LEC.

Las excepciones que normalmente se establecen en favor de la "expropiación forzosa" y las que señala ALVAREZ BEIJIGA en materia de Reparcelaciones (Reglamento de 7 de abril 1966, artículo 31) y Concentración Parcelaria (artículo 30 de la Ley y hoy 198 de la Reforma y Desarrollo Agrario de 12 enero 1973), aparte de algunas otras, exigen en forma indispensable "la previa declaración de utilidad pública o social del fin al que hayan de afectarse" los bienes objeto de estos supuestos. El requisito de la previa declaración de utilidad pública o interés público o razón social.

El hecho de que se hubiese anotado preventivamente antes el embargo es un argumento que utiliza el Delegado de Hacienda para hacer patente la contradicción entre su admisión y la denegación que luego se produce en torno a la inscripción de adjudicación de la tinca a favor del estado. LA RICA, obra citada, sobre la base de ciertas Resoluciones de la Dirección General de los Registros, viene a decir que el cierre del Registro afecta a los asientos de inscripción o anotación de actos dispositivos, pero no a asientos de otra clase que no exijan el ejercicio de facultades dispositivas. La anotación de prohibición de enajenar no puede obstar a la práctica de otras anotaciones posteriores, de embargo, por ejemplo. El obtener anotación de prohibición de enajenar no modifica el rango del derecho del anotante, es decir, no le da preferencia sobre otros acreedores, sino en la medida en que determina el artículo 1.923 del Código civil. Así lo establece claramente el artículo 44 de la Ley. Tan racional doctrina fue expresamente declarada por la Resolución de 7 de enero de 1928 sobre mandamientos de embargo de créditos hipotecarios ya anotados, con otro embargo y prohibición absoluta de enajenación.

Lo que sucede es que esta doctrina de la anotación preventiva de prohibición de enajenar no resulta plenamente aplicable a la inscripción de prohibición, pues aquí no entra en juego el artículo 1.923 del Código civil, ni el 44 de la Ley Hipotecaria. Entiendo que en este punto tenía razón el Delegado de Hacienda, al alegar "conducta contradictoria" por parte del funcionario calificador, pues si bien acepto lo que dice la Dirección General en orden a que la anotación practicada por su finalidad cautelar va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceros mediante la conservación y trabajo de los bienes del deudor, pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal para transmitir el dominio sobre las fincas discutidas, es también cierto que la anotación preventiva de embargo lleva consigo la potenciabilidad de una enajenación, al igual que la hipoteca, y ello ha hecho que la Dirección General en los casos de "suspensión de pagos" admita la anotación, pero con la restricción de que en el mandamiento se haga constar que "se suspenderá la ejecución hasta que termine la tramitación del referido expediente" (Resolución de 22 de noviembre de 1973, comentada en este Anuario de Derecho Civil, y que ratifican las de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971). ¿Por qué ahora se aplica doctrina distinta? ¿Por qué en este caso no se exige que la anotación preventiva de embargo quede afecta a la limitación de que no podrá ejecutarse hasta que se produzca la desaparición de la prohibición de disponer? Entiendo, como entendí en el caso de suspensión de pagos, que lo procedente hubiese sido efectuar una anotación preventiva de suspensión de la de embargo hasta tanto se solucione la situación registral dispositiva.

Nos queda pendiente, por último, la problemática de la construcción del caso como sustitución fideicomisaria. Traigo a este respecto el gran comentario que DÍEZ PICAZO (L.) ("Estudios sobre jurisprudencia civil", tomo II, Madrid, 1969) hace sobre el tema y al filo de la Sentencia de 20 de octubre de 1954 y en la que recoge prácticamente toda la doctrina de la Dirección General a este respecto, citando y desglosando las de 10 de septiembre de 1918, 21 de octubre de 1924, que se muestran contrarias a la enajenación del fiduciario, las de 5 mayo de 1931, 16 noviembre 1933, 22 de febrero de 1934, 16 septiembre 1929 y 22 junio 1943, que parecen admitir la enajenación, pero que posteriormente se vuelve en contra con las de 22 de diciembre 1950, 2 de junio de 1956, 7 mayo de 1960 y 13 de enero de 1965. Aparte de ese estudio y de la doctrina dominante, concluye destacando estas resoluciones: 1.º El fiduciario puede, por sí solo, enajenar los bienes fideicomitidos, pero es impugnable a instancia del fideicomisario. 2.º Es válida la enajenación llevada a cabo por el fiduciario con el consentimiento de todos los fideicomisarios. 3.º La enajenación llevada a cabo con el consentimiento de algunos, pero no de todos los fideicomisarios, sólo es impugnable por los que no consentan. 4.º En las sustituciones condicionales la autorización judicial al amparo del 164 del C. c. no suple el obstáculo de la falta de consentimiento. 5.º La autorización judicial obtenida por el juego conjunto de los artículos 804, 185 y 186 del C. c., pues no hay similitud entre la sustitución fideicomisaria y la institución de heredero bajo condición suspensiva y se presupone una herencia en administración y una facultad de enajenar, lo cual es distinto de la facultad de enajenar atribuida al fiduciario.

Como vemos de estas conclusiones, la situación que podía haberse creado es distinta y en todo caso creemos que hubiera sido válida, pero sujeta a condición resolutoria la enajenación realizada. Ello hubiera permitido su acceso al Registro. No debemos olvidar que la Dirección dice en su segundo considerando que el documento calificado hubiera podido ingresar cuando "desaparezca la prohibición o se declare en su caso su invalidez".

TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONAL.—PROcede LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA, Y EN CONSECUENCIA HABRÁ DE CANCELARSE, DADO SU CARÁCTER DE DERECHO PERSONAL, EL TANTEO Y RETRACTO DISCUTIDO QUE APARECE TRANSCRITO EN UN ASIENTO DE INSCRIPCIÓN. (Resolución de 19 de septiembre de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 26 de septiembre de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada por el citado Notario el 6 de diciembre de 1971, los cónyuges don Thomas Harris y doña Eilee Harris, vendieron al matrimonio constituido por don James Parker Dudge y doña Mary Middleton un solar de 1.160 metros cuadrados lindante con "Terrenos Canarios, S. A.", de que procedía, con entrada al oeste o izquierda por una calle señalada por la letra A de la urbanización a que pertenecía, sita en la península de Jandía del término municipal de Pareja de la isla de Fuerteventura, plaza del Esquinazo, sobre cuyo solar habían edificado un apartamento-vivienda de 113 metros cuadrados de superficie, 90 de ellos cubiertos

y el resto dedicado a terrazas; que el solar originario estaba sujeto a determinadas cargas de interés turístico y en su inscripción figuraba también un pacto por diez años que establecía en favor de "Terrenos Canarios, S. A.", los siguientes derechos: "a) En caso de que el comprador pretendiese vender la finca por él adquirida, deberá comunicarlo fehacientemente a la entidad vendedora que en el plazo de treinta días podrá adquirirla en el precio y condiciones ofrecidas por aquél para la venta, que en dicho plazo no podrá efectuarse a terceros. Cumplidos los treinta días sin que "Terrenos Canarios, S. A.", ejerçite su derecho, el comprador podrá vender la finca libremente. b) Si el comprador vendiese la finca sin comunicarlo fehacientemente a "Terrenos Canarios, S. A.", ésta tendrá derecho a retracto para adquirirla subrogándose en lugar del comprador, abonando a éste el precio satisfecho y gastos ocasionados. Las partes contratantes se obligan a imponer las mismas condiciones, servidumbres, limitaciones y obligaciones establecidas en esta escritura, de todo futuro comprador de la totalidad o parte de cualesquiera de sus fincas respectivas"; y que el señor Harris declaró al Notario autorizante y así consta en la escritura que según carta certificada, número 460, de fecha 18 de noviembre de 1970, "sellada previa comprobación del Jefe de Correos, notificó a "Terrenos Canarios, S. A.", la indicada venta al señor Pudge y "Terrenos Canarios, S. A.", consintió en la expresa enajenación";

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado el precedente documento en este Registro en unión de otros complementarios, se suspende la inscripción del mismo por no acreditarse fehacientemente que se realizó la notificación a la entidad titular del derecho de tanteo. Es defecto subsanable y no se toma anotación preventiva por no haberse solicitado".

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la finca cuestionada estaba afecta por razón de su procedencia a un derecho de adquisición preferente en su doble fase de preadquisición y postadquisición, a favor de la compañía mercantil "Terrenos Canarios, S. A.", cuyo texto figura en la escritura calificada; que al tiempo de realizarse la operación se presentó por el vendedor un documento privado de renuncia firmado por don Douglas Villians Coonor, Administrador de "Terrenos Canarios, S. A.", al no ser posible una renuncia en documento público por encontrarse fuera de España el indicado señor, pero cuya firma fue cotejada notarialmente con otras de la misma procedencia, lo que se consideró suficiente, no ya para anular el personal derecho de tanteo, cancelable de oficio, sino también para dejar sin efecto el posible posterior retracto; que presentado el documento en el Registro fue calificado en la forma conocida; que ante tal calificación procede distinguir a efectos del cierre registral las siguientes figuras jurídicas: a) La prohibición de disponer que no es un derecho real y que sólo tiene acceso al Registro y produce su cierre cuando se establece en testamento o se agrega a una donación, pues los demás derechos, salvo el retracto arrendatario, sólo faculta para el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de incumplimiento; b) retractos legales que no cierran el Registro y sólo condicionan la adquisición real al ejercicio del derecho potestativo del retrayente; c) opción condicionada que

es un derecho personal que aunque se admite como inscribible, al no poderse transmitir sin consentimiento del cedente, no cierra el Registro y sólo suspende la fe pública registral por causas que consten en los correspondientes asientos; d) retracto convencional o pacto de retro, que es un derecho potestativo ejercitable en plazo determinado para recuperar la cosa vendida y que nunca cierra el Registro —Sentencia de 6 de mayo de 1972—, aunque pueda enajenarse y gravarse de donde resulta su posibilidad de inscripción; que el derecho de tanteo es una figura distinta de las anteriores, de naturaleza puramente personal, admitido por el principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código civil, desarrollado por la doctrina jurídica, pero sin que exista precepto hipotecario que pueda fundamentar su acceso al Registro; que este derecho no condiciona la facultad de disponer ni la prohíbe ni limita, sino que sólo otorga una facultad de pre-adquisición o post-adquisición en caso de venta; que se trata por consiguiente de un pacto obligacional que condiciona la adquisición del tercero y que no debe tener acceso al Registro —artículo 51, párrafo 6.^º del Reglamento Hipotecario— sin que quepa incluirlo en el genérico *númerus apertus* del artículo 2.^º de la Ley Hipotecaria, por lo que no debe producir los efectos de prohibición de enajenar ni cerrar el Registro (Resolución de 4 de enero de 1927); que el Centro Directivo, en la Resolución de 20 de septiembre de 1966, propugna el cierre del Registro a los derechos de naturaleza personal, o sea, la exclusión o expulsión de los mismos, apoyándose en la de 29 de marzo de 1955 y artículo 2.^º de la Ley Hipotecaria; que la nota del Registrador perjudica gravemente a los adquirentes que, por ser extranjeros, están sometidos a la condición de inscripción constitutiva bajo pena de nulidad absoluta y negación de acciones civiles dimanantes de un documento no inscrito (Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962 y Ley y Reglamento sobre Zonas Polémicas y estratégicas); y que no resulta lógico calificar el pacto de tanteo, que es un derecho personal y aplicarles los efectos radicales de las prohibiciones de disponer;

Resultando que el Registrador informó: Que el documento privado de renuncia firmado por don Douglas V. Coonor no es sino una simple carta en que dicho señor renuncia al derecho de compra en nombre de la Sociedad “Terrenos Canarios, S. A.”, pero sin acreditar su personalidad, facultades, etc., y como además no tiene carácter público resulta totalmente insuficiente para inscribir la venta; que, por otra parte, es curioso comprobar la disparidad de fechas entre la legitimación de la firma y las que cruzan el sello de legalizaciones; que el Notario achaca en su escrito al informante confundir el derecho de tanteo con otras figuras jurídicas, entre ellas las prohibiciones de disponer; que sabe perfectamente que el tanteo no implica una prohibición de disponer, sino que por el contrario es un derecho de adquisición preferente cuyo efecto principal no es privar al dueño de la posibilidad de enajenar una cosa, sino únicamente condicionar los actos de disposición que se realicen al cumplimiento de la previa notificación al titular del mencionado derecho; que una vez cumplido este requisito se podrá disponer de la cosa, bien a favor del titular del derecho o bien a favor de otro adquirente; que nunca ha pensado que la controvertida cláusula de la escritura sea un retracto legal arrendatario, de características bien distintas; que es muy cierto que los retractos

legales no cierran el Registro, pero esto no hace el caso discutido, pues el retracto requiere que se haya realizado ya la transmisión, mientras que el tanteo se realiza y ejercita precisamente antes de que la transmisión tenga lugar; que, por consiguiente, los efectos registrales de ambos derechos, tanteo y retracto, son radicalmente distintos; que igualmente son distintos los efectos del tanteo y los del derecho de opción, por lo que su tratamiento registral es también diferente; que en cuanto al retracto convencional se remite a las consideraciones anteriores; que respecto al criterio del recurrente de estimar al tanteo como un derecho personal, si bien no aparece expresamente regulado como real por la legislación hipotecaria su consideración de tal es perfectamente posible dado el sistema de *numerus apertus* en cuanto a la admisión de los derechos reales inscribibles consignado en los artículos 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario, habiendo sido precisados su naturaleza y efectos por la doctrina jurídica y la jurisprudencia que reconoce su existencia como derecho real en múltiples sentencias y resoluciones; que la Resolución de 20 de septiembre de 1966 reconoce incluso la posibilidad de constituir un derecho de tanteo de naturaleza real en las transmisiones gratuitas y permutas; que, por su parte, la doctrina científica perfila claramente las diferencias entre los derechos de tanteo y retracto precisando que una vez inscrito el derecho de tanteo "el Registrador no podrá admitir la enajenación realizada sin justificar el aviso previo al titular de aquel derecho o que en su caso ha transcurrido el plazo estipulado desde él"; que incluso el Notario reconoce el carácter real del derecho controvertido al reseñarlo dentro del apartado de cargas de la escritura calificada y recoger la declaración del señor Harris de haber notificado la transmisión a "Terrenos Canarios, S. A."; que en cuanto a los efectos del derecho de tanteo una vez inscrito, aparte del general de estar bajo la salvaguardia de los Tribunales conforme determina el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, la Resolución de 8 de abril de 1914 declara que producirá el cierre del Registro en cuanto a las enajenaciones respecto a las cuales tenga eficacia si éstas se han realizado sin haber sido notificadas al titular de aquel derecho o no ha transcurrido el tiempo estipulado para el ejercicio del mismo; que, por otra parte, admitir la inscripción del derecho de tanteo y negarle su principal efecto de cierre del Registro constituiría una incongruencia y no tendría finalidad alguna; que si una notificación notarial carece de eficacia si no consta fehacientemente la recepción de la misma, menos valor puede tener la mera declaración de un compareciente basada en una carta privada de un tercero que no acredita su personalidad y facultades;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

Doctrina.—"Considerando que el presente recurso gubernativo tiene por objeto el dilucidar si para la inscripción de la escritura de compraventa calificada es necesaria la previa notificación fehaciente al titular de un denominado derecho de tanteo pactado como cláusula complementaria en otra escritura de venta anterior, o si por el contrario no es necesaria dicha notificación, dada la renuncia contenida en el documento que se acompaña al título presentado

o, en último término, por el carácter obligacional del pacto transscrito, tal como sostiene el Notario recurrente”;

“Considerando en primer lugar que no puede tener el carácter de notificación fehaciente la manifestación hecha por el transmitente en la escritura de venta de haber notificado al titular del derecho a través de carta certificada, pues esta declaración no tiene más valor que la de haberse prestado ante un funcionario público, pero sin que la fe notarial pueda cubrir totalmente el acto al no haberse realizado de conformidad con el artículo 202 del Reglamento Notarial y bajo las circunstancias que en situación parecida señaló la Resolución de 1 abril de 1965”.

“Considerando que igualmente no ha de tomarse en consideración a efectos registrales —cualquiera que pudiera ser su valor si los interesados acuden a los Tribunales para ventilar y contender acerca de su validez— de la carta que se acompañó a la escritura calificada, por la que la Sociedad notificada renuncia a los derechos de tanteo y retracto que pudieran corresponderle, y que aparece firmada por persona que dice ser su Presidente y cuya firma está legitimada notarialmente, ya que en este caso la fe notarial sólo se extiende a la autenticidad de la firma, pero no a datos tan importantes y fundamentales para la calificación, como el de si tal persona se halla ejerciendo el cargo que se atribuye o, en su caso, si se encontraba facultada para realizar el acto de renuncia que en el documento se contiene”.

“Considerando que en su consecuencia todo el problema se centra en la naturaleza obligacional o real del pacto contenido en la primitiva escritura con una duración de diez años, y que se transcribió en los libros registrales”;

“Considerando que como reiteradamente tiene declarado este Centro Directivo, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse en consecuencia todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los Registradores de la Propiedad —ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción— es la de velar el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real”;

“Considerando que el criterio de *numerus apertus* en materia de derechos reales que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la Resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal”.

“Considerando que en el presente supuesto —un derecho de tanteo y en su caso de retracto a favor del transmitente pactado en contrato oneroso durante un plazo de diez años, que fue inscrito en su día en los libros del Registro— no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, por lo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento habría de ser cancelado a instancia de parte interesada, cuestión no planteada en este recurso”;

“Considerando que hasta tanto en que formalmente no se dé cumplimiento a lo anteriormente indicado, existe un obstáculo derivado de los libros del Registro al producir todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria”.

“Esta Dirección General ha acordado que procede en la forma señalada confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador”.

Consideraciones críticas

En este comentario crítico se hace muy difícil relacionar los informes del Notario recurrente, del Registrador interesado y de las conclusiones que saca la Dirección General, pues todos ellos discurren por unos cauces un tanto distanciados de los esquemas que habitualmente tiene la doctrina prefijados. Es evidente que la postura notarial tenía que ser la de negar eficacia real a los pronunciamientos del Registro, cosa que viene a ratificar la poca diligencia del funcionario autorizante al no haber sabido prever los requisitos y las circunstancias que harían convertir un simple derecho personal en uno de plena eficacia real. De otra parte, el Registrador calificador, para justificar la entrada que dio al pacto que él creyó real, defiende y sostiene el pronunciamiento registral a toda costa, incluso aduce ese genérico principio de “la salvaguardia de los Tribunales” que, a mi entender, sólo debe entrar en juego cuando de derechos publicables se trate. Precisemos.

Lo curioso del caso no son los informes de uno y otro funcionario, pues ellos responden a esquemas habituales, sino la reacción que tiene la Dirección al solucionar en el último considerando un problema que parecía claro y sin problemas. En esta última decisión doctrinal se rompen los moldes hasta ahora establecidos y se proclama una idea discutidísima en orden a la publicidad registral tal y como hemos concebido tradicionalmente el Registro. De “*lege ferenda*” puede ser una idea avanzada e incluso fructífera en resultados; pues, según se dice, todo lo que consta en el Registro produce efectos frente a terceros hasta tanto no se cancele reglamentaria o legalmente. Es decir, ese *balón* que a veces se le cuela al Registrador en su calificación y que lo hace constar registralmente, entretanto no se cancele, sigue produciendo los *goles* de su eficacia. La incisión en los moldes o esquemas que uno tiene trazados, viene reflejada en la parte final de la Resolución, en la que partiendo de la posibilidad de estimar aplicables los artículos 98 y 355 de la Ley y Reglamento, respectivamente, por tratarse de derechos personales, diga que “hasta tanto en que formalmente no se dé cumplimiento a lo anteriormente indicado, existe

un obstáculo derivado de los libros del Registro, al producir todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria". En mi modesta aportación al Derecho Hipotecario debo considerar esta doctrina *excesiva* para las pretensiones que tradicionalmente el Registro pretende cubrir, pero con mucho porvenir si la amplitud conceptual de la publicidad queremos complementarla con esos derechos "híbridos" cuya configuración de reales o personales se decide —como en otros casos— a "última hora".

Diseccionada de esta forma la Resolución, es preciso descender a detalles y distinguir en su comentario dos grandes partes: la primera, referida a las renuncias y notificaciones fehacientes; la segunda, destinada a precisar el carácter real o personal de la estipulación y sacar la conclusión adecuada. Conforme a ellos, distinguiremos:

a) *Renuncias y notificaciones fehacientes*

Precisamente este tema es el arranque del recurso, pues no hay que olvidar que el Registrador en su nota entiende que la notificación, que era requisito previo para poder realizar la enajenación, no tenía el carácter de fehaciente.

Por supuesto que no es lo mismo el hecho de la manifestación realizada ante Notario, hecho que queda cubierto por la fe notarial, que la notificación fehaciente o la demostración de que se ha hecho. El Notario se limita a dar fe, en el primer caso, que los interesados le manifiestan que han hecho la notificación, pero ahí queda reducida la fehaciencia. No creo que sea necesario profundizar más en este punto que es claramente distinto del supuesto que prevé el Reglamento Notarial en su artículo 202 en su redacción de 22 de julio de 1967, al regular las notificaciones por carta certificada. La Dirección General para reforzar la solución favorable a la calificación cita a este respecto la Resolución de 1 de abril de 1965, en la cual y en uno de sus considerandos se desmenuza la forma fehaciente de la notificación por carta, diciendo que "por cuyo mecanismo queda constancia fehaciente del texto literal de la misiva, de la introducción de la carta en el sobre, de su entrega al funcionario de correos y de la expedición del correspondiente recibo de imposición y, posteriormente, por la recepción del acuse de recibo, se confirma la entrega de la carta en el domicilio del interesado por el cartero, el cual no sólo está autorizado, sino obligado en el ejercicio de su misión, a realizar la entrega conforme a la norma del artículo 149 del antiguo Reglamento de Correos, así como del vigente, cuyo cumplimiento presupone que la célula o copia llegó al destino indicado, ya que los *certificados* que expide la Oficina de Correos son documentos que dan certeza".

Conceptualmente quedaron claras las distintas formas de notificación que reguló el 202 del Reglamento Notarial y que estudiaron en forma magistral GONZALEZ ENRIQUEZ ("Notas sobre la reforma del Reglamento Notarial establecida por el Decreto de 22 de julio de 1967", Rev. Dr. Notarial, 1969) y AVILA ALVAREZ ("Comentarios a la reforma reglamentaria de 22 de julio de 1967", en Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, octubre 1967).

Claro está que esta notificación fehaciente dependía en su eficacia de la posible renuncia que los posibles beneficiarios de los derechos de tanto y retracto hicieran de los mismos. Sería o no necesaria dicha notificación según se hubiese producido o no la renuncia. Parece ser que se produjo dicha renuncia, pero la forma de acreditar la misma es la que no está en la línea exigida para provocar los efectos registrales que se desean. Presentan una carta de renuncia firmada por un extranjero en nombre de la Sociedad "Terrenos Canarios, S. A.", pero sin que se acredite su personalidad, facultades, etcétera, teniendo únicamente la firma legitimada. La exigencia de documentación pública (artículo 3 de la Ley Hipotecaria) es requisito imprescindible —salvo en ciertos casos— para la práctica de los asientos registrales. Esta doctrina tiene las excepciones referidas a los documentos *complementarios* que deben acompañar al documento inscribible o que pueden ser exigidos por el Registrador para una mejor calificación, pero que no son de aplicar el presente caso, pues aunque el documento en el que había de constar la renuncia de un derecho, podía calificarse de complementario o más bien de antecedente necesario para inscribir la venta, al contener la renuncia de un derecho inscrito y su consiguiente cancelación, exigía necesariamente prestar un consentimiento en cualquiera de los tres moldes que prevé el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Aquí se trataba únicamente de una carta en la que se había legitimado la firma, lo cual, como acertadamente dice la Dirección, no supone más que la *auténticidad de la firma*, que es lo único que cubre la fe notarial. Leyendo con cierto detenimiento los artículos 33 y 34 del Reglamento Hipotecario, se ve claramente la diferencia apuntada por la Dirección.

Si el documento en el cual consta la renuncia no se entiende suficiente para destruir la eficacia de la notificación previa a efectos de ejercitar el tanto y esta notificación, a su vez, se entiende que no es fehaciente, la calificación tenía que ser la que fue, dejando a salvo —como lo hace la Dirección— los derechos de los interesados para hacer valer sus derechos ante la jurisdicción ordinaria y demostrar judicialmente la validez de la renuncia y la innecesidad de la previa notificación.

La cosa, sin embargo, se complica al aducir el Notario que ni el derecho de tanto, ni el de retracto (sobre cuya aplicación y diferencias con otras figuras se extiende en su informe, quizás con más afanes de lucimiento que de efectividad) tienen carácter real, tratándose de un pacto obligacional que no debe tener acceso al Registro. La habilidad de la contestación a cargo del Registrador calificante es aducir la "salvaguardia de los Tribunales" para proteger lo inscrito, sin hacer mención de los temibles artículos 98 de la Ley y 355 del Reglamento Hipotecario. El Notario recurrente tampoco remata su recurso con la cita de esos artículos. Desplazado el tema al carácter real o personal de los derechos, comentemos el mismo.

b) *Carácter real o personal de los tantoos y retractos pactados*

La discusión entre el sistema del "*numerus clausus*" y el "*numerus apertus*" fue siempre favorable al último de los citados a la vista de los muchos artículos de nuestra legislación en que se podía apoyar la tesis (artículos 2 de

la L. H. y 7 del Reglamento, amén de los 392, 467, 523 y 594 del C. c.). De ahí que, en frase de NÚÑEZ LAGOS ("Registro de la Propiedad español", R. C. D. I., 1949), pueda decirse que la legislación hipotecaria sigue el sistema del *numerus apertus* y su contenido elástico preside la regulación de cada uno de los derechos reales.

Claro está que este sistema quédá reducido en su posible amplitud por una pretendida cautela en la aplicación del principio y por la fuerza doctrinal de algunas opiniones. GONZÁLEZ PALOMINO ("La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria", R. G. L. y J., 1945) decía que con *numerus apertus* y todo, resulta que dentro de nuestro derecho todo se reduce a dominio, derechos limitativos, de adquisición y de garantía y la voluntad de los particulares se reduce a la determinación del objeto, condiciones, garantías y de los límites..., y es que falta poder e imaginación para inventar derechos reales.

SERRANO Y SERRANO ("El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo", 1934) y otros autores (COSSIO, BERAUD, etc.) han opinado también en contra del sistema del *numerus apertus*, aun y a pesar de que el Tribunal Supremo ha posibilitado la construcción *erga omnnes* de aquellos derechos que se establezcan con carácter absoluto (S. T. S. 25 de julio 1945 y 27 junio de 1955).

De esta forma llegamos a la doctrina de la Dirección General de los Registros en la que puede citarse la Resolución de 4 de enero 1927, que negó trascendencia real a derechos de tanteo y retracto pactados convencionalmente. En las Resoluciones de 11 abril 1930, 13 mayo 1936, 23 febrero de 1943, 27 de marzo de 1947, 7 julio 1949, así como en la de 31 de mayo de 1951, se establece como regla genérica la de que la doctrina del *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica con el carácter y los efectos de un derecho real.

Sin embargo, frente a este criterio, surge posteriormente la posibilidad que ofrece la Resolución de 20 de septiembre de 1966, que versa precisamente sobre un caso de estipulación constitutiva de un derecho de "adquisición preferente", y en la que, después de repetir la idea de que "no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria", se añade que en el caso discutido se reunían los siguientes requisitos para dar consistencia registral al derecho pactado: a) Concesión de un derecho "erga omnnes" de adquirir la parcela, sin crear un derecho de crédito. b) El precio se determinará por terceras personas. c) Fijación de un plazo. d) Determinación del límite del artículo 781 del C. c. y e) Se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca.

Estas bases, junto con las que ya estableció la Resolución de 7 julio 1949, a la que se remiten las recientes —ya comentadas en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL— de 19 de julio de 1973 y 10 octubre de 1973, podrían prefijar unas pautas en la inicial calificación registral y determinar claramente cuando estamos ante un derecho real o frente a uno personal. Pero hay que volver de nuevo a la gran dificultad que supone esta selección, pues como bien dice

la Dirección, "Al desempeñar los Registradores esta función, tropiezan con graves dificultades prácticas, pues, salvo en los casos en que los caracteres típicos del derecho real se presentan con nitidez, no deja de ser frecuente la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional; en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y hay también unas últimas en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más amplio...".

No es extraño, por ello, que LA RICA ("Comentarios al Reglamento Hipotecario", 1948) dijera que "Este principio de cierre registral al derecho personal es fácil de establecer teóricamente, y aun imponerlo con la energía de un precepto legal; pero resulta en la práctica bastante complicado a veces, pues existen zonas intermedias en las que lo personal se filtra sutilmente a través de lo real. Además, dice dicho autor, no hay que olvidar dos consideraciones: una, que el legislador puede construir como derechos reales o con efectos reales derechos sancionados por la doctrina como personales (tal es el caso del artículo 14 del Reglamento Hipotecario), y otra que los contratantes pueden dar trascendencia real a muchas convenciones puramente personales o de simple obligación por la vía indirecta de la condición resolutoria (artículo 37 L. H. y R. 6 julio 1949).

Lo curioso del caso es que planteado en el recurso o por lo menos solucionado en la Resolución, el problema de la naturaleza real o personal de los derechos que figuran en el Registro inscritos, se rechace su carácter real por "no aparecer claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria". La manifestación genérica de la falta de *delimitación de perfiles* es una buena fórmula, pero no conduce a nada. Así como en otras ocasiones la Dirección se ha atrevido a señalar cauces por los que habrían de transcurrir la futura constitución de derechos reales, ahora elude el caso y con esa fórmula poco comprometedora sale del paso. Ante la fórmula empleada por el Notario y refleja posteriormente en el Registro, ¿cabé añadir algún requisito más? Quizá fuera problema de matices o de términos en los que se hable del carácter *absoluto*, la *eficacia erga omne*, la *transmisibilidad o no del derecho*, etc., pero nunca de *intenciones constitutivas* de un derecho real. ¿De verdad eso es tan trascendente? Niego, por supuesto, que en estos casos se infrinja o se roce la doctrina del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, estando en este caso al lado de la exposición doctrinal del Notario recurrente. Intentar una diferenciación de figuras me parece excesivo en estos estrechos límites, pero es claro que un tanteo o un retracto no significan *prohibición de disponer*, sino condicionamiento de la disposición.

La conclusión de la Dirección es clara: estamos ante derechos personales a los que habría que aplicar la doctrina de los artículos 98 y 355 de la Ley y Reglamento Hipotecarios, pero como la cuestión no ha sido planteada, el asiento en que constan dichos derechos debe surtir sus efectos mientras esté, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales. Las conclusiones que cabe sacar de esta doctrina son todas ellas

muy provechosas, pero destruyen, por así decirlo, la esencia de lo que tradicionalmente concebimos por Registro de la Propiedad. Veamos:

1. La función calificadora del Registrador, aparte de ser el "control que el Estado pone para respetar el principio de legalidad", tiene como misión específica el *seleccionar* del título presentado lo que es real de lo que es personal, rechazando la inscripción de aquellas cláusulas que entren en este último carácter.

Con esta Resolución tanto da que el Registrador se esfuerce o no para descubrir lo real y distinguirlo de lo obligacional, pues constatado en el Registro el derecho, aun siendo personal, seguirá surtiendo sus efectos hasta que sea cancelado, si es que se pide.

2. Conforme a esta Resolución, hay que estimar "no aplicable" circunstancialmente la doctrina del artículo 98 de la L. H., pues aun estimando que lo inscrito *es personal*, esto deberá tener la *consideración de gravamen* hasta tanto se cancele, cosa que si no se pide en el recurso puede perdurar, pues el contenido del asiento queda bajo *la salvaguardia de los Tribunales*.

3. La conclusión anterior impide entrar en funciones el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, ya que deja a la libre iniciativa del Registrador la posible cancelación (*podrá procederse*, dice el artículo) cuando practique cualquier asiento. En el caso contemplado pudo inscribir el Registrador la venta o enajenación, cancelando los derechos de tanteo y retracto, pero estimó que eran verdaderos derechos reales y los dejó incólumes, lo cual supuso que seguirían produciendo sus efectos. Aunque no hubiese calificado de reales dichos derechos, su actuación hubiese sido correcta al amparo de lo que nos dice la Resolución, pues aun estimando personales dichos derechos la facultad de cancelar que se le concede al no ser utilizada dio el mismo resultado que el supuesto anterior.

4. La línea progresiva que significa esta doctrina es de tener en cuenta para solventar la difícil problemática de la diferenciación entre derechos reales y personales. Se ha llegado a la superación del *lado pasivo* del derecho real. Sea real o sea personal, si el derecho se inscribe surte todos sus efectos hasta tanto no se cancele y si no lo cancelan los interesados con su consentimiento, ni el Registrador al amparo de lo dispuesto en el 355 del Reglamento Hipotecario, tendrá que ser el Juez el que levante el principio de la *salvaguardia de los Tribunales* y ordene la candelación.

El derecho real —y hago juego contradictorio con la frase— no se inscribe por ser real, sino que es real porque se inscribe. Ya no es preciso señalar requisitos, circunstancias, elementos y trascendencias para que el derecho sea estimado como real: basta con inscribirlo para que tenga proyección *erga omnes*, mientras no se cancele. De ahí a un sistema de transcripción no hay más que un paso.

¿Pueden serenamente ser mantenidas todas estas conclusiones? Yo creo que es muy difícil. Me resisto a creer que la Dirección que vela por la pureza del sistema, la unificación de la práctica y la creación de una doctrina ajustada al espíritu de la Ley haya querido llegar tan lejos. Quizá, también, pudo suceder que por tratar de solucionar un caso concreto en el que había razones de equidad, no midiese las consecuencias a que podía llegar su solución equitativa.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1) NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN EL EXTRANJERO POR LA CONDICION DE CATÓLICO DEL CONTRAYENTE ESPAÑOL

*(Notas a las Sentencias del Tribunal Supremo de
20 de abril de 1974, 25 de septiembre de 1974
y 11 de marzo de 1975)*

Por JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS
Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. La Sentencia de 20 de abril de 1974: 1. El supuesto de hecho. 2. Doctrina de la sentencia. 3. Crítica.—III. La Sentencia de 11 de marzo de 1975.—IV. La Sentencia de 25 de septiembre de 1974: 1. El supuesto de hecho. 2. Los motivos del recurso. 3. La doctrina de la sentencia y su crítica.—V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

En un trabajo recientemente publicado (1) he intentado apuntar, si no llegar a resolver, algunos de los problemas más importantes que plantea la actual regulación del matrimonio civil en España. Después de redactado ese trabajo, han llegado a mis manos tres interesantísimas Sentencias del Tribunal Supremo que, en ciertos aspectos, inciden en algunas de las cuestiones básicas que esbocé. Por esto, me ha parecido necesario comentarlas, tanto porque la primera y la tercera parecen estar en abierta contradicción con la segunda, cuanto porque siempre es una tarea importante contrastar las conclusiones teóricas con los casos prácticos reales y palpitantes, verdadera piedra de toque para cualquier afirmación jurídica general.

Los supuestos de hecho contemplados en dichas sentencias coinciden en una base común: en los tres casos se trataba de matrimonios civiles celebrados en el extranjero en la forma admitida por la “lex loci”, siendo súbdito español solamente el contrayente varón. Pero a partir de este punto de partida idéntico se bifurcan las circunstancias fácticas de cada caso, lo mismo que el planteamiento inicial del pleito. Puedo anticipar que la diferencia más llamativa, y de mayor trascendencia jurídica, entre los supuestos de las Sentencias de abril de 1974 y marzo de 1975 con la de septiembre de 1974, radica en que en las primeras el matrimonio había producido la correspondiente ins-

(1) Aunque su redacción final data de abril de 1974. Se trata de: *El matrimonio civil en España, hoy*. Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro. Vol. I, pág. 537. Tecnos, Madrid, 1976.

cripción en el Registro Civil español, y no había sucedido lo mismo en la tercera. Esto obliga, aun con el riesgo de incurrir en alguna repetición, a examinar separadamente los supuestos de hecho de ambas sentencias (2), lo mismo que la doctrina de sus considerandos, para terminar con su confrontación y las oportunas apreciaciones críticas.

He de resaltar, en fin, para terminar esta breve introducción, la creciente importancia jurídico-práctica del supuesto planteado. El número de matrimonios civiles celebrados por emigrantes españoles fuera de España, de acuerdo con la forma local, ha aumentado enormemente en los últimos años y, sobre todo, al producirse, como ocurre ahora, un movimiento contrario de repatriación, motivado por circunstancias económicas, es cuando se agudizan al máximo los problemas de aquellos matrimonios. Mientras el español residía fuera de España, le bastaba prácticamente, y no tenía por qué preocuparse de más, con cumplir con las normas de la nación donde residía; en cambio, al volver a España, y aun cuando quiera regularizar su situación, se encuentra con que su matrimonio no será siempre eficaz para el Derecho español, por las razones que iremos exponiendo. No hay que profundizar mucho para entrever los peligros de auténtico fraude al cónyuge extranjero —perfectamente casado, según su ley personal— que esta situación puede acarrearle, en cuanto el español no actúe con plena buena fe.

II. LA SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1974

1. *El supuesto de hecho.*

Se trataba de un matrimonio civil celebrado ante el Registro Civil de Leningrado el día 5 de enero de 1952 entre don C. P. G., súbdito español, y doña T. I. V., nacional de la U. R. S. S. El actor pedía se declarase la nulidad de este matrimonio alegando esencialmente como fundamento de derecho la circunstancia de estar bautizado en la Iglesia Católica (que esté fuera el argumento fundamental esgrimido se deduce de la reconvención de la demanda y de los recursos subsiguientes). En la demanda el actor exponía que cuando sobrevino el Alzamiento Nacional se encontraba en el Norte de España y fue deportado a Rusia con otros niños de su edad en una de las expediciones organizadas por aquel entonces; que en este país cursó sus estudios y se graduó en la Facultad de Arquitectura de Leningrado, en la cual precisamente conoció a doña T. I. V., con la que tuvo relaciones íntimas, de las cuales nació una niña, O., y por ello accedió a contraer matrimonio meramente civil con la madre. Añadía que volvió a España en 1956, en la primera oportunidad favorable, instalando su despacho en V., donde ejerce; que doña T. I. V. le siguió desde Rusia a los pocos meses y que en V. nacieron otros dos hijos del matrimonio. Las desavenencias conyugales que se describen en el escrito no interesan a nuestro objeto; pero, en cambio, sí es

(2) Me refiero a las de 20 de abril de 1974 y 25 de septiembre de 1974. La de 11 de marzo de 1975 es una reafirmación de la primera, cuya doctrina, como veremos, amplía y perfila con mayor precisión.

importante señalar que el demandante indica que había iniciado expediente ante el Vicario General de la Diócesis, a fin de romper su vínculo matrimonial, en el cual recayó Decreto autorizándole para pasar a nuevas nupcias canónicas, lo que no dejaba totalmente resuelta la cuestión en cuanto a la efectividad del vínculo civil, por lo que formuló demanda ante el Tribunal Eclesiástico correspondiente sobre nulidad del vínculo, resolviendo dicho Tribunal que no podía admitir a trámite tal demanda ante la jurisdicción canónica por cuanto ésta ya había resuelto definitivamente en el expediente antes referido lo que concernía al aspecto canónico de la cuestión, es decir, la inexistencia de todo vínculo entre las partes, y que en cuanto a los efectos meramente civiles que pudieran derivarse del acta de Leningrado no podía resolver por no ser de su competencia (3).

A la demanda contesta el Ministerio Fiscal, de modo formulario, y la

(3) La postura del Tribunal eclesiástico es totalmente coherente y lógica dentro del sistema matrimonial propio del Derecho canónico. El matrimonio civil de un bautizado es inexistente, un mero concubinato, a los ojos de la Iglesia, y por esto se le autoriza para contraer nuevas nupcias canónicas (lo que, por cierto, de llegar a ocurrir plantearía el grave y conocido problema de la eficacia de este segundo matrimonio canónico, subsistente el primero civil, dado lo dispuesto en el artículo 51 del Código), pero, al mismo tiempo, la Iglesia declara su incompetencia para decidir sobre los efectos que pudieran derivarse de un enlace meramente civil, por ser cuestión totalmente ajena a su misión y exclusiva de los Tribunales ordinarios del Estado.

Conviene destacar, no obstante, el hecho de que no siempre los Tribunales eclesiásticos han procedido en supuestos análogos con la misma coherencia. En efecto, en el caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967 y con relación a un matrimonio civil celebrado en Moscú en 1955 entre español bautizado y rusa acatólica no bautizada (es decir, un supuesto prácticamente idéntico al que ahora examinamos), el Tribunal Eclesiástico declaró que tal enlace era matrimonio canónico, seguramente por estimar concurría el supuesto excepcional previsto en el canon 1098 para, a reglón seguido, concluir que este vínculo canónico era nulo por existencia del impedimento de disparidad de cultos no dispensado. Llama la atención que puedan encontrarse diferencias tan radicales de situación de hecho entre las existentes en Leningrado en 1952 y en Moscú en 1955, como para entender que en la primera ciudad y en aquella fecha no había grave incomodidad para acudir a un sacerdote católico, y que, en cambio, estas dificultades existían en la segunda capital tres años más tarde hasta permitir la validez del matrimonio celebrado sólo ante testigos, conforme al canon citado.

En todo caso, parece en buena lógica que, en el plano civil, no debería recibir trato diferente la declaración de la Iglesia de que un matrimonio civil no es canónico, de la que afirme que existe *matrimonio canónico nulo* por concurrir un impedimento diríamente por disparidad de cultos. Nótese que en ambos casos y puesto que en el segundo el impedimento es exclusivamente canónico, la Iglesia no dice nada sobre la validez y efectos del mero enlace civil, lo cual debe corresponder solamente a la jurisdicción estatal. Y, sin embargo, en el caso resuelto por la Sentencia de 1967 se pidió y se obtuvo la ejecución a efectos civiles de la declaración de nulidad de aquel matrimonio canónico.

Las cuestiones suscitadas por esta Sentencia y, en general, por estos matrimonios canónicos en forma civil, han sido agudamente replanteadas por ARECHEDERRA: *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español (Commentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967)*. A.D.C. 1972, págs. 1223 y ss.

demandada reconviniendo, pidiendo que se declare la validez del matrimonio civil discutido y, además, que se decrete la separación de los cónyuges por causa de adulterio y abandono del hogar por parte del marido. De los hechos que expone, el más importante a los efectos del pleito es que se comprueba que el matrimonio civil en cuestión había sido inscrito en el Registro Civil Central del Ministerio de Justicia el día 17 de febrero de 1959.

El Juez de Primera Instancia dicta sentencia por la que desestima la demanda y estima parcialmente la reconvención, declarando la validez y eficacia legal del matrimonio, pero sin que haya lugar por ahora a la separación de los cónyuges. Esta sentencia esapelada por ambas partes y la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial dicta sentencia, confirmando la recurrida, excepto en cuanto a su última declaración, pues admitiendo íntegramente la reconvención, decreta además la separación legal de los cónyuges declarando culpable al marido, con las demás consecuencias jurídicas del caso. Contra la sentencia de la Audiencia entabla el actor recurso de casación por infracción de ley, al amparo del siguiente único motivo: "Comprendido en el número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley Enjuiciamiento Civil, violación, por no aplicación, del párrafo primero del artículo 4.^º del Código civil, y de la doctrina legal contenida entre otras, en las Sentencias de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929, 10 de febrero de 1926, 12 de mayo de 1944, 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 14 de noviembre de 1963, 5 de julio de 1965, 16 de marzo y 15 de abril de 1967, así como por interpretación errónea de los artículos 9, 11, párrafo tercero, 42 y 101, todos del Código civil, en relación con la Orden de 10 de marzo de 1941."

Del enunciado de este motivo, transscrito literalmente, así como de su posterior desarrollo, se deduce claramente que en él se involucran tres razones distintas para defender la nulidad del matrimonio. La primera y fundamental es la infracción del artículo 4.^º del Código, en relación con el artículo 42 del mismo Cuerpo legal, conforme a la interpretación contenida en la Orden de 10 de marzo de 1941 y en la doctrina legal elaborada por las Sentencias citadas a partir de la de 21 de octubre de 1959. Es decir, se pretende que por el solo hecho de estar bautizado en la Iglesia el contrayente estaba obligado a contraer matrimonio canónico, so pena de nulidad si lo celebraba civilmente. La segunda es que, aun dando por supuesta la acatolicidad de las partes, el matrimonio civil es nulo por defecto esencial de forma, "de conformidad —se dice textualmente en el motivo— con el artículo 101, en relación con el párrafo tercero del artículo 100, ambos del Código civil, al establecerse la exclusiva competencia de los Jueces Municipales en España y de los Cónsules y Vicecónsules en el extranjero, para autorizar el matrimonio civil de españoles". Y, en fin, la última razón, tal como aparece resumida en el desarrollo del motivo del recurso, es la consabida referencia al orden público, regulado en el párrafo tercero del artículo 11 del Código (4) y que, como verdadera panacea para resolver cualquier cuestión matrimonial, se invoca frecuentemente en pleitos de este tipo. A estos efectos, se hace una alegación yaga de que las disposiciones sobre la materia" son consecuencia

(4) Hoy en el artículo 12, 3, del nuevo título preliminar.

del carácter confesional de nuestro Derecho matrimonial, que considera la Religión Católica como oficial del Estado con base en nuestras leyes fundamentales", para a continuación argumentar que los principios religiosos que integran el orden público son absolutamente obligatorios, recogiendo lo que afirman al respecto algunas Sentencias del Tribunal Supremo.

2. *Doctrina de la sentencia*

Los dos primeros considerandos se limitan a recalcar las bases fácticas más importantes del supuesto planteado. Tiene cierto interés, sin embargo, el segundo de ellos en cuanto que recoge la razón fundamental por la que la Audiencia se decidió por la validez del matrimonio. La argumentación de la sentencia recurrida se centra en estimar que "el caso debatido, por no estar previsto en ellos, no está incluido en los artículos 42 y 100 del Código civil, que parten del supuesto de que se pueda hacer declaración de no profesar la Religión Católica, para la validez del matrimonio civil y aplica el principio de que no se puede negar eficacia a la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con persona que lo acepta y exterioriza la suya encaminada al mismo fin, cuando esa emisión de voluntad se hizo ante el encargado del Registro Civil del lugar en que se realiza". Desde luego, la primera parte de este razonamiento es totalmente superficial y no resiste la crítica más ligera. Es absurdo, en efecto, pretender que el artículo 42, tanto en su redacción anterior como posterior a la ley de 24 de abril de 1958, haya querido dejar algún hueco o vacío en su regulación fundamental sobre las formas o clases de matrimonio admitidas en nuestro Derecho. El matrimonio de españoles, aun celebrado en el extranjero, ha de sujetarse, en cuanto a sus condiciones de fondo, a las normas españolas y, entre ellas, como esencial al artículo 42 del Código, el cual, por cierto y lo mismo que el artículo 100, nunca han descendido al detalle de exigir la declaración de acatolicidad para la validez del matrimonio civil. Precisamente esta vaguedad intencionada del legislador no aclarada tampoco por el actual artículo 86 del Código civil, en cuanto que éste no llega a precisar en qué ha de consistir la prueba de no profesar la religión católica, ha motivado, como es sabido, múltiples interpretaciones a nivel administrativo sobre esta cuestión esencial (5).

El Tribunal Supremo, desechando este camino equivocado, desestima el recurso interpuesto con base en la doctrina que sienta en su tercer considerando y que merece transcribirse. Después de resumir el motivo del recurso, añade textualmente las frases siguientes: "motivo que por tratar materias dispares, sin hacerlo en otros distintos, adolece de defecto de formulación del artículo mil setecientos veintinueve-cuarto y mil setecientos veinte, párrafo segundo, y que aparte de estos defectos formales, que pueden determinar la desestimación del motivo en este momento procesal, como alegó en la vista el Ministerio Fiscal, partiendo de los hechos que se estiman acreditados en

(5) Un perfecto resumen histórico sobre las vicisitudes en la interpretación del repetido artículo 42 puede consultarse últimamente en ALBERTO DE LA HERA: *Matrimonio civil y revisión del Concordato (Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)*, A.D.C. 1975, págs. 639 y ss.

la Sentencia, es evidente que en las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil, ante el encargado del Registro en Leningrado, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, porque no podían trasladarse a España y por la carencia de representación diplomática de España en Rusia, y en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que esta hubiera sido la voluntad de los contrayentes; que si bien es cierto que el recurrente fue bautizado, no aparece que haya venido profesando la Religión Católica con posterioridad, y al volver a España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en diecisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, y ello no hubiera podido tener lugar, sin la manifestación de que no profesaba la Religión Católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha, y por si esto no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil, como hijos legítimos de dicho matrimonio, los habidos con posterioridad en España y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad, con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio".

Vemos, pues, que el Tribunal Supremo hubiera podido, con plena corrección procesal, haberse abstenido de entrar en el examen de la cuestión de fondo y desestimado el motivo por defecto formal evidente en su formulación. Pero es de alabar que la sentencia no se haya contentado con este camino fácil, tantas veces utilizado por nuestro más Alto Tribunal, y haya preferido descender en este caso al problema de fondo debatido, comprendiendo, mi duda, la gran importancia práctica del supuesto de hecho y la trascendencia teórica de la doctrina que iba a sentar.

La sentencia, sin detenerse a estudiar las implicaciones del orden público invocadas en el motivo del recurso (6), examina las dos razones fundamentales esgrimidas en el mismo, es decir: la posible nulidad formal del matrimonio por infracción del artículo 101, 4º, del Código, y la posible nulidad, diríamos de fondo, de tal matrimonio por la cualidad de bautizado del contrayente español, en contravención de lo establecido por el artículo 42 del Código, interpretado por la Orden citada de 1941.

La primera razón la rechaza la sentencia, como hemos visto, atendiendo a las especiales circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil. A mi juicio, el Tribunal Supremo peca aquí de un exceso de timidez, pues esas circunstancias excepcionales que cita la sentencia (el no poder trasladarse a España, la carencia de representación diplomática de España en Rusia y la no existencia de facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de los contrayentes) no son realmente las decisivas para concluir con la validez formal de tal matrimonio civil, y, de aplicarse estrictamente esta doctrina, se correría el riesgo de llegar a declarar la nulidad de matrimonios civiles

(6) Con toda razón, pues, el orden público no jugaba aquí para nada y su alegación no pasaba de ser, como antes he indicado, una salida muy socorrida en cualquier cuestión matrimonial.

celebrados por españoles en el extranjero con arreglo a la "lex loci", si tal-tase una cualquiera de las circunstancias excepcionales indicadas.

Parece claro, por el contrario, que la validez formal de tales matrimonios tiene su fundamento evidente en lo hoy dispuesto por el artículo 73 de la Ley del Registro Civil, que admite explícitamente tal validez formal (y sin perjuicio de que, como luego veremos, su inscripción en el Registro Civil español quede supeditada a la tramitación del expediente gubernativo prescrito en el propio artículo de la ley y desarrollado en el artículo 249 del Reglamento del Registro Civil). Además, y esto es importante recalcarlo, el artículo 73 de la Ley del Registro Civil debe considerarse aplicable no sólo a los matrimonios celebrados con posterioridad a su entrada en vigor, sino también a los celebrados con anterioridad, pues se trata, según su génesis y su "ratio" de una norma interpretativa de lo dispuesto en los artículos 100 del Código civil y 11 del mismo Cuerpo legal, en su anterior redacción, y, de acuerdo con la doctrina científica más autorizada (7), tal tipo de normas suelen tener, por su propia naturaleza, eficacia retroactiva. El artículo 73 de la Ley del Registro Civil implica, como afirma la Resolución de 14 de marzo de 1967, que "ha de estimarse superada la interpretación contraria que arrancaba del último párrafo del artículo 100 del Código civil: es decir, que debe admitirse hoy, con relación al matrimonio civil, el criterio general *locus regit actum* en materia de forma que proclama el artículo 11 del mismo Código". En fin, esta conclusión aparece avalada por el hecho cierto de que los artículos 100 y 101 del Código civil no constitúan, ni mucho menos, un valladar infranqueable para propugnar la vigencia general del citado artículo 11, incluso antes de la nueva Ley del Registro Civil, y esto explica también las oscilaciones de la jurisprudencia, de la doctrina y de la práctica administrativa, con anterioridad a la nueva legislación registral (8).

En definitiva, se echa de menos, en cuanto a este punto, una referencia explícita de la Sentencia al artículo 73 de la Ley del Registro Civil, que, con toda generalidad, sin distinción de casos y cualquiera que sea la fecha del matrimonio, permite afirmar la validez en cuanto a su forma de los matrimonios civiles de españoles en el extranjero, contraídos conforme a las leyes del país de celebración (9).

(7) Vid. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, tomo I, pág. 727.

(8) Sobre esta cuestión, pueden consultarse: PORTERO SÁNCHEZ: *Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, A.D.C. 1960, pág. 501; LALAGUNA: *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, páginas 161 y ss., así como mis breves notas a la S. T. S. de 29 de mayo de 1970, A.D.C. 1971, pág. 1251.

(9) El nuevo título preliminar del Código ha complicado extraordinariamente y sin ninguna necesidad el régimen general de la forma de los actos en Derecho internacional privado. Hay una contradicción palpable entre el régimen liberal que parece implantar el artículo 11, 1, del Código y el criterio restrictivo que, a renglón seguido, proclama el apartado 2 del propio artículo. La doctrina, hasta ahora, no ha dado una solución satisfactoria a esta antinomia.

En todo caso, y cualquiera que sea la interpretación a que pueda llegarse, no creo que pueda pensarse en una derogación de lo dispuesto en el artículo

El segundo extremo examinado en este tercer considerando es el relativo a la acatolicidad del contrayente español como condición "sine qua non" para la validez del matrimonio civil discutido. El Tribunal Supremo, como hemos visto, pone de relieve que, si bien el contrayente estaba bautizado, lo cierto es que no ha venido profesando la religión católica con posterioridad y que toda su conducta denota su acatolicidad, especialmente porque, al volver a España, no intentó la confirmación canónica de su enlace, sino que solicitó y obtuvo la transcripción de su matrimonio civil en el Registro Civil Central del Ministerio de Justicia, lo que se llevó a cabo en 17 de febrero de 1959.

El cambio de enfoque que supone esta sentencia frente a una serie de sentencias anteriores, invocadas precisamente en el desarrollo del motivo del recurso, es de extraordinaria importancia y merece ser destacado. En efecto, el Tribunal Supremo en las Sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 16 de febrero de 1961, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo de 1967, referidas todas ellas a supuestos, como el presente, de matrimonios celebrados bajo la vigencia de la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941, había venido interpretando el artículo 42 del Código civil en el sentido de que el bautizado estaba obligado, so pena de nulidad, a contraer matrimonio canónico y sólo se permitía la validez del matrimonio civil de los católicos españoles cuando se acreditaba auténticamente que habían sido arrojados de la Iglesia por excomunión o por abandono voluntario por apostasía formalmente acreditada o entredicho solemnemente declarado por Autoridad Eclesiástica competente. En esta Sentencia, por el contrario, el Tribunal Supremo modifica el punto de vista y pone el acento no en el simple hecho del bautismo, sino mucho más de acuerdo con la letra del artículo 42, en el concepto de no profesión de la religión católica. No es ya necesaria ninguna declaración de la Iglesia sobre este extremo; la no profesión se deduce de la conducta del interesado (10).

La sentencia, además, añade —y con ello viene a confirmar expresamente el cambio de criterio operado— que frente a esa conducta que denota la acatolicidad no puede conseguirse la nulidad del matrimonio "con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio". La desautorización de la interpretación administrativa efectuada por la Orden Ministerial de 1941 no puede ser más tajante. No obstante ser aplicable esta Orden por la fecha en que se celebró el matrimonio, la misma es rechazada por el Tribunal Supremo, lo que equivale a atribuir eficacia retroactiva a las disposiciones posteriores que la derogaron, al menos explícitamente a partir del Decreto de 26 de octubre de 1956 (11). Un año más tarde, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1975 desarrolla con perfecta claridad esta misma idea.

73 de la Ley del Registro Civil. Téngase en cuenta que la forma local extranjera está expresamente admitida por un precepto concreto del Derecho español y, por tanto, recogida en el nuevo título 11, 2, del título preliminar.

(10) En cuanto a este aspecto, me remito a lo que expuse en mi trabajo citado en la nota primera, especialmente págs. 548 y 561.

(11) *Vid. DE LA HERA, Obra citada, pág. 665.*

3. Crítica

Con alguna pequeña salvedad (12), hay que reconocer el acierto y la oportunidad de la doctrina establecida por esta Sentencia del Tribunal Supremo. El nuevo concepto de "no profesión de la religión católica", la superación de la interpretación llevada a cabo por la Orden de 10 de marzo de 1941 y de la doctrina jurisprudencial que con tanta facilidad conducía a la declaración de nulidad del matrimonio civil de un bautizado, muestran un camino que hay que seguir y aplaudir francamente, para acabar con ese fraude denunciado por la doctrina que uno pueda aprovecharse de la condición de bautizado en la Iglesia para obtener un verdadero divorcio de su matrimonio civil. Personalmente, al leer por primera vez esta sentencia, creí ya superada y cerrada para siempre la etapa jurisprudencial iniciada por las dos sentencias citadas de 1959.

Desgraciadamente, pocos meses después, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1974 ha introducido nuevas confusiones en esta materia, llegando a conclusiones otra vez inaceptables. Antes de examinarla con detalle, conviene, sin embargo, detenerse en el estudio de la Sentencia de 11 de marzo de 1975 que respalda y ratifica, aún con mayor amplitud y riqueza de argumentos la doctrina sentada por la de 20 de abril de 1974. Aunque con este sistema, no se respeta un criterio cronológico, el estudio previo de ambas sentencias resulta totalmente necesario para poder enfrentarnos con las conclusiones opuestas y perturbadoras de la Sentencia de 25 de septiembre de 1974 que, al menos, hoy por hoy, es una sentencia única (13) y, por tanto, sin valor de doctrina legal a efectos de casación.

III. LA SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1975

El supuesto de hecho y la solución adoptada guardan una enorme semejanza con los de la Sentencia antes examinada. Así lo reconoce el propio Tribunal que en su tercer considerando reproduce íntegramente el correlativo

(12) Además de lo ya indicado sobre la forma del matrimonio civil contraído, según la "Lex loci", hay que señalar que es inexacta la afirmación contenida en el tercer considerando en el sentido de que en 17 de febrero de 1959 (fecha de la transcripción del matrimonio) no era posible la inscripción sin la previa manifestación del interesado de que no profesaba la Religión Católica. En efecto, en aquel momento estaban ya en vigor, concretamente desde el 1 de enero, la Ley y el Reglamento del Registro Civil, y ni el artículo 73 de la primera, ni el 249 del segundo, que regulan el expediente para esta transcripción exigen tal declaración. El artículo 249 lo único que requiere —y el mismo no ha sido modificado por el Decreto de 22 de mayo de 1969— es que se acredeite debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica, y precisamente a estos efectos puede tener poco o ningún valor la declaración ulterior de acatolicidad "al ir referida no al mismo tiempo en que se emite, sino a un tiempo anterior" (Resolución de 3 de agosto de 1970).

En el mismo sentido la Resolución de 7 de julio de 1971 exige también otros medios probatorios de la acatolicidad. Vid. por extenso un comentario a estas Resoluciones y a la especialidad que ofrece la declaración ulterior de acatolicidad, en mi repetido trabajo, págs. 559 y ss.

(13) Es curioso constatar que, ponente de la Sentencia de abril de 1974,

considerando de la Sentencia de abril de 1974, además de afirmar la gran analogía de los hechos contemplados y la similitud de la doctrina. Se trata, en efecto, también de un matrimonio civil celebrado en determinada localidad rusa ante el encargado del Registro correspondiente entre un súbdito español —niño evacuado a Rusia desde la zona roja en los primeros meses de la guerra civil española— y una súbdita de la U. R. S. S., con fecha 20 de septiembre de 1954. El matrimonio igualmente se traslada en 1956 a España, donde nacen dos hijos y donde se logra la transcripción del matrimonio en el Registro Civil Central. También es aquí el marido quien, muchos años más tarde de la celebración, presenta la demanda pidiendo la nulidad del vínculo por defecto esencial de forma y por su condición de bautizado en la Iglesia Católica. Esta demanda es rechazada en ambas instancias y desestimado más tarde el recurso de casación interpuesto por el actor.

Junto a este entramado de hechos y circunstancias coincidentes existen algunos aspectos diferentes entre ambas sentencias y que deben ser destacados. Son los siguientes:

a) El actor, si no como causa de nulidad del matrimonio, aducía como motivo que le impulsaba a presentar la demanda las grandes perturbaciones mentales que padecía su esposa: una psicopatía que, complicada con una toxicomanía alcohólica, ha degenerado finalmente en una esquizofrenia paranoide con delirio de persecución. Esta alegación es duramente criticada por la esposa en su contestación a la demanda, quien pone de relieve que si su marido se considera ahora católico, debería saber que su religión no puede autorizale para abandonar a su esposa en el caso de que exista la pretendida enfermedad sobrevenida, que rotundamente niega y que, en ningún caso, puede dar lugar a nulidad del matrimonio.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo, en el segundo considerando de la sentencia destaca, como consecuencia de los hechos probados en la instancia y no combatidos en el recurso, "que el móvil o finalidad del presente litigio no es otro que el tratar de desligarse del vínculo matrimonial civil, libremente contraído y ratificado su consentimiento y propósito de mantenerlo una vez en España, ante la supuesta aducida anormalidad de los trastornos mentales actuales que sufre la esposa, lo que no puede determinar la nulidad del matrimonio".

b) La fecha de la transcripción del matrimonio en el Registro Civil Central, la cual se verificó con anterioridad a la vigente legislación del Registro Civil, concretamente en 1956 y al amparo de la Orden de 14 de febrero de 1950.

Debe notarse que esta Orden Ministerial se dictó no con carácter especial para los matrimonios, sino de modo general para todos "los actos concernientes al estado civil de los españoles que ocurran en país extranjero donde a la sazón no exista representación diplomática o consular española y que con arreglo a las leyes deban inscribirse en el Registro Civil". Su artículo 1.^º permitía su inscripción "provisional" en el Registro Civil Central, mediante la presentación por los interesados de la certificación extranjera correspon-

fue don Juan Antonio Linares Fernández, y de las otras dos, a pesar de sus contradicciones internas, don Mariano Gimeno Fernández.

diente, debidamente traducida, y este tipo de asiento es el que se había practicado en este caso.

Naturalmente que la eficacia actual de estas inscripciones provisionales, suprimidas por la legislación vigente podría plantear interesantes problemas, máxime si se tiene en cuenta que en el momento en que se practicó era también discutible que tal matrimonio debiera ser objeto de inscripción "con arreglo a las leyes", como exigía el indicado artículo 1.º. Podría, en efecto, aducirse que la interpretación del artículo 42 del Código por la Orden de 10 de marzo de 1941, así como la doctrina jurisprudencial, entonces en vigor, sobre el alcance de los artículos 100 y 101 del Código, vedaba la práctica de estas inscripciones provisionales de matrimonio civil.

El caso es que el actor no atacó de frente la eficacia de la inscripción y, por tanto, el Tribunal Supremo no tuvo por qué entrar en este problema. Por su parte, el Ministerio Fiscal, cuya intervención en el litigio fue, como veremos, muy destacada, abordó también esta cuestión, indicando que la disposición final segunda de la Ley del Registro Civil ordenó la derogación de las disposiciones anteriores relativas del Registro Civil y, por consiguiente, debe concluirse que la inscripción practicada en 1956 adquirió valor definitivo y no provisional, máxime cuando han transcurrido diecisésis años desde entonces y la inscripción provisional no está reconocida como tal modalidad en la nueva ley (14).

c) La importante intervención del Ministerio Público es la *litis*: Merecen ser transcritas parte de sus alegaciones, pues su argumentación pesó de manera decisiva en las sucesivas sentencias recaídas. Según el tenor literal de los resultandos de la sentencia del Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal alegó lo siguiente: "Cuarto: Todo el debate en este pleito se centra sobre la circunstancia de que el demandante, bautizado en la Iglesia católica, contrajo matrimonio civil en Rusia con súbdita rusa, infringiendo, según él, la prohibición existente en el Código civil (artículo cuarenta y dos) de que es obligatorio el matrimonio canónico para quienes profesan la Religión Católica. Las disposiciones matrimoniales son de orden público y que afectan a una institución tan esencial para la sociedad como es la familia, no pueden quedar en ningún caso supeditadas a maniobras jurídico-procesales que constituyen un evidente fraude legal. De fraudulenta en este sentido debe reputarse la pretensión del demandante. La normativa legal vigente ha interpretado de manera definitiva el alcance de la expresión "no profesar la religión católica". El hecho de estar bautizado en la Iglesia católica no quiere decir que se profese dicha

(14) Esta transmutación de efectos no parece, desde luego, nada segura. Las distintas inscripciones provisionales, admitidas con tanta profusión en la antigua legislación, vienen, en términos generales, a coincidir con las anotaciones de la legislación vigente, y no deberían tener otra eficacia que la simplemente informativa de estas últimas.

Creo más probable que para que una inscripción provisional de matrimonio civil llegue a producir los efectos normales de las inscripciones será necesario completar la primera, haciendo constar en ella el cumplimiento de los requisitos hoy exigidos por el artículo 249 del Reglamento del Registro Civil en el expediente que regula. Esta posibilidad de completar una inscripción a través de un expediente gubernativo tiene su apoyo en lo dispuesto por el artículo 95, 1.º, de la actual Ley y 296, 1.º, de su Reglamento.

religión y para contraer matrimonio civil basta no profesar. Este es el criterio mantenido por la Resolución de la Dirección General de los Registros de siete de junio de mil novecientos setenta y uno. Para la prueba es bastante, a la luz de los nuevos criterios, la declaración expresa de los interesados, porque quien seriamente afirma no profesar en efecto, no profesa aunque pertenezca por el bautismo a tal religión (queda superada la restrictiva doctrina del canon mil noventa y nueve). Quinto: Tales criterios de amplitud en favor de derechos inherentes a la persona humana reconocidos por la Ley de libertad religiosa no pueden ser ignorados en la presente *litis*. El matrimonio civil contraído por el demandado fue inscrito en el Registro Central español. El demandante desde los seis hasta los veintitrés años de edad estuvo en Rusia, que no profesó durante ese tiempo la religión católica lo prueba el hecho de que si lo hubiese querido habría allí podido contraer matrimonio canónico, al menos en su forma excepcional ante testigos, que no sólo por derecho natural, sino por el canon mil noventa y ocho está admitido por la Ley eclesiástica. Pero resulta que cuando regresó a España en mil novecientos cincuenta y seis, en vez de celebrar matrimonio canónico o pretender el reconocimiento canónico del matrimonio excepcional ante testigos, si lo hubiera celebrado, lo único que hace es inscribir su matrimonio civil contraído en Rusia. Y así pasan dieciséis años. Está clarísima la intención de abandonar la Religión Católica, que, en realidad, nunca profesó el demandante. Intención, además, demostrada en la prueba de confesión en juicio, donde reconoce que tuvo el propósito evidente de contraer un matrimonio en Rusia con su esposa, sino también su falta de conocimientos religiosos."

d) El recurso se articula al amparo nada menos que de diez motivos distintos, lo que contrasta con el único esgrimido en la Sentencia del Tribunal Supremo de abril de 1974. En el fondo, sin embargo, no se trata más que de un amplio desarrollo de las mismas razones condensadas en el único motivo del caso anterior. La posible infracción del artículo 42 del Código civil, en relación con su interpretación por la Orden Ministerial de 1941 y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de los artículo 100 y 101, 4.^º, del Código, de acuerdo igualmente con su interpretación jurisprudencial, son los argumentos que se repiten e invocan desde distintos puntos de vista y por diferentes vías y conceptos.

En realidad, el único motivo que contiene una razón nueva, con relación a la sentencia anterior, y que va a dar lugar a una precisión muy interesante en el nuevo fallo del Tribunal Supremo, es el quinto en el que se acusa la infracción del principio de irretroactividad de las leyes proclamado por el artículo 3 del Código civil (hoy artículo 2,3, del título preliminar). Se alega, en efecto, que al caso de autos sólo puede aplicarse la legalidad vigente en 1954, fecha en que el matrimonio se celebró y, por tanto, como fundamental la Orden de 1941, sin que pueda pretenderse la aplicación retroactiva de las múltiples disposiciones dictadas posteriormente sobre esta materia y que culminan en la reforma llevada a cabo en el Reglamento del Registro Civil por el Decreto de 22 de mayo de 1969.

e) La doctrina de la Sentencia de 11 de marzo de 1975 coincide con la

sentada por la de 20 de abril de 1974, ampliéndola con algunas afirmaciones nuevas de gran interés.

Hay coincidencia, no ya sólo porque se reproduce íntegramente, como antes indiqué, el considerando fundamental de la anterior sentencia, sino también porque en el considerando segundo se añade, como razón decisiva para la solución del litigio, el hecho probado, y no contradicho eficazmente en el orden procesal, de que "el actor no profesa la religión católica, al menos desde que a los seis años fue trasladado a Rusia".

Del mismo modo, en cuanto a la referencia que la Sentencia de 1974 hacía a las "normas ya rebasadas", se insiste en la misma idea en el penúltimo considerando de esta Sentencia, con relación ahora a la doctrina jurisprudencial que, a partir de 1959, había declarado la nulidad de matrimonios civiles celebrados por bautizados en la Iglesia. En efecto, frente a los motivos del recurso que acusan la violación de dicha doctrina jurisprudencial se señala que "con independencia de la mayor o menor similitud que guardan los supuestos de hecho en que se apoyan, su doctrina está ya rebasada por la sentencia de esta Sala citada anteriormente de 20 de abril de 1974 en caso análogo al presente y razonamiento que preceden" (15).

En fin, como afirmaciones nuevas y complementarias de la doctrina establecida por la Sentencia de 20 de abril de 1974, merecen resaltarse las dos siguientes:

— La inoperancia de la Orden de 10 de marzo de 1941 para fundamentar, dado su carácter administrativo, un recurso de casación. El considerando cuarto de esta sentencia dice así: "Que el motivo décimo del presente recurso, único formulado por el cauce del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil, va encaminado a combatir la valoración de la prueba verificada por la sentencia recurrida, acusando error de derecho, que apoya en la violación de la Orden del Ministerio de Justicia de diez de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, inoperante a los fines que se pretende, pues la misma tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno valorativo de prueba de obligado acatamiento por los tribunales, que es lo que podría integrar la materia de la pretendida infracción y se refiere a supuesto distinto al de autos, en que el matrimonio de los litigantes se celebró y autorizó el veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, ante las autoridades locales civiles del país de la residencia de aquel entonces de los contrayentes y la transcripción del mismo al Registro Civil en España aparece tuvo lugar a instancia del

(15) Es una lástima, en cambio, que no se haga ninguna referencia a la superación de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a los artículos 100 y 101 del Código civil, y cuya infracción se acusaba en el motivo sexto del recurso (Sentencias de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929 y 14 de noviembre de 1963). Parece, pues, que son únicamente las circunstancias excepcionales de tiempo y de lugar, de que hablaba la Sentencia de abril de 1974, las que vuelve a tener en cuenta ahora el Tribunal Supremo para fundamentar la validez formal del matrimonio discutido.

actor, al amparo de la Orden de catorce de marzo de mil novecientos cincuenta, dictada para autorizar la trascipción al mismo de los actos concernientes al estado civil de matrimonios de los españoles celebrados en extranjero, ante las autoridades locales del país, en que no existan representación Diplomática o Consular de España, supuesto distinto al que contempla la disposición en que se apoya el motivo que en consecuencia ha de desestimarse, así como también por los propios razonamientos el motivo segundo que por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil, pretende acusar la violación del artículo primero de la citada Orden de diez de marzo de mil novecientos cuarenta y uno."

— El alcance retroactivo de las disposiciones administrativas posteriores concernientes al matrimonio civil. Esta afirmación, cuya importancia no es preciso destacar, se contiene en el quinto considerando, cuando dice: "Y por lo que afecta al motivo quinto en que se acusa la violación del artículo tres del Código civil vigente en la fecha de la presentación de la demanda, que establece el principio de la irretroactividad de las Leyes, debe ser igualmente desestimado, porque dicho principio, discutido en la doctrina en cuanto a su extensión, no tiene un carácter absoluto, sino que aunque la norma no hubiera fijado expresamente la retroactividad, puede otorgársela cuando se trate de disposiciones administrativas de carácter interpretativo que conduzcan a la fundamentación de la validez del matrimonio, y así sucede en el presente caso en que las disposiciones relacionadas con la celebración del matrimonio civil, han venido siendo objeto de sucesivas interpretaciones, adaptándolas a la evolución de los principios sobre libertad religiosa, y que se plasmó últimamente en la Ley de veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y siete, tendentes a establecer un régimen más acorde con aquellos principios, que tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana, atendido además el carácter de orden público atribuido a las cuestiones que se refieren al estado civil, siempre que a través de ello no se prive de ningún derecho establecido por Ley anterior, lo que no sucede en el caso de autos, en el que el recurrente además lo que pretende es ir contra sus propios actos demostrativos de su acatolicidad, inducido por el deseo de poner fin o disolver su vínculo matrimonial, no por imperativo alguno de conciencia derivado de la profesión de la fe católica, sino motivado por los trastornos mentales que aduce sufre su esposa."

IV. LA SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1974

1. *El supuesto de hecho*

El caso gira aquí en torno a un matrimonio civil celebrado el día 5 de marzo de 1964 ante el Registro Civil de Gibraltar entre el actor P. G. A., súbdito español, y doña C. A. P., súbdita del Reino Unido.

En la demanda interpuesta por el marido, éste, después de afirmar que ninguno de los cónyuges había sido bautizado en la fe católica y que el matrimonio no había sido inscrito en el Registro Civil español por no haberse

practicado el correspondiente expediente, expone cómo tras los primeros años de armonía entre los cónyuges, en los cuales nacieron dos hijos, surgieron ciertas desavenencias en el matrimonio, debido a la conducta de la esposa, que se han ido agravando hasta un extremo insostenible. Concluye suplicando, como petición fundamental, que se declare la separación del matrimonio y culpable de injurias graves a la esposa.

Como se ve, no hay en esta demanda petición alguna sobre la nulidad del matrimonio, la cual sólo surge después por obra y gracia del Ministerio Público. Pero sí que hay en ella una circunstancia básica que debe ser tenida muy en cuenta y que debería, en plena lógica, haber dado lugar a la inadmisión de la demanda. En efecto, el matrimonio se prueba por la sola certificación del Registro Civil extranjero y el propio actor reconoce que aquél no figura inscrito en ningún Registro Civil español. La consecuencia obligada de este hecho es evidente; el matrimonio no puede estimarse probado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley del Registro Civil. Este artículo, que recoge y desarrolla lo que disponía sobre el particular el artículo 327 del Código civil, establece claramente el carácter de prueba excluyente y monopolística que tiene el Registro Civil español a los efectos de acreditar cualquier hecho inscribible de súbditos españoles. Este es el sentido de su primer párrafo: "El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos", que se completa con la excepción siguiente: "Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento." Y al no darse en este supuesto ninguna de las excepciones previstas, resulta claro que el Juez de Primera Instancia estaba obligado a rechazar la demanda, en aplicación de lo establecido en el repetido artículo, así como en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no presentación del documento esencial en que la parte interesada funda su derecho (16). Y es obvio también que esta consecuencia, por apli-

(16) Nótese, además, que no ya sólo el matrimonio en cuestión carece de efectos probatorios, sino que, en rigor, no pueden serle reconocidos de ningún tipo mientras no se inscriba en el Registro. Así lo dispone para el matrimonio canónico el artículo 76 del Código civil, y de modo general, tanto para el canónico como el civil, el artículo 70 de la Ley del Registro Civil. Y como este artículo 70, a diferencia del artículo 2.º de la Ley, no contiene ninguna excepción, la consecuencia forzosa es estimar que, para el matrimonio, a diferencia de lo establecido para los demás hechos y actos inscribibles, no bastará siquiera con instar la inscripción omitida, sino que habrá que esperar a que la misma se practique en el Registro Civil. Lo contrario supondría reconocer efectos al matrimonio al margen de su inscripción, en contravención de lo expresamente dispuesto por el artículo 70 de la Ley del Registro Civil.

Hay que hacer, sin embargo, una importante salvedad sobre esta falta de eficacia del matrimonio no inscrito. Este no surtirá efectos de ninguna clase en cuanto tal matrimonio, pero, en cambio, a mi juicio, deberá surtir, al menos con respecto de los hijos, los efectos del matrimonio *putativo*, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código civil. Existiendo el "minimum" de forma necesario para que aparezca esta figura, ha de concluirse que desde tal momento existe matrimonio *putativo*, sin necesidad de esperar, a pesar de la letra del artículo 69, a que se produzca la declaración judicial de nulidad. Sería

cación del principio "iura novit curia", puede y debe ser apreciada de oficio por el Juzgador en cualquier momento procesal del pleito.

Junto a esta obligación legal incumplida del Juez de Primera Instancia de rechazar la demanda, él mismo órgano judicial incumplió también con el deber de procurar la concordancia entre el Registro Civil y la realidad, que la viene exigido por los artículos 24 y 26 de la Ley de Registro Civil y 95 del Reglamento del Registro Civil. Del conjunto de estos artículos resulta evidente que el Juez de Primera Instancia estaba obligado a comunicar el hecho inscribible, pero aún no inscrito, al Ministerio Fiscal, "con remisión de los documentos que puedan servir de título", en este caso, la certificación del Registro Civil de Gibraltar, para que en su base el Ministerio Público incoara el expediente previsto en los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 de su Reglamento. La legitimación del Fiscal para este expediente se desprende claramente de las normas indicadas, y la inscripción, en su caso, debería practicarse en el Registro Civil de la Línea de la Concepción, cuya competencia se extiende al territorio de Gibraltar (art. 67 del Reglamento del Registro Civil).

El incumplimiento por el Juez de Primera Instancia de estos dos deberes: rechazar la prueba del matrimonio presentada y promover la inscripción omitida, origina ya un desenfoque total en el litigio, que no podrá ser corregido, especialmente por la actitud extraña e inconcebible del Ministerio Fiscal.

Este, en efecto, y a pesar de que a él le alcanzaban igualmente las obligación legales indicadas, al contestar la demanda "se saca de la manga" (valga la expresión) un verdadero truco de prestidigitador, interesando en vía reconvencional se declarase la nulidad del matrimonio, aduciendo, según resulta del escueto resultando de la sentencia, que el actor estaba obligado a la forma canónica, por no haber probado en ningún momento su acatolicidad y que, además, tampoco quiso contraer matrimonio civil ante las Autoridades españolas en territorio español o en el extranjero ante el Cónsul.

No hay que insistir mucho en la total inconsistencia de esta reconvención. Pretender la nulidad del matrimonio civil por una supuesta condición de católico del contrayente español, cuando no hay elementos de juicio para ello ni el menor indicio en este sentido y cuando el propio actor en el escrito de demanda ha afirmado no estar bautizado en la Iglesia Católica, es una actitud tan incomprensible, que sólo puede explicarse sobre la base de conceder al Ministerio Público unas facultades adivinatorias o parapsicológicas, de que

absurdo, en efecto, que sólo fueran legítimos los hijos del matrimonio declarado nulo y que se negase, en cambio, tal condición a los hijos del matrimonio aún no inscrito y que, por lo mismo, incluso podría ser válido o si es nulo todavía no ha recibido sanción judicial tan grave. "Mutatis mutandis" lo mismo podría afirmarse respecto de la nacionalidad española de la extranjera casada con español antes de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, visto especialmente la referencia al artículo 69 del Código civil que contenía el artículo 21 del Código en su anterior redacción.

Este criterio de que el matrimonio celebrado en el extranjero por un español, aun antes de su inscripción en el Registro, debe producir los efectos propios del matrimonio putativo es doctrina constante de múltiples Resoluciones de la Dirección General de los Registros (cfr., por ejemplo, las de 4 de abril, 15 de octubre y 27 de noviembre de 1974).

no suelen gozar los demás mortales... El Fiscal, repito, antes que inventarse esta nulidad debería haber promovido la inscripción del matrimonio. Pero si esto es inconcebible, aún resulta más sorprendente que vaya a triunfar, como veremos, en el fallo del Tribunal Supremo la tesis de la nulidad, sin que, en rigor, existieran entonces nuevos elementos de juicio, además de los ya examinados.

La demandada, por su parte, fórmula también reconvención, pero pidiendo solamente la separación de los cónyuges y que se declarase culpable al marido de malos tratamientos de obra. En cuanto a creencias religiosas, es interesante hacer constar que indica expresamente en la contestación a la demanda que desconoce la religión del actor y que la de la demandada es la protestante.

Por otra parte, que la actitud del Ministerio Público supuso una iluminación al actor al señalarle la posibilidad ventajosa de una posible nulidad en la que hasta entonces no había siquiera pensado, resulta muy claro de la contestación a la reconvención de aquél. El demandante, en efecto, muestra su conformidad con lo alegado por el Fiscal y añade que "se tenga al demandante reconvenido por no opuesto con carácter subsidiario al pedimento de nulidad promovido por el Ministerio Fiscal".

En fin, el Juez de Primera Instancia —y su sentencia fue confirmada íntegramente por la Audiencia ante la apelación del Fiscal— dicta su fallo, desestimando la reconvención de este último y estimando en parte la demanda y la reconvención de la esposa, decreta la separación de los cónyuges, con las oportunas declaraciones complementarias en cuanto a los bienes y custodia de los hijos.

El Ministerio Fiscal recurre en casación ante el Tribunal Supremo, sin que en el recurso comparezca ninguna de las partes recurridas, lo que viene a demostrar su conformidad implícita con la salida a la situación de su matrimonio que tan inesperada y gustosamente se les ofrece.

2. *Los motivos del recurso*

Son tres, de los cuales acoge el Tribunal Supremo los dos últimos. El primero, en el que por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aduce el error de hecho en la apreciación de la prueba es rechazado por el primer considerando de la sentencia, atendiendo, fundamentalmente, a que los documentos invocados no reúnen el carácter de auténticos a los efectos de la casación, así como porque a través de este camino lo que se pretende en realidad es discutir la cuestión sobre la prueba de acatolicidad, que es materia de otro de los motivos alegados. No es necesario, pues, detenerse en el examen de este motivo en el que el Fiscal lo que aducía, en síntesis, es que la certificación del Registro Civil de Gibraltar no probaba la acatolicidad de los contrayentes y esto se veía corroborado por la certificación negativa del Registro Civil de La Línea. Tiene, sin embargo, interés reproducir algunas de las frases empleadas en el desarrollo del motivo. Me refiero a las siguientes: "Si no hay inscripción en Registros españoles no hay matrimonio productor de efectos. No obstante, tal certificación negativa de la inscripción cuestionada, la sentencia recurrida al acordar la separación

matrimonial, viene a admitir la eficacia en España de un matrimonio civil no inscrito con lo que se sitúa en evidente contradicción con la certificación negativa y, con sus efectos, pues lo no inscrito en el Registro Civil español es impeditorio de originar cualquier tipo de eficacia provisional o definitiva." Con las salvedades antes indicadas esta doctrina es perfecta, pero su consecuencia obligada, si el Ministerio Fiscal se hubiera detenido a pensar así en el momento de la contestación a la demanda, es que hubiera debido pedir entonces la inadmisión de ésta, al mismo tiempo que promover de oficio la inscripción omitida.

El motivo segundo del recurso, anuparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, acusa la interpretación errónea de los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 del Reglamento del Registro Civil, en relación con el artículo 101, 4.º, del Código civil. El desarrollo de este motivo, en el que aparece una clarísima influencia, incluso en la terminología empleada, de la tesis de Lalaguna en su obra antes citada, el Fiscal pone de relieve el cambio que han supuesto los artículos señalados de la Ley y del Reglamento del Registro Civil, sobre la opinión dominante, según él, en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la nulidad formal de los matrimonios civiles de españoles contraídos en el extranjero, según la "*Lex loci*". Actualmente, por el contrario, tal forma es admisible, pero por esto no se presume que el matrimonio es válido, "sino que queda en una situación de ineeficacia interina que será despejada de dos modos: si la acatolicidad de los contrayentes se prueba *a posteriori* y el matrimonio se inscribe en el Registro será válido; en caso contrario será nulo".

Sobre esta base, la argumentación, en síntesis, esgrimida se centra en razonar que el expediente para la inscripción, exigido por los artículos citados, no se ha intentado, a pesar de los ocho años transcurridos; que tampoco se ha practicado la anotación de tal matrimonio permitida por los artículos 80 de la Ley del Registro Civil y 272 del Reglamento; que aun practicada esta anotación, la misma por su valor simplemente informativo (artículo 38 de la Ley del Registro Civil) no es capaz de originar *per se* una presunción de la validez o legitimidad del matrimonio, por lo que, en definitiva, "el matrimonio *lex loci* no inscrito a través del procedimiento prescrito en la legislación registral, carece de relevancia jurídica y realmente es inexistente, pues lo que da eficacia en España a tal tipo de matrimonio es la inscripción del acto en el Registro español".

Volveremos más adelante sobre estos argumentos. De momento, basta anticipar que el Fiscal olvida dos ideas fundamentales: su obligación de promover la inscripción en el Registro español y que no hay plazo ninguno para la práctica de ésta, como lógicas consecuencias de la deseable y necesaria concordancia entre el Registro y la realidad.

El motivo tercero del recurso se formula también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en él se acusa la violación del párrafo tercero del artículo 42 y del último párrafo del artículo 86, ambos del Código civil, en relación con los 4 y 9 del propio ordenamiento que resultan infringidos en igual concepto. Sintéticamente, la línea argumental es la siguiente: los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 del Regla-

mento del Registro Civil toleran, para estos matrimonios civiles celebrados según la forma local, que la prueba de la acatolicidad se realice "a posteriori", a diferencia de los demás matrimonios civiles de españoles en los cuales la prueba ha de ser previa. Ahora bien, esta tolerancia no implica ni dispensa de la prueba ni presunción alguna en favor de la validez del matrimonio. Y no son suficientes, a estos efectos probatorios, las simples manifestaciones de las partes vertidas en el pleito, pues ni han sido objeto de prueba, ni se han realizado en el expediente gubernativo necesario conforme al artículo 249 del Reglamento del Registro Civil.

Hay que señalar, por último, sobre este tercer motivo del recurso —que indudablemente es el que más puede impresionar a primera vista y cuya crítica luego indicaré—, que el Ministerio Fiscal opina que la acatolicidad ha de darse también en el contrayente extranjero: "la prueba de acatolicidad —nos dice— se exige, con tono imperativo, para ambos contrayentes, operando la nacionalidad española de cualquiera de las partes como nexo de vinculación del precepto".

3. *La doctrina de la Sentencia y su crítica*

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, decretando, por tanto, en su segunda sentencia, la nulidad del matrimonio civil discutido, atendiendo a las razones que expone en su segundo considerando que transcribo a continuación: "Que bajo los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, ambos formulados por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el primero de ellos la interpretación errónea de los artículos setenta y tres de la Ley del Registro Civil y doscientos cuarenta y nueve de su Reglamento en que se apoya la sentencia recurrida, en relación con el número cuarto del artículo ciento uno del Código civil; y en el tercero, la violación del párrafo tercero del artículo cuarenta y dos y último del artículo ochenta y seis del Código civil, en relación con el cuatro y nueve del mismo cuerpo legal igualmente violados, motivos que han de estimarse, pues si bien la legislación vigente del Registro Civil y concretamente el artículo setenta y tres de la Ley viene a reconocer la posibilidad de la validez de los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero conforme a la legislación del lugar, sentido en que debe entenderse modificada la dicción del número cuatro del artículo ciento uno del Código civil, que en el caso presente resultaría reforzada por la situación especial del territorio de Gibraltar, carente de representación consular española; sin embargo, para el reconocimiento de la validez de aquél y eficacia en España, se exige la prueba de la acatolicidad de los contrayentes, lo que debe verificarse y acreditarse con anterioridad a aquel acto, y cuando no resulte se haya llevado a cabo, con posterioridad al mismo, a través del expediente que para su transcripción en el Registro Civil español, haya de instruirse con arreglo al citado precepto de la Ley del Registro Civil y concordante artículo doscientos cuarenta y nueve de su Reglamento, requisito el de la inscripción, previa la oportuna prueba de acatolicidad, necesario para que pueda reconocérsele al matrimonio celebrado en aquellas circuns-

tancias plena eficacia en España, y como en el caso de autos la propia sentencia recurrida señala, con cita incluso de los correspondientes folios, sólo constan unas manifestaciones de acatolicidad hechas en la demanda por la representación del actor, no reconocidas por la representación de la otra parte, que manifiesta en su contestación a la demanda, ignorar la religión que profesa aquél, afirmando por su parte que su representada es protestante, manifestaciones no ratificadas por las propias partes personalmente durante el período probatorio, ni complementadas con ningún otro medio de prueba, que ni siquiera se ha intentado, son manifestaciones insuficientes para acreditar aquellos extremos, por lo que resulta evidente que la existencia de aquel acto o matrimonio civil celebrado en Gibraltar ante la Autoridad local, con arreglo a la legislación inglesa, no puede reconocérsele validez ni eficacia en España, por faltarle la prueba de la acatolicidad de los contrayentes en la fecha de celebrarse el matrimonio civil atendida la nacionalidad española del demandante, lo que lleva consigo la nulidad del acto conforme al artículo cuarto y nueve del Código civil vigente en la fecha de la celebración del matrimonio, preceptos que se invocan como infringidos en el motivo tercero del recurso juntamente con el párrafo tercero del artículo cuarenta y dos del propio cuerpo legal, que exige para que pueda autorizarse la celebración del matrimonio civil la probanza de que ninguno de los contrayentes profesan la religión católica, incumbiendo la prueba de dichos extremos a los propios contrayentes conforme al párrafo último del artículo ochenta y seis del mismo Código, y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede su casación acordando la nulidad e ineficacia del matrimonio civil a que el presente proceso se refiere, sin hacer expresa imposición de costas del recurso."

Sin necesidad de insistir en el desenfoque inicial del litigio, que ha contribuido en gran medida a este extraño resultado, lo cierto es que el considerando transcrita es merecedor de dura crítica, atendiendo a las siguientes razones principales:

a) Porque la prueba de la acatolicidad relativa al contrayente español ha de reputarse totalmente suficiente a tales efectos. Si, en efecto, cuando estaba en vigor la Orden de 1941, la declaración jurada de no haber sido bautizado bastaba para acceder al matrimonio civil, no se comprende por qué ha de exigirse ahora un mayor rigor. Es un contrasentido que lo que se estimaba viable en el momento de mayor aproximación al Derecho canónico contenido en el *Codex* se considere como insuficiente cuando el sistema español ha pasado a ser "cuasifacultativo" y cuando la misma Orden de 1941 es calificada por el propio Tribunal Supremo como "norma rebasada" a la luz de las nuevas disposiciones.

Al que declara solemnemente, como en el caso de autos, que no está bautizado, no se comprende por qué hay que obligarle a presentar más pruebas sobre su acatolicidad, a no ser que se estime como imprescindible el anacrónico requisito del juramento que exigía específicamente la Orden citada.

En fin, si lo fundamental, según han afirmado con acierto las otras dos Sentencias comentadas del Tribunal Supremo, es ya no el simple hecho del bautismo, sino la conducta que denota la no profesión del interesado, es evidente que los actos del mismo reflejados en los resultados son concluyentes

en patentizar su acatolicidad. Una buena corroboración es la propia declaración de la esposa, cuando manifestó en la contestación a la demanda que ignoraba la religión de su marido. Si después de varios años de matrimonio la mujer no sabe siquiera la religión de su esposo, no puede haber prueba más clara de que éste no ha profesado la religión católica durante todo ese tiempo.

En definitiva, el argumento utilizado por el Tribunal Supremo supone de una parte un rétroceso a una postura aún más rigorista que la mantenida por la Orden de 1941, y de otra parte, una contradicción total o insalvable con el criterio sentado por las sentencias de 20 de abril de 1974 y de 11 de marzo de 1975.

b) Porque no hay ningún motivo serio para imponer la prueba de la acatolicidad en el matrimonio civil al contrayente extranjero. El hecho de que los artículos 42 y 86 del Código civil, así como los 243 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, hablen en plural, refiriendo el requisito de la acatolicidad a ambos contrayentes, se explica simplemente, porque tales preceptos están pensando en el supuesto de matrimonios de españoles entre sí, pero no puede significar que pretendan establecer una excepción inexplicable a las normas generales de nuestro Derecho internacional privado.

La acatolicidad, en efecto, hay que considerarla como una condición de fondo para la celebración del matrimonio civil y, como tal, cuestión de capacidad y de estado civil que ha de regirse por la ley nacional respectiva de cada cónyuge, conforme dispone hoy el artículo 9.º, 1, del título preliminar. Bien está que al súbdito español se le imponga el cumplimiento de tal requisito, pero no hay ninguna razón para imponérselo al extranjero, cuando su ley personal respectiva no lo establezca taxativamente. Creo indefendible que pueda excluirse la aplicación normal de la ley extranjera en beneficio de la española, acudiendo al cómodo expediente de aducir motivos de orden público, según lo dispuesto por el actual artículo 12, 3, del Código civil. Dicho de otro modo, la ley extranjera que permita a sus nacionales contraer matrimonio civil sin declaración ni justificación alguna de sus creencias religiosas no puede considerarse en absoluto contraria al orden público español, especialmente si se tiene en cuenta la liberalización en cuanto a la forma de acreditar la acatolicidad implícita en la Ley de Libertad Religiosa y explícita en la reforma del Reglamento del Registro Civil de 22 de mayo de 1969.

Por esto mismo, la afirmación del Ministerio Público, recogida por la sentencia, aunque sin razonar sobre ella, de que la prueba de la acatolicidad se exige imperativamente para ambos contrayentes, porque la nacionalidad española de cualquiera de ellos opera como nexo de vinculación del precepto, no es sino una aseveración gratuita, sin base legal alguna y que prescinde de las normas de conflicto vigentes en nuestro Derecho.

c) Porque toda la argumentación de la sentencia gira obsesivamente sobre una base falsa, cual es la de entender que la prueba de la acatolicidad, bien "a priori" en los casos normales, bien "a posteriori" en los supuestos como el presente, se configura como requisito imprescindible para la validez del matrimonio civil, cuando, si acaso, lo que puede estimarse como condición

necesaria de validez es la acatolicidad misma del contrayente español, pero no su simple prueba (17).

En efecto, aunque la prueba presentada pueda tacharse de errónea, falsa o incompleta, esto no significa que haya que concluir que el contrayente era católico. Por el contrario, lo procedente será exigir a la parte que presente otros medios probatorios fehacientes de su acatolicidad —e incluso investigarlos de oficio, como veremos—, pero no llegar sin más averiguaciones a la sanción máxima de declarar la nulidad del matrimonio. No hay razón para conculcar tan gravemente el clásico principio del “favor matrimonii”.

d) Porque, por lo mismo, es completamente superficial la concentración jurídica que hace la sentencia del matrimonio civil celebrado en el extranjero en la forma de la “lex loci”, mientras el mismo no se transcribe en el Registro Civil español.

Puede afirmarse, si se quiere, con Lalaguna que tal matrimonio está en una situación irregular de “validez incierta” (18), pero es necesario completar esta afirmación con la observación de que esa incertidumbre no debe prolongarse y que el deseo del legislador es que la misma se disipe cuanto antes. Por un lado, no hay plazo para promover la inscripción omitida, lo que significa que no puede declararse la nulidad por el simple hecho de que hayan transcurrido muchos años desde la celebración del matrimonio. Por otro lado, hay que recordar que la obligación de promover el asiento omitido incumbe, en primer lugar, a los propios contrayentes, pero no se circscribe a los mismos, sino que alcanza también a cualquier persona con interés legítimo e incluso al propio Ministerio Fiscal; y no sólo esto, sino que además cualquier Autoridad y funcionario tiene el deber de comunicar los hechos no inscritos, con todas las circunstancias posibles, al Ministerio Fiscal, con remisión de los documentos que puedan servir de título.

Así resulta de la aplicación directa de la serie de preceptos de la legislación del Registro Civil que desenvuelven el principio de interés público de procurar la concordancia entre el Registro y la realidad (cfr. especialmente los artículos 24, 26 y 97 de la Ley del Registro Civil y 92, 94 y 95 del Reglamento del Registro Civil).

Por lo tanto, el expediente para la transcripción del matrimonio civil en el extranjero, desarrollado por el artículo 249 del Reglamento, debe ser promovido, incluso de oficio y contra la voluntad de los interesados, desde el primer momento en que un órgano oficial tenga conocimiento de su existencia. No hay ninguna razón para excluir este particular expediente de las reglas generales indicadas que tienden a lograr la concordancia entre el Registro Civil y la realidad extrarregistral (19).

(17) Esta misma idea aparece apuntada en la Resolución de 14 de marzo de 1967, relativa precisamente también a un matrimonio civil contraído en Gibraltar por dos españoles.

(18) Personalmente preferiría la expresión “eficacia incierta”, que tiene la ventaja de no hacernos olvidar que tales matrimonios son, en principio, válidos *en cuanto a su forma*, por virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley del Registro Civil.

(19) En teoría, este expediente puede terminar con la inscripción del matrimonio civil si se comprueba la acatolicidad y las demás circunstancias pre-

e) Porque es un gravísimo error de la sentencia comentada afirmar que, tratándose de estos matrimonios en el extranjero, la prueba de que los contrayentes no profesan la Religión Católica incumbe a los propios contrayentes conforme al párrafo último del artículo 86 del Código civil.

Lo equivocado de esta doctrina es evidente no ya sólo por razones teóricas (como el olvido que supone del principio de interés público, antes mencionado, sobre concordancia entre el Registro y la realidad, o como el argumento incontestable de que el artículo 86 del Código es de imposible aplicación a estos especiales matrimonios y se refiere exclusivamente a los celebrados ante autoridades españolas), sino por razones prácticas cuyo peso es decisivo. Efectivamente, la afirmación del Tribunal Supremo, en cuanto a la carga de la prueba de la acatolicidad, implicaría, de ser cierta, la consecuencia inadmisible de *dejar al arbitrio de las partes la decisión sobre la validez de su matrimonio*.

No es preciso insistir mucho sobre este extremo, pues la conclusión obtenida repugna a la conciencia y a la justicia. Hay que rechazar categóricamente que el matrimonio civil celebrado por españoles en el extranjero, según la forma local, pueda quedar reducido a un verdadero matrimonio a prueba, o a una experiencia prematrimonial bendecida por el legislador español. La consecuencia práctica que resulta, en efecto, de la tesis de la sentencia es la de que, si las partes quieren dar eficacia a su matrimonio, podrán, luego del tiempo prudencial que estimen oportuno y si no se han producido desavenencias entre ellos, promover la transcripción de su enlace en el Registro Civil español. En cambio, si a juicio de ambos o de uno solo de ellos —lo que es aún más indignante— el matrimonio resulta un fracaso, no tendrá el interesado más que pedir la nulidad del matrimonio por falta de su inscripción o quizás con mayor comodidad aún, procurar que el celo de un fiscal le incline a ejercitar éste, ante la pasividad de aquéllos, la correspondiente acción de nulidad (20).

vistas por el artículo 249 del Reglamento o bien con la denegación de aquélla en otro caso.

Ahora bien, si nos atenemos al Derecho vivido, es importante constatar que últimamente, y siempre que no se interfieran problemas sobre la libertad de los cónyuges, el repetido expediente acaba siempre positivamente cuando la única cuestión planteada es la de la acatolicidad de las partes. Pueden consultarse en este sentido los casos resueltos por las Resoluciones de 20 de enero y 14 de marzo de 1967, 3 de agosto de 1970 y 18 de septiembre de 1972.

(20) Hay que señalar también las dificultades prácticas que comportará la ejecución de la sentencia de nulidad del matrimonio. Naturalmente, por tratarse de un hecho relativo al estado civil de un español debe ser objeto de inscripción en el Registro Civil, conforme a los principios generales contenidos en los artículos 1, 15 y 25 de la Ley del Registro Civil. Concretamente, la inscripción de la sentencia de nulidad debe verificarse al margen de la inscripción de matrimonio (art. 76 de la Ley del Registro Civil), expresándose en aquélla la cancelación de ésta (artículo 260 del Reglamento del Registro Civil). Y es evidente que esto no puede realizarse en el caso en cuestión, al no existir ni ser factible la inscripción del matrimonio.

Aunque la segunda Sentencia del Tribunal Supremo no se plantea siquiera esta cuestión, y es lo más probable que en la práctica no llegue a inscribirse aquélla en el Registro Civil, técnicamente la solución registral la proporciona el mecanismo de las llamadas "anotaciones soporte" previstas en el artículo 154, 1.º, del Reglamento y que no tienen otro efecto que el de permitir la

V. CONCLUSIONES

Las afirmaciones de las tres sentencias examinadas chocan tanto entre sí que resulta realmente aventurado pronosticar qué camino va a seguir el Tribunal Supremo cuando vuelvan a plantearse ante él otros casos semejantes. Con esta salvedad, y más como deseo personal que como conclusiones seguras, pueden anticiparse las siguientes:

1.^a Es de esperar que en lo sucesivo no llegue ya nunca a declararse la nulidad del matrimonio civil celebrado por español en el extranjero con arreglo a la forma local, por razón de la alegada catolicidad del contrayente, cuando tal matrimonio *haya sido inscrito* en el Registro Civil español a través del oportuno expediente reglamentario.

2.^a Es de temer, por el contrario, que si tal tipo de matrimonio *no ha sido inscrito* en el Registro Civil español (bien porque no se haya intentado siquiera su transcripción, bien porque el expediente haya terminado con decisión desfavorable), prosperará la demanda de nulidad del matrimonio, aunque la misma se base exclusivamente en la cualidad de bautizado del contrayente español.

3.^a Es de desear que la anterior conclusión no prevalezca y que se fomente, en cambio, un estado de opinión en el sentido de que ningún matrimonio civil de españoles, siempre que sea válida la forma en que se haya celebrado, deba ser declarado nulo en razón solamente a la alegada condición de católico de uno de los contrayentes.

Recogiendo ideas ya expuestas en otra ocasión (21), hay que concluir, en efecto, que la pretendida infracción del artículo 42 del Código civil no debe llegar a producir la sanción de nulidad del matrimonio civil o, dicho de otro modo, tal artículo impone hoy solamente un deber moral a los católicos, cuya sanción ha de quedar limitada al fuero de su conciencia y no ha de traspasar al ámbito civil. Esta solución viene avalada por los siguientes argumentos, que expongo sintéticamente: a) Interpretación histórica. Como ha demostrado la investigación de los autores, singularmente Fuenmayor, Lalaguna y Conde-Pumpido, el artículo 42 del Código civil, lo mismo que su precedente inmediato, la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888, oficiosamente concordada por Alonso Martínez con la Santa Sede, pretendía establecer en España, aunque fuera de un modo subrepticio, el sistema del matrimonio civil facultativo. Ello explica la vaguedad intencionada de la redacción del primitivo artículo 42 y que el mismo ponga el acento no en el bautismo en la Iglesia, sino en el concepto de profesión de la Religión Católica. Y la reforma de este artículo por la Ley de 24 de abril de 1958 no altera sustancialmente la interpretación, puesto que se sigue utilizando el mismo término de profesión de la Religión Católica. b) Interpretación sistemática. La comparación del artículo 42 con otros preceptos del Código demuestra claramente el propósito del legislador de implantar el matrimonio de libre elección. Es significativo, a tales efectos,

práctica de asientos marginales. Además, tal anotación soporte de la inscripción de nulidad del matrimonio está especialmente regulada en el artículo 272 del Reglamento del Registro Civil.

(21) Obra citada, especialmente página 548, nota 18.

el artículo 51 que admite implícitamente que una misma persona pueda indiferentemente contraer matrimonio civil o canónico, puesto que sólo para el supuesto de concurrir un matrimonio canónico y civil formalmente válidos era necesaria la proclamación de ineficacia que el mismo contiene; el artículo 83, 4.º, del Código que permite claramente que un ordenado *in sacris* o un profeso en orden religiosa canónicamente aprobada contraiga matrimonio civil, si obtiene la correspondiente dispensa canónica; el artículo 101, en fin, que al señalar las causas de nulidad del matrimonio civil para nada se refiere al artículo 42 del Código, ni a la vulneración de la norma en él contenida. c) Interpretación sociológica. La necesidad de atender a la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" las normas es un elemento interpretativo recogido hoy, junto a los demás factores tradicionales, por el nuevo artículo 3, 1, del título preliminar. Y es evidente que luego de la liberalización llevada a cabo por la Ley de libertad religiosa y por la reforma del Reglamento del Registro Civil de 22 de mayo de 1969, mucho ha cambiado en este punto la sociedad española y la sanción de nulidad de un matrimonio civil, por motivos puramente religiosos, se aviene muy mal con los criterios actuales de nuestra sociedad, incluidos muchos sectores católicos, lo mismo que con el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, y d) Una interpretación de equidad (22), cuyo concepto debe ponderarse en la aplicación de las normas, según declara hoy expresamente el artículo 3, 2, del Código civil. En la gran mayoría de los casos ocurre, en efecto, que la infracción invocada "a posteriori" del artículo 42 del Código envuelve un propósito fraudulento, como es el de obtener un verdadero divorcio del matrimonio civil mediante la alegación por el actor de su condición de bautizado. Esto especialmente cuando la otra parte no es católica y está válidamente casada según su ley personal implica una actuación torpe o de mala fe, cuya viabilidad debe ser rechazada por aplicación hoy del principio general recogido en el artículo 7, 1, del título preliminar.

En último término, aunque no se compartan las anteriores ideas y se opine que el matrimonio civil de españoles estará afectado de nulidad si existe infracción del artículo 42, siempre habrá que reconocer, al menos, como ya

(22) En el fondo, este argumento es el utilizado por una interesantísima Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 13 de mayo de 1975, la cual no fue recurrida en casación. Se trataba también de un matrimonio civil celebrado en París en 1964 entre un español y una norteamericana. El marido pedía la nulidad del matrimonio, alegando, al parecer exclusivamente, su cualidad de católico, a pesar de que de los hechos expuestos se deduce que la contrayente era divorciada de un matrimonio anterior. Limitada la fundamentación jurídica a aquella circunstancia, la sentencia de la Audiencia, confirmando la del Juzgado, pone de relieve que la pretensión envuelve un fraude a la esposa, válidamente casada según su estatuto personal, así como a la Ley Francesa, al amparo de la cual se celebró el acto, todo lo cual tiñe a la actitud del actor de un tinte indudable de ilicitud.

Otras afirmaciones de la sentencia no son, sin embargo, muy exactas. Así, cuando en el primer considerando se señala que el demandante había vulnerado en el artículo 42 del Código civil, puesto que si estaba acreditado su bautismo, no, en cambio, su profesión de la Religión Católica en el momento en

indiqué en el trabajo citado (23), las enormes y prácticamente insuperables dificultades de prueba que entrañará la acción de nulidad, ya que el solo hecho de contraer matrimonio civil es un fuerte indicio —una presunción casi invencible— de que los contrayentes no profesaban entonces la Religión Católica.

que se autorizó el matrimonio. Lo mismo ocurre cuando en el mismo considerando se trae a colación la doctrina de los actos propios, ya que, por definición, esta prohibición de ir contra actos propios anteriores no juega cuando se trata de hechos ilícitos o ilegales, y la propia Sentencia declara que el demandante infringió el repetido artículo 42 del Código.

(23) Ob. cit., pág. 561.

2) El sistema matrimonial español y la jurisprudencia del Tribunal Supremo

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI

Profesor adjunto de Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1974. a) Supuesto de hecho. b) Considerandos de la sentencia.—III. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1975. a) Supuesto de hecho. b) Considerandos de la sentencia.—IV. Matrimonio civil contraído en el extranjero, con arreglo a la forma del país.—V. La validez del matrimonio civil contraído por un católico.—VI. Los matrimonios canónicos en forma civil.—VII. La retroactividad de las normas administrativas de carácter interpretativo.—VIII. Nulidad del acto y doctrina de los actos propios.—IX. El principio del “favor matrimonii”.—X. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1975, en su sexto considerando, contiene la siguiente afirmación: “En el motivo tercero, cuarto y noveno se acusa la violación de la doctrina jurisprudencial que cita, pero con independencia de la mayor o menor similitud que guarden los supuestos de hecho en que se apoyan, su doctrina está ya *rebasada* por la sentencia de esta Sala citada anteriormente de 20 de abril de 1974 en caso análogo al presente, y razonamientos que preceden.”

Si siempre es —más que interesante— necesario el análisis y conocimiento de la jurisprudencia, aún cobra mayor importancia el estudio de los cambios de orientación de la misma. Es decir, observar, en su misma génesis, las nuevas directrices del Tribunal Supremo. En el presente caso estamos ante una sentencia que califica de rebasada la doctrina anterior, y que al mismo tiempo se computa —ella misma— como la segunda sentencia a los efectos de crear nueva doctrina.

La doctrina jurisprudencial que se cita en el recurso de casación y que el Tribunal Supremo considera rebasada es la contenida en las sentencias de 21 de octubre de 1959, 12 de noviembre de 1959, 16 de febrero de 1961, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo de 1967. “Doctrina —aclara el recurrente en el motivo cuarto— en la que se establece que celebrado matrimonio civil cuando uno al menos de los cónyuges ha sido bautizado y no arrojado del seno de la Iglesia mediante excomunión o por abandono voluntario por apostasía formalmente acreditada o entredicho solemnemente declarado por la autoridad

competente en forma escrita debidamente publicada, *es forzoso declarar la nulidad del matrimonio civil contraído, como contrario a la Ley.*"

Ese proceder anterior del Tribunal Supremo supone —a mi entender— el momento de mayor equilibrio y coherencia que en sus diversos tratamientos ha recibido el sistema matrimonial español. Equilibrio, porque frente a la rigidéz de la Orden de 10 de marzo de 1941 admite con carácter tolerante la posibilidad de que un bautizado incurra en apostasía y no venga obligado al matrimonio canónico. Coherencia, porque lleva hasta sus últimas consecuencias la consideración del matrimonio civil como subsidiario. Si es subsidiario, no es facultativo; y el límite entre uno y otro es la existencia de una sanción —la más fuerte: nulidad— para el acto que desvirtúa el artículo 42.

Es por esto por lo que pretendemos convertir este aspecto del sistema matrimonial, que podía considerarse relegadamente en un orden de consecuencias, en la cuestión medular del mismo. De él nos ocuparemos, tratando de medir su trascendencia, al analizar las Sentencias de 20 de abril de 1974 y 11 de marzo de 1975. Por otro lado, el supuesto básico —católico que contrae matrimonio civil— guarda, parcialmente, relación con otro tema básico del sistema matrimonial español: los matrimonios canónicos en forma civil. Además, cada una de las sentencias —en su específica originalidad— presentan dos cuestiones de interés: en primer lugar la relevancia de la propia conducta cuando se enfrenta a una norma imperativa; en segundo lugar, el carácter retroactivo o no retroactivo del proceso administrativo de interpretación del término profesar del artículo 42.

Dada la analogía de los supuestos de hecho ("caso análogo al presente" como establece la Sentencia de 11 de marzo de 1975 respecto a la de 20 de abril de 1974) y la unidad de criterio que informa a ambas, las analizaremos conjuntamente.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 1974

a) *Supuesto de hecho*

Don Cecilio Puelles González nació en Marquina (Vizcaya) el 15 de mayo de 1927, siendo bautizado. Por razones familiares, siendo todavía de edad infantil, fue trasladado a Gijón, en donde permaneció hasta que sobrevino en el mes de julio de 1936, el Alzamiento Nacional. Como es sabido, la región asturiana quedó durante los primeros meses bajo el dominio rojo.

En una de las expediciones organizadas en aquel entonces para deportar niños españoles a territorios comunistas fue incluido don Cecilio, siendo trasladado a Pravda e internado en las colonias de niños españoles de la misma procedencia. Allí cursó sus estudios elementales y secundarios hasta que ingresó en la Facultad de Arquitectura de Leningrado en la que se graduó obteniendo el título correspondiente.

Durante su permanencia en dicha localidad tuvo relaciones íntimas con Tatiana Iomina Vaniaminava, alumna también de la misma facultad. Como consecuencia de dichas relaciones nació una niña llamada Olga. Posterior-

mente, don Cecilio y doña Tatiana contrajeron matrimonio civil ante el Registro Civil de Leningrado, con fecha de 5 de enero de 1952.

En 1956, aprovechando la primera oportunidad para obtener los permisos oportunos, se trasladó a España en diciembre de ese año. Instaló despacho en Valencia y meses después se reunía con él doña Tatiana. El 17 de febrero de 1957 incoó expediente e inscribió en el Registro Civil Central el matrimonio civil celebrado en Leningrado. En España nacieron del matrimonio dos hijos.

En el año 1966 establecieron privadamente la separación conyugal. Doña Tatiana otorgó amplios poderes a favor de su marido y, llevándose a sus hijos, regresó a Rusia. Sin embargo, tres meses después se reintegró al domicilio de su marido, convirtiéndose la situación en insostenible.

Don Cecilio incoó expediente ante el Vicario General del Arzobispado de Valencia, en el que recayó decreto autorizando al demandante para pasar a nuevas nupcias canónicas, pero no dejaba totalmente resuelta la cuestión en cuanto a la efectividad del vínculo civil. Interesando a don Cecilio obtener una declaración de derecho sobre el particular, formuló ante el Tribunal eclesiástico demanda sobre nulidad del vínculo, mas por decreto resolvió dicho tribunal que no podía admitir a trámite tal demanda ante la jurisdicción canónica por cuanto ésta había ya resuelto definitivamente en el expediente antes referido, lo que concernía al aspecto canónico de la cuestión, es decir, la inexistencia de todo vínculo entre las partes, y que en cuanto a los efectos meramente civiles que pudieran derivarse del acta de Leningrado no podía resolver por no ser de su competencia.

Don Cecilio dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Valencia, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Tatiana sobre declaración de nulidad e inexistencia de vínculo matrimonial civil. El M. Fiscal se opuso a la demanda.

Doña Tatiana contestó a la demanda, especificando que las desavenencias surgieron entre ambos en el verano de 1966, cuando estando la familia en el Camping del Saler su marido estableció relaciones íntimas con una súbdita inglesa, situación que fue progresivamente consolidándose. Ello fue el motivo de las desavenencias conyugales, la separación privadamente establecida, etcétera. En consecuencia, pidió se desestimase la petición de nulidad y reconvino solicitando se declarase la separación legal de los cónyuges.

El Juez de Primera Instancia del número 1 de Valencia dictó sentencia con fecha de 1 de octubre de 1972 desestimando la demanda y no dando lugar a la separación legal pedida en reconvenión.

La Sala Primera de lo civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia con fecha de 6 de junio de 1973, confirmando la sentencia, en cuanto declara la validez y eficacia del matrimonio civil y revocándola en lo demás: decretando la separación legal de los cónyuges, declarando culpable al marido y privándole de la patria potestad sobre los hijos.

Contra esta sentencia, don Cecilio interpuso recurso de casación por infracción de ley. En el único motivo del recurso se contienen las siguientes alegaciones.

A) Violación, por no aplicación, del párrafo primero del artículo cuarto del Código civil, y de la doctrina legal contenida entre otras, en las Sentencias de primero de mayo de 1919, 26 de abril de 1929, 10 de febrero de 1926, 12 de mayo de 1944, 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 14 de noviembre de 1963, 5 de julio de 1965, 16 de marzo y 15 de abril de 1967; así como interpretación errónea de los artículos 9, 11, párrafo tercero, 42 y 101, todos del Código civil, en relación con la Orden de 10 de marzo de 1941.

B) Don Cecilio debió y pudo contraer matrimonio canónico en Leningrado, pues en dicha ciudad de aquel país se puede acudir a un sacerdote católico sin incomodidad grave por estar autorizado el culto católico. Y precisamente por ello el Vicario General del Arzobispado de Valencia, en el expediente incoado al efecto, decretó que le autorizaba a pasar a nuevas nupcias canónicas, ya que ni siquiera se le podía otorgar validez al matrimonio civil por aplicación del canon 1.098 del Código de Derecho Canónico, es decir, con validez canónica como celebrado en la forma extraordinaria que considera el citado canon.

C) La omisión de una norma imperativa del derecho interno, bien buscada intencionalmente o por olvido o desconocimiento, como es la celebración de un matrimonio civil en el extranjero por un español obligado a contraerlo canónicamente, implica violación del orden público interno y ha de motivar la declaración de inexistencia del acto conforme a lo dispuesto en los artículos 9, 11, párrafo tercero, 42 y 75, todos ellos del Código civil.

D) La aplicación de las disposiciones legales invocadas como infringidas en la sentencia recurrida no pueden enervarse porque casualmente coincidieran con los intereses o deseos de uno o ambos contrayentes, quienes por unas u otras razones vivan separados y enheleen verse libres de su pretendida unión matrimonial, ni ello puede verificar que lleven a cabo un mutuo disenso sobre materia, cual la de estado civil, ajena a la autonomía de la voluntad. Tampoco la dejación por el esposo de sus deberes como católico, si se diera el caso, la vincularía como consecuencia del principio jurídico de los actos propios, dado que son la moral y el orden público los determinantes de la nulidad y no los convenios ocasionales de los litigantes, porque no puede reputarse como acto propio con eficacia para producir un efecto jurídico el realizado en materia matrimonial, ya que ni siquiera lo es en lo social como inspirado en la superior voluntad estatal predominante sobre la individual, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre otras Sentencias las de 18 de marzo y 8 de abril de 1942 y 30 de noviembre de 1955.

E) Los preceptos de Ley y doctrina legal expuestos no pueden quedar sin efecto por las circunstancias, puramente de orden temporal y contingente, de que en la fecha de celebración del matrimonio civil no existieran relaciones diplomáticas entre el Gobierno Español y la Unión Soviética, ya que el Derecho Canónico y la doctrina de la Iglesia son universales y no puede quedar en suspenso su obligatoriedad por una situación meramente política. Y aun en el caso de que hubiese habido representación consular española, de haberse celebrado el matrimonio civil ante el Cónsul o Vicecónsul español en Leningrado, igualmente hubiese sido nulo tal matrimonio por no poder acreditar formalmente su apostasía el contrayente varón.

b) Considerandos de la sentencia

El T. Supremo en Sentencia de 20 de abril de 1974 declaró no haber lugar al recurso interpuesto, siendo ponente el excelentísimo señor don Juan Antonio Linares Fernández.

1) CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, Considerando segundo, señala como hecho probado que el actor recurrente, bautizado, al contraer matrimonio en Rusia en 5 de enero 1952, ante Autoridad de aquel país, sin poder salir del mismo, pues hasta acuerdo conseguido por la Cruz Roja internacional en 1956 no pudo volver a España, haciéndolo después su esposa, y que vuelto a España solicitó y consiguió la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección en 17 febrero 1959 y que los hijos habidos del matrimonio en España fueron inscritos como legítimos.

2) CDO.: Que de tales hechos deduce que no pudo hacer declaración de apostasía, por no haber Iglesia en Rusia, y se casó con arreglo a las normas del lugar de su residencia y que al venir a España y conseguir la inscripción en el Registro Central quiso y dio validez al matrimonio realizado en Rusia y que por tal el caso debatido, por no estar previsto en ellos, no está incluido en los arts. 42 y 100 del C. civil, que parten del supuesto de que se pueda hacer declaración de no profesar la Religión Católica, para la validez del matrimonio civil y aplica el principio de que no se puede negar eficacia a la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con persona que lo acepta y exterioriza la suya encaminada al mismo fin, cuando esa omisión de voluntad se hizo ante el encargado del Registro Civil del lugar en que se realiza.

3) CDO.: Que el único motivo del recurso, amparado en el número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley, acusa violación del párrafo 1.^º del artículo 4.^º del C. civil y las sentencias que cita e interpretación errónea de los artículos 9, 11-3.^º, 42 y 101 del Código en relación con la Orden de 10 marzo 1941, motivo que por tratar materias dispares, sin hacerlo en otros distintos, adolece de defecto de formulación del artículo 1.729-4.^º y 1.720 párrafo 2.^º y que aparte de estos defectos formales, que pueden determinar la desestimación del motivo en este momento procesal, como alegó en la Vista el Ministerio Fiscal, partiendo de los hechos que se estiman acreditados en la sentencia, es evidente que en las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil, ante el encargado del Registro en Leningrado, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, porque no podían trasladarse a España y por la carencia de representación diplomática de España en Rusia, y en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de los contrayentes, que si bien es cierto que el recurrente fue bautizado, no aparece que haya venido profesando la Religión Católica con posterioridad, y al volver a España *no intentó la confirmación canónica del matrimonio*, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en 17 febrero 1959, y *ello no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la Religión Católica*, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha, y por si esto no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil, como hijos legítimos.

timos de dicho matrimonio, los habidos con posterioridad en España, y contra esta *conducta que denota su acatolicidad*, trata ahora de conseguir la nulidad, *con apoyo en unas normas ya rebasadas* al hacer la transcripción en España del matrimonio, cuando según la sentencia recurrida, se ha quebrantado la paz conyugal, lo que determinó la petición reconvencional de separación, formulada por la esposa y estimada por la sentencia, que no ha sido concretamente combatida en el recurso todas cuyas circunstancias determinan la desestimación del motivo y con ella la del recurso, con costas por ser preceptivas y devolución del depósito constituido por no ser conformes las sentencias.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MARZO DE 1975

a) *Supuesto de hecho*

Don José Mallea Martínez, ingeniero, nació en Bilbao el 9 de junio de 1931 y fue bautizado el 21 del mismo mes y año. Cuando contaba seis años de edad fue enviado a Rusia por sus padres como consecuencia de la guerra habida en España.

Permaneció en Rusia diecisiete años, donde creció y se educó en el ambiente ruso, si bien mantenía correspondencia con sus padres periódicamente. El 20 de septiembre de 1954 contraió matrimonio, con arreglo a las formalidades rusas, con doña Tatiana Samueva Kubrina en Sigulevah, Kabinahhev. Del matrimonio nacieron dos hijos.

El año 1956 regresó a España e, incoando el expediente oportuno, inscribió el matrimonio contraído en Rusia en el Registro Civil Central.

El 19 de julio de 1975, don José dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia, número 30 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Tatiana S. K. sobre nulidad de matrimonio civil. "El motivo que le ha impulsado a plantear la presente demanda radica en las graves perturbaciones mentales que padece doña Tatiana". Suplica "se dicte sentencia declarando la nulidad del matrimonio civil contraído por el actor al haberlo celebrado éste civilmente contra la ley, careciendo de capacidad para ello y omitiendo las formalidades debidas" (de los Resultados de la Sentencia).

La demandada se opone alegando que la catolicidad del actor carece de todo sentido y la pretensión de nulidad pasados dieciocho años de matrimonio, con tal base, es fraudulenta.

Igualmente se opone el Ministerio Fiscal recalando el carácter definitivo no provisional de la inscripción del matrimonio civil y centrando la discusión en la "profesión" de la religión católica por parte del actor, entiende que ésta ha de entenderse de acuerdo con los criterios de la Resolución de 7 de junio de 1971 de la Dirección General de los Registros.

El Juez de Primera Instancia, con fecha de 17 de mayo de 1973, dictó sentencia desestimando en todas sus partes la demanda y absolviendo de la misma a la demandada, con costas al demandante.

Apelada la anterior resolución la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia

Territorial de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de enero de 1974, confirmando la del Juzgado, sin hacer especial imposición de costas en segunda instancia.

Don José M. M. interpuso recurso de casación por infracción de ley. Articulado en nueve motivos, cabe reordenar el contenido del recurso de la siguiente forma:

A) Como quiera que el matrimonio cuya nulidad se pide fue celebrado en el año 1954, es obvio que la única legislación a tener en cuenta es la vigente a la sazón, con exclusión de todas las disposiciones aparecidas con posterioridad. Ninguna de las leyes o decretos que ha habido sobre la materia, a partir de la fecha indicada, señala tener eficacia retroactiva. Es de apreciar por tanto infracción por violación del artículo 3 del C. civil, en el que se establece que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario y aplicación indebida del artículo 246 del Reglamento del Registro Civil en su nueva redacción dada por Decreto de 22 de mayo de 1969.

B) Violación del artículo primero de la Orden de 10 de marzo de 1941. Ante tan terminante precepto es claro que la prueba debe versar bien sobre el hecho de no haber sido bautizado, bien sobre acreditar documentalmente que no se pertenece a la Iglesia Católica.

En todo caso, cabe señalar que en parte alguna el actor manifiesta haberse apartado de la religión católica, requisito que, según el artículo 246 del Reglamento del R. Civil, resultaría imprescindible. Ni lo ha manifestado en juicio ni en ningún otro momento. Puede comprobarse cómo incluso en el momento de la inscripción en el Registro Central no se le exigió prueba ni manifestación de acatolicidad.

C) Violación del artículo 42 en relación con la Orden de 10 de marzo de 1941 y del párrafo primero del artículo 4 del C. civil y del artículo 101, número 3, del C. civil.

D) Interpretación errónea de la doctrina contenida en las Sentencias de 21 de octubre de 1959, 12 de noviembre de 1959, 16 de febrero de 1961, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo de 1967.

E) Al no estar vigente en el momento de la celebración del matrimonio el actual artículo 73 de la Ley del Registro Civil, la celebración del mismo ante un funcionario extranjero contrariaba los artículos 100 y 101 del C. c.

b) *Considerandos de la sentencia*

El Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha de 11 de marzo de 1975 declaró no haber lugar al recurso interpuesto, siendo ponente el excelentísimo señor don Mariano Gimeno Fernández:

1) CONSIDERANDO: Que de la sentencia de instancia, ya que la recurrida acepta íntegramente todos los fundamentos de la del Juzgado, puede destacarse a los fines de la resolución de este recurso, establecerse como probado: que el actor nacido en Bilbao en 9 junio 1931 y bautizado en 21 del mismo mes y año fue trasladado a Rusia como consecuencia de la guerra habida en España, cuando contaba seis años de edad, permaneciendo en dicho país durante diecisiete años, dentro de los cuales contrajo matrimonio civil

con la demandada en 20 septiembre 1954, con plena conciencia y conocimiento de su validez, ante el encargado del Registro Civil de la localidad rusa donde tuvo lugar el acto; que al regresar a España solicitó y obtuvo la inscripción de aquel matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección General de los Registros; que en la época en que se celebró el matrimonio, España no mantenía relaciones diplomáticas con Rusia, no existiendo en dicho país representación consular de España; que es un hecho notorio que la práctica de la religión Católica estaba totalmente erradicada en aquel país durante el tiempo de la permanencia del actor en el mismo, el que al regresar a España no cuidó si de ello tenía conciencia o propósito de ratificar aquella unión por vía sacramental, sino que optó por la inscripción del referido matrimonio civil en el Registro Central de España; que los hijos habidos del matrimonio los inscribió en el Registro Civil, ya en España, como hijos de él y de la demandada; y que la interposición de la demanda de nulidad de matrimonio, que motiva este proceso, tuvo lugar en 19 julio 1972 y la motivó el hecho de que su esposa sufría trastornos mentales.

2) CDO.: Que de la simple lectura de la demanda, así como de los hechos que estima acreditados la sentencia recurrida, deducidos algunos de las propias manifestaciones del actor en su confesión, se obtiene la conclusión de que al demandante nunca le inquietó su situación matrimonial y unión a su cónyuge por vínculo exclusivamente civil, sino que contraído aquel matrimonio en Rusia en 20 septiembre 1954, en las circunstancias a que anteriormente queda hecha relación, con la demandada, mujer de aquella nacionalidad, al trasladarse luego a España instó y obtuvo la transcripción de aquel matrimonio al Registro Civil Central de la Dirección General de los Registros, no sugiriéndole inquietud alguna aquella situación, manifiestamente opuesta a la exigible a un bautizado que se mantiene en el seno de la Iglesia Católica con la profesión religiosa activa que le exigiría su fe, hasta que a su cónyuge se le presentaron al decir del propio recurrente, determinados trastornos mentales, motivo que le impulsó a la presentación de la demanda inicial de este proceso, en súplica de que se declarare la nulidad del relacionado matrimonio, obteniéndose de los hechos que anteceden y su valoración la misma conclusión a que llega la sentencia del Tribunal "a quo", de que el actor no profesa la religión Católica al menos desde que a los seis años fue trasladado a Rusia, conclusión que no ha sido contradicha eficazmente en el orden procesal, deduciéndose de todo ello además que el móvil o finalidad del presente litigio no es otro que el tratar de desligarse del vínculo matrimonial civil, libremente contraído y ratificado su consentimiento y propósito de mantenerlo una vez en España, ante la supuesta aducida anormalidad de los trastornos mentales actuales que sufre la esposa, lo que no puede determinar la nulidad del matrimonio.

3) CDO.: Que ya esta Sala en Sentencia de 20 de abril del pasado año, motivada por hechos si no idénticos, pero que guardan gran analogía con el presente caso, mantuvo que las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil, ante el encargado del Registro Civil en Rusia, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, por la carencia de representación diplomática de España en aquel país, en

donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de las partes y que si bien era cierto que el recurrente está bautizado, no aparecía acreditado, hubiera venido practicando la religión Católica ni pudo hacer declaración de apostasía por no existir en Rusia representantes de la Iglesia Católica, y con posterioridad al volver a España no intentó la confirmación canónica de su matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el acta matrimonial del celebrado en Rusia, lo que no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la religión Católica, conforme establecía la legislación civil de aquella fecha, y si ello no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil como hijos de ambos cónyuges, los habidos con posterioridad en España y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trataba de conseguir la nulidad del matrimonio con apoyo en unas normas ya rebasadas al haber hecho la transcripción de aquél en el Registro Civil español, lo que motivó la desestimación del recurso, doctrina que por su similitud puede aducirse en el caso presente como lo verificó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista.

4) CDO.: Que el motivo décimo del presente recurso, único formulado por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la L. E. Civ., va encaminado a combatir la valoración de la prueba verificada por la sentencia recurrida, acusando error de derecho, que apoya en la violencia de la Orden del Ministerio de Justicia de 10 marzo 1941, inoperante a los fines que se pretende, pues la misma tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno valorativo de prueba de obligado acatamiento por los tribunales, que es lo que podría integrar la materia de la pretendida infracción y se refiere a supuesto distinto al de autos, en que el matrimonio de los litigantes se celebró y autorizó el 20 septiembre 1954, ante las autoridades locales civiles del país de la residencia en aquel entonces de los contrayentes y la transcripción del mismo al Registro Civil en España aparece tuvo lugar a instancia del actor, al amparo de la O. de 14 marzo 1950 dictada para autorizar la transcripción al mismo de los actos concernientes al estado civil de matrimonios de los españoles celebrados en extranjero, ante las autoridades locales del país, en que no existan representación diplomática o consular de España, supuesto distinto al que contempla la disposición en que se apoya el motivo que en consecuencia ha de desestimarse, así como también por los propios razonamientos el motivo segundo que por el cauce del número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E. Civ., pretende acusar la violación del artículo 1.^o de la citada Orden de 10 marzo 1941.

5) CDO.: Que el resto de los motivos en que apoya el recurso, formulados todos ellos al amparo del número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E. Civ., en el primero y séptimo se acusa en uno de ellos la violación del artículo 42 del C. civil y en otro la interpretación errónea del propio precepto, pero ambos han de ser rechazados, porque estimado por el Tribunal "a quo" que el actor, no obstante, hallarse bautizado a raíz de su nacimiento no ha profesado la religión Católica, afirmaciones no combatidas por la vía adecuada, es indudable no se ha producido ni la violación ni la interpretación errónea.

del artículo 42 del C. civil; y por lo que hace referencia a los motivos tercero, sexto y octavo, se acusa en los dos primeros la violación del número 4 del artículo 101 del C. civil., en el segundo la violación del propio precepto en relación con el párrafo último del artículo 100 del propio cuerpo legal y en el tercero de ellos la interpretación errónea del mismo precepto del artículo 101, desestimables igualmente todos ellos, ya que por los propios razonamientos de la sentencia de esta misma Sala de 20 abril 1974 no podía exigirse ni la intervención del Juez Municipal ni la de los representantes consulares españoles inexistentes en territorio ruso en la fecha de la celebración del matrimonio, por lo que hubo de celebrarse con arreglo a la ley del lugar, siendo transcrita más tarde al Registro Civil de España a instancia del propio actor, a la vista de la certificación presentada y manifestaciones que el mismo hizo, según consta en la propia certificación, por lo que reúne todos los requisitos formales exigibles para su validez; y por lo que afecta al motivo quinto en que se acusa la violación del artículo 3 del C. civil vigente en la fecha de la presentación de la demanda, que establece el principio de la irretroactividad de las leyes, debe ser igualmente desestimado, porque dicho principio, discutido en la doctrina en cuanto a su extensión, no tiene un carácter absoluto, sino que aunque la norma no hubiera fijado expresamente la retroactividad puede otorgársela cuando se trate de disposiciones administrativas de carácter interpretativo que conduzcan a la fundamentación de la validez del matrimonio, y así sucede en el presente caso en que las disposiciones relacionadas con la celebración del matrimonio civil han venido siendo objeto de sucesivas interpretaciones, adaptándolas a la evolución de los principios sobre libertad religiosa, y que se plasmó últimamente en la Ley de 28 junio 1967, tendentes a establecer un régimen más acorde con aquellos principios que tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana, atendido además el carácter de orden público atribuido a las cuestiones que se refieren al estado civil, siempre que a través de ello no se prive de ningún derecho establecido por ley anterior, lo que no sucede en el caso de autos en el que el recurrente además lo que pretende es ir contra sus propios actos demostrativos de su catolicidad, inducido por el deseo de poner fin o disolver su vínculo matrimonial no por imperativo alguno de conciencia derivado de la profesión de la fe católica, sino motivado por los trastornos mentales que aduce sufre su esposa.

6) CDO.: Que en el motivo tercero, cuarto y noveno acusan la violación de la doctrina jurisprudencial que cita, pero con independencia de la mayor o menor similitud que guarden los supuestos de hecho en que se apoyan su doctrina está ya rebasada por la sentencia de esta Sala citada anteriormente de 20 abril 1974 en caso análogo al presente y razonamientos que preceden.

7) CDO.: Que por todo ello es procedente la desestimación del recurso con imposición de las costas al recurrente y pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal, todo ello de conformidad con lo que previene el artículo 1.748 de la L. E. Civil.

“El móvil o finalidad del presente litigio no es otro que el tratar de desligarse del vínculo matrimonial civil.” Esta afirmación contenida en el segundo

considerando de la sentencia de 11 de marzo de 1975 pone de manifiesto una ponderada aquilatación del litigio, por parte de los jueces que se mueve en un terreno poco técnico. Es decir, esa intuición de lo justo producida directamente en el conocimiento prudencial del caso —siempre inevitable— aflora en el contexto de estas dos sentencias de forma especialmente patente. Ello, sin embargo, ni excluye ni es obstáculo para un análisis ceñido de los problemas que se plantean y de las soluciones que se imponen en las mismas.

IV. MATRIMONIO CIVIL CONTRAIDO EN PAÍS EXTRANJERO, CON ARREGLO A LA FORMA DEL PAÍS (1)

Es claro que en los dos casos contemplados estamos ante matrimonios civiles contraídos con arreglo a la forma del lugar y ante funcionario extranjero. La posibilidad de contraer matrimonio válidamente en estas circunstancias ha sido objeto de una polémica doctrinal y de un tratamiento jurisprudencial fluctuante. Se trataba de establecer el exacto alcance del párrafo final del artículo 100 del C. civil: "Los cónsules y vicecónsules ejercerán las funciones de jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero." El punto conflictivo residía en determinar si los súbditos españoles en el extranjero *podían* contraer matrimonio civil ante las autoridades consulares o *tenían* necesariamente que hacerlo así, por considerarse la forma prescrita como de orden público. En este último sentido se pronunciaron las sentencias de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929 y 14 de noviembre de 1963. Entre otras razones se entendía que el antiguo artículo 70 de la Ley del Registro Civil de 1870, que permitía la celebración en el extranjero según la "lex loci", habría quedado derogado por el artículo 100 del C. c. de 1889. Una interpretación menos rigurosa del artículo 100 del C. c. —ya abonada por la Sentencia de 9 de febrero de 1934— pareció facilitada por el artículo 73 de la nueva Ley del Registro Civil de 1957. Hoy el tema ha quedado definitivamente zanjado por la Resolución de 7 de julio de 1971 (sobre matrimonios civiles de españoles en el extranjero) al prever la "inscripción de matrimonios civiles contraídos en país extranjero, con arreglo a la forma del país". Esta es, por otro lado, la solución más concorde con las normas de derecho internacional privado que establecen con carácter general para los negocios jurídicos el respeto en materia de forma al principio "locus regit actum" (2).

Los dos supuestos de matrimonio que contemplamos tuvieron lugar antes

(1) Vid. LALAGUNA, *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, página 116. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Matrimonio civil de españoles en el extranjero*, A. D. C. 1966, pág. 709. DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, II, Madrid, 1969, págs. 306 y ss.

(2) La resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de marzo de 1967 parece poner fin a esta situación confusa al establecer que en materia de forma rige el artículo 11 del Código Civil: "Con lo que ha de considerarse superada la interpretación contraria que emana del último párrafo del artículo 100 del Código civil."

de que se llegase a una total clarificación doctrinal, legal y jurisprudencial del tema. Pero sí en un momento en el cual por lo menos el punto era discutido. Recordemos que ya en Sentencia de 9 de febrero de 1954 el Tribunal Supremo se inclinó por una solución permisiva.

Es de tener en cuenta también que la inexistencia de relaciones diplomáticas, en esa fecha, entre España y Rusia, excluyen de raíz la posibilidad de recurrir a las autoridades consulares. Es decir, o se admite la posibilidad en estos casos de contraer según la forma del país, de que se trate o, caso contrario, se niega la posibilidad de contraer válidamente matrimonio a un español en esas circunstancias; posibilidad esta última que resulta un tanto extraña.

Desde este punto de vista —matrimonio civil contraído en el extranjero según la forma del lugar— y con la perspectiva del derecho vigente los supuestos de matrimonio de que se ocupan estas dos sentencias del Tribunal Supremo no suponen problema alguno. Cabría plantearse la cuestión de hasta qué punto es aplicable una solución doctrinal y legislativamente adquirida a una situación anterior. Pienso que el criterio que se ha impuesto favorece la libertad y se ajusta a las directrices del derecho internacional privado vigente en el momento de la celebración del matrimonio. Además, la solución contraria nunca fue pacífica y siempre se vio mezclada con ingredientes ajenos al tema estrictamente formal. Es decir, contraer matrimonio en país extranjero según la forma del lugar suponía, sobre todo, celebrar un matrimonio civil, cuestión ésta muy delicada para el derecho interno. Por todo ello creo debemos prescindir de este posible aspecto conflictivo al analizar los supuestos que nos plantean las sentencias que comentamos.

Ahora bien, el que pueda contraerse matrimonio civil en el extranjero, con arreglo a la forma del lugar, no excusa de la más estricta observancia de la ley personal. Así lo establece para nuestro derecho el artículo 9 del título preliminar del C. civil, tanto en la redacción de 1889 como en la más reciente de 31 de mayo de 1974. Pues bien, este precepto impone para los nacionales el acatamiento de los dictados del artículo 42, sea cual sea la interpretación que se le dé.

V. LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO CIVIL CONTRAIDO POR UN CATÓLICO

Anteriormente me he ocupado de esta cuestión (3). Abiertamente quedó allí expuesta la solución que ahora se plasma en estas dos sentencias. Se partía, en el momento de realizar dicho razonamiento, de una situación adversa tanto doctrinal como jurisprudencial. El Tribunal Supremo mantenía una línea favorable al criterio opuesto. Línea que se concreta en una serie de sentencias que son precisamente las que el recurrente, en el recurso de casa-

(3) ARECHEDERRA, *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español*, A. D. C. 1972, págs. 1223 y ss. ARECHEDERRA, *La relevancia jurídica de la condición de católico en el sistema matrimonial español*, R. D. P., noviembre 1973, págs. 913 y ss.

ción que motiva la sentencia de 11 de marzo de 1975, invoca como infringidas en cuanto suponen una doctrina legal consolidada. Y doctrinalmente porque el criterio anterior contaba con el apoyo de la opinión, sólidamente expuesta, de conocidos autores (4).

La inéquía del razonamiento, ahora refrendado jurisprudencialmente, consistía, fundamentalmente, en patentizar la extraordinaria dependencia que a estos efectos existía entre el Código civil y la exégesis administrativa del término profesor del artículo 42 del mismo cuerpo. Unicamente una interpretación rígida y objetiva logra dar consistencia a la profesión religiosa, transformándola en un dato objetivo y haciéndola susceptible de prueba y elevable a presupuesto de validez de un negocio jurídico. Una interpretación flexible y subjetiva, dependiente de una consideración personal de la propia situación religiosa, transforma el sistema en optativo. El juez municipal necesita un criterio claro y delimitador para autorizar o denegar el matrimonio civil. La opción es simple: o el juez debe atenerse a lo que el que pretende el matrimonio civil *es* o a lo que el mismo *dice ser*. En el primer caso habrá de atenerse al "carácter" sacramental, en el segundo a la declaración hecha. Los dos términos de la alternativa tienen, en la historia del sistema matrimonial español, su formalización positiva en la Orden de 10 de marzo de 1941 y en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de agosto de 1970. Aunque el artículo 245 del Reglamento del Registro Civil exija —para salvar los artículos 42 y 86 del Código civil— "prueba de que el abandono (de la religión católica) ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio", el criterio latente es el de la Resolución de 3 de agosto de 1970. Es decir, "quien dice no profesar, en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal religión". Como especifica la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1974 la exigencia del artículo 245 es una "diligencia especial", cuya realización, "naturalmente, no debe paralizar el curso de los demás trámites".

¿Cabe objetar algo, jurídicamente, a la obtención de un efecto alcanzado en base a la declaración de una circunstancia personal hecha por el propio interesado? Parece que *no*. Sobre esta base debe analizarse los posibles preceptos del Código civil atinentes al problema abordado. En él no encontramos abordado el mismo como tal. Sí un artículo 42 cuyo alcance debe establecerse en relación a la exégesis del término profesor que en el mismo encontramos. Y en todo caso el artículo 51, que según autorizada interpretación —en definitiva— impone, en una hipótesis especial, la validez y eficacia del matrimonio civil de un católico. Hoy, sin ningún género de dudas, el matrimonio civil de un católico es válido. Genéricamente la solución impuesta por las sentencias de 20 de abril de 1974 y 11 de marzo de 1975 parece correcta. Otra cosa es la aplicación a los supuestos concretos que los motivaron. Pero antes de realizar el análisis de la "aplicabilidad" de la solución a los conflictos en cuestión merece la pena tratar otro punto de interés.

(4) FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español* (Comentario al artículo 42 del Código civil), Madrid, 1959, págs. 71-75. LALAGUNA, *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, pág. 201.

VI. LOS MATRIMONIOS CANONICOS EN FORMA CIVIL

La cuestión se sitúa dentro de otra más amplia, cual es la eficacia estatal del matrimonio religioso. En una situación extrema éste puede ser proscrito: valga como ejemplo cualquier hipótesis de persecución religiosa, sea del género que sea. Cabe también que sea tolerado, incluso protegido como ejercicio del derecho de libertad en materia religiosa, pero ignorado en su eficacia social definitiva: esto ocurre en España con cualquier confesión religiosa que no sea la católica (5). Este es el llamado sistema de matrimonio civil obligatorio. En él las vicisitudes del matrimonio religiosamente consideradas son absolutamente irrelevantes: los conflictos conyugales para que tengan trascendencia social deben presentarse en términos de ley civil y naturalmente ante tribunales estatales. Cabe, por fin, que la sola celebración religiosa sea estatalmente eficaz. Esto puede producirse dentro de un tratamiento del matrimonio religioso paritario con el civil—en un plano de igualdad con la posibilidad de optar por uno u otro— o incluso ostentando la preeminencia que resulta del hecho de ser civilmente impuesto, salvando siempre la posibilidad de no contraer en forma religiosa cuando se acredita la no profesión. En esta situación las incidencias del matrimonio religioso son estatalmente relevantes, ya sea como consecuencia última del derecho a optar por este modo de obtener la eficacia civil, ya como consecuencia de que este matrimonio es el modo normal, en principio, de alcanzar esa eficacia. Es decir, dichas incidencias o vicisitudes son relevantes en virtud de estar conectadas con una forma de contraer estatalmente reconocida. Piénsese en un sistema de matrimonio civil facultativo o de matrimonio civil subsidiario respecto del canónico, como ocurría en España hasta la reforma del Reglamento del Registro Civil de 22 de mayo de 1969.

Pero aún cabe una hipótesis más extrema en esta creciente importancia del aspecto religioso que todo matrimonio puede presentar. Supongamos que ya no sólo se le tolera aunque no se le reconozca eficacia, ni tan siquiera se le acepte como una forma socialmente reconocida de obtener eficacia civil, sino que incluso haciendo suyos el Estado los criterios acerca del matrimonio propios de una determinada confesión religiosa, reconoce, según la misma, que determinado matrimonio no celebrado de acuerdo con la forma específica y ordinaria de dicha confesión, al ser suficiente la forma empleada para obtener la correspondiente calificación religiosa, obtiene los correspondientes efectos civiles sustentados éstos por la validez del matrimonio religioso así contraído. Se trata del reconocimiento de la eficacia civil del matrimonio religioso independientemente de la forma religiosa, puesto que dicha confesión lo hace suyo abstracción hecha de la forma (6).

(5) Vid. artículo 6 Ley de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967: "Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la Religión Católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propios de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres."

(6) Vid. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959. LAGUNA, *Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico* cs

La laberíntica manera de describir el anterior supuesto obedece intencionalmente a lo siguiente. Es claro que la alternativa normal de la forma religiosa es la forma civil. Es decir, el matrimonio, sin forma religiosa, que vale como religioso y como tal obtiene eficacia civil, es un matrimonio civil. Es absolutamente inexplicable que un matrimonio civil siga tan demencial camino para obtener eficacia civil. El supuesto descrito únicamente es viable en un país en el que el matrimonio civil se encuentre en entredicho; es decir, en un sistema de matrimonio civil subsidiario.

Cuando en la reforma de 24 de abril de 1958 se sustituyó el término *fcrmas* por el término *clases* en el artículo 42 del Código civil del Estado español siguiendo el Concordato de 1953, quiso adecuar lo más posible su derecho matrimonial al Derecho canónico. Y puesto que el Derecho canónico reconoce como canónicos ciertos matrimonios contraídos civilmente, convenía que el Código civil no utilizase la forma como elemento discriminador de lo que es civil y lo que es canónico. Y así se habló a partir de entonces de *clases* de matrimonio. Entonces el sistema matrimonial era de matrimonio civil subsidiario y no convenía poner trabas a aquellos católicos que contrayendo bajo forma civil, sin embargo, quedaban sacramentalmente unidos y, por tanto, sin violentar el artículo 42 del Código civil.

Hoy que el matrimonio civil no es conflictivo en España, semejante hipótesis aparece carente de justificación, puesto que las posibilidades de contradecir el artículo 42, prácticamente han desaparecido. Sin embargo, sigue hablándose de matrimonios canónicos celebrados en forma civil. Así, por ejemplo, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de julio de 1971. En dicha Resolución se prevé el supuesto de que la forma civil, suficiente canónicamente, sea extranjera a efectos de su inscripción como canónico en el Registro Civil, "mediante copia auténtica del acta sacramental o de certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio".

Llegamos así al punto, a mi modo de ver, crítico. Ciertas vicisitudes canónicas del matrimonio pueden tener relevancia estatal independientemente de la forma. En un sistema prácticamente facultativo el criterio formal vuelve a cobrar todo su rigor, porque es el único con capacidad de mostrar sin equívocos la opción realizada, clave ahora del sistema matrimonial, en vez de la profesión o no profesión clave del anterior sistema de matrimonio civil subsidiario. Ahora la posible validez canónica del matrimonio civil es relevante en su ámbito: el religioso. No en el estatal, puesto que es innecesario: el matrimonio civil alcanza, claro está, efectos civiles. Y el acceso a estos efectos es la razón de ser del sistema matrimonial, sea el que sea. Por tanto, la nueva línea iniciada con la reforma del Reglamento del R. Civil exige relegar cualquier aspecto religioso del matrimonio civil a su propio ámbito; o sea, al estrictamente espiritual.

pañol, R. D. P., 1972, pág. 497. REINA, *Matrimonio canónico y civil de los cristianos. Presupuestos doctrinales*, R. D. P., 1969, pág. 836. BERNÁRDEZ, *Curso de Derecho matrimonial canónico* (3.^a edición), Madrid, 1971, págs. 314-315.

Conviene destacar que los matrimonios canónicos en forma extraordinaria no agotan los supuestos de eficacia canónica de su matrimonio civil. Analizamos este supuesto por ser el más importante y guardar cierta analogía básica con los supuestos matrimoniales de los se ocupan las sentencias que comentamos.

Cualquier reminiscencia del sistema anterior, además de enturbiar la coherencia del nuevo rumbo dado al sistema matrimonial, es una vía al fraude. Es sorprendentemente ilustrativa a estos efectos, por la analogía que guarda con los supuestos de las sentencias que nos ocupan, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967. En aquella ocasión el Tribunal Supremo se ocupó del matrimonio civil contraído por un español en Moscú, posiblemente en las mismas circunstancias que los recurrentes en estas sentencias, con fecha 13 de enero de 1955 con una rusa acatólica no bautizada. A su regreso a España inscribió el matrimonio civil en el Registro Central del Ministerio de Justicia. El 4 de enero de 1965 obtuvo, el actor, del Juez-Provisor del Arzobispado de Madrid-Alcalá un decreto de nulidad del matrimonio, para la Iglesia canónico por aplicación del canon 1.098, párrafo 2, por haberse contraído sin dispensa del impedimento dirimente de disparidad de cultos. Posteriormente, el 5 de febrero de 1965 se dirigió a los tribunales civiles para obtener los oportunos efectos civiles en orden a la nulidad de su matrimonio. Con fecha de 31 de marzo de 1965 el Juez de Primera Instancia denegó la petición entendiendo que el matrimonio contraído en Moscú era un matrimonio civil sobre el cual poco tenía que decir la Iglesia. Apelado el auto, la Audiencia Territorial de Madrid, el 2 de diciembre de 1965, dictó el correspondiente por el que confirmó el apelado. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo cassa la sentencia declarando que "siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico, según el Derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica para conocer las causas que puedan dimanar de él". En consecuencia, manda se dé efectos civiles al Decreto dictado por el Juez-Provisor Eclesiástico del Arzobispado de Madrid-Alcalá.

En los resultados de la sentencia de 20 de abril de 1974 vemos cómo el actor antes de interponer demanda de nulidad del matrimonio civil ante los tribunales civiles obtiene un pronunciamiento eclesiástico sobre su situación matrimonial. En efecto, el Vicario General del Arzobispado de Valencia autorizó a don Cecilio para contraer nuevas nupcias. Y posteriormente cuando interpone ante el mismo demanda de nulidad de matrimonio no se admite a trámite la demanda por no tener nada que añadir sobre lo dicho en el anterior expediente, en el que se declara inexistencia de matrimonio entre don Cecilio y doña Tatiana y por no ser de su competencia los efectos civiles del matrimonio en cuestión.

A mi modo de ver, toda esta actividad y actitud de la Iglesia puede explicarse desde tres posibles hipótesis:

1) Una consideración totalmente ajena al sistema matrimonial español y que es doctrina de la Iglesia: el matrimonio civil de un bautizado no es matrimonio. Precisamente ésta es la hipótesis que prevee el artículo 51 del Código civil. Desde un punto de vista eclesiástico es obligada, y no necesariamente tiene que trascender del ámbito de la regularidad canónica de un subditio de la Iglesia. Es decir, esta afirmación puede hacerse al margen de la consideración del matrimonio civil como canónico contraído bajo forma extraordinaria.

2) Cabe como subcaso de la anterior hipótesis que la autoridad eclesiástica no pasase de la consideración antes expuesta por no ver como procedente

la aplicación al caso del canon 1.098, párrafo 2. Es decir, no se trata de un matrimonio canónico en forma civil, porque, como después analiza el recurrente en casación, pudo en Leningrado recurrir a la autoridad eclesiástica, ya que, según él, esto era posible.

3) Puede en último caso tratarse de una falta de pericia profesional. Es decir, tal vez planteado el caso directamente como matrimonio canónico al amparo del canon 1.098, párrafo 2, y con la concurrencia del impedimento dirimente de disparidad de cultos —muy probable también en este caso— obtenerse una declaración de nulidad del matrimonio considerado ya como canónico.

En los supuestos 1) y 2) para la Iglesia se trata de un matrimonio civil, eso sí, insuficiente para un bautizado: por tanto, queda éste libre de contraer matrimonio, porque nunca lo contrajo. En el supuesto 3) hay una consideración del matrimonio como canónico a la par que una apreciación de su nulidad por concurrir un impedimento dirimente. Qué duda cabe que tal vez pudo haberse planteado el supuesto de la sentencia de 20 de abril de 1970, como se describe en el apartado 3). Es más que probable que doña Tatiana no estuviese bautizada y que fuese aplicable el canon 1.098, párrafo 2. No olvidemos que es el propio Tribunal Supremo el que reconoce que en esa fecha y en Leningrado era francamente difícil, si no imposible recurrir a la autoridad eclesiástica. En definitiva, podría ser repetido, a la letra, el supuesto de la Sentencia de 27 de mayo de 1967. Y tal vez pudo don Cecilio obtener de esta forma una nulidad que directamente planteada en los Tribunales civiles le ha sido denegada. Al ocuparnos de la Sentencia de 27 de mayo de 1967 propusimos para impedir este resultado fraudulento seguir el criterio de la inscripción en el Registro Central del Ministerio de Justicia (7). Criterio que parécen seguir estas dos sentencias —no tanto para la calificación del matrimonio no cuestionada, como inequívoco signo de la no profesión de los recurrentes—. Sin embargo, téngase en cuenta que el propósito fraudulento presente al recurrir a la autoridad eclesiástica puede estar igualmente presente al incoar el expediente de inscripción en el Registro Civil. Es decir, puesto que el criterio a seguir es el régistral, inscribamos previamente el matrimonio como canónico en forma extraordinaria y luego planteemos eclesiásticamente la nulidad.

A mi juicio, la solución debe ser más tajante y de raíz. Puesto que el matrimonio canónico ya no es el cauce preferente y normal de obtención de los efectos civiles —único problema que debe regular el sistema matrimonial—, hay que reconducir el tema a la forma. Contraído matrimonio civil en uso de estos supuestos excepcionales, para el Estado el matrimonio es civil, puesto que nada tiene que objetar a la regularidad de la unión de sus súbditos bajo esa forma. La posible eficacia canónica del mismo es un interesante efecto en otro ordenamiento distinto que puede ser instado por el afectado a fin de regularizar su situación religiosa.

Volviendo al inicio del epígrafe hoy en España, tal como ha evolucionado el sistema matrimonial, las posibles vicisitudes religiosas de cualquier matri-

(7) Vid. ARECHEDERRA, *Formas y clases...*, pág. 1240.

menio, al margen de la forma con que el matrimonio se contrajo, han de ser absolutamente irrelevantes en la esfera estatal. No olvidemos que para otras confesiones la situación, hoy por hoy, es más dura: no sólo son irrelevantes, sino que además han de repetir matrimonio, puesto que el religioso no es suficiente para dotar de eficacia civil a su unión.

VII. LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER INTERPRETATIVO

En el recurso de casación que résuelve la Sentencia de 11 de marzo de 1975 queda con toda nitidez planteado este problema. Es decir, el recurrente reconoce la evolución que ha ido sufriendo el sistema matrimonial español, pero pide que la validez del matrimonio civil que contrajo en 1954 sea enjuiciada con arreglo al derecho vigente en el momento de su celebración.

El problema que ahora abordamos es el siguiente: ¿el actual entendimiento y alcance del término profesor —y por tanto del todo sistema matrimonial— es susceptible de ser aplicado a matrimonios contraídos bajo disposiciones administrativas del término profesor hoy derogados, pero entonces vigentes? El matrimonio cuya validez se cuestiona en la Sentencia de 11 de marzo de 1975 fue contraído bajo el imperio de la Orden de 10 de marzo de 1941. El recurrente, aun reconociendo el distinto enfoque dado con posterioridad al alcance de la condición de católico, pide que, sin embargo, se aplique dicha Orden al matrimonio por él celebrado. En definitiva, alega el principio de no retroactividad de las leyes, salvo disposición en contrario de las mismas.

El Tribunal Supremo ha seguido en este punto una línea un tanto fluctuante. En Sentencia de 16 de diciembre de 1960 se inclinó claramente por la irretroactividad del sistema matrimonial. “Conforme viene declarando esta Sala, derogado por la llamada Ley de Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932, el artículo 42 del C. civil y disposiciones complementarias, hasta que se publicó la Ley de 12 de marzo de 1938, que derogó, a su vez, la de matrimonio civil, sin dar carácter retroactivo a sus disposiciones, salvo en los casos taxativos que enumera, entre los que no se encuentra el de autos, medió un lapso de tiempo en el que carecía de vigencia el citado artículo 42 y durante el cual, por carencia de precepto legal que lo autorice, no cabe decretar la nulidad civil de los matrimonios civiles celebrados en su interregno”.

Por el contrario, en Sentencia de 14 de noviembre de 1963 el actor formuló demanda de nulidad de matrimonio civil contraído en Uruguay en 1914 por haberlo realizado “sin formular ninguna declaración ni acto contrario a su catolicidad”. En este caso el Tribunal Supremo decreta la nulidad del matrimonio por infracción del artículo 100 del Código civil al no haber acudido al cónsul español para que autorizara el matrimonio. No entra a examinar la aplicabilidad del derecho vigente en 1914 acerca de la obligación de contraer canónicamente aquéllos que profesan la religión católica.

En la Sentencia de 11 de marzo de 1975, como hemos visto, se inclina por la tesis de la retroactividad de las normas administrativas e interpretación.

Tras este fluctuante criterio vemos, una vez más, el sentido de lo justo que fundamenta casi siempre, en ultimo lugar, las sentencias. Es decir, a los jueces españoles les repugna declarar la nulidad de un matrimonio civil por catolicidad de uno o ambos contrayentes. En un caso aplican el principio de la irretroactividad, en otro declaran la nulidad por un motivo muy discutible en 1963 —matrimonio contraído según la "lex loci" y ante el funcionario extranjero— y por fin en otro motivados por el recurso interpuesto declaran la retroactividad de las normas administrativas que flexibilizan el sistema matrimonial. Unicamente en aquellos supuestos de matrimonios contraídos bajo el imperio de la Orden de 10 de marzo de 1941 y conocidos en un clima propicio aún a semejante efecto declaran la nulidad de esos matrimonios.

Es, sin embargo, inexcusable para nosotros el análisis teórico de la cuestión. Máxime cuando en el considerando quinto de la Sentencia de 11 de marzo de 1975 nos encontramos con la exposición de una doctrina que —no siendo nueva— no parece coyuntural. El Tribunal Supremo hace tres interesantes observaciones. Se trata de un principio —el de irretroactividad— discutido en su extensión y que no tiene carácter absoluto. La retroactividad puede otorgarse cuando se trate de disposiciones administrativas de carácter interpretativo. Máxime cuando conduzcan a la fundamentación de la validez del matrimonio.

A) Despues de analizar los diversos puntos de vista teóricos que tratan de fundamentar un principio de carácter general que solvente el problema de la transición temporal de régimen legal, Díez Picazo y Gullón Ballesteros afirman que "ninguna teoría permite resolver con carácter general el problema de la transición. Toda solución dogmática y apriorística del mismo está llamado al fracaso" (8).

Tal vez por esto entienden que la regla general del Código civil "hay que entenderla como una regla de carácter subsidiario («si no dispusieren lo contrario»), que sólo encontrará aplicación cuando la ley nueva nada haya establecido sobre su posible efecto retroactivo y cuando éste tampoco se deduzca por vía de interpretación" (9).

Para De Castro la fórmula del C. civil "deja un margen amplísimo a la actividad interpretativa, ya que toda ley, que carezca de propias disposiciones transitorias, plantea siempre la doble cuestión de si alcanza eficacia retroactiva y, en su caso, en qué grado. Nuestra doctrina y jurisprudencia no se han adscrito a ninguno de los sistemas dogmáticos inventados por los distintos autores extranjeros y, con gran sentido realista, coinciden en partir del fin propuesto en la ley" (10).

Tal es así que frente a la Sentencia de 10 de junio de 1927, que exige para que exista retroactividad, que la nueva ley lo disponga expresamente, la de 26 de mayo de 1969 señala que "el mandato de retroactividad no ha de revestir forma expresa, bastando, por tanto, que resulte del sentido de la ley,

(8) DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 1975, página 132.

(9) Ob. cit., pág. 133.

(10) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo I, Madrid, 1955 (3.^a edición), pág. 724.

debiendo tenerse en cuenta a este respecto la importancia que para la ética y el bien común tiene la nueva ley".

B) García Valdecasas, al examinar las posibles excepciones a la regla general de la irretroactividad, señala la "relativa a las leyes interpretativas, cuya retroactividad es admitida unánimemente. La ley interpretativa, en efecto, más que una nueva ley independiente, es parte integrante de la ley cuyo sentido se propone aclarar" (11). Es abundante la jurisprudencia que abona esta opinión. Así, las Sentencias de 24 de mayo de 1943, 16 de junio de 1956, 20 de abril de 1956, 21 de enero de 1958 y 28 de marzo de 1962. "Las disposiciones aclaratorias e interpretativas de leyes o que suplen sus lagunas legales, al no ser derecho nuevo, sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado, son retroactivas" (Sentencia de 28 de marzo de 1962). Se señala, en fin, por todos los autores el caso de las leyes interpretativas como un caso de retroactividad tácita.

C) Aplicando la doctrina general al caso concreto que nos ocupa es de tener en cuenta, en primer lugar, la Sentencia de 16 de diciembre de 1960. En este caso el Tribunal Supremo se inclina por la tesis de la irretroactividad. Conviene matizar, sin embargo, que en este caso no se plantea un problema de aplicación retroactiva de la exégesis del término profesor y subsiguientes consecuencias del artículo 42 del C. civil, sino de la aplicación del propio artículo 42 a un matrimonio contraído en el interregno, en el que su vigencia quedó suspendida. El criterio de esta sentencia —posiblemente discutible— no es de aplicación al problema que ahora nos ocupa, porque se centra en otro nivel normativo y con implicaciones que no concurren en la problemática analizada.

Dentro del ámbito de la exégesis administrativa del artículo 42, el profesor Díez Picazo parece inclinarse por la irretroactividad. Al comentar la Sentencia de 14 de noviembre de 1963, en la que el recurrente alega nulidad de un matrimonio civil contraído en Uruguay en 1914 por catolicidad de ambos contrayéntes y que el Tribunal Supremo efectivamente anula —sin entrar en este tema— por infracción del artículo 100 del C. civil, dicho profesor matiza que "es digno de ser señalado que el momento de celebrarse el matrimonio fue el año 1914 y que, por consiguiente, para decidir el alcance de su religión en el matrimonio civil habrá de estar a las disposiciones interpretativas del artículo 42, vigentes en el año 1914" (12).

A mi entender, se anudan en este punto dos cuestiones que conviene tratar por separado. En primer lugar, es necesario precisar si la retroactividad de las normas interpretativas se refiere a unas normas de mero desarrollo explicativo de otras normas o si alcanza también a auténticos cambios de régimen operados a través del desarrollo de un precepto. A esta cuestión podemos responder que efectivamente cuando los tribunales aplican retroactivamente normas por considerarlas de carácter interpretativo aplican retroactivamente un nuevo régimen con consecuencias concretas para los afectados. Así, las Sén-

(11) *Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*, A. D. C., 1966, págs. 45 y ss.

(12) DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo II, Madrid, 1969, pág. 306.

tencias de 20 de abril de 1956 y 21 de enero de 1958 en orden a la aplicación retroactiva del Decreto de 5 de septiembre de 1952 en base al carácter interpretativo de este Decreto amparan pretensiones económicas nuevas que traen causa de relaciones jurídicas anteriores a la aparición de dicho Decreto. En cierto modo debe ser así porque la especificación de una norma introduce una pauta de conducta en un ámbito de previa indiferencia jurídica. Y caso de que la interpretación sea sucesiva cambia dentro del mismo el alcance preciso de la norma.

En segundo lugar, conviene establecer si la retroacción de la interpretación normativa sirve tanto para amparar pretensiones jurídicas que nacen del posterior esclarecimiento que se retrotrae como para subsanar irregularidades anteriormente producidas por la aplicación del derecho no interpretado. Hay que resaltar que, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1961, "caso de ser católicos por lo menos uno de los contrayentes, el matrimonio civil celebrado por los litigantes es nulo, con nulidad radical como realizado contra lo dispuesto en la ley". Ateniéndonos a las reglas generales en materia de derecho transitorio la nulidad es insubsanable. Así resulta "a sensu contrario" de la disposición transitoria segunda que aplica radicalmente la regla "tempus regit actum". Y aun considerando la nulidad como una pena civil, no cabría interpretar a contrario la regla transitoria tercera al subsanar el acto nulo; "incluso cuando la nueva ley lo sancionará de modo más benigno o no lo sancionará, el acto no convalecerá por ello, pues por aplicación de la regla 2.^a sólo se consideran eficaces los actos válidos con arreglo a la legislación vigente en el momento en que tuvieron lugar" (13). En este sentido se pronuncian las Sentencias de 14 de mayo de 1903, 30 de junio de 1914 y 17 de marzo de 1922.

Sin embargo, la Sentencia de 15 de marzo de 1951 estableció que el arrendamiento rústico nulo por pactarse la renta en dinero (artículo 3, 23 de julio de 1942) quedó convalidado por ley posterior (D. L. 15 de julio de 1949); "afirmación intrínsecamente justificada por el carácter interpretativo de esta última disposición" (14). El carácter interpretativo de una norma, pues, modifica el régimen general del derecho transitorio también en orden a subsanar la irregularidad anterior a dicha norma.

En realidad este punto resulta suficientemente esclarecido con una detenida lectura de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de julio de 1971. Norma alegada, en su oposición a la demanda, por el Ministerio Fiscal y denunciada como indebidamente aplicada, por ser posterior a su matrimonio, por el recurrente en casación, en el conflicto que finaliza con la Sentencia de 11 de marzo de 1975. Que dicha resolución es una norma interpretativa del término profesar del artículo 42 del Código civil es cosa clara. El marco en el que se mueve la retroacción de una norma interpretativa, a todos los efectos, ya ha quedado señalado. Fijémonos ahora en la norma. En concreto, en el pasaje dedicado a la inscripción de matrimonios civiles contraídos en país extranjero, con arreglo a la forma del país, a efectos de su inscripción en el Registro Civil español. Dice así:

(13) DE CASTRO, Ob. cit., pág. 750.

(14) DE CASTRO, Ob. cit., pág. 739.

"b) Inscripción de matrimonios civiles contraídos en país extranjero, con arreglo a la forma del país: basta que al menos uno de los contrayentes tuviere la nacionalidad española al tiempo de la celebración para que el matrimonio, si reúne los requisitos exigidos, deba inscribirse en el Registro Civil español (cf. artículo 15 de la Ley del Registro Civil).

Pero la inscripción sólo procederá en virtud de expediente (cf. artículo 73 de la Ley del Registro Civil), en el que se acreditará debidamente, entre otros requisitos, "que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica" (cf. artículo 249 del Reglamento del Registro Civil). En este supuesto no puede, en principio, ser suficiente, por sí sola, la simple ulterior declaración de los contrayentes, de que la profesaban o no, pues si bien esta declaración es decisiva para revelar una actitud religiosa de presente, no basta, en cambio, para probar la actitud religiosa que se tenía en tiempo pasado cuando la celebración del matrimonio. Así, pues, la declaración de los contrayentes, que debe ser referida al tiempo de tal celebración, ha de ser contrastada con otros elementos de prueba (certificación acreditativa de estar entonces adscrito a otra confesión religiosa expedida por ministro competente o representante autorizado de la respectiva Asociación confesional, declaraciones de terceras personas sobre la actitud religiosa que entonces tenía el contrayente, etc.) y entre ellos —y aunque por sí sólo insuficiente— el mismo hecho de haber contraído matrimonio civil."

Cabe señalar lo siguiente:

1) Se trata de "probar la actitud religiosa que se tenía en tiempo pasado, cuando la celebración del matrimonio". La Resolución distingue entre el momento de celebración y el posterior de inscripción en el Registro Civil español. Desde un punto de vista personal, religioso y prejurídico —elemento que se absorbe jurídicamente—, la resolución es retroactiva.

2) El régimen de prueba es el de declaración de los contrayentes. "Referida al tiempo de tal celebración", pero declaración. La norma no se remite al régimen de prueba vigente en el momento de la celebración. Desde este punto de vista, es retroactiva de un modo explícito.

3) Por producirse la declaración en un momento impropio —en el de inscripción y no en el de celebración— y por versar sobre hechos pretéritos es susceptible de convertirse en una vía al fraude. Por eso, "la declaración ha de ser contrastada con otros elementos de prueba".

4) En cualquier caso, como exégesis retroactiva —tanto por ser norma interpretativa como por así disponerlo— del término "profesar" del artículo 42 del C. civil, el resultado es definitivo. La prueba gira sobre la *actitud* religiosa, actitud que puede ser acreditada por el testimonio de terceros. Nada más lejos de la equiparación profesar-pertenecer por el bautismo de la Orden de 10 de marzo de 1941.

Podemos concluir que la exégesis administrativa y con ella todo el sistema matrimonial al reinterpretarse de forma reiterada elimina, purificando la realidad legislativa, cualquier otro vestigio de su "iter". Así, el último jalón de la misma —la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1974— rige desde su promulgación religándose con el artículo 42 en 1889 para el futuro y también para cualquier conflicto que pueda plantearse sobre matrimonios contraídos con anterioridad.

VIII. NULIDAD DEL ACTO Y DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Señala Díez Picazo, comentando la Sentencia de 29 de octubre de 1959 —que declaró nulo un matrimonio por catolicidad de uno de los contrayentes—, que “al admitírselle a la actora la alegación de su propia falsedad para que triunfe su petición de entender nulo el matrimonio, se vulnera el aforismo “nemo propriam turpitudinem allegans auditur” (15). De igual forma, en los considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo que analizamos se describen conductas incompatibles con la pretendida catolicidad fundamento de la petición de nulidad de los recurrentes. Abonando con anterioridad a las Sentencias de 20 de abril de 1974 y 11 de marzo de 1975 la tesis de la validez del matrimonio civil de un católico, creo, sin embargo, que en este punto concreto hay que matizar un extremo.

Una cosa es la conducta del recurrente en orden a su profesión, cuando ésta es tenida en cuenta por el ordenamiento como actitud, o sea, cómo profesar en sentido subjetivo, y otra qué una conducta al margen de la confesión religiosa constituya “acto propio” al efecto de impedir la pretensión de nulidad radical cuando ésta se base en la profesión como pertenencia objetiva a una confesión religiosa. Es decir, ¿puede una conducta acatólica, caso de aplicarse la Orden de 10 de marzo de 1941, impedir, como acto propio, la pretensión de nulidad? Creo que no.

En el primer caso, la relevancia de la propia conducta que culmina en el régimen de declaración es eficaz porque directamente la contempla el ordenamiento como presupuesto del matrimonio civil. En el segundo caso, supuesta la nulidad radical del matrimonio civil —caso de aplicarse la Orden de 10 de marzo de 1941—, la conducta, poco conforme con la confesión religiosa, es irrelevante como supuesto de aplicación de la doctrina de los actos propios.

“A quién alega la nulidad puede oponérsele la doctrina de los actos propios? La antigua doctrina resolvió diciendo: «ipsi qui fecit potest contra factum proprium venire». Frente a la nulidad de un negocio no cabrá oponer que se trata de un acto propio de quien alega” (16).

La Sentencia de 31 de diciembre de 1931 considera que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos está limitado, ya que “éstos tienen que ser válidos ante la ley”. Del mismo modo la Sentencia de 5 de marzo de 1966 parece consolidar la doctrina ya expuesta, en este sentido, por las Sentencias de 26 de mayo de 1876, 22 de febrero de 1946, 6 de abril de 1954 y 30 de mayo de 1954.

Apostillando la Sentencia de 8 de mayo de 1920, Díez Picazo expone que, “según hemos señalado reiteradamente, la doctrina de los propios actos no impide el ejercicio de acciones de nulidad, por el simple hecho de que el negocio cuya nulidad se pretende sea «acto propio» del impugnante” (17). No hace falta recordar que para la doctrina y la jurisprudencia el matrimonio civil de

(15) DÍEZ PICAZO, *Estudios...*, pág. 296.

(16) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 479.

(17) DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, página 336.

un católico enfocado con el prisma de la exégesis anterior a la reforma del Reglamento del Registro Civil de 1969 es nulo, con nulidad radical como contrario al antiguo artículo 4.º del C. c., a través del artículo 42.

La acatolicidad como conducta es relevante cuando el ordenamiento asume la profesión religiosa como actitud a los efectos de regular el acceso al matrimonio civil. Una consecuencia de este planteamiento es que ya no puede esgrimirse el bautismo como razón de nulidad. Pero ni a mayor abundamiento puede considerarse esa conducta como acto propio a los efectos de enervar una pretensión de nulidad radical, cuya viabilidad únicamente se mide por el entendimiento exegético del término profesar aplicable en cada momento.

IX. EL PRINCIPIO DEL "FAVOR MATRIMONII"

En el quinto considerando de la Sentencia de 11 de marzo de 1975 al justificar la retroacción normativa en virtud de la cual se mantiene la validez del matrimonio civil, se esgrimen junto al carácter discutido del principio de irretroactividad y al carácter interpretativo de las normas exegéticas del artículo 42, la finalidad positiva de dicha retroacción: "conduce a la fundamentación de la validez del matrimonio".

Parce que estamos ante la aplicación, por lo menos a mayor abundamiento del principio de conservación (regla "magis valeat quam pereat") que para la interpretación de los contratos —que la doctrina extiende al negocio jurídico— establece el artículo 1.284. Como es lógico, la nomenclatura "favor negotii" en el caso del matrimonio se especifica en la de "favor matrimonii" como expresión de la regla general aplicada a este negocio jurídico.

Para el Derecho canónico describe Bernárdez (18) el principio "como la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección al matrimonio en orden a la conservación de su validez y mantenimiento de sus finalidades". Aunque no debe confundirse el principio con el contenido exclusivo del canon 1.014 del C. I. C., en él encuentra una formulación positiva general.

"En nuestro Código civil, si bien no encontramos —como en el ordenamiento canónico— una proclamación general del principio del "favor matrimonii", es posible inducirlo a través de algunos preceptos singulares, en los que late, y de ciertas declaraciones jurisprudenciales" (19). Para Fuenmayor (20) y Messineo (21) el matrimonio putativo encuentra su fundamento en dicho principio. Discrepa Jordano Barea, para el cual el artículo 69 es una excepción al principio "quod nullum est nullum producit effectum" y, por

(18) BERNÁRDEZ, *Curso de la D.ª Matrimonial Canónico* (3.ª edición), Madrid, 1973, pág. 58.

(19) JORDANO BAREA, *El matrimonio putativo*, A. D. C., 1961, páginas 356 y ss.

(20) FUENMAYOR, *El Derecho sucesorio del cónyuge putativo*, R. G. L. J., 1941, págs. 431 y ss.

(21) MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, tomo III, trad. castellana, Buenos Aires, 1954, pág. 83.

tanto, no una consecuencia del principio que, en definitiva, mira al mantenimiento de la relación (principio de conservación) (22).

¿Cómo puede jugar el principio en estos supuestos? El factor decisivo del mantenimiento de la validez radica en la aplicación retroactiva de la exégesis administrativa del artículo 42. Exégesis que sólo indirectamente —en un orden de consecuencias— contempla la validez del matrimonio civil. En sí misma, dicha normativa tiende a regular el acceso al matrimonio civil. Por otro lado, dicho principio, por sí sólo, no es capaz de sustraer el acto de la sanción de nulidad radical conforme anterior y reiterada jurisprudencia venía entendiendo. El papel del principio “favor matrimonii” es, en este caso, un tanto episódico. Por un lado inspira teleológicamente el razonamiento jurisprudencial como modo de alcanzar un resultado acorde con las necesidades sociales: la defensa, en principio, del vínculo. Por otro, remueve obstáculos para la retroacción de las normas administrativas, ya que el resultado de la misma se cifra en obtener una calificación más benigna del negocio.

X. CONCLUSIONES

A) Conviene suprimir el término *profesar* en el artículo 42 del C. civil. Con el progresivo vaciado a que ha sido sometido no representa hoy más que el inconveniente de mantener una exégesis artificiosa y unos requisitos o diligencias poco serias. El sistema facultativo no prescinde de la profesión religiosa de sus súbditos: ocurre que la presupone en la opción realizada. La sola apariencia positiva del término *profesar*, quiérase o no, tiene una indiscutible pretensión de individuación de un dato objetivo, de una pertenencia. Rebasada esta pretensión, es la propia existencia positiva del término —y no una determinada exégesis— la que queda cuestionada.

B) Asimismo conviene suprimir en el artículo 86 el inciso final: “se presentará la prueba de la acatolicidad”. Se trata de una consecuencia de la supresión del término *profesar* en el artículo 42. Cuando en las exposiciones de motivos de las sucesivas interpretaciones administrativas se trata de respetar la legalidad poniendo en relación la exigencia de prueba del artículo 86 con la concreta reglamentación de la misma se incurre en un formalismo jurídico exagerado.

C) Dependiendo los efectos civiles de la opción realizada y ésta, para una constatación jurídica requiere una exteriorización, repóngase el criterio formal como delimitación de lo que es canónico y lo que es civil.

— La idoneidad de ambas formas, libremente elegida, para la obtención de efectos civiles, excusa del razonamiento de que un matrimonio civil vale como canónico.

— La posibilidad de realizar dicha regularización eclesiástica siempre es posible en el ámbito propio de la Iglesia.

— El riesgo de que esto conlleve una confusión de competencias queda paliado por el hecho de evitar así la ambivalencia de ciertas situaciones matrimoniales que son vía al fraude.

(22) JORDANO BAREA, Ob. cit., pág. 358.

II. SENTENCIAS ANOTADAS

La constitución tácita del derecho de servidumbre en la partición hereditaria

(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 octubre 1974)

A) *Los hechos*

En la partición de bienes de D. L. T. sus herederos consignaron expresamente —y así figura inscrito— la existencia de un condominio, como finca independiente en el Registro de la Propiedad, bajo el tenor literal de “patio para servicio común de las casas que forman la manzana de edificios del Paseo de Begoña, correspondiente a la herencia de D. L. T.”. Vendida una de las casas y dividida en propiedad horizontal, el nuevo dueño de un bajo alquila su local de negocio, sirviéndose los arrendatarios del citado patio. Negado por los demás propietarios el derecho a la servidumbre, se entabla pleito.

B) *El Tribunal Supremo*

Ante los citados hechos y las consideraciones de derecho, el Tribunal Supremo pasa a declarar la existencia y constitución de la servidumbre en base a los siguientes considerandos: “Que la llamada por la doctrina francesa e italiana constitución de la servidumbre por destinación del padre de familia o del propietario común, tuvo su origen en los postglosadores, que admitieron que cuando el propietario de dos fundos destinaba uno de ellos al servicio del otro con signos visibles, se entendía constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertenecer ambos predios al mismo propietario, sin que se hiciera constar manifestación contraria; y así ha pasado a nuestro Código por el doble conducto de la legislación extranjera y de la jurisprudencia y aparece formulado en el artículo quinientos cuarenta y uno que dispone que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.” Además, se considera: “Que la doctrina científica y la jurisprudencia dan a la voz «enajenar», a estos efectos, un sentido amplio comprendiendo en él, tanto la enajenación a título oneroso como la realizada a título gratuito, la enajenación total como la parcial y además la división de una sola finca —Sentencias de seis de febrero de mil novecientos cuatro, diecisiete de noviembre de mil novecientos once, diez de abril de mil

novecientos veintinueve, diez de octubre de mil novecientos cincuenta y siete y treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve—”. “Considerando: Que en el supuesto de que el causante de una herencia haya afectado unos fondos para prestar ciertos servicios en favor de otros, estableciendo los correspondientes signos externos aparentes de servidumbres, éstas se constituyen precisamente, en el momento en que sus herederos realizan la partición y prestan su conformidad a que persistan tales signos, conformidad que pueden manifestar de modo expreso haciéndolo constar, o de manera tácita, guardando silencio sobre ello, sin hacer desaparecer aquellos signos”. Además: “... que quienes constituyeron las servidumbres litigiosas, según dicha sentencia, fueron los herederos al formalizar la partición, que era el momento en que, efectivamente, por mutuo acuerdo, podían constituir las o hacerlas desaparecer”; y que... “los recurrentes, como bien claramente se advierte, olvidan que el verdadero acto por el que nacen a la vida del derecho, las servidumbres litigadas, es precisamente ese de la partición, según ya queda razonado, pues sin él, aunque el causante lo hubiera dispuesto, podía ser incumplido ese mandato si todos los herederos estaban conformes en que no subsistiera la afectación ordenada, de que ese fundo pro indiviso prestase ciertas servidumbres en favor de las casas de la dicha manzana”.

C) *Anotación*

La presente Sentencia del Tribunal Supremo tiene un doble interés doctrinal y práctico, por lo que viene a confirmarnos su alta calidad dogmática y su estimable modo de hacer justicia.

En primer lugar, la Sentencia reconoce su particular estirpe, el origen histórico que tiene este modo constitutivo de las servidumbres recogido por el artículo 541 del Código civil, adhiriéndose a la tesis de investigación que desde hace años ha venido defendiendo tanto en el Derecho romano, medieval y comparado europeo (1).

En segundo lugar, la Sentencia viene a constituir cuerpo de doctrina legal al mantener el mismo criterio ya defendido en otras anteriores (Sentencias 5 enero 1963, 20 diciembre 1965 y 15 junio 1968), de entenderlo como una constitución tácita de la servidumbre, sin que falten por ello aquellas otras Sentencias que lo vean como una constitución legal (Sentencias 6 enero 1932, 18 diciembre 1954, 4 marzo 1959 y 23 enero 1962) o bien la postura ecléctica (Sentencia 3 enero 1942), de la que fue ponente aquel gran Presidente del Supremo, el profesor Castán Tobeñas.

En la interpretación al artículo 541 del Código civil lo que se trata de concretar es si el “título” al que se refiere el legislador es un título voluntario, decidido por las partes o bien es un título legal dispuesto por el legislador, produciéndose automáticamente la constitución de la servidumbre sin la intervención de dichas partes.

El Tribunal Supremo en esta Sentencia se decide por la consideración de que se trata de un título voluntario y tácito el que da nacimiento o que cons-

(1) Mi estudio: *La constitución de las servidumbres por signo aparente*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1970.

tituye la servidumbre, en base a las facultades que pueden ejercitar los herederos en el acto de la partición al guardar silencio acerca de los signos aparentes que evidencian el servicio con categoría de servidumbre si las fincas vienen a pertenecer a distinto dueño (2).

Las manifestaciones tácitas de voluntad, amparadas en el silencio que mantienen las partes ante una situación concluyente y en la que deben intervenir son poco estudiadas por la doctrina civilística española (3). Sin embargo, como hizo ver Von Tuhr en su teoría del negocio jurídico, el silencio, al igual que las omisiones y abstenciones de una parte frente a otra en una relación jurídica, tienen un particular significado, puesto que también constituye una actitud determinante de la acción volitiva de dichas partes. De aquí el adagio ya conocido que concluye: "quien caya, no dice nada; pero quien caya, debiendo hablar y no hablar, otorga". Dentro de esta línea, nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de confirmar el valor del silencio de las partes en los negocios jurídicos (Sentencias 24 noviembre 1943, 24 enero y 9 febrero 1957, 4 junio 1964, 29 enero 1965 y 25 noviembre 1966).

En la situación, concretamente referida al momento de la partición de una herencia, como en el caso de autos, ante el signo aparente de servidumbre que constituía un patio común por el que habían de servirse los demás titulares de las fincas colindantes, el silencio guardado por las partes ante tal signo aparente constituía su voluntad tácita de que los servicios inicialmente constituidos por el ascendiente común se conservasen tal y como venían dispuestos y aparecían concretados en dicho patio comunal. El principio de que las cosas se transmiten libres de cargas no puede ser invocado ante la evidencia del signo aparente, puesto que los efectos de la apariencia del servicio tiene los efectos equiparables a una inscripción registral, tal como el Tribunal Supremo también tiene confirmado para otros casos de servidumbre (Sentencias 3 abril 1959, 23 enero 1962 y 20 diciembre 1965).

En definitiva, la voluntad de las partes, bien de un modo expreso o ya tácito es el "título" por el que se constituye el derecho real de servidumbre mediante la modalidad recogida por el artículo 541 del Código civil, conocida como "destinación del padre de familia".

José BONET CORREA

(2) Cfr. BONET CORREA, *La posibilidad de obstaculizar la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XIII-2 (1960), págs. 629 y ss.

(3) Cfr. CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*. Madrid, 1969, págs. 68 y ss.

III. SENTENCIAS

A cargo de JOSE BARBA DE VEGA, ANTONIO CABANILLAS, JESUS DIEZ DEL CORRAL, PEDRO ELIZALDE, GABRIEL GARCIA CANTERO, TOMAS DE LAS HERAS LORENZO, ANGEL LUCINI CASARES, JOSE PERE RALUY, RICARDO RUIZ SERRAMALERA.

I. DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD: IMPUGNACIÓN DE SU DESESTIMACIÓN: *No es admisible cuando ha quedado firme en casación que falta toda prueba de que la disposición fuera desordenada, irreflexiva o caprichosa ni que tuviera carácter habitual ni finalidad disipadora del patrimonio.* (S. 11 marzo 1976; no ha lugar.)

2. AMBITO DEL PODER: CONTENIDO: *La determinación del ámbito del poder, según reiterada doctrina del T. S. (S.S. de 17 de marzo de 1932, 27 de mayo de 1919, 6 de marzo de 1943, entre otras), equivale a la de interpretación de voluntad del poderdante.* (S. 2 febrero 1976; no ha lugar.)

3. TÍTULO NOBILIARIO: DESVINCULACIÓN POR REPARTO ENTRE LOS HIJOS: RENUNCIA POSTERIOR DE LA BENEFICIARIA: ORDEN REGULAR DE SUCESIÓN: PREFERENCIA DE LA LÍNEA PATERNA: *En 1896 estaban vigentes las leyes de 27 de septiembre y 11 de octubre de 1820, que permitían el reparto de títulos entre los hijos, lo que produjo una desvinculación del título respecto al orden regular de sucesión; pero una vez cumplida la voluntad del testador se produjo la renuncia de la beneficiaria, lo que no pudo suponer, en modo alguno, nueva desvinculación, sino la vigencia del orden regular de suceder al quedar sin efecto la desvinculación testamentaria; al no tener el título de concesión un orden especial de sucesión, es evidente el mejor derecho del actor al estar reconocido por ambas partes que son nietos del primer poseedor del título, el actor por línea paterna y el demandado por línea materna.* (S. 2 febrero 1976; ha lugar.)

Obligaciones y contratos

1. INTERPRETACIÓN: *El criterio teleológico, que debe ser aplicado, lleva a encontrar la finalidad perseguida por los contratantes según los datos y circunstancias demostrativas de la misma.*

INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 1.253 DEL CÓDIGO CIVIL: *No es posible cuando el Tribunal se ha limitado a interpretar el contrato, sin poderse confundir interpretación y presunción.*

VIOLACIÓN DE LEY: *No cabe invocarla cuando lo que hace la sentencia recu-*

rrida es velar por la aplicación y correcta interpretación de la misma, sin adoptar una actitud negativa. (S. 12 noviembre 1975; no ha lugar.)

2. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: COMPENSACIÓN: REQUISITOS: Tiene declarado la jurisprudencia, en *Sentencia de 29 de enero de 1930*, que la compensación es un concepto jurídico de exclusiva apreciación del Juez sentenciador, y que para que pueda una deuda ser objeto de compensación con otra, deben ser ambas vencidas, líquidas y exigibles, doctrina que sostiene también, entre otras, la *Sentencia de 24 de noviembre de 1959*.

ERROR DE HECHO: VALOR DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES: La jurisprudencia tiene negado valor probatorio a las actuaciones judiciales y, por ende, carencia de autenticidad a efectos de apoyar en las mismas un error de hecho en casación. (S. 2 enero 1976; no ha lugar.)

3. NOVACIÓN EXTINTIVA: REQUISITOS: Al sostener el recurrente que la obligación de reintegrarle los gastos de fundación social por él satisfechos ha quedado extinguida mediante la creación de la obligación de pagarle determinada comisión sobre el importe de la facturación anual de la sociedad, y que esta nueva obligación se halla destinada a reemplazar a la primera, en realidad lo que viene a sostener, aunque no lo diga, es que se ha producido una novación extintiva, tesis inadmisible a tenor del artículo 1.204 del C. c., ya que según el mismo "para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean del todo punto incompatibles", circunstancias que no concurren en el presente caso.

ACUMULACIÓN DE LOS ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN UN MISMO MOTIVO: DEFECTOS DEL RECURSO: No puede prosperar el motivo esgrimido bajo la rúbrica del artículo 1.692, 7.^º de la LEC, porque como, entre otras muchas, ha declarado en un caso semejante la reciente *Sentencia de 26-11-75*, "en él se acumulan los errores de hecho y de derecho que en la apreciación de la prueba se atribuyen a la Sala sentenciadora, siendo así que ambos están notoriamente diferenciados en su génesis y medios de comprobación, por lo que no pueden tratarse conjuntamente sin contravenir lo dispuesto en el artículo 1.720 e incurrir en la causa 4.^a del artículo 1.729 de la LEC, causa de inadmisión que en esta fase queda convertida en de desestimación.

INEXISTENCIA CONTRACTUAL POR FALTA DE CONSENTIMIENTO: IMPRESCRIBILIDAD DE LA ACCIÓN: Habiendo quedado subsistente la apreciación del juzgador "a quo" de que nos hallamos ante un caso de inexistencia contractual determinada por la falta de consentimiento requerido por el número primero del artículo 1.261 del C. c., hay que recordar que, con arreglo a la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, la acción para declararlo así, pese a lo prevenido en el artículo 1.961 del mismo ordenamiento, no está sujeta a prescripción extintiva, de acuerdo con la antigua regla "quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere". (S. 20 diciembre 1975; no ha lugar.)

4. COMPROVANTA DE ANIMALES: INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO: "DAMNUM EMERGENS": La instancia afirma de forma categórica no sólo la realidad del daño causado por el incumplimiento de la obligación de entregar varias partidas de cerdos, sino las bases concretas para determinar en ejecución de sentencia su cuantía exacta representada por la diferencia entre el precio contratado y el

que corrió en el mercado para la misma unidad en cada una de las fechas en las que debieron hacerse las entregas. (S. 30 enero 1976; no ha lugar.)

5. SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR, OBLIGACIÓN DE RENDIR CUÉNTAS: Existe una sociedad civil irregular puesto que, extinguida la primitiva comunidad hereditaria con la oportuna partición, lo que continuó en común, no son objetos concretos sobre los que la titularidad plural se limite al uso y disfrute, sino un negocio mercantil en el que va implícito el ánimo de partir las ganancias que se produzcan y naturalmente compartir las pérdidas que pudieran producirse, a la manera como se previene para las sociedades civiles en el artículo 1.665 C. c., que fue por ello debidamente aplicado, en relación con el 1.669 y el párrafo 2.º del 392 del mismo cuerpo legal, habida cuenta la falta de publicidad del referido contrato societario. Todo esto, junto con la declaración de la sentencia impugnada, de que el actual recurrente era el único que tenía la titularidad aparente del negocio y llevaba la gestión social, lleva consigo la inevitable obligación de rendir cuentas, con la que no pueden identificarse las entregas esporádicas y occasioinales que mediante vales o recibos se dicen efectuadas. Rendición de cuentas que, por otra parte, es indispensable al margen de la naturaleza específica de la relación, tratándose de un negocio común, regido y administrado por uno solo de los partícipes en el mismo. (S. 28 junio 1975; no ha lugar.)

6. SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: RÉGIMEN APLICABLE: RENDICIÓN DE CUENTAS: Siendo la relación societaria existente entre las partes litigantes constitutiva de una sociedad civil, particular e irregular, con igualdad de derechos y obligaciones entre ambos socios, con régimen en el artículo 1.669 C. c., y actuando por ello los dos socios en régimen de comunidad, es llano, de una parte, que esa sociedad, irregular o de hecho, carente de personalidad jurídica, se rige por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, sin que, por tanto, le sean aplicables las prescripciones que regulan la sociedad civil propiamente dicha; esto es, la que tiene personalidad jurídica, y, de otra parte, que no es dable a uno de los socios exigir del otro socio una rendición parcial de cuentas contraídas a dos de las fincas rústicas que con otros bienes integraban el acervo social, porque, siendo ambos administradores, han de aportar a la liquidación que cada uno de ellos practique las resultas de los actos de administración que respectivamente hayan realizado sobre los negocios comunes, para que así pueda surgir el saldo que refleje la existencia de las pérdidas o ganancias habidas a distribuir entre ellos, fin principal y directo del contrato de sociedad. (S. 16 junio 1975; ha lugar.)

7. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: Es arrendamiento de servicios el contrato concluido por el propietario de la obra con el arquitecto, que se compromete a una actividad de dirección de las obras precisas.

ARTÍCULO 1.594 DEL CÓDIGO CIVIL: Es sólo aplicable al arrendamiento de obra, no al de servicios.

DESENTIMIENTO UNILATERAL: A falta de normativa legal específica sobre el arrendamiento de servicios, debe acudirse a las normas generales del Derecho de obligaciones y contratos.

PRUEBA DE LOS DAÑOS: La existencia de daños no es consecuencia forzosa e ineludible del incumplimiento de una obligación.

LUCRO CESANTE: *No cabe derivarlo de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre.* (S. 26 mayo 1975; no ha lugar.)

Incumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios a consecuencia de desistimiento unilateral.

8. ARRENDAMIENTO DE OBRA DE FIJACIÓN DE PRECIO POR UNIDADES DE OBRA: *Esta calificación se deriva no sólo de las cláusulas del contrato, sino también de los actos llevados a cabo por los contratantes.*

PRECIO POR UNIDAD DE OBRA: *La liquidación se basa en las cantidades y volúmenes ejecutados realmente.*

RETRASO EN LA ENTREGA: *Está justificado por la ejecución de obras no proyectadas, si el comitente tuvo conocimiento de ellas y no las impugnó.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *A efectos de casación no merece esta calificación el documento que por sí sólo no pone de manifiesto la evidente equivocación del juzgador.* (S. 2 octubre 1975; no ha lugar.)

9. CONTRATO DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS: *Es válido el contrato en virtud del cual el propietario arrendador de un edificio, en cuyo local era arrendataria una Cooperativa, se comprometió a resarcir a ésta cuantos daños y perjuicios se le había ocasionado con motivo del derrumbamiento del techo de una parte del local, originado por la mala ejecución de unas obras que llevó a cabo dicho propietario—arrendador sin la debida dirección facultativa, señalándose en el referido contrato el alcance de los daños y perjuicios, aunque sin especificar la cuantía de cada uno, siendo firmado el contrato por el hijo del arrendador, colocando éste la huella dactilar, y por testigos.*

FALTA DE LEGITIMACIÓN Y DE PERSONALIDAD: *Debe rechazarse por no haberse planteado en forma adecuada la excepción que sintética y confusamente se alega, y en la cual se mezclan, indiscriminadamente, la falta de legitimación activa, que se equipara a inexistencia de acción, y la carencia de personalidad en el representante, que no se especifica si es de la Cooperativa actora o del Procurador "ad litem", a mayor abundamiento, dicha Cooperativa, con posterioridad a la iniciación del litigio, ha prestado su conformidad para que continuara ejercitándose la acción rectora del proceso.*

INTIMIDACIÓN: *Debe rechazarse la intimidación como competente a autorizar el contrato con su huella dactilar, ya que no se alude a ningún hecho que la fundamente, pareciendo, además, muy raro que la intimidación se hubiese producido ante el propio hijo del contratante y en presencia de testigos, y no se hubiese denunciado tan pronto se pudiese hacer.*

CONTRATO LEONINO: *Si con la sola invocación de que un contrato es leonino pudiese burlarse el cumplimiento de obligaciones libremente contraídas, para resarcir daños concretos y determinados, cuya autoría y responsabilidad se reconoce paladinamente, la seguridad jurídica quedaría a merced de quienes voluntariamente quisieran cumplir tales obligaciones.*

EFICACIA DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA EN JUICIO DE FALTAS: CUANTÍA DEL DAÑO: *Las sentencias penales solamente son vinculativas para los demás Tribunales en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probada, que son integrantes del tipo que se define y castiga; en el presente caso, la sentencia que absolvió por*

prescripción de la acción no declara como hecho probado que los daños se hubieran tasado en determinada cantidad, sino que se limita a hacer una referencia al derrumamiento producido y a los daños causados que se dice se valoraron en la citada cifra, sin prejuzgar el importe de los mismos. (Sentencia 4 febrero 1976; no ha lugar.)

10. CULPA EXTRACONTRACTUAL: MUERTE POR ATROPELLO: FALTA DE PRUERA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA: *Si la parte demandada y recurrente no ha llegado ni el hecho de la colisión, ni el efecto de la misma, sino que únicamente se opuso a la demanda aduciendo que aquél se produjo por culpa exclusiva del perjudicado, lo que no ha estimado acreditado la sentencia recurrida, resulta indiferente en el supuesto de autos que la exigencia de responsabilidad se pretenda amparar en el artículo 1.902 C. c. o en el artículo 1.º de la Legislación reguladora de las responsabilidades civiles derivadas del uso y circulación de vehículos de motor.*

ERROR DE HECHO: *Ni las dos diligencias de inspección ocular y el croquis obrantes en el sumario, ni el auto que resolvió la apelación contra el acuerdo de conclusión y sobreseimiento provisional del mismo, son documentos auténticos a efectos de apoyar en los mismos un error de hecho.* (S. 5 marzo 1976; no ha lugar.)

A destacar que el T. S. mantiene una continuidad en la interpretación jurisprudencial de la culpa extracontractual por accidente de circulación antes y después de la ley especial, pues cita la doctrina de la Sentencia de 10 julio 1943 sobre presunción de culpa, y la de 30 de junio 1959 sobre inversión de la carga de la prueba, junto a la de 24 mayo 1974, que interpreta el artículo 1.º del texto refundido de la ley vigente. ¿Se debe ello a mera facilidad dialéctica o a una no confesada insatisfacción sobre el propio fundamento de la responsabilidad objetiva? Hace poco tiempo, después de un completo estudio de Derecho comparado, se preguntaba Bonet Ramón si existía una tendencia general en este punto, constatando inicialmente que la noción de culpa aparecía como el asiento de un sistema general de responsabilidad civil delictual o quasi-delictual, pero a renglón seguido observaba que en la práctica jurídica corriente dos vías han sido recorridas para mejorar la suerte de la víctima y doblar el cabo de la responsabilidad objetiva: La primera está jalona por la actitud comprensiva de los Tribunales y su interpretación de un texto, riguroso en su espíritu, pero permeable por la disposición de los términos empleados para su redacción; la segunda descubre en los Códigos mismos, o en las Leyes particulares, disposiciones que establecen una auténtica responsabilidad sin culpa, desembarazada del equívoco y del carácter móvil que comportan las construcciones clásicas (*Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho comparado*, Madrid, 1975, p. 156 y ss.). A tales vacilaciones doctrinales se debe acaso el que se considere indiferente invocar el artículo 1.902 C. c. o la ley especial.

G. G. C.

11. CULPA EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS CAUSADOS POR FUMIGACIÓN AÉREA: LEGISLACIÓN, APLICABLE: *Según Sentencia de 3 de mayo 1968 en la Ley de*

NAVEGACIÓN AÉREA solamente se prevén y contemplan los daños causados en superficie por lanzamiento de objetos, desde aeronaves en vuelo, lo que está prohibido por las disposiciones generales de policía, pero queda fuera de toda reglamentación el lanzamiento de productos permitidos, que es, precisamente, el caso de autos, toda vez que fue dicho lanzamiento en función de fumigación aérea el que motivó que fuesen contratados los servicios del piloto y avioneta, si bien al dispersarse el producto más allá de los límites de la finca en la que debía ser arrojado, y afectar a los pastos de la limítrofe, fue causa de los daños cuya indemnización se reclama; por tanto, al no estar previstos en la ley especial, han de quedar sometidos con todas sus consecuencias a las disposiciones del Código civil, con todas sus derivaciones, y entre ellas la prescripción de la acción conforme al artículo 1.968. (S. 14 enero 1976; no ha lugar.)

NOTA: El tema central del pleito era el del plazo de prescripción aplicable a la acción ejercitada, si los seis meses de la Ley de Navegación Aérea o el año del Código civil. Debe advertirse que el supuesto de hecho contemplado por la S. de 3 mayo 1968 no coincide exactamente con el de la aquí extractada, pues se trataba de daños contractuales por tratamiento inadecuado utilizando la fumigación aérea, mientras que en el presente caso se reclama por un tercero perjudicado, ajeno al contrato de fumigación. Con todo sí resulta aplicable al actual la doctrina que se anuncia con generalidad en el sexto Considerando de aquélla, según el cual: "La Ley de Navegación Aérea no regula toda la responsabilidad culposa que pueda derivarse de la utilización de la nave, sino solamente; a) aquella en que incurren los propietarios y explotadores de la navegación —transportistas, porteadores—, por el incumplimiento de sus obligaciones dimanantes del contrato de transporte, y que únicamente puede serle exigida por los pasajeros y cargadores de mercancías y equipajes facturados; y b) aquella otra que provenga de la acción de la aeronave, y de cuanto de ella se desprenda o arroje y cause daños a los terceros que se encuentren en la superficie terrestre; pero deja fuera de su ámbito de regulación las demás responsabilidades en que puedan incurrir quienes, en virtud de cualquier otro contrato que no sea el de transporte, utilicen las aeronaves para cumplir cualquier género de estipulaciones, y realicen un cumplimiento irregular de éstas". Hay que reconocer, sin embargo, que este dualismo de régimen no resulta siempre satisfactorio; si a una avioneta del servicio de fumigación se le desprende en pleno vuelo un recipiente de herbicida y produce daños por intoxicación en un rebaño, le sería aplicable el artículo 119 de la Ley de 1960, con sus secuelas de responsabilidad objetiva y prescripción de seis meses; pero si la misma avioneta causa daños por invasión de finca ajena, se aplicará el artículo 1.902 C. c. Parece conveniente que una reforma de la Ley de Navegación Aérea contemple y regule todos los supuestos, que acaso en 1960 no pudieron imaginarse.

G. G. C.

12. CULPA EXTRACONTRACTUAL: PRESUNCIÓN DE CULPA: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: *El principio subjetivista que informa el artículo 1.902 C. c. viene evolucionando en la jurisprudencia de esta Sala, pudiendo citarse, entre otras muchas, las SS. de 11 marzo 1971, 13 febrero, 9 marzo y 9 junio 1975, en el sentido de que la acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume culposa, incumbiendo al agente o autor del hecho causal de daño la obligación de desvirtuar esa presunción, a cuyo efecto tiene que demostrar haber procedido con la diligencia y cuidado debidos, atendidas las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.*

MUERTE DE BAÑISTA POR EMBARCACIÓN CON MOTOR FUERA BORDA: *En los*

hechos probados no aparece ni se infiere que el recurrente adoptase medida precautoria alguna, ni que el accidente aconteciera por fuerza mayor o por un motivo inevitable, antes bien, se pone de manifiesto que el luctuoso suceso se produjo por culpa o negligencia exclusiva del recurrente, quien navegando por aguas tranquilas, a pleno sol y con buena visibilidad, por una zona donde era previsible que hubiera personas nadando, lo hizo en forma tan descuidada, con tal falta de diligencia, atención y cautela que no sólo no advirtió a tiempo la presencia en aquellas aguas del corpulento e infortunado muchacho, sino que incluso ni se dio cuenta de lo sucedido hasta después de haber investigado qué es lo que había pasado. (S. 29 diciembre 1975; no ha lugar.)

Convendría que el T. S. acotara el ámbito de aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la presunción de culpa, pues es evidente que no se aplica en todos los casos de responsabilidad aquiliana. En el presente cabe destacar la analogía con la circulación por carretera y, en particular, con el tráfico por vías urbanas, ya que se trataba de una zona frecuentada por bañistas.

13. CULPA EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS POR INCENDIO CULPOSO: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: BENEFICIA AL ASEGURADOR SUBROGADO: *De conformidad con el artículo 413 del C. de comercio respecto al seguro de incendios, el asegurador, pagada la indemnización, se subroga en los derechos y obligaciones del asegurado contra los autores del incendio por cualquier carácter o título que sea, siendo incuestionable que aquella interrupción del plazo de prescripción que efectó a los derechos y acción de los asegurados, benefició igualmente a quien no hizo otra cosa que subrogarse, con posterioridad a dicha interrupción, por ministerio de la ley, en los mismos.* (S. 20 febrero 1976: no ha lugar.)

Arrendamientos especiales

1. CALIFICACIÓN DE CONTRATOS: *Si bien, como recuerda la jurisprudencia, un contrato no se califica por la denominación de las partes, sino por la naturaleza de sus elementos reales y personales, sujetos y prestaciones, es indudable que, cuando no hay complejidad alguna y se trata de materias tan simples que normalmente están en la mente de cualquier formación cultural media, hay que tener muy en cuenta la interpretación literal de lo consignado por los contratantes.*

ARRIENDO DE INDUSTRIA: *Si en el contrato dicen las partes que se trata de un arriendo de industria, si declaran que el propietario es propietario de una industria de bar establecida en inmueble de su propiedad —que es lo que se arrienda—, pactándose que serán de cargo del arrendatario todas las obligaciones administrativas y fiscales que graven los negocios de esta índole y si se habla en el contrato de las instalaciones, útiles, enseres y mobiliario que constituyen la industria, inventariados en una cláusula adicional, es correcta la calificación del arriendo como de industria, sin que cambie de naturaleza por tratarse de una industria modesta que requiere instalaciones y útiles rudimentarios, pero propios y adecuados al pequeño negocio de taberna desarrollado en el local por diversos anteriores arrendatarios.* (S. 15 marzo 1976, no ha lugar.)

2. ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: ARRIENDO DE LOCAL CON PRESTACIONES ACCESORIAS: *Arrendado un local para el establecimiento en él, por el arrendatario, de la propia industria, el arriendo es de local de negocio y no de industria, aunque entre el arriendo, el terreno circundante y el suministro de energía eléctrica y sin que obste a tal calificación —visto lo dispuesto en el artículo 3.º, núm. 2, de la LAU— las facilidades concedidas por el arrendador al arrendatario para que éste pueda, durante el arriendo, construir naves, porches y quemaderos de brozas precisas para el desarrollo del negocio.* (S. 23 diciembre 1975; no ha lugar.)

3. ARRIENDO DE NEGOCIO: REQUISITOS: *Para que se hubiera dado un arriendo de negocio sería menester que el locatario hubiera recibido, además del local y muebles, una unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser explotada inmediatamente o pendiente de serlo, de meras formalidades administrativas.*

CONFESIÓN EN JUICIO: *Lo que hace prueba contra su autor es el conjunto armónico de todo lo confesado. La prueba de confesión judicial prestada bajo juramento indecisorio no tiene en nuestro vigente proceso un valor decisivo.*

PRESUNCIÓNES: *Las normas legales no otorgan a la prueba de presunciones un valor superior al de los demás medios de prueba.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Es función propia de los juzgadores de instancia, cuyo criterio al respecto debe mantenerse en casación de no evidenciarse que es irracional, ilógico, absurdo o flagrante contrario a una de las normas de hermenéutica.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Su invocación requiere la cita de una disposición legal que otorgue a un determinado medio un valor probatorio y fuerza decisiva superior a los demás, requisito que no concurre en el artículo 1.240 C. c., en orden al reconocimiento judicial.* (S. 5 marzo 1976; no ha lugar.)

4. ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: PREEXISTENCIA DE LA INDUSTRIA AL ARRIENDO: *Acreditado, mediante documento auténtico, que cuando se firmó el contrato de arriendo, la arrendadora venía ejerciendo, en el local objeto del arriendo, la industria de bar objeto del contrato arrendatario es patente el error del Tribunal “a quo” al calificar el arriendo, de local de negocio y no de industria.* (S. 24 noviembre 1975; ha lugar.)

5. ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: DISCORDANCIA ENTRE LA REALIZACIÓN Y LO AFIRMADO EN EL CONTRATO: *Tratándose del arriendo de un local amueblado, concertado con la finalidad de ampliar el negocio de hostelería propio del arrendatario, explotado por éste en otro inmueble de la misma localidad, se está en presencia de un arriendo de local de negocio, sin que a ello obste el empleo, en el contrato, de los términos “negocio de anexo de hostelería” o simplemente “negocio” si del conjunto de la prueba se advierte que tales expresiones respondieron, tan sólo, a la manifiesta intención de excluir la incardinación del arriendo en la legislación especial mediante la ficticia declaración de que lo arrendado es “una unidad patrimonial con vida propia susceptible de ser inmediatamente explotada”, caso en el cual debe prevalecer la realidad sobre la falsa apariencia creada por los términos de la declaración contractual.* (S. 18 enero 1976; no ha lugar.)

6. DESAHUCIO PRESUPONE RESOLUCIÓN: *Si con el nombre de juicio de desahucio se designa a aquel proceso especial que tiene por objeto la resolución del contrato de arriendo y la devolución al arrendador del objeto arrendado, es ineludible que si el actor suplicó se dictará sentencia de desahucio, implícitamente solicitó la resolución del arriendo y por ello no es incongruente la sentencia que decreto la resolución.*

TÁCITA RECONDUCCIÓN: *No se produce, aunque al terminar el contrato permanezca el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, si antes medió requerimiento de éste.*

CUESTIONES NUEVAS: *No puede ser abordada en casación una cuestión no propuesta oportunamente en la instancia. (S. 6 febrero 1976; no ha lugar.)*

7. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: PRUEBA: *Aunque la resolución de arriendo por introducción en el local de extraño al contrato puede acreditarse por presunciones, dada la clandestinidad con que las cesiones y subarriendos se celebran, ello no impide el que, para que la realidad de tales figuras jurídicas sea precisa la justificación de la presencia de un extraño o persona ajena al primitivo contrato en el disfrute del local, por constituir la misma un presupuesto ineludible para la existencia de este tipo de convenciones, presencia que no puede inferirse por la sola aportación de documentos relacionados con cambios de titularidad fiscal, ni de la ayuda que ocasionalmente puedan prestar al arrendatario determinados familiares. (S. 11 diciembre 1975; no ha lugar.)*

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR; PÉRDIDA DEL DERECHO DE RETORNO QUE NO IMPIDE EL DERECHO DEL ARRENDATARIO A INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *No puede prosperar el motivo de casación basado por el arrendador en que "el arrendatario, al estar acreditado plenamente que no llevó a cabo el desalojo, no sólo ha perdido el derecho de retorno, sino que ha hecho inviable toda posible reclamación de daños y perjuicios, al ser requisito y condición el efectuar el desalojo en el tiempo de un año a partir del requerimiento", ya que tal motivo prescinde de la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, según la cual la reclamación de daños se basa en el proceder abusivo del recurrente que causó la imposibilidad de que la industria explotada por la parte arrendataria pudiera quedar instalada en el nuevo edificio, al no tener el local previsto en éste las dimensiones precisas para cobijar la maquinaria existente en la citada industria, y sin que proceda aplicar por analogía para denegar la indemnización, el artículo 66 de la LAU, relativo a supuesto distinto. (S. 19 enero 1976; no ha lugar.)*

9. DERECHO DE TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIOS ARRENDADO: EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO: *Es improcedente el motivo que denuncia la infracción por violación del art. 32, 5.º, de la LAU, por haber dado preferencia a la adquisición del traspaso mediante la adjudicación efectuada por una providencia judicial a favor de los actores, frente a la adquisición en subasta pública y ulterior otorgamiento de escritura pública a favor de los demandados, hoy recurrentes, porque, en el caso de autos, los propietarios del local de negocio litigioso, no han ejercitado ningún derecho de traspaso, sino que lo único que hicieron fue adquirir,*

con preferencia a un cessionario propuesto y mediante ci^o pago del precio que éste ofrecía, el derecho que sobre tal local correspondía al arrendatario que proyectaba traspasarlo; es decir, actuar el derecho de tanteo que le confiere el artículo 35 de LAU y, para cuyo ejercicio no se exige el otorgamiento de escritura pública, ni el cumplimiento de una determinada forma.

DOBLE VENTA: POSESIÓN MEDIATA: Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.473 del C. c., que regula la doble venta, alegando que no siendo la providencia judicial medio idóneo para transmitir el derecho de arrendamiento, y siendo radicalmente nula tal resolución judicial, los actores no llegaron a adquirir la titularidad del derecho; y que, aun en el supuesto de que no se produjese esta aplicación indebida por encontrarnos ciertamente en un caso de doble venta, la interpretación efectuada del artículo 1.473 resultaría errónea, porque, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2.^o del artículo 1.462 del C. c., la recurrente ha tomado posesión del derecho de arrendamiento que en la escritura le fue transmitido, mientras que los actores en ningún momento tomaron posesión de la cosa transmitida. Y no puede prosperar porque los recurrentes, para defender su tesis, parten de un lamentable error —pues pretenden sostener que el propietario adquirió o quiso adquirir el derecho de arrendamiento—, y, además, hacen supuesto de la cuestión sosteniendo que la adquisición, por los propietarios, de la posesión mediata que antes tenía el arrendatario, es nula, lo cual era, precisamente, lo que tenían que haber demostrado y no lograron hacer. (S. 19 noviembre 1975; no ha lugar.)

10. ARRENDAMIENTOS URBANOS: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE ESTIMACIÓN: NATURALEZA DEL PLAZO: Independientemente de que el plazo para impugnar los acuerdos de la Junta de Estimación establecido en el número 4 del artículo 152 de la LAU, sea de prescripción o de caducidad, fue presentada la demanda dentro de dicho plazo, teniendo constancia en los autos que el acuerdo de la Junta fue adoptado el 2-10-72 y la demanda fue presentada en 2-1-73, por tanto, dentro del plazo de los tres meses siguientes a la notificación del acuerdo.

EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: INDEMNIZACIÓN FIJADA POR LA JUNTA DE ESTIMACIÓN: MOMENTO OPORTUNO PARA SU CONSTITUCIÓN: No puede prosperar el motivo que denuncia la interpretación errónea del artículo 152 de la LAU en relación con el artículo 149 de la Ley del Suelo, porque lo que dice exactamente la Sentencia del Juzgado, aceptado luego por la de la Audiencia, es que “la extinción del arrendamiento no se produce por la simple inscripción de la finca en el Registro de Solares, sino, también, por el otorgamiento al propietario de la licencia de la construcción, y la indemnización tiene que fijarse, en su caso, al producirse la extinción del contrato, que es cuando el arrendatario puede sufrir el perjuicio y siendo evidente que si la relación causal de la extinción del arrendamiento, de la que deriva el derecho a la indemnización, es la previa concesión de licencia para edificar a la sociedad actora y hoy recurrida —que en el caso de autos no fue otorgada, debiendo este hecho ser aceptado, porque no se combate por el cauce procesal pertinente—, es igualmente inauditable que cuando el arrendatario, hoy recurrente promovió la constitución de la Junta de Estimación no se había producido la extinción del arrendamiento. (S. 20 diciembre 1975; no ha lugar.)

NOTA: Debemos llamar la atención sobre el hecho de que en ninguna de las tres instancias se hace declaración expresa acerca de si el plazo del artículo 152 de la LAU es de caducidad o de prescripción. En la Sentencia del Juzgado —e igualmente en la de la Audiencia—, porque se acoge la tesis de la nulidad radical del acuerdo de la Junta de Estimación por falta del presupuesto para su válida constitución, y en la del Supremo porque, como hemos visto, se soslaya el tema por entenderse que la cuestión es marginal, ya que la demanda se interpuso dentro de los tres meses previstos por el citado artículo 152 de la LAU.

11. ARRENDAMIENTO RÚSTICO EXCLUIDO DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL: *El arrendamiento concertado entre tres consanguíneos, madre e hija por una parte, e hijo de la primera y hermano de la segunda por otra, está comprendido en la excepción prevista en el último párrafo del artículo 1.º de la LAR de 1935 y su Reglamento de 1959, y se extingue por vencimiento del plazo.*

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *Si la primera demanda fue desestimada principalmente por un defecto formal en el modo de proponerla, el que una vez subsanado hizo posible a los accionantes formular de nuevo su pretensión y el que ésta fuese discutida y resuelta en el proceso, no ha lugar a estimar la excepción de cosa juzgada.* (S. 20 diciembre 1975.)

Sobre los arriendos excluidos de la legislación especial por razón de parentesco entre los contratantes puede verse: GAMBÓN ALIX y MARTÍNEZ VALENCIA, *Arrendamientos rústicos* (Barcelona, 1963), p. 10 y ss.

Derechos reales

1. INCONGRUENCIA: EXCEPCIÓN NO ALEGADA: *En armonía con la doctrina uniforme de esta Sala, si bien las sentencias absolutorias son congruentes por regla general, dejan de serlo cuando el fallo desestimatorio de la demanda se funda exclusivamente en una excepción no alegada oportunamente por el interpelado y que no es apreciable de oficio.*

SERVIDUMBRE DE PASO Y PROPIEDAD HORIZONTAL: *La pretensión del propietario de los bajos de un edificio en régimen de propiedad horizontal de cambiar su destino, para dedicarlo al aparcamiento de automóviles y de abrir para ello un nuevo hueco en la pared —elemento común del edificio—, tiene su encaje normativo en la Ley de Propiedad Horizontal y no en los artículos 564 y siguientes del Código civil.*

CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE EN UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: *Esta constitución, conforme a los artículos 7, 9, 11 y 16 de la Ley, requiere el consentimiento unánime de los propietarios, no obtenido en este caso.*

ABUSO DE DERECHO: *No puede estimarse aquí, pues falta uno de sus elementos cual es la inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva u objetiva, ya que la decisión de la Comunidad de propietarios se inspira en el deseo de mantener el pacífico goce de las cosas comunes conforme a su destino, con la mira puesta en el interés general de la Comunidad.* (S. 9 junio 1975; ha lugar.)

2. PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS QUE AFECTEN A ELEMENTOS COMUNES Y A LA SEGURIDAD DEL EDIFICIO: *No pueden llevarse a cabo sin el consentimiento unánime de todos los copropietarios.* (Sentencia 20 junio 1975; no ha lugar.)

Realización de obras por un copropietario contraviniendo el acuerdo de la Comunidad de propietarios.

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: APPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 38, 2.^º, DE LA LH, SOBRE DEMANDA DE NULIDAD O CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN: *El párrafo 2.^º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, según el cual "no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente", es de ineludible cumplimiento cuando la acción, en torno a la cual gira el proceso, sea la reivindicatoria de alguna finca.*

ACCIÓN DE DESLINDE: EXCEPCIÓN DE FALTA DE LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Para que la acción de deslinde, que regulan los artículos 384 y 385 del C. c. pueda prosperar, es indispensable citar al juicio a la totalidad de los predios colindantes, en la forma que determina el párrafo 1.^º del artículo 384, antes mencionado, cuando, como aquí sucede, se solicita no sólo una simple fijación de linderos, sino la determinación de la superficie del predio que se trata de deslindar, y como ello no se ha llevado a la práctica en el presente caso, de ahí que la relación jurídico-procesal, sobre este extremo, esté mal constituida y que sea de estimar la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.* (S. 19 diciembre 1975; ha lugar.)

4. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Para que pueda prosperar la acción reivindicatoria se requiere la concurrencia inexcusable de los tres requisitos que se exigen para su viabilidad y cuya prueba corresponde al actor: título legítimo de dominio en el reclamante, identificación de la cosa que se pretende reivindicar y la detención injusta de quien posee la cosa y a quien, en definitiva, se reclama (SS. de 22 de febrero de 1954, 29 de junio de 1969, entre otras muchas).*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: IDENTIFICACIÓN DE LA COSA: *La identificación de la cosa, según constante y reiterada jurisprudencia, corresponde apreciarla al Tribunal de Instancia, así como el título de dominio (SS. de 16 de abril de 1958, 20 de abril de 1950, 22 de febrero de 1954), y las declaraciones que se hagan sobre identidad de la finca sólo pueden combatirse en casación al amparo del número 7.^º del artículo 1.692 de la LEC.*

RECURSO DE CASACIÓN: FORMALIDAD: ERROR DE HECHO Y DE DERECHO: *El hecho de que la LEC establezca, bajo el número 7.^º de su artículo 1.692, como motivos de casación el error de hecho y el de Derecho en la apreciación de la prueba, no permite prescindir, en la redacción de los recursos, del mandato imperativo del párrafo 2.^º del artículo 1.720 del propio Cuerpo legal, que obliga "si fueren dos o más los fundamentos o motivos del recurso" a expresarlos en "párrafos separados y numerados", y en su virtud no son admisibles los motivos de un recurso que bajo un sólo número, acumulan los errores de hecho y de Derecho.* (S. 31 enero 1976; no ha lugar.)

5. TERCERÍA: CONCEPTO: *La demanda de tercería de dominio equivale al ejercicio de una acción reivindicatoria, cuyo éxito requiere la justificación del dominio, entre otros requisitos.*

CUESTIONES PROCESALES SOBRE TERCERÍA: *De conformidad con los artículos 1.533, 2.º, y 1.537 de la LEC hay que distinguir entre la denegación de la admisión de la tercería y la no admisión a trámite de la demanda de tercería que producen diversos efectos —la desestimación de la tercería y el no curso a la demanda, respectivamente— y derivan de diferente relación causal: la desestimación, del incumplimiento de un requisito, que reviste indudable matiz temporal, al que la ley procesal le atribuye el efecto de limitar la eficacia de la tercería —art. 1.533— o de la no presentación con la demanda del título en que se funda. Los artículos citados, por su índole absoluta son de indudable observancia, de la que ha de cuidar el Juzgador como rector del procedimiento.* (S. 16 diciembre 1975; ha lugar.)

6. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *Según reiterada doctrina de esta Saia, es función de los Tribunales de Instancia fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, y esta interpretación sólo puede ser combatida con éxito en casación cuando se patentiza de modo manifiesto el error cometido en la sentencia, debiendo prevalecer el criterio del Tribunal "a quo" frente al del recurrente, si no aparece haber sido contrariada de modo manifiesto la voluntad del testador.*

LEGADO EN PROPIEDAD DE UNA CASA CON SUS MUEBLES Y ENSERES: *La conclusión a que llega el Tribunal "a quo" en el sentido de que las alhajas y otros objetos preciosos provenientes de los antepasados del testador quedan excluidos del citado legado a favor de su esposa, aparece respaldada por la interpretación sistemática y teleológica del testamento, e incluso por los actos propios de la viuda que en su día formalizó inventario separado de aquellos objetos.*

ARTÍCULOS 346 Y 347 CÓDIGO CIVIL: *Su violación no puede prosperar puesto que, además de hacer supuesto de la cuestión, son normas de hermenéutica subsidiarias que, como tales, no son aplicables cuando la intención del testador se obtiene del propio testamento.*

USUCAPIÓN: *Habiendo sido instituida la viuda usufructuaria, es evidente que no pudo adquirir, por prescripción, el dominio de aquellos bienes que poseyó como usufructuaria, ya que la posesión en concepto de usufructo no es título idóneo para adquirir el dominio.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: CUESTIÓN NUEVA: *Los problemas que ahora se plantean sobre los requisitos para el éxito de la acción reivindicatoria constituyen cuestiones nuevas, que no pueden ser examinadas en casación.* (S. 2 octubre 1975; no ha lugar.)

Derecho de familia

1. NULIDAD DE MATRIMONIO: GUARDIA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: *Corresponde, en principio, a la madre, conforme al artículo 73 Código civil, el cuidado de los menores de siete años, sin que existan motivos especiales que justifiquen una desviación de este criterio general, por el solo hecho de que la madre sea extranjera.*

PATRIA POTESTAL: *No puede haber violación en este caso del artículo 155 del Código civil, aunque el padre, según la propia sentencia, conserva la patria potestad, si se tiene en cuenta no ya sólo el moderno concepto de esta institución, sino que la limitación declarada viene establecida de manera general por nuestro ordenamiento en cuanto a los menores de siete años.*

RECURSO DE APELACIÓN: FACULTADES DE LA AUDIENCIA: *De acuerdo con reiterada jurisprudencia sobre el significado del recurso de apelación, es indudable que la facultad jurisdiccional que los preceptos invocados otorgan al Juez o Tribunal de primer grado, se entienden conferidos íntegramente al de segundo grado en caso de apelación, por lo que la Audiencia estaba facultada para estimar que no concurrían motivos especiales y para aplicar la norma general en materias de cuidado de los hijos.* (S. 8 abril 1975; no ha lugar.)

2. IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD: PRUEBA: *Hay que admitir la impugnación del marido cuando justifica su ausencia, por vivir él en México y ocurrir el nacimiento en Madrid, durante el plazo anterior al alumbramiento que marca el artículo 108, párrafo segundo, del Código civil y la consiguiente imposibilidad física para tener acceso con su mujer.*

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: DEFECTO DEL RECURSO: *No puede acogerse la infracción que se denuncia del artículo 113 del Código civil, ya que, aparte de que se han probado la ocultación del nacimiento y el momento de descubrirse el fraude dentro del término legal, se invoca aquel artículo junto con otros siete del Código, incurriendo así en imprécisión y falta de claridad que determina la desestimación del motivo.* (S. 13 octubre 1975; no ha lugar.)

3. MOMENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN ANTES DE LA LEY DE 1958: *De los artículos 178 y 179 del Código civil en relación con los artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, particularmente el 1.831, resulta claro que el trámite final de la escritura pública de adopción contiene la ratificación de la voluntad de las partes, hasta cuyo momento puede cambiar.*

CUESTIÓN “DE LEGE FERENDA”: *El criterio de que sería preferible cambiar el sistema y entender constituido el “status” personal y familiar por decisión estrictamente judicial, no pasa de ser una cuestión “de lege ferenda” que no hay por qué resolver por este cauce, pues lo cierto es que en Derecho constituido es la escritura pública la única que contiene la manifestación de voluntad vinculante de las partes.*

PODER PARA ADOPTAR: EXTINCIÓN: *Habiéndose utilizado el poder y otorgada la escritura de adopción por el mandatario cuarenta y cuatro días después del fallecimiento de la mandante, había quedado extinguido el mandato conforme al artículo 1.732, número 3º, del Código civil.*

SUBSISTENCIA DEL PODER POR IGNORANCIA DE LA MUERTE DEL DEMANDANTE: *A los efectos del artículo 1.738 del Código civil no se ha probado que el mandatario estuviera en tal ignorancia, ni sería presumible dado el largo tiempo transcurrido, ni es admisible en atención al cambio de circunstancias de una adopción proyectada por un matrimonio que en aquel momento había disuelto la muerte de uno de los cónyuges* (S. 29 septiembre 1975; no ha lugar.)

NOTA: Esta sentencia viene a reforzar, aunque se refiera directamente a la primitiva redacción del Código, el criterio mantenido por la Resolución de 8

de junio de 1973 (ésta ya para la legislación actual) en el sentido de que la escritura pública es requisito constitutivo y forma esencial en la adopción. La Resolución ha sido criticada recientemente por García Cantero: *De nuevo sobre el momento perfectivo de la adopción*, en Estudios jurídicos, en homenaje al profesor Federio de Castro, Tecnos, 1975, tomo I.

J. D. C.

4. REMOCIÓN PRESIENTE CONSEJO DE FAMILIA: *Incurre en la causa de remoción del número 4.º del artículo 238, aplicable por lo dispuesto en el artículo 298 del Código civil, el presidente que rehúsa reunir el Consejo cuando lo pide el tutor y están en juego intereses de los menores en relación con inversiones de importantes sumas, así como incompatibilidades nacidas del destino dado a los frutos de otros bienes poseídos en comunidad por los menores con el propio presidente: todo lo cual supone conducirse mal en el desempeño del cargo.* (Sentencia 29 noviembre 1975: ha lugar.)

Derecho de sucesiones

1. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: ATRIBUCIÓN DE USUFRUCTO SIN ESPECIFICACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD: *Con arreglo al artículo 675 del Código civil las simples palabras no pueden ser determinantes y hay que buscar la intención real de la testadora dentro del tenor del testamento: concretamente, si en teoría puede discutirse si se trata de una mezcla de usufructo con institución de heredero condicional o con indeterminación transitoria de nuda propiedad, o del legado de un derecho real limitado (pseudousufructo), o de una sustitución fideicomisaria, en este caso es patente el acierto del Tribunal "a quo" de incluirla en esta última posibilidad.*

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA PURA O CONDICIONAL: *Según doctrina contenida en las Sentencias de 24 de marzo de 1930, 20 de mayo de 1934 y 4 de febrero de 1970, el silenciar la atribución de la nuda propiedad y el designar, en cambio, los herederos de futuro a los que pasarán los bienes en pleno dominio al fallecimiento del usufructuario, deja incierto y bajo condición el hecho de a quién corresponderá la nuda propiedad hasta el fallecimiento del "usufructuario"; y en este caso, por haber premuerto al usufructuario los tres hermanos designados por la testadora, es forzoso abrir la sucesión intestada de la causante al resultar incumplida la condición.*

FACULTAD RENUNCIADA DE DISTRIBUCIÓN "MORTIS CAUSA" DE LOS BIENES POR EL USUFRUCTUARIO: *La adjudicación "inter vivos" de la nuda propiedad realizada por el viudo a favor de los dos hermanos que sobrevivieron a la testadora es nula, por ir abiertamente contra lo dispuesto en el testamento, por referirse a una nuda propiedad que aquél no tenía y por implicar una renuncia (artículo 4 Código civil) en perjuicio de terceros, cuáles son los restantes herederos abintestato de la causante en el momento de la muerte del "usufructuario". Tal nulidad arrastra a las donaciones efectuadas por aquellos hermanos sobre la nuda propiedad adjudicada.* (S. 4 diciembre 1975; no ha lugar.)

NOTA: Para la mejor comprensión de esta sentencia deben tenerse presentes los siguientes hechos: 1) El tenor literal de la cláusula discutida: "si fallezco antes que mi esposo, A. B., instituyo a éste heredero universal de todos mis bienes,

derechos y acciones en pleno dominio, a excepción de las fincas rústicas, P. y V., de las que mi esposo y heredero será usufructuario y podrá disponer de dichas fincas por testamento, si bien sólo para distribuirlas desigualmente entre mis hermanos varones, M., J. y A., y en caso de que mi esposo no hiciera disposición alguna "mortis causa", las dos nombradas fincas pasarán en pleno dominio, al fallecimiento de mi esposo, a mis citados hermanos por iguales partes". 2) M., padres del actor recurrido en casación, falleció antes que la testadora, y J. y A. antes que el viudo. 3) Este hizo adjudicación de la nuda propiedad de esas dos fincas en vida a favor de J. y A., los cuales, posteriormente, donaron la misma nuda propiedad a favor de sus respectivos hijos.

J. D. C.

2. TESTAMENTO ABIERTO: NULIDAD POR INCAPACIDAD DE UN TESTIGO: *El propósito del legislador al consignar la prohibición establecida en el número 7º del artículo 681 del Código civil es velar por la dignidad e independencia de la fe pública notarial, eliminando la posibilidad de testificar a los ligados con el Notario por lazos de dependencia, prohibición que ha de alcanzar a los que, sin cumplir las condiciones de afiliación laboral reglamentaria, de hecho mantienen con el Notario tal relación de forma habitual, y por mucho que sea el deseo, compartido por la doctrina, de que dicha inhabilidad sea suprimida.* (S. 16 diciembre 1975; no ha lugar.)

3. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *La interpretación hecha por la Sala sentenciadora de la cláusula cuarta del testamento discutido es totalmente ambigua, ya que no determina en modo alguno el concepto en el que don J. M. y sus descendientes son instituidos en dicho documento, ni la naturaleza del derecho sobre ciertas fincas que se deriva de la vinculación establecida por el testador.*

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *Resulta claramente de su tenor literal que el testador, después de crear una fundación benéfico-piadosa, fijó las personas a través de las cuales había de obtenerse para la fundación las cantidades necesarias y, al propio tiempo, señaló las personas que debían cultivar y trabajar la heredad, determinando un "precio cierto" para el "arrendamiento", por lo que es obvio que el derecho de don J. M. y sus descendientes es el derivado de un arrendamiento o aparcería.*

VINCULACIÓN ARRENDATICIA PERPETUA: *Tal vinculación está encuadrada en la nulidad señalada por los artículos 781 y 785 Código civil, por cuanto, visto lo dispuesto en el artículo 789, ha de aplicarse al legado de un derecho de arrendamiento, cuando éste se ha estatuido fuera del segundo grado y este último vocablo del artículo 781 ha de entenderse, según doctrina reiterada de esta Sala, como "llamamiento" o "segunda institución".* (Sentencia 4 noviembre 1975; ha lugar.)

4. DESHEREDACIÓN: *Es imprescindible acreditar el "animus injuriandi", cuya existencia es necesaria para viabilizar la causa de desheredación de que trata el artículo 853, núm. 2º, Código civil.*

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: *El criterio de la Sala de instancia ha de prevalecer frente al del recurrente, mientras no se acredite la equivocación o manifiesto error de aquél.*

INCONGRUENCIA: DESHEREDACIÓN POR CAUSA NO PROBADA: *No puede apreciarse la incongruencia invocada, por haberse concedido menos de lo pedido, cuando lo que en realidad se pretende es que la cuestión de fondo sea resuelta en sentido distinto a cómo lo hizo la Sala sentenciadora, la cual, interpretando el artículo 851 del Código civil, llega a la correcta conclusión de que la desheredación por causa no probada no anula absolutamente la institución de heredero, sino sólo en cuanto perjudique al desheredado, perjuicio que acertadamente hace consistir en la privación de la legítima estricta.* (S. 9 octubre 1975; no ha lugar.)

II. DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN: *Reconociéndose de manera expresa que la presidencia estaba facultada para convocar la Junta, y apareciendo acreditada en autos la publicidad de la convocatoria con la antelación debida, fundándose sólo en la falta de información y publicidad de los documentos que exige el artículo 110 y concordantes de la LSA, no procedía declarar nula a la Junta celebrada ni todos los acuerdos en ella adoptados, sino sólo aquellos que pudieran tener como base los datos contables referidos en los mencionados artículos 65 y 110 LSA, que, en puridad de derecho, resultan aplicados indebidamente al caso litigioso, confundiendo la sentencia recurrida los requisitos y exigencias de publicidad y de la convocatoria—cuya omisión comportaría la nulidad de la Junta y consiguiente invalidez de todos los acuerdos en ella adoptados—con el requisito de la información, cuya omisión únicamente acarrea la nulidad de los acuerdos relativos a la aprobación de cuentas, distribución de beneficios y demás referentes a estos extremos.* (S. 8 octubre 1975; ha lugar.)

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Aunque el impugnante haya vendido la totalidad de sus acciones estaba legitimado para el ejercicio de la acción de impugnación del artículo 69 LSA, al tener por sí mismo la cualidad de accionista en el momento de la celebración de la Junta, ya que el citado artículo 69 no permite inferir de su texto la anexión del derecho que tuviera el cedente o vendedor de la acción o acciones al cesionario o adquirente por compra de las mismas, que sólo puede devenir accionista desde el momento de la adquisición y cumpliendo las disposiciones legales o estatutarias que la regulan; es decir, incorporando su derecho a los registros de la sociedad y Mercantil; principio de legitimación formal que proclaman los propios Estatutos de la sociedad.* (S. 1 julio 1975; no ha lugar.)

3. SOCIEDADES ANÓNIMAS. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN EN LA JUNTA GENERAL: *Las facultades que el artículo 1.008 LEC confiere a los administradores judiciales del "ab intestato" cesan desde el momento de la declaración de herederos pronunciada en dicho juicio de ab intestato, desde cuyo momento la representación de la herencia correspondía a los herederos proclamados y no a los que habían sido administradores. En consecuencia, deben prosperar los motivos 3.^º y 5.^º del recurso, en los que, respectivamente se alude a la violación de la doctrina expresada por la Sentencia de*

24 octubre 1903, relativa a que la representación de la herencia corresponde sólo a los herederos una vez hecha la pertinente "declaración", y a la violación, por la misma razón, del artículo 60 LSA, que limita la posibilidad de asistir a la Junta con pleno derecho de deliberación y voto a los accionistas, en este caso los herederos, o a las personas con las que ellos se hagan representar, sin que sea válida la representación legal de los administradores del abintestato después de la declaración de herederos. (S. 30 septiembre 1975; ha lugar.)

4. SOCIEDADES ANÓNIMAS. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: Declarado probado por la Sala "a quo" que la Sociedad demandada y ahora recurrente celebró Junta extraordinaria con asistencia de la totalidad de los socios y capital y en la que el accionista mayoritario propuso, y fue aceptado por unanimidad, la modificación de los Estatutos, en el sentido de que el usufructuario de acciones ostentara la cualidad de socio, motivando tal modificación su proyecto de transferir la nuda propiedad de ciento noventa y dos acciones a la actora y hoy recurrida, es evidente que, si bien en la generalidad de los casos, cuando de impugnación de acuerdos sociales se trata, es la sociedad la única pasivamente legitimada, en el caso presente el que la usufructuaria ostentara la cualidad de socio era condición "sine qua non" para la transferencia de la nuda propiedad de las acciones y por ello resulta indiscutible que la anulación de dicho acuerdo afecta directamente al acto jurídico o realizado por dicho accionista mayoritario, por lo que ha de estimarse la existencia de un litis consorcio pasivo necesario y declarar mal constituida la relación jurídico-procesal. (S. 4 noviembre 1975; ha lugar.)

5. MODELO DE UTILIDAD: NOVEDAD: Según el artículo 171 del EPI y jurisprudencia de esta Sala que le desenvuelve, la utilidad requerida para la protección registral de los modelos de utilidad consiste en que éstos aporten, para la función a que se destinan, un beneficio o efecto nuevo; es decir, una novedad en cuanto a la economía de tiempo, energía, mano de obra o mejoramiento de las condiciones higiénicas o psicofisiológicas del trabajo del objeto de que se trata, aun cuando fuera meramente parcial; resultado que en el supuesto que aquí se contempla no se ha producido, según los hechos que se declaran probados en el segundo razonamiento jurídico de la resolución impugnada, y como los modelos de utilidad que carezcan de semejante requisito o cuyas innovaciones no revistan cierta importancia entran de lleno en las prohibiciones de los números 3 y 6 del artículo 48 del EPI debe desestimarse el recurso en su totalidad. (S. 30 junio 1975; no ha lugar.)

6. SIGNOS DISTINTIVOS. PRIORIDAD DE USO. VALOR DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL: Si bien es cierto que el párrafo 2º del art. 1º del EPI establece que la ley no crea a la propiedad industrial por limitarse su función a reconocer, regular y reglamentar los derechos que por sí mismos hayan adquirido los interesados, entre otros medios por el hecho de la prioridad del uso de las distintas modalidades a que dicho texto legal se contrae, y que el párrafo 1º del artículo 199 del mismo Decreto, contradiciendo lo dispuesto en el 197, expresa que la inscripción en el correspondiente Registro de los nombres comerciales es meramente potestativa e independiente de la de los comerciantes, a que aluden los ar-

tículos 16 y 17 de la Ley Mercantil sustantiva; no debe olvidarse en cambio que, una cosa es que, con arreglo a los mencionados preceptos, la simple prioridad en el uso de un derecho de esta índole, una vez amparado el mismo por la prescripción del artículo 1.955 del C. c., sin la concurrencia de ningún otro requisito, no quede enervado por el ulterior acceso a la oficina tabular de una marca de idéntica denominación; y, otra muy distinta el que aquél goce de la facultad de anular las marcas posteriormente registradas, puesto que, para obtener semejante resultado, es imprescindible la previa inmatriculación. (S. 7 octubre 1975; no ha lugar.)

Lo anterior se deduce de los siguientes argumentos: Primero, que el propio artículo 1.º, párrafo 2.º citado, exige para la producción de los efectos que en él se relacionan "el cumplimiento de las formalidades que mediante la ley se fijan", es decir, el de la inscripción del nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial, razón por la cual el artículo 2.º añade que tales derechos "pueden adquirirse por virtud de ese Registro, en lo que a dichos nombres se refiere; el artículo 7.º supedita a semejante requisito el reconocimiento de la indicada modalidad, el párrafo 2.º del 199 hace depender también del asiento de esa índole el uso exclusivo del nombre comercial y el derecho a proceder contra quien utilizara otro igual o semejante, con posterioridad al inscrito, y el 207 otorga las mismas facultades que al concesionario de una marca al poseedor de un nombre comercial registrado, siendo así que en el supuesto contemplado y según los hechos declarados probados tal requisito no se ha observado por la entidad demandante. Segundo, que siguiendo dicho criterio, y salvo algunas excepciones, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado, en la Sentencia de 24-11-1947, que el poseedor de una denominación de esta clase no inscrita no puede hacer prevalecer su derecho, al amparo del artículo 199, frente a un titular registrado; la de 18-3-1960 agrega que, respecto de la anulación de marcas han de regir, ante todo, las normas establecidas en el artículo 124 concretamente reguladoras de la materia, en cuyo precepto detallada y taxativamente se enumeran los motivos legalmente impeditivos de la concesión o registro de las mismas, no encontrándose en ninguno de los relacionados como *numerus clausus* el de prioridad en el uso, alegada como causa de anulación por el recurrente y siendo de advertir que, caso de pretender que tal prioridad de uso pueda determinar un posible error o confusión, que permitiera estimar la comprendida en el núm. 1.º del citado artículo, sería de destacar que, como en él claramente se consigna, dicho error o confusión ha de serlo con otro distinto ya registrado, pues si bien es cierto que en los artículos 1.º, 2.º y 14 se menciona la prioridad de uso como posible generadora de derechos, amparados por los preceptos del Estatuto, no lo es menos que el último párrafo del citado artículo 14 previene que, parece lograr ese amparo, se precisa la obtención del correspondiente certificado de inscripción registral, del que, al igual que sucede en el presente caso, carece el recurrente, y Tercero, que, si bien la sentencia recurrida afirma como acreditado en el juicio, que la entidad demandante desde 7 de julio de 1966 utilizó el nombre comercial a que el recurso se refiere, sin interrupción y de forma quieta y pacífica durante más de tres años, adquiriendo su propiedad a tenor del párrafo 1.º del artículo 1.955 del C. c.; no indica, en cambio, ni que dicha posesión se llevará a efecto de buena fe, ni que después del transcurso de esos tres años y hasta la inscripción de la marca que se pre-

tiende anular, realizada en 10-11-1972, la siguieren explotando de modo ininterrumpido, pacífico, con buena fe y justo título, por lo que si bien, de acuerdo con el contenido de la S. de 29-11-1968, se hubiera reconocido en favor del primero de los litigantes la prioridad del uso extraregistral, no cabría, en cambio, atribuir a la misma un valor superior, protegido por una presunción *juris et de jure*, al que para los casos de inmatriculación establece el inciso 2.º del primero párrafo del artículo 14.

7. MARCAS: CADUCIDAD: *Debe desestimarse el tercer motivo del recurso, por pretenderse en él con base en los artículos 158, núm. 5, y 159, en relación con el 14 del EPI obtener la declaración de caducidad de la marca 82.563, pedimento que no sólo fue extemporáneamente planteado en el pleito, sino que carece de base fáctica en que ampararse, al afirmar el octavo considerando del Juzgado, aceptado por la Sala de Instancia, que dicha marca la ha consolidado la demandada por el transcurso del tiempo, con buena fe y justo título reconocido por sentencia firme, sin que ni siquiera se haya discutido en el pleito su ininterrumpida explotación, declaración de hecho, que al no haberse desvirtuado adecuadamente, provoca el perecimiento del motivo y del recurso en su totalidad.* (S. 26-II-1975; no ha lugar.)

8. MARCAS: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: PRIORIDAD REGISTRAL: NULIDAD: *La jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras muchas, en las Sentencias de 13-5-1965, 21-4-1966 y 22-1-1971, viene declarando que el artículo 14 del EPI no regula la prescripción adquisitiva del dominio de las marcas, y sí únicamente la extintiva de la acción impugnatoria, y en las de 6-4-1945 y 19-2-1970, que el plazo de los tres años que establece el mencionado precepto legal se refiere al caso en que la acción impugnatoria se ejercita por un tercero respecto al Registro; es decir, por quien no tiene inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad Industrial, y que, en cambio, no es aplicable cuando el que ejercita la acción impugnatoria es titular de una marca también registrada, porque tratándose entonces de un supuesto de doble inmatriculación, ha de prevalecer la inscripción más antigua, lo que obliga a desestimar los motivos 3.º y 4.º, toda vez que la sentencia recurrida afirma, sin impugnación en el recurso, que la marca de la entidad demandante está también y prioritariamente inscrita en el Registro de la Propiedad Industrial.* (S. 26 junio 1975; no ha lugar.)

9. SIGNOS DISTINTIVOS: PRIORIDAD REGISTRAL: IMPREScriptIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD: *No puede mantenerse la tesis de que el art. 14 del EPI regule en términos absolutos, en todo caso, un tipo de usucapión, porque la propia citada Ley especial en su art. 1.º proclama que la propiedad industrial en sus diversas clases, entre las que se hallan las marcas o signos distintivos de producción o de comercio, se adquiere por el productor, fabricante o comerciante con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de su trabajo; es decir, que la inscripción no es constitutiva, sino meramente declarativa; ni puede tampoco hablarse de una prescripción extintiva de la acción impugnatoria, porque dicha prescripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.961 del C. c. se produce por el mero transcurso del tiempo, mientras el artículo 14 del EPI habla de una posesión con buena fe y justo*

título, con lo cual se llega a la conclusión de que el repetido artículo 14 regula el supuesto de una situación extraregistral en conflicto con una inscripción con carácter provisional durante un plazo de tres años en que la inscripción se consolida si no se impugna con éxito por un tercero que pueda estar legitimado para ello demostrando que el titular provisional no estaba asistido de la buena fe y del título exigidos.

Por el contrario, en el supuesto de la doble inmatriculación lo que se plantea es un problema de prioridad que se traduce en una causa de nulidad, lo que aparece claro si se tiene en cuenta que el número 1.º del artículo 124 del EPI establece una prohibición absoluta de admitir al Registro como marca “los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados puedan inducir a error o confusión”; causa de nulidad derivada de la propia naturaleza del Registro que carecería de objeto si pudiera admitirse la coexistencia de marcas idénticas (como ocurriría si pudiera entrar en juego la consolidación de una inscripción registral al amparo del artículo 14, habiendo otra preexistente) con lo que se provocaría la inseguridad jurídica y la confusión mercantil que tratan de evitarse; por lo que la prohibición del artículo 124 ha de considerarse como una causa de nulidad radical y absoluta conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artículo 6 del C. c.; y en su virtud estas acciones de nulidad son imprescriptibles, porque lo que en principio es radicalmente nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo. (S. 25 noviembre 1975; ha lugar.)

10. LETRA DE CAMBIO: REPRESENTACIÓN: *No existe interpretación errónea del artículo 447 C. de c., pues consta en el último párrafo de dicho precepto que los administradores de compañías se entenderán autorizados por el sólo hecho de su nombramiento para suscribir letras de cambio, sin que por tanto necesiten contar además con un poder especial, a no ser que de forma expresa se les haya negado la capacidad para ello en los Estatutos, escritura fundacional o en el propio acto del nombramiento. Debiendo, pues, entenderse que, por los nombramientos para tales cargos, tenían plena capacidad cambiaria para firmar por aval en las letras de cambio, obligando en este caso a ambas sociedades como avalistas, por lo que ha de rechazarse la excepción alegada de nulidad del aval por extralimitación en el poder.* (S. 6 octubre 1975; no ha lugar.)

11. DESCUENTO MERCANTIL: *Con arreglo a los usos de comercio, ya se reputa simple operación financiera de naturaleza mercantil o bien se le considere contrato, el descuento es el negocio jurídico por el cual el poseedor de un crédito ordinario o de un título valor lo transfiere por cualquiera de los medios que el derecho permite a una persona natural o jurídica, generalmente un Banco, para que le anticipé su importe con ciertas deducciones, con independencia del contrato subyacente del que surgieron los efectos descontados.*

DESCUENTO CAMBIARIO: HECHOS PROBADOS: *El Banco demandado estaba simplemente autorizado por la Caja, hoy en quiebra, para efectuar el cobro de las letras, abonando su importe en la cuenta de ésta cuando eran hechas efectivas, y cargándosele con devolución de los efectos si el importe de las letras no era satisfecho, de modo que el Banco no fue parte en los contratos cambiarios representados por aquellas letras que llegaron a buen fin y a que se refiere la reclamación objeto de la demanda.*

RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA: EXCLUSIÓN DEL DESCUENTO BANCARIO: *De acuerdo con los hechos probados, no puede decirse que se esté propiamente ante un acto de aquellos a que se refiere el artículo 878 del Código de comercio, pues no hay merma en el patrimonio del quebrado, como ya declararon las Sentencias de 28 de mayo de 1960 y 14 de junio de 1968. (S. 20 mayo 1975; no ha lugar.)*

12. SEGURO OBLIGATORIO: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN JUICIO DECLARATIVO: *El pronunciamiento de la parte dispositiva de la sentencia impugnada por el que se condena a la aseguradora, única recurrente, a que abone a la parte actora la suma de 300.000 pesetas de las 600.000 a cuyo pago se condena al conductor del tractor, está suficientemente fundada en lo dispuesto en los artículos 4.º y 5.º del texto refundido de la Ley 122 de 24 de diciembre de 1962, con arreglo a los cuales, para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción contra la aseguradora del vehículo que haya producido el daño, hasta el límite del seguro obligatorio, y el asegurador, hasta el mismo límite, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños y perjuicios sufridos, acción de la víctima y obligación de la aseguradora que pueden ejercitarse y estimarse en un proceso declarativo y no exclusivamente en el juicio ejecutivo a que se refiere el artículo 9.º del mencionado texto refundido, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 20 de marzo de 1971. (S. 26 junio 1975; no ha lugar.)*

III. DERECHO PROCESAL

1. INSUFICIENCIA DE PODER PARA PLEITOS: *La insuficiencia del poder para interponer la casación motiva la desestimación del recurso sin poder entrar a conocer el fondo del asunto.*

CAMBIO DE LEGISLACIÓN SOBRE CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA Y PODER CONCEDIDO POR EL MARIDO: *Si el poder otorgado por el marido como representante legal en juicio de la mujer (art. 60 Código civil entonces vigente) pudo ser suficiente en la instancia, no lo es ya en la fecha de interposición del recurso de casación, cuando habían entrado en vigor los actuales artículos 62 y 63 del Código civil. (S. 16 febrero 1976; no ha lugar.)*

2. CONFESIÓN JUDICIAL: *Constituye un medio probatorio sujeto al libre y racional criterio de los Tribunales.*

INDIVISIBILIDAD: *El litigante que pretende beneficiarse con la confesión judicial, ha de aceptarla en su integridad, no aprovechándose de lo que le favorezca y rechazando lo que le perjudique.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *El "proyecto" adolece de la autenticidad que a efectos de casación requiere el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (S. 28 mayo 1975; no ha lugar.)*

Redacción de un "proyecto" para la construcción de un edificio, que no puede llevarse a efecto por ser inejecutable conforme a las Ordenanzas Municipales.

3. CONTRATO DE OBRA: DOCUMENTO PRIVADO RECONOCIENDO SALDADA LA DEUDA VALOR: *No es necesario utilizar normas de interpretación valorativa respecto a lo que aparece claro en su sentido y expresión, como sucede en relación a la circunstancia de que el recurrente, firmó el documento mencionado, considerándose completamente saldado de sus trabajos de carpintería.*

VALOR DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: *La prueba documental privada tiene fuerza probatoria vinculante contra el firmante del documento que no lo impugna debidamente, y que por ello reconoce la exactitud de su contenido.*

CONFESIÓN JUDICIAL: LIMITACIONES DE SU VALOR PROBATORIO: *Es indudable que a este medio puede atribuirse una eficacia probatoria privilegiada, en el sentido de vincular al Juzgador a admitir probada o no la existencia de hechos confesados por el declarante, pero es igualmente evidente que esa eficacia legal o tasada está limitada tanto por lo que concierne a las personas que, como partes, declaran, como al contenido de las declaraciones, que han de ser desfavorables o perjudiciales al confesante y favorables a la parte contraria.* (S. 27 enero 1976; no ha lugar.)

4. TÍTULO NOBILIARIO: PRUEBA DEL MATRIMONIO Y DE LA FILIACIÓN: VALOR DE LAS COPIAS COTEJADAS: *Las copias de las partidas de nacimiento y matrimonio, hechas literalmente bajo fe pública y debidamente cotejadas con los originales, tienen la misma fuerza que estos últimos, a los efectos de los artículos 53 y 115 C. c., salvo sentencia de falsedad pronunciada por Tribunal competente.*

EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD MAL PLANTEADA: *Según dice, entre otras, la Sentencia de 27 noviembre 1969, la excepción dilatoria de falta de personalidad en el actor debe prosperar únicamente cuando se dé la carencia de su capacidad procesal por estar incurso en las incapacidades del artículo 2.º de la Ley Procesal Civil o cuando concurre la falta de justificación del carácter o de la representación con que reclama, pero no cuando lo que se invoca es la no justificación de la pretensión a través de los documentos que debieron presentarse y no se presentaron con la demanda, lo que constituye un problema de fondo, a resolver en la sentencia, con denegación, en su caso, de la pretensión.* (S. 7 febrero 1976; ha lugar.)

5. PRÉSTAMO: ENTREGA DEL DINERO MEDIANTE TALÓN BANCARIO: *La entrega del dinero por el prestamista se efectuó mediante un talón bancario al portador contra su cuenta corriente del Banco Español de Crédito, de Madrid, que fue recogido con firma del oportuno recibo por el prestatario, siendo satisfecho al día siguiente a través de la Cámara de Compensación Bancaria, por el Banco Zaragozano, también de Madrid, habiéndose probado pericialmente que la firma era indubitable.*

“ONUS PROBANDI”: *Según jurisprudencia muy reiterada, el artículo 1.214 C. c. tiene un carácter y alcance genérico que impide su alegación aislada y exclusiva, a efectos del recurso de casación, si no se acompaña de alguna norma concreta relativa a la prueba que, en consonancia con aquél pudiera considerarse infringida.* (S. 20 enero 1976; no ha lugar.)

6. ERROR DE HECHO: *No pueden ser invocados para demostrar el error de hecho al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquellos*

documentos que fueron expresamente examinados por la Sala, que llegó, no obstante, a conclusión distinta. (S. 23 mayo 1975; no ha lugar.)

7. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: SUPRESIÓN: DERECHO INTERTEMPORAL: *Habiendo entrado en vigor a los veinte días de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" la Ley de 24 junio 1974, suprimiendo el recurso de injusticia notoria, no cabe la admisión de los recursos de tal clase preparados contra sentencias de fecha anterior al 19 de julio de 1974—en que entró en vigor dicha Ley—, aunque la demanda que iniciara el procedimiento fuera de fecha anterior a la vigencia de la indicada Ley. (S. 24 diciembre 1975; no ha lugar.)*

Suscripción anual: España, 1.500,— pesetas
Extranjero, 1.650,— pesetas
Número suelto: España, 550,— pesetas
Extranjero, 650,— pesetas